

O INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA A RETOMADA DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO

Diego Brito Cardoso¹

Lucas Pessoa Moreira²

Marcello Garcia³

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – O instituto jurídico da transferência de concessão; 3 – Da incompletude dos contratos administrativos e da importância do instituto da transferência da concessão; 4 – Da desnecessidade de licitação para a transferência da concessão e de sua consequente constitucionalidade; 5 – Do julgamento da ADI nº 2946 perante o STF; 6 – Da importância do instituto jurídico da transferência da concessão: o caso da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo; 7 – Dos possíveis mecanismos contratuais para solucionar situações de

-
- 1 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
 - 2 Procurador do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
 - 3 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Especialista em Direito Administrativo pela FGV-SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

impasse como a experimentada pela paralisação das obras da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo; 8 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Por serem contratos complexos, geralmente de longuíssimo prazo e envolvendo vultosos investimentos, os contratos de concessão devem ser inseridos dentro da lógica subjacente à tomada de decisão empresarial de participar de tais ajustes. Tendo como pano de fundo a discussão em torno do julgamento da ADI nº 2946, perante o Supremo Tribunal Federal, o presente artigo visa analisar o instituto da transferência da concessão e demonstrar não apenas a sua constitucionalidade, mas também a sua importância para as concessões. Como forma de demonstrar tal importância, serão expostos os principais aspectos relacionados à transferência da Parceria Público-Privada da Linha 6 do Metrô de São Paulo, o que possibilitou a retomada de sua implantação após 4 (quatro) anos de paralisação. Por fim, serão elencados alguns mecanismos contratuais que, ao menos em tese, podem ajudar o Poder Concedente a abreviar situações de impasse que coloquem em risco a continuidade de contratos de concessão.

PALAVRAS-CHAVE: Transferência de concessão. Incompletude contratual. Constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

No início do mês de agosto de 2021, o meio jurídico e empresarial do país foi surpreendido pelo início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2946⁴, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), que prevê a possibilidade de transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de uma suposta contrariedade ao dever de licitar disposto no artigo 175 da Constituição Federal.

Proposta pela Procuradoria-Geral da República em 2003 e sem nenhum voto proferido até então, a ADI nº 2946 recebeu dois votos pela

4 Ainda não finalizado até a conclusão deste artigo.

sua procedência, tendo o Exmo. Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, entendido inicialmente pela inconstitucionalidade da transferência da concessão de serviço público⁵, para pessoa jurídica diversa, sem a realização de licitação.

Em apertada síntese, o Exmo. Ministro Dias Toffoli entendeu, naquele primeiro momento, que a transferência de concessão violava o artigo 175 da Constituição, ao permitir que, por vias transversas, um terceiro adquira a condição de concessionário de serviço público sem ter participado previamente do respectivo procedimento licitatório, uma vez que “quem participou da licitação foi o concessionário, e não um terceiro estranho que não participou do certame”.

Na tentativa de amenizar o impacto de sua decisão, o Ministro propôs então que, em até 2 (dois) anos contados da sessão de julgamento, todas as transferências de concessão já realizadas fossem relicitadas.

Como diria o ex-ministro da Fazenda Paulo Malan, no Brasil até o passado é incerto.

Acarretando um cenário de grande insegurança jurídica, o primeiro voto do Ministro Dias Toffoli deixou o mundo jurídico perplexo, acarretando uma enxurrada de colunas criticando a decisão proferida⁶.

Como sabido por todos, a concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar a comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana.

5 Cumpre ressaltar que, na opinião dos autores, não existe óbice para que o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 seja aplicado a qualquer tipo de concessão, e não apenas concessão de serviços públicos.

6 Dentre eles, destaque-se: (i) “É constitucional transferir contratos de concessão”, publicado na coluna “publicistas” do Jota, por diversos especialistas na matéria, como Carlos Ari Sundfeld, Egon Bockmann Moreira, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Marçal Justen Filho, dentre outros, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>; (ii) “A insegurança jurídica na transferência de contratos de concessão”, publicado no CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/opiniao-inseguranca-juridica-transferencia-contratos-concessao> e (iii) “ADI 2946 e a constitucionalidade da transferência de concessões – delimitando as bases de discussão”, publicado na coluna INFRADebate, da Agência INFRAs.

De fato, a concessão é uma alternativa para a realização de valores constitucionais fundamentais⁷.

Além disso, os contratos de concessão de serviços públicos instrumentalizam operações complexas de cooperação entre Poder Público e Particular, enfeixando repercussões econômicas e sociais relevantes, assim como a materialização de não menos importantes valores constitucionais.

Tais características dos contratos de concessão, aliadas à sua longa duração, aos altos investimentos envolvidos e à sua importância para a população, impõem um maior cuidado não apenas em relação à estrutura financeira das avenças e à criação de mecanismos que assegurem a prestação adequada do serviço público, sem descon-tinuidade, mas também na análise da compatibilidade, em face da Constituição Federal, das diversas disposições legais aplicáveis.

Assim, no bojo da discussão travada nos autos da ADI nº 2946, a qual, a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes e da alteração do voto inicialmente proferido pelo Ministro Dias Toffoli, foi julgada totalmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, o presente artigo buscará analisar o instituto da transferência de concessão e convencer o leitor de sua grande utilidade para os projetos de concessão e parcerias público-privadas do país.

Para tanto, além de expor as suas características e requisitos, defenderemos a sua constitucionalidade, demonstrando que tal provi-dência não pressupõe a realização de uma nova licitação, sem que tal situação configure qualquer violação ao dever de licitar previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Cumpridas tais tarefas, exporemos o caso da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo que, após ter suas obras paralisadas por praticamente 4 (quatro) anos em razão da falta de capacidade financeira dos acionistas da Concessionária, foi retomada após a sua transferência para um novo grupo empresarial.

Finalizando o artigo, sugeriremos a adoção de algumas cláusulas contra-tuais que, ao menos em tese, podem ajudar o Poder Concedente a evitar que,

7 FILHO, Marçal Justen. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

em razão de alguma condição desfavorável (técnica, financeira ou jurídica) da concessionária ou de seus sócios, os serviços concedidos sejam paralisados, com o consequente risco de decretação de caducidade da concessão.

Por óbvio, a superação de tal cenário é possível apenas quando a manutenção do contrato de concessão se demonstrar a medida mais vantajosa ao interesse público e quando a transferência da concessão ou do controle acionário for providência suficiente para a retomada da concessão, desde que inexistente qualquer indício de fraude, considerando-se o caso concreto.

2. O INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO

Os contratos de concessão refletem operações empresariais complexas, com risco e investimentos elevados, geralmente de longo prazo, pelo que deve ser reconhecida a impossibilidade material de antever todas as soluções empresariais e econômicas para os problemas e as variações que se verificarão ao longo do prazo da concessão.

Ciente de tal realidade e da usual impossibilidade de descontinuidade na prestação de serviços públicos, o legislador previu o instituto jurídico da transferência ou cessão da concessão expressamente no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Federal de Concessões)⁸ para situações nas quais tal providência, além de não configurar risco à continuidade do objeto delegado, seja de interesse legítimo da concessão ou da Concessionária, por exemplo, numa situação de dificuldade financeira dos acionistas da Concessionária ou falta de interesse empresarial no prosseguimento do investimento no contrato de concessão.

A Lei Estadual de Concessões (Lei Estadual nº 7.835/92), por sua vez, apenas tratou do instituto jurídico da subconcessão (total ou parcial), restando silente em relação à transferência da concessão.

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

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:
I – atender às 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.

Mas qual a diferença entre a transferência da concessão e a subconcessão?

A subconcessão é prevista no artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95⁹, sendo admitida (i) nos termos previstos no contrato de concessão e (ii) desde que expressamente autorizada pelo Poder Concedente. A sua outorga deve ser (iii) precedida de concorrência (art. 26, §1º)¹⁰, (iv) ficando o subconcessionário sub-rogado em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Por meio da subconcessão ocorre a passagem, em regra, de apenas uma parcela dos encargos e dos poderes, relativos ao serviço inicialmente concedido, a um terceiro, criando-se, assim, uma nova relação jurídica com o subconcessionário.

Conforme ensina Jacintho Arruda Câmara, a subconcessão é “mecanismo raramente utilizado no universo das concessões”¹¹, com exceção das “concessões outorgadas a empresas estatais”.

Observando tal realidade, a Lei Estadual de Concessões previu apenas a possibilidade de entes da Administração Descentralizada realizarem

9 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.

10 Existe dúvida, na doutrina, sobre qual seria o ente responsável por realizar o procedimento licitatório. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “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”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113). Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, entende que tal procedimento licitatório, por ser um procedimento de Direito Público, deve ser efetuado exclusivamente por entidades governamentais. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

11 NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 460.

a “subconcessão parcial ou total”¹², desde que observado o disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 6º do mesmo diploma legal¹³, o que em hipótese alguma pode ser confundido com a “transferência da concessão”.

Mas o que seria, afinal, a “subconcessão total”, mencionada no artigo 9º, §1º da Lei Estadual de Concessões?

A subconcessão total seria a manutenção do vínculo original com o Poder Concedente e a criação de um novo vínculo entre o concessionário e o subconcessionário, abarcando a integralidade do

12 Artigo 9º – Incumbe ao concessionário a execução direta e pessoal do serviço concedido, cabendo-lhe responder, independentemente de dolo ou culpa, por todos os prejuízos causados ao Poder Público, aos usuários e a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º – É vedada a subconcessão total ou parcial do serviço salvo quando feita por entidade da Administração Descentralizada, observado o disposto nos Artigos 3º, 4º, 5º e 6º desta lei e sua previsão ficar justificada já no edital de licitação e no contrato.

§ 2º – Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares, desde que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido, oneração de seu custo ou detrimento de sua qualidade.

13 Artigo 3º – A concessão de obra e de serviço público, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência. Parágrafo único – O Governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços. Artigo 4º – A concorrência obedecerá às normas da legislação sobre licitações e contratos e somente será dispensável:

I – nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;

II – nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

III – quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas.

§ 1º – A concorrência será inexigível quando comprovadamente inexistir qualquer possibilidade de competição.

§ 2º – Nas hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo, a delegação deverá ser feita por meio de permissão de serviço público.

Artigo 5º – O edital de licitação deverá prever que o julgamento seja feito em função do preço proposto pelo concorrente, salvo quando relevantes razões de interesse público, devidamente justificadas, recomendem a utilização de outro critério objetivo, dentre os demais critérios fixados no Artigo 42 da Lei n. 6.544, de 22 de novembro de 1989.

Artigo 6º – O Poder Concedente colocará à disposição dos licitantes os estudos, de que dispuser, sobre a viabilidade do serviço ou da obra objeto da concessão.

objeto da concessão. Seria uma espécie de “gerenciamento” da concessão originalmente entabulada.

Assim, a principal diferença entre a subconcessão e a transferência está na criação (ou não) de um novo vínculo jurídico. Enquanto na subconcessão existe a criação de uma nova relação contratual, concomitante ao vínculo que unia o Poder Concedente ao concessionário originário, na transferência mantém-se o contrato originariamente licitado, alterando-se, somente, a pessoa do concessionário¹⁴.

A Lei de PPPs (Lei Federal nº 11.079/04) também não previu nenhum tipo de tratamento específico em relação à transferência de concessão. Ao contrário, determinou a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.987/95 às concessões patrocinadas (art. 3º, §1º)¹⁵, razão pela qual tal assunto rege-se exclusivamente pela Lei de Concessões.

O §1º do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95 prevê que, para a obtenção da anuência prévia, o pretendente (novo concessionário) deverá, além de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, “atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”.

O objetivo do legislador foi fazer com que o Poder Concedente, antes de autorizar a transferência da concessão, tomasse as cautelas necessárias para que a nova concessionária demonstrasse ter as mesmas condições de manter o serviço público concedido, de maneira que ele não sofra risco de ser interrompido ou prestado de forma inadequada¹⁶.

14 “A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-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” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos. Comentários às Leis nº 8.897/1995 e 9.074.** São Paulo: Dialética, 1997. p. 283).

15 Art. 3º, § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

16 “Por outro lado, o novo concessionário ou os novos controladores da empresa concessionária inicial devem não somente firmar o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, como também observar os requisitos de regularidade jurídica e fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, imprescindíveis à execução do serviço concedido. Sem que atenda a tais requisitos, o concedente não autorizará as ocorrências e, em consequência, porá fim à delegação concessional. No tema em foco, o que o legislador deseja efetivamente é que a situação do concessionário não afete o interesse público nem o serviço concedido, em detrimento da coletividade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 420-421).

Pela literalidade da lei, tais exigências não seriam necessariamente aquelas previstas no edital, cabendo ao Poder Concedente, de acordo com o estado atual de execução do contrato de concessão, listar as exigências de “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal” tidas como necessárias à assunção do serviço pela nova concessionária.

Vitor Rhein Schirato advoga nesse sentido, sustentando o seguinte:

Em um primeiro e irrefletido momento, poder-se-ia cogitar que tais requisitos serão os mesmos que o concessionário original teve que comprovar quando da realização do necessário procedimento licitatório. Todavia, diante do que esperamos ter assentado acima, tal orientação não nos parece minimamente sustentável, uma vez que nos parece bem claro que os requisitos que deverão ser comprovados pelo cessionário do contrato de concessão (ou adquirente do controle societário do concessionário) são somente aqueles necessários para a assunção dos serviços no momento efetivo da transferência da concessão ou do controle societário do concessionário, no que concordamos mais uma vez com Marçal Justen Filho.

Não faz qualquer sentido exigir-se a comprovação de requisitos necessário à realização de etapas do contrato de concessão que já tenham sido realizadas quando de sua transferência. Neste diapasão, os requisitos que deverão ser comprovados para a aprovação da transferência de uma concessão de serviços públicos somente poderão ser aferidos diante do caso concreto, conforme estritamente necessários à assunção do serviço no momento da transferência.¹⁷

De acordo com tal entendimento, a lei exigiria a comprovação apenas das exigências necessárias à assunção do serviço e não o cumprimento dos requisitos previstos no edital. O foco seria, portanto, a manutenção da adequada prestação dos serviços públicos (art. 6º da Lei Federal nº 8.987/95), e não a comprovação dos mesmos requisitos de habilitação e qualificação previstos no edital.

Em resumo, o atendimento das exigências previstas no artigo 27, §1º da Lei Federal de Concessões não significaria seguir estritamente os

17 SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005, p. 206. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33297>. Acesso em: 21 nov. 2021.

termos do edital, já que com a transferência não se cria, efetivamente, uma nova concessão, conforme já visto.

3. DA INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO

A incompletude é um traço marcante dos contratos de concessões, pois se trata de contratos complexos, de longo prazo e de grande vulto, sujeitos aos mais diversos impactos. Tais ajustes são naturalmente “incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante sua execução”¹⁸.

Admitir a incompletude como uma característica essencial dos contratos de concessão importa em reconhecer também a mutabilidade como traço inato destes contratos complexos por natureza.

E esta mutabilidade inerente aos contratos complexos e de longo prazo, tais quais os de concessão, impõe ao intérprete reconhecer uma maior flexibilidade em tais ajustes, possibilitando que o Estado lide com as mais diversas contingências que ocorrerão durante a execução contratual.

Flávio Amaral Garcia corrobora o entendimento da seguinte maneira:

Tradicionalmente, a mutabilidade sempre foi um traço característico dos contratos administrativos, encontrando legitimação e justificação na necessidade de adequação ao interesse público. Modernamente, encontra amparo também na incompletude do contrato. O instrumento clássico da mutabilidade sempre foi o poder de modificação unilateral conferido ao ente contratante, como a obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original traçado entre as partes.¹⁹

18 GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 148-149.

19 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014, p. 76.

Em outras palavras, num contrato de concessão de longo prazo, a única certeza que as partes possuem é que o ajuste precisará ser alterado, seja para incorporar novos investimentos e tecnologias, seja para reconhecer a concretização de um risco previsto e seus consequentes efeitos, seja para tratar de realidades contratuais não previstas na modelagem contratual inicial.

Estando inseridas na lógica das atividades empresariais, as concessões são empreendimentos de longo prazo durante o qual circunstâncias variadas, próprias do mundo real, podem conduzir à cessão do contrato, o que é frequente na vida econômica.

De fato, um contrato de concessão nada mais é do que um ativo da concessionária (ou no caso de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, seu único ativo), tornando-se comum, por diversas razões (estratégia empresarial, dificuldades financeiras, reorientação da companhia), empresas passarem por decisões de desinvestimento em determinados ativos.

Exemplos para ilustrar tais decisões de desinvestimento não faltam.

A Petrobrás, em atendimento a um acordo celebrado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vem passando por um amplo processo de desinvestimento em setores nos quais atuava em posição de quase-monopólio²⁰.

A Novonor (ex-Odebrecht), em razão de dificuldades financeiras enfrentadas na Lava-Jato, e inclusive em razão das obrigações constantes do processo de recuperação judicial, teve de realizar diversos desinvestimentos, como a alienação da companhia Odebrecht Ambiental para a Brookfield, que passou a se chamar BRK Ambiental²¹, bem como em setores regulados de prestação de serviços públicos, dentro e fora do país²².

20 PETROBRAS. *Novos Caminhos*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://novoscaminhos.petrobras.com.br/a-petrobras-esta-sendo-desmontada-ela-parou-de-crescer-e-investir>. Acesso em: 2 fev. 2022.

21 ODEBRECHT conclui venda por R\$ 2,9 bilhões de divisão ambiental. *Jornal do Comércio*: O Jornal de economia e negócios do RS, Farroupilha, 26 abr. 2017. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html. Acesso em: 15 ago. 2022.

22 VALENTI, Graziella. Odebrecht vende concessões de rodovias no Peru. *TMA Brasil*, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/odebrecht-vende-concessoes-de-rodovias-no-peru>. Acesso em: 15 ago. 2022; ODEBRECHT conclui venda da Supervia e da Rota das Bandeiras. *G1*, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/29/odebrecht-conclui-venda-da-supervia-e-da-rota-das-bandeiras.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Dentro deste contexto, no qual os contratos de concessão estão inseridos, é que o artigo 27 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a transferência de concessão, ou do controle societário da concessionária, desde que mediante prévia anuência do Poder Concedente.

A transferência da concessão qualifica-se, no direito civil, como uma cessão de contrato, ou cessão de posição contratual, por meio da qual o novo concessionário sucede ao antigo em todas as obrigações e direitos, mediante prévia anuência do Poder Concedente, de forma que o concessionário primitivo perde totalmente a sua posição jurídica e o seu vínculo jurídico com o Estado.

A possibilidade de alteração subjetiva nos contratos administrativos não constitui novidade trazida pelo artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, tendo em vista a possibilidade, já admitida na Lei de Licitações, de subcontratação, cessão ou transferência, total ou parcial, do contrato administrativo, bem como de fusão, cisão ou incorporação, desde que admitidos no edital e no contrato.

Veja-se, portanto, que alterações subjetivas em contratos administrativos são admitidas tanto pela Lei de Concessões quanto pela Lei de Licitações. Como ensina Adilson Dallari:

Não faz sentido sustentar que o contrato administrativo, oriundo de uma licitação, tenha que ser necessariamente executado por uma única e mesma pessoa, física ou jurídica, do início ao término de sua vigência. Se o objeto do contrato não pudesse ser executado por uma pluralidade de executantes, não haveria de se falar em licitação.²³

De fato, a vinculação à concessão, gerada por meio de um procedimento licitatório, deve ser da proposta apresentada, e não em relação à pessoa jurídica contratada. Em outras palavras, com a licitação, o Poder Público busca a escolha da “melhor proposta”²⁴ e não do “melhor contratado”.

23 DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 13, n. 156, dez. 2014, p. 12.

24 Art. 3º (Lei nº 8.666/93) – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos.

É natural, portanto, que durante a vigência da concessão sejam necessárias alterações contratuais que não desnaturem o contrato originalmente modelado, mas que afirmem ou recomponham exatamente a sua modelagem original.

Vitor Rhein Schirato também defende a possibilidade jurídica da transferência da concessão, sustentando que a sua impossibilidade transformaria os contratos de concessão em contratos personalíssimos, na acepção do Direito Privado, onde tal espécie de contrato não pode ser cedida por representar obrigação intransferível:

Caso tal assertiva fosse aplicável também ao contrato de concessão de serviços públicos, afirmar-se-ia que apenas o contratado (concessionário) reúne as condições subjetivas necessárias para prestar os serviços concedidos e tal afirmação generalizada a todos os casos representa, evidentemente, verdadeiro absurdo. Assim, pode-se concluir que os contratos de concessão de serviços públicos são *intuitu personae*, mas não são contratos personalíssimos. Em primeiro lugar, é mais do que óbvio que na imensa maior parte dos casos haverá mais de um sujeito habilitado a prestar um dado serviço concedido, uma vez que se não houver, recair-se-á em uma situação de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Em segundo lugar, o processo de escolha do contratado é realizado exclusivamente com base em critérios objetivos, estabelecidos no respectivo processo licitatório. Não há vinculação do Poder Concedente às condições subjetivas do concessionário, mas sim à proposta por ele formulada no curso do processo licitatório. Destarte, qualquer outro particular que puder realizar as atividades do concessionário nas mesmas condições deste poderá ser cessionário de um contrato de concessão.²⁵

No mesmo sentido: “Como é de trivial sabença, o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contratos com a Administração Pública. Porém, o procedimento licitatório não pode ser considerado um fim em si. Não se cogita mais de admitir-se a instauração de todo o trâmite burocrático que permeia tal certame se ele for desnecessário, antieconômico, ou imprestável à seleção do melhor ‘padrão’ de serviço que será prestado ao Poder Público”. (FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016, p. 90).

25 SCHIRATO, op. cit., p. 207.

Floriano de Azevedo Marques também leciona no mesmo sentido, nos seguintes termos:

Há quase um consenso de que concessão — como contrato administrativo em geral e como espécie particular deste gênero ainda mais — é um contrato *intuitu personae*. Como já referi acima, todo ajuste antecedido de procedimento de escolha que considera aspectos subjetivos do contratante, guarda o contrato administrativo um vínculo pessoal com este. Porém, tal afirmação virou entre nós quase um mantra que, repetido exaustivamente, oblitera o raciocínio jurídico. [...]. O caráter pessoal não pode significar um traço personalíssimo, tal como se fosse condição do contrato sua execução exclusivamente pelo originalmente contratado.²⁶

Por fim, cabe trazer à baila o entendimento de Marçal Justen Filho, no sentido de que impossibilitar a transferência da concessão infringiria o princípio constitucional da impessoalidade:

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.²⁷

Assim, é o próprio princípio da impessoalidade que impõe a conclusão de que, ressalvadas as excepcionais situações nas quais a natureza do objeto do contrato imponha um caráter personalíssimo à sua execução, para o Poder Concedente, a pessoa especificamente contratada para a execução de determinado escopo contratual jamais pode assumir qualquer importância. No entanto, o objeto contratual

26 MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. A Admissão de Atestados de Subcontratada Nomeada nas Licitações para Concessão de Serviços Públicos. *Revista De Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-130, 2004, p. 126.

27 FILHO, Marçal Justen. *Concessões de serviços públicos: Comentários às Leis nºs 8.897 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 51.

deve ser devidamente executado, tal qual contratado, por quem tenha condições de fazê-lo, independentemente de quem o seja.

A identidade em si do particular licitante não é o relevante. Na outorga de concessões, preenchidos os requisitos mínimos de habilitação e aceitas as condições da minuta de contrato anexa ao edital, a escolha se baseia na vantagem das propostas. O julgamento é objetivo, independentemente da pessoa que o oferta. Se o vencedor se recusa a firmar o contrato, convoca-se o segundo classificado para contratar nas condições do vencedor. O relevante são as propostas, não a identidade em si dos licitantes.

E isso não necessariamente desatende ao interesse público. Pelo contrário, dados os impactos que o correr do tempo pode ocasionar a um contrato de concessão ou às empresas que participaram originalmente do processo licitatório, a transferência da concessão pode representar um incremento na qualidade do serviço prestado ao usuário, ou mesmo ferramenta indispensável à continuidade deste serviço público, em razão de o cessionário possuir melhores condições de prestar o serviço do que o cedente²⁸.

Evidentemente, a transferência de concessão não pode possibilitar comportamentos fraudulentos, por exemplo, possibilitar a participação na concessão de empresa que, por alguma razão, não poderia participar da licitação na qualidade de licitante.

A transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de se tratar da veiculação de um serviço

28 Neste sentido advoga Rafael Vêras de Freitas, sustentando também que a vedação à transferência da concessão seria contrária ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa: “Ademais, não seria consentâneo com o princípio da liberdade de iniciativa (arts. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB) que o contrato administrativo servisse para engessar as atividades empresariais, impedindo que o contratado realizasse operações negociais. Além disso, não se pode olvidar que a realização de operações societárias – a exemplo da transferência da concessão ou controle societário – pode, inclusive, contribuir para o incremento da qualidade dos serviços prestados à Administração Pública. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o cedente transfere a prestação objeto do contrato para um cessionário que esteja em melhores condições financeiras, ou que detenha maior expertise em determinado setor econômico”. (FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015, p. 171).

público, só poderá ser deferida pelo Poder Concedente se não acarretar modificações nas condições contratuais vigentes, tampouco prejuízos à prestação dos serviços públicos, do que se depreende a constitucionalidade da alteração subjetiva dos contratos de concessão.

4. DA DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO E DE SUA CONSEQUENTE CONSTITUCIONALIDADE

Ao contrário da hipótese da subconcessão, na qual a lei previu expressamente a obrigação de licitar (art. 26, §1º da Lei Federal nº 8.987/95)²⁹, não há qualquer menção a este respeito em relação à transferência da concessão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa tal diferença de tratamento, fazendo as seguintes ponderações:

Quanto à transferência da concessão, a Lei nº 8.987 quase nada estabelece. Sabe-se que a transferência significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências da Lei nº 8.987, expressas no art. 27, são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.³⁰

Com efeito, a Lei Federal nº 8.987/95 não previu a necessidade de licitação (concorrência) para a hipótese de transferência da concessão. Ao contrário, exigiu-se, apenas, em seu artigo 27, a anuência do Poder Concedente e que o pretendente atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, além do compromisso a cumprir todas as cláusulas em vigor.

29 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.

30 DI PIETRO, op. cit., p. 113.

A lei atribuiu um caráter privado à negociação relativa à transferência da concessão, não inserindo o Poder Concedente em um papel ativo como prospectador ou condutor da transferência, mas em um papel passivo, de recebimento da proposta de ato negocial, avaliando, exclusivamente, a viabilidade técnica e econômico-financeira de continuidade da concessão com a nova concessionária.

Não obstante, há acirrada discussão quanto à (in)constitucionalidade do tratamento dado pelo legislador federal para a transferência de concessão, haja vista o silêncio relatado quanto à exigência de prévia concorrência.

Demonstram-se contrários à inexigibilidade de licitação para a transferência de concessão, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com tais autores, a possibilidade de realizar a transferência da concessão, sem licitação, afrontaria o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, o qual exige licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos³¹.

De outro lado, diversos autores demonstram-se favoráveis à constitucionalidade do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95 e, conseqüentemente, à hipótese de transferência da concessão, sem licitação.

Eurico de Andrade Azevedo, por exemplo, destaca inicialmente que a longa duração dos contratos de concessão pode fazer com que a situação empresarial do concessionário sofra drásticas alterações, vindo a ser conveniente ao interesse público uma transferência da concessão. Segundo o autor,

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 concessão³².

31 DI PIETRO, op. cit.; MELLO, op. cit.

32 AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **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. 111.

Jacinto Arruda Câmara demonstra, com maestria, as razões pelas quais o legislador não impôs o dever de licitar, novamente, na hipótese da transferência da concessão:

Parece exagerado enxergar na transferência da concessão uma burla ao dever de licitar. O contrato direta ou indiretamente transferido foi fruto de processo licitatório. Suas condições refletem o resultado de uma disputa e contratação da melhor proposta obtida pelo poder concedente, de acordo com os critérios fixados na ocasião. Transferir esse contrato, portanto, não deixa de ser a preservação do resultado do processo licitatório.

Supor que para substituir a figura da concessionária (ou de seus acionistas) seja necessário extinguir o contrato licitado e em vigor para, a partir daí, abrir nova licitação, significa dar muita ênfase aos interesses de outros possíveis pretendentes. Não parece ser esse o objetivo da exigência de licitar. Tendo havido licitação regular, com resultado satisfatório ao interesse público e em pleno vigor, não há por que abrir mão do contrato, para iniciar novo certame. Em situações tais, o respeito ao dever de licitar estará atendido preservando o resultado da licitação já realizada e cujos efeitos, mediante a transferência do contrato ou do controle da concessionária, serão objetivamente preservados.³³

Rafael Vêras de Freitas também critica o entendimento de que seria necessária uma nova licitação em caso de transferência da concessão, citando, inclusive, dispositivo de lei espanhola no mesmo sentido:

Tal entendimento comporta críticas, vez que, em razão da manutenção da base objetiva do negócio jurídico, o requisito da realização de prévio procedimento licitatório já restou atendido por ocasião da seleção do concessionário originário. No mais, a transferência de controle configura celebração de contratos privados, uma das prerrogativas

33 NOHARA; CÂMARA, op. cit., p. 459. Arnaldo Wald também entende possível a transferência de uma concessão de serviços públicos sem a realização de licitação. Segundo o autor, a obrigação constitucional de licitar é devidamente cumprida quando da outorga da concessão. Desta forma, não haveria obrigação de se realizar nova licitação uma vez que o dever constitucionalmente imposto de licitar já teria sido devidamente cumprido quando da outorga original da concessão. (WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 146).

do desenvolvimento da atividade empresária e que não seria sequer lícito, por se tratar de hipótese de inviabilidade de competição, prevista no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

É evidente que a transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de se tratar da veiculação de um serviço público, só poderá ser deferida pelo Poder Concedente, desde que não acarrete modificações nas condições originalmente por ele contratadas, tampouco prejuízos à prestação dos serviços públicos. Esse raciocínio não é uma peculiaridade brasileira, estando consignado, por exemplo, no artigo 226 da Lei de Concessão de Serviço Público Espanhola, *in verbis*, que:

*Art. 226. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.*³⁴

A velocidade e a complexidade do mundo atual, materializadas nas relações empresariais, exige que o Direito Administrativo seja dinâmico e não fique limitado por antigos dogmas.

Da redação do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o qual prevê que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, é possível entender que (i) a legislação pode prever casos em que não seja necessária (ou mesmo recomendável) a realização de licitação pública, tal qual fez o legislador no artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, e que (ii) a licitação é exigida para a contratação, e não para as providências decorrentes ou derivadas de tal ato original, tal qual a transferência da concessão, em que são mantidas todas as condições contratuais inicialmente licitadas.

Assim, a Constituição exige licitação apenas para a outorga inicial da concessão de serviços públicos, conforme já fundamentado acima, não existindo prejuízo ao interesse público na troca do sujeito passivo contratado, dado que o conteúdo do contrato, já licitado, será mantido.

³⁴ FREITAS, 2015, p. 176.

A razão prática para exigir licitação para a subconcessão (art. 26, §1º da Lei Federal nº 8.987/95), e não para a transferência do controle acionário ou da cessão do controle acionário (art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95), é que, na primeira hipótese, cabe aos interessados (Poder Concedente, mediante sua autorização, e concessionário original, mediante sua concordância com os termos da subconcessão, já que ela não pode ocorrer contra sua vontade) definir os termos da subconcessão.

Neste cenário, será iniciada uma relação jurídica com condições completamente novas, sendo de rigor, portanto, realizar um novo procedimento licitatório para que se busque a proposta mais vantajosa à Administração.

Não por acaso o legislador, na hipótese de subconcessão, dá abertura para que sejam estabelecidos outros requisitos de habilitação no futuro edital (é prevista apenas a necessidade de realização de “concorrência”, não havendo menção à eventual “observância dos requisitos já previstos em edital”), já que não é possível saber, de antemão, no momento da celebração da concessão originária, qual será a parcela do objeto concedido que possivelmente será subconcedida, bem como as demais características da subconcessão.

Já no caso da transferência ou da cessão do controle acionário, não existe a criação de uma nova concessão. Aqui se pressupõe que as regras contratuais, por já terem sido licitadas, são de amplo conhecimento de todos e resultantes da melhor proposta oferecida em processo licitatório, cabendo às partes futuras apenas assumi-las e honrá-las. Não há interesse da Administração em buscar “a proposta mais vantajosa”. Isso já ocorreu em momento pretérito. Por tais razões não existe a necessidade de licitar novamente.

Na transferência, portanto, compete ao concedente apenas assegurar que os novos entrantes tenham condição de assumir o contrato (“atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”) e se comprometam a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, decorrente da licitação já realizada quando da outorga da concessão, sendo os termos contratuais (e o próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato) estabelecidos no momento de sua assinatura.

Quando um contrato é cedido, ele permanece inalterado em seu conteúdo: todos os direitos e obrigações das partes se mantêm na forma resultante da licitação. O mesmo acontece quando se transfere o controle da concessionária: mudam os controladores, mas o conteúdo do contrato licitado se mantém.

Pouco importa se a transferência é do contrato ou do controle de concessionária: em ambas já houve licitação, cumpriu-se o art. 175 da Constituição e as obrigações contratuais continuarão idênticas. A diferença é só de forma, não de substância.

Por tais razões, quando o legislador entendeu ser necessária a licitação, assim o fez expressamente, como no caso da subconcessão (art. 26, §1º da Lei 8987/95)³⁵.

Este também é o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Consultados os precedentes destas Cortes de Contas, nota-se que não foi exigida nova licitação na hipótese de transferência de concessões ou em outras situações de alterações subjetivas contratuais.

O Tribunal de Contas da União, analisando consulta feita pelo então Ministério dos Transportes em relação ao contrato administrativo celebrado sob a égide da Lei de Licitações, respondeu ao consulente que, nos termos do artigo 78, incisos VI e XI, da Lei Federal nº 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

35 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.

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;³⁶

Ainda que tal consulta trate de contrato administrativo comum, celebrado sob a égide exclusiva da Lei Federal nº 8.666/93, é razoável pressupor que a posição supramencionada também se aplique à possibilidade de transferência de concessão.

Se o TCU consentiu com a viabilidade jurídica da alteração subjetiva de um contrato administrativo decorrente de cisão, incorporação ou fusão, desde que observadas as condições elencadas acima, com mais razão o Tribunal deve entender juridicamente possível a transferência da concessão, tendo em vista a existência de previsão legal expressa e os entendimentos doutrinários já destacados.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao analisar a transferência de concessão outorgada pela Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista, com o objeto de exploração do serviço público de transporte

36 CONSULTA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SUBJETIVA DE CONTRATO CUJA CONTRATADA PASSOU POR CISÃO, INCORPORAÇÃO OU FUSÃO. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EM EDITAL, MANTIDAS AS DEMAIS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ACÓRDÃO 1.108/2003-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. RESPOSTA AFIRMATIVA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO. Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato. (TCU, Acórdão nº 634/2007, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, Data da Sessão: 18/04/2007).

coletivo urbano de passageiros, também não viu óbices à inexistência de procedimento licitatório, conforme se extrai do julgado proferido em sede do TC-000930/003/2000³⁷.

Logo, denota-se que tanto a doutrina administrativista mais moderna quanto a jurisprudência dos Tribunais de Contas entendem pela constitucionalidade da transferência de concessão, prevista no artigo 27, da Lei nº 8.987/95, existindo razões jurídicas suficientes para fundamentar e justificar a ausência do dever de licitar previamente à transferência, uma vez que a proposta mais vantajosa, já selecionada pela Administração mediante procedimento licitatório, obrigatoriamente deve ser mantida pelo futuro concessionário.

5. DO JULGAMENTO DA ADI Nº 2946 PERANTE O STF

A despeito do debate doutrinário e da opinião exposta, importa apontar que, no âmbito judicial, a Procuradoria-Geral da República ingressou em 2003 com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 2946), sustentando, em síntese, que a transferência da concessão sem licitação seria inconstitucional.

Para combater a eficácia do artigo 27 da lei impugnada, a Procuradoria-Geral da República invocou o artigo 175 da Constituição Federal, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O Exmo. Ministro Dias Toffoli, relator da ação, e o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, que seguiu integralmente o voto, inicialmente deram provimento parcial ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo. Para eles, a transferência da concessão não poderia ocorrer, pois a “nova” concessionária não teria se submetido ao processo de licitação.

Já a transferência do controle acionário, na opinião dos Ministros, não violaria a exigência constitucional de certame, uma vez que a pessoa jurídica continuaria sendo a mesma da época em que a concessão foi licitada.

37 TCESP, Segunda Câmara, TC-000930/003/2000, Rel. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Julg. 01/02/2011.

O voto do relator entendeu que as cessões de contratos de concessão, embora sempre admitidas em nosso Direito e previstas expressamente nas leis atuais, na verdade seriam ilícitas por contrariarem o resultado das licitações feitas quando das outorgas. O dever de licitar (art. 175 da CF) seria incompatível com a posterior autorização para transferir concessões já licitadas.

O relator, talvez desconhecendo a modelagem jurídica da maioria das concessões, aparentemente não se atentou para a usual exigência de criação de uma sociedade de propósito específico (obrigatória para as parcerias público-privadas e facultativa nas concessões comuns), a ser criada posteriormente ao resultado da licitação e antes da assinatura do contrato de concessão, para figurar na qualidade de Concessionária.

Logo, ao contrário do raciocínio exposto inicialmente pelo Exmo. Ministro Dias Toffoli, a transferência do controle acionário pode, no limite, implicar na troca integral das empresas participantes do certame licitatório, desde que, tal qual na hipótese da transferência da concessão, sejam atendidas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como haja o comprometimento de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor³⁸.

A igualdade de requisitos, bem como a própria previsão no mesmo artigo, dos institutos jurídicos da transferência de concessão e de transferência do controle acionário, não foi sem razão. Na prática elas servem para o mesmo fim: possibilitar a continuidade da execução contratual, conservando-se as condições originariamente licitadas.

Após ser suspenso por um pedido de vista do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi retomado. Em seu voto vista, o Ministro fixou como premissa interpretativa que a exigência constitucional de licitação deve ser interpretada como garantia institucional de

38 Embora o presente artigo se limite a expor o caso da transferência da PPP da Linha 6, a transferência de controle acionário de SPÉs é providência comum, tendo ocorrido diversas vezes no próprio Estado de São Paulo. No âmbito da ARTESP, por exemplo, foram muitas as trocas de controle acionário, sendo que a própria CCR, que hoje é a concessionária de diversas rodovias como Autoban, ViaOeste e SPVias, não foi a empresa originalmente vencedora da licitação.

valores caros à República – como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência –, cujos contornos são conformados pelo legislador ordinário, com ampla margem de atuação e tendo em vista a dinamicidade das situações alcançadas pela normatização.

Extraíu, então, três conclusões:

- (a) cabe ao legislador ordinário estabelecer as condições da concessão de serviços públicos à iniciativa privada; (b) essa conformação legislativa deve contemplar a exigência constitucional de licitação; e (c) o texto constitucional silencia quanto à transferência dos contratos ou do controle societário das pessoas jurídicas contratadas³⁹.

Segundo o Ministro, a necessidade de garantir regularidade e continuidade à prestação de serviços no âmbito de contratos complexos executados em ambiente de mercado reconhecidamente dinâmico ensejou a criação de normas específicas para transferência dos contratos de concessão. Nessa linha, a Lei nº 8.987/1995 dissociou, quanto à exigência de licitação, as situações de outorga inicial da concessão daquelas de transferência do contrato de concessão, permitindo que o próprio mercado acomode, ao longo da vigência do contrato, desafios e percalços na prestação dos serviços públicos, sem a necessidade de declaração da caducidade da concessão e realização de nova licitação.

O Ministro Gilmar Mendes continuou seu voto afirmando que o legislador ordinário exigiu, para a transferência do contrato ou alteração do controle societário da concessionária, apenas a anuência do Poder Concedente, sem impor a realização de nova licitação posto que, de fato, é no momento da outorga inicial da concessão que são delimitados os termos da prestação pelo particular dos serviços públicos. Uma vez que na transferência do contrato de licitação já foram integralmente delimitadas as obrigações das partes, inclusive em relação à remuneração do particular e às condições de execução da avença, não seria necessária a licitação na forma do art. 175 da Constituição.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

39 Voto, p. 15.

É inequívoco que a transferência do contrato, nos moldes preconizados pelo dispositivo impugnado, não implica direito do concessionário à cessão de sua posição contratual, mas, sim, prerrogativa de o Poder Público anuir ao negócio jurídico modificativo, desde que atendidos pressupostos técnicos e integralmente cumprido o contrato em vigor.⁴⁰

Ressaltou, ainda, a necessidade de a jurisdição constitucional conferir parâmetros seguros e substantivos para a formulação e execução de políticas públicas complexas.

Por fim, votou pela improcedência do pedido formulado na ADI 2946, tendo considerado que

é forçoso reconhecer que, diversamente da outorga inicial do contrato de concessão, que pressupõe a realização de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a transferência da avença para novo concessionário ou a alteração do seu controle societário, nos termos do art. 27 da Lei 8.987/1995, prescinde do implemento de novo certame⁴¹.

De fato, a possibilidade de transferência de contratos de concessão, sem a necessidade de relicitação, consiste em mecanismo relevante de atuação da Administração Pública, inclusive para tutela e máxima satisfação de valores constitucionais relevantes, como a eficiência, continuidade dos serviços públicos e proteção ao erário.

A lucidez e precisão do voto do Ministro Gilmar Mendes fizeram com que o Ministro Dias Toffoli alterasse seu voto inicialmente proferido, de forma que ao final a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do artigo 27 da Lei de Concessões e consequentemente pela improcedência da ADI 2946.

6. DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO: O CASO DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO

A concessão da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo é um caso emblemático no qual a transferência de contrato de concessão foi a solução mais adequada ao atendimento do interesse público.

40 Voto, p. 23.

41 Voto, p. 31.

Tendo por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação, manutenção e expansão, o Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013 foi firmado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária Move São Paulo S.A. em 18 de dezembro de 2013, prevendo, em síntese, um prazo de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, ao longo do qual ocorreria a implantação da obra (Fase 1), em prazo estimado de 6 (seis) anos, a partir da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, e a operação comercial do serviço público de transporte de passageiros na Linha 6 (Fase 2), em um prazo estimado de 19 (dezenove) anos.

Emitida a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão” em 19 de maio de 2014, o Contrato foi regularmente executado até 13 de maio de 2016, momento no qual a então Concessionária, Move São Paulo S.A., apresentou pedido de prorrogação do prazo para cumprimento de sua obrigação de obter o contrato de financiamento de longo prazo (Cláusula 8.1.38⁴²).

Em razão da não obtenção do financiamento de longo prazo, a Concessionária notificou o Poder Concedente, em 2 de setembro de 2016⁴³, de sua decisão unilateral de paralisar integralmente as obras de implantação da Linha 6, quando já havia sido concluído cerca de 10% da Fase 1 da Concessão, protocolando, no mesmo momento, um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de cerca de R\$ 1,7 bilhão em decorrência, em síntese, de atrasos na liberação das áreas a serem desapropriadas⁴⁴.

42 8.1.38 Apresentar ao PODER CONCEDENTE, no prazo de 6 (seis) meses, contado da data do início do prazo de vigência da CONCESSÃO, (i) os instrumentos jurídicos que assegurem o cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, relativos a obras civis e, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, (ii) aqueles relativos ao fornecimento de trens e sistemas, devendo ser incluído (iii) o(s) contrato(s) de financiamento firmado(s) junto a instituições financeiras nacionais ou internacionais ou outros documentos formais, que comprovem a disponibilidade de recursos próprios e/ou de terceiros para arcar com as obrigações assumidas relativas ao CONTRATO;

43 Carta MSP 216/2016.

44 O risco contratual pela demora na liberação das áreas a serem desapropriadas é do Poder Concedente, nos termos da Cláusula 37.5, *in verbis*:

Cláusula 37.5 Desde que atendidos os itens 4.1.3.1 e 37.5.2.1, os prejuízos efetivos decorrentes do atraso na imissão de posse dos imóveis que afetem o cronograma estabelecido no Plano de Desapropriação, Ocupação Temporária e Servidão Administrativa serão suportados pelo PODER CONCEDENTE, quando a CONCESSIONÁRIA não tenha concorrido para o atraso.

Dado tal contexto de dificuldades financeiras, a Concessionária passou a descumprir diversas obrigações contratuais, resultando na aplicação de diversas multas contratuais por parte do Poder Concedente.

Decorridos mais de 2 (dois) anos desde a paralisação integral das obras e após diversas tentativas por parte da Concessionária de buscar uma solução empresarial para a transferência da concessão ou do controle acionário da SPE, prospectando, sem sucesso, potenciais interessados na assunção do empreendimento em substituição aos acionistas da Concessionária, o Poder Concedente, diante da ausência de perspectivas de retomada das obras e continuidade da concessão, viu-se obrigado a abrir o procedimento de decretação de caducidade.

Aberto o procedimento de caducidade, foi constatado, inclusive com base em documentos expedidos pelo BNDES e em auditoria realizada pelo TCU⁴⁵, que o financiamento de longo prazo não foi obtido pela Concessionária em razão do risco reputacional de seus acionistas controladores, bem como em decorrência da existência de fundada dúvida em relação à saúde financeira de tais empresas, envolvidas diretamente na Operação Lava Jato.

Comprovada a culpa da Concessionária pela paralisação completa das obras, além da ausência de perspectivas concretas de continuidade do empreendimento, não restou alternativa ao Poder Concedente que não fosse declarar a caducidade da concessão, o que ocorreu por meio da publicação do Decreto n.º 63.915, de 12 de dezembro de 2018.

Porém, a necessidade de estabelecer um prazo de transição para a assunção do objeto concedido pelo Poder Concedente, bem como de preparação do Estado para iniciar a execução de atividades então de responsabilidade da Concessionária, fez com que a decretação de caducidade fosse feita sob condição suspensiva, de forma que os efeitos da caducidade fossem postergados inicialmente para 13 de agosto de 2019.

Não obstante todas essas intercorrências, o projeto continuava economicamente viável, despertando interesse da iniciativa privada.

Durante o período de realização das providências finais para o encerramento do contrato de concessão, a então Concessionária Move

45 Acórdão n.º 628/2018, proferido nos autos do TC 024.399/2016-7.

São Paulo S.A. comunicou o Poder Concedente a respeito de uma proposta vinculante de aquisição integral de suas ações da Concessionária Move São Paulo, feita por um grupo empresarial interessado – o que, em tese, seria suficiente para a obtenção de financiamento de longo prazo junto ao BNDES e, conseqüentemente, para a retomada da obra –, o que levou o Estado a prorrogar o prazo inicial de produção dos efeitos da caducidade para 11 de novembro de 2019.

Como cediço, a caducidade apenas se justifica no cenário no qual não exista nenhuma alternativa ao Poder Concedente que não seja encerrar o contrato, tendo em vista que a manutenção do contrato de concessão e a conseqüente continuidade do serviço público concedido revela-se, geralmente, como a providência que melhor prestigia o interesse público.

Nesse sentido são os seguintes ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Deve ter-se em mente, ademais, que a caducidade acarreta a cessação da atividade do concessionário, do que podem derivar sérios problemas para a prestação do serviço público. Portanto, sempre deverá optar-se por alternativa que seja menos nociva. Se for viável a correção dos defeitos ou a superação dos obstáculos, dever-se-á insistir na manutenção da concessão – especialmente quando o motivo não se vincular direta e propriamente às condições de prestação do serviço.

[...]

A caducidade da concessão é, portanto, instrumento de realização do interesse público, muito mais do que via de punir o concessionário. A punição ao concessionário não traduz maior vantagem para o interesse coletivo. Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pelo concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição.⁴⁶

Logo, se havia alguma possibilidade de o projeto ser retomado, era dever do Estado tomar as medidas necessárias para tanto,

46 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 593-594.

por exemplo, prorrogar a data para concretização dos efeitos da caducidade. Não obstante, a negociação não se concretizou em razão da ausência de demonstração da capacidade financeira do grupo.

Retomadas as providências para o encerramento do contrato de concessão, a Move São Paulo S.A., antes do prazo previsto para a eficácia da caducidade, apresentou ao Poder Concedente a documentação da empresa Acciona Construcción, requerendo uma análise preliminar com vistas a uma futura anuência prévia por parte do Poder Concedente, conforme exigido pelo artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95⁴⁷.

Porém, a empresa interessada consignou que, dado o envolvimento das acionistas da Move São Paulo S.A. na Operação Lava Jato, o interesse na assunção da PPP da Linha 6 pressupunha a sua transferência, de forma que a mera troca do controle acionário, ainda que com a troca integral dos acionistas da então Concessionária, não era de interesse da empresa Acciona Construcción⁴⁸.

Analizada tal documentação, ainda que de forma preliminar, constatou-se que a empresa interessada teria hígidez empresarial, demonstrando possuir condições de obter futuramente, por parte do Poder Concedente, a anuência prévia necessária à transferência da concessão ou para a aquisição do controle acionário da SPE Concessionária Move São Paulo S.A., razão pela qual decidiu-se por uma nova prorrogação do prazo de início dos efeitos da caducidade, para 9 de fevereiro de 2020, de forma a possibilitar a conclusão das negociações.

Em 4 de fevereiro de 2020, a Concessionária Move São Paulo S.A. informou ao Poder Concedente que as negociações para a transferência

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

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

- I – atender às 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.

48 Tal postura da Acciona era justificada pela tentativa de evitar eventual responsabilização da pessoa jurídica da Concessionária Move São Paulo S.A., já sob o seu controle acionário, em razão de quaisquer eventuais ilícitos ocorridos anteriormente, ainda que desconhecidos naquele momento, notadamente em face da lei anticorrupção, ante o envolvimento de sua principal acionista (Novonor, ex-Odebrecht) na Operação Lava Jato.

da concessão da Linha 6 se encerraram de forma frutífera, tendo sido formalizado um Instrumento de Cessão com a SPE Linha Universidade Participações S.A., composta pelas empresas Acciona Construcción S.A. e Acciona do Brasil Ltda, motivo pelo qual se solicitou a anuência prévia do Poder Concedente para a operação, conforme previsto no artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95.

À época, o Poder Concedente, antes de decidir a respeito do pleito da Concessionária Move São Paulo S.A., analisou cada uma das alternativas possíveis de serem adotadas pelo Poder Concedente, quais sejam: (i) manutenção da viabilidade técnica e financeira do Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, resgatando suas condições originais especialmente quanto aos prazos de implantação do empreendimento e retomada das obras, saneados os fatos que motivaram a sua paralisação, com a entrada de novos acionistas ou a transferência da concessão; ou (ii) efetivação dos efeitos da caducidade, com o encerramento formal do contrato, pagamento da indenização provavelmente devida à Concessionária e a assunção do serviço e dos bens reversíveis (áreas desapropriadas e canteiros de obras, em síntese) pelo Poder Concedente, bem como a consequente decisão de buscar novamente a entrega do serviço público à população por meio das seguintes opções: (a) execução das obras e posterior operação integralmente pelo Estado, (b) execução da obra pelo Estado e posterior delegação do serviço de operação, ou (c) delegação da execução de obra e serviço, nos moldes do Contrato de Concessão em vigência.

Com base em tal análise, demonstrou-se, à época, que a manutenção do contrato de concessão geraria um ganho ao Estado (i) de R\$ 2,9 bilhões, em relação ao cenário de encerramento contratual e retomada do empreendimento pelo Poder Público, (ii) de R\$ 2,5 bilhões, em relação à hipótese de extinção contratual e retomada do projeto, com implantação da Linha 6 por meio de contratações com fundamento na Lei nº 8.666/93 e futura operação privada, por meio de concessão, e (iii) de R\$ 1,8 bilhões, em relação à hipótese de extinção contratual e retomada do empreendimento exclusivamente por um parceiro privado, por meio de uma nova PPP integral, tal qual a presente concessão patrocinada.

Ademais, reconheceu-se à época que, muito embora o Poder Concedente pudesse prosseguir com a caducidade da concessão,

o encerramento do atual contrato levaria (i) à necessidade de assunção da posse e da responsabilidade de guarda e conservação de toda a infraestrutura instalada (áreas desapropriadas e canteiros de obras, alguns com escavações já realizadas), com as dificuldades inerentes a tal situação, (ii) à necessidade de assunção dos vultosos custos com a manutenção dos canteiros e da integridade e segurança das obras e imóveis desapropriados ao longo de todo o período, até a transferência de sua posse à empresa contratada para a retomada do empreendimento, (iii) à assunção dos riscos inerentes à complexidade do encerramento da concessão, definindo-se os bens que seriam tidos por reversíveis e sua precificação, bem como os critérios de indenização, fatores estes passíveis de questionamento arbitral na hipótese de discordância da Concessionária, (iv) à inevitabilidade de assunção dos riscos decorrentes de nova(s) licitação(ões), correndo tanto os riscos ordinários de tal escolha (eventuais impugnações judiciais e em órgãos de controle, risco da licitação ser deserta, risco de obter uma contratação em piores condições comparadas àquelas atualmente existentes, etc), quanto os riscos decorrentes dos litígios (judicial e arbitral) então existentes contra a atual Concessionária, e (v) às implicações econômicas e sociais da disponibilização à população do serviço público em questão em tempo significativamente superior, dado que, de acordo com a experiência prática da Administração, uma nova licitação do porte necessário à implantação da Linha 6 do Metrô, com todas as dificuldades inerentes à modelagem de uma obra de grande complexidade já executada parcialmente e paralisada antes do seu término, não seria finalizada em menos de 27 (vinte e sete) meses.

Logo, com base nas informações produzidas pelo Poder Concedente, restou comprovado que seria mais vantajoso ao interesse público manter a vigência do Contrato de Concessão, inclusive em razão dos benefícios sociais decorrentes da entrega da obra em prazo menor, em comparação com o cenário de eficácia dos efeitos do decreto de caducidade e consequente encerramento formal do contrato.

Demonstrada a vantajosidade na manutenção da concessão, coube ao Poder Concedente adotar as cautelas necessárias para gerar os incentivos adequados para que, em situações futuras, outras Concessionárias não incorressem em riscos contratuais alocados a elas acreditando que,

diante da perspectiva de caducidade da concessão, o Estado optaria por reestruturar o contrato e assumir o impacto do evento.

Naquele cenário, o Poder Concedente condicionou a transferência de concessão (i) ao saneamento das pendências então existentes, (ii) à diminuição do risco de o Estado ser compelido a pagar qualquer valor decorrente de fatos pretéritos relacionados à Concessionária Move São Paulo S.A., e (iii) à criação das condições mínimas necessárias a uma rápida retomada das obras de implantação da Linha 6, bem como ao cumprimento integral das obrigações contratuais por parte da futura Concessionária, dentre as quais, a efetiva possibilidade de obtenção do financiamento de longo prazo necessário para a retomada das obras.

Buscando atingir tais objetivos, exigiu-se, como providências necessárias à transferência da concessão, primeiramente o pagamento integral das multas pela então Concessionária Move São Paulo S.A. já definitivamente aplicadas em decorrência de descumprimentos contratuais, de acordo com os cálculos considerados corretos pelo Estado.

Com tal providência buscou-se evitar que a Move São Paulo S.A., responsável pelo descumprimento contratual que levou à situação de paralisação das obras, deixasse de ter relação contratual com o Poder Concedente sem quitar todas as suas dívidas, dificultando a posterior cobrança de tais valores e possibilitando uma situação contrária ao interesse público.

Outrossim, exigiu-se que a então Concessionária desistisse das ações judiciais e arbitrais propostas em face do Poder Concedente, tendo em vista o montante dos valores envolvidos (R\$ 1,7 bi) e o risco existente de o Estado ser condenado.

Com efeito, o Estado ficaria em situação jurídica frágil ao permitir que a Move São Paulo, reconhecidamente culpada pela paralisação das obras de implantação da Linha 6, deixasse de ter relação contratual com o Poder Concedente e mantivesse pleitos bilionários contra o Estado, lançando enorme risco ao projeto da Linha 6 e ao próprio erário.

Por fim, exigiu-se que tanto a atual quanto a futura Concessionária e seus sócios renunciassem, reciprocamente, a quaisquer pleitos administrativos, judiciais e/ou arbitrais, em andamento ou futuros,

em razão de atos ou fatos relacionados ao Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, ocorridos em data anterior à futura assinatura do Termo Aditivo referente à transferência da concessão.

Da mesma forma, o Poder Concedente exigiu que a Move São Paulo, com a anuência da futura Concessionária, renunciasse às pretensões formuladas em todos os processos administrativos relativos ao contrato em trâmite perante a STM que tratem de pleitos indenizatórios ou que busquem o reconhecimento de direito a reequilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, exigiu-se que a Concessionária Move São Paulo, bem como os seus acionistas, renunciassem, integralmente e em caráter irrevogável e irretratável, a quaisquer pretensões, perante o Poder Concedente, relacionadas ao Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, de forma a nada mais poder vir a destes exigir em decorrência de possíveis inadimplementos contratuais no âmbito do Contrato da Linha 6.

Além de servir como paradigma para eventuais situações semelhantes, buscando-se evitar o risco moral de outras concessionárias futuramente paralisarem ou dificultarem a execução de contratos de concessão buscando uma situação mais favorável, a concretização de tais providências reforçou a vantagem da decisão de manter vigente o contrato de PPP da Linha 6 do Metrô, possibilitando que o Estado, dentro de uma lógica convencional, tivesse mais segurança para concordar com eventuais adaptações no contrato que, sem desnaturar a sua essência, fossem necessárias para a sua retomada.

A transferência da concessão, portanto, foi medida alinhada com o interesse público, pois permitiu, a um só tempo: (i) a integral substituição da Concessionária, eliminando os ônus causados à concessão pelas circunstâncias que envolviam o corpo acionário da Concessionária Move SP, pelos riscos reputacionais e financeiros que inviabilizaram a captação do financiamento de longo prazo; (ii) a viabilização da captação do financiamento necessária à retomada do empreendimento; (iii) a segurança do Poder Concedente no recebimento do valor das penalidades pecuniárias aplicadas à Concessionária Move SP; (iv) a desistência de pleitos administrativos e judiciais que, se julgados procedentes, poderiam ocasionar sério impacto financeiro ao erário estadual; e (v) a viabilização da entrega

à população, no menor prazo e no menor custo dentre as alternativas disponíveis ao Poder Concedente, de infraestrutura de transporte público capaz de atender mais de 680.000 passageiros por dia útil.

Assim, ficou demonstrado que a transferência da concessão, e a consequente manutenção do contrato de concessão, foi a providência mais vantajosa para o Poder Concedente, tendo em vista os custos, preços e prazos de cada alternativa disponível ao gestor público. De fato, tal medida foi a que (i) apresentou maior rapidez para a retomada das obras e o início da operação da Linha 6; e (ii) gerou maior valor econômico, quando comparado às alternativas de nova licitação.

Por fim, tendo a análise do Poder Concedente concluído que a documentação da cessionária, bem como de suas acionistas, atendia às exigências do edital, estando aptas, nestes aspectos, a assumir a transferência do contrato de concessão, cumprindo, portanto, os requisitos previstos nos incisos §1º do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, foi concedida a anuência prévia para a transferência da concessão.

O caso da transferência da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo demonstra, portanto, que tal providência e a consequente manutenção do contrato vigente pode ser a opção que melhor prestigia o interesse público consubstanciado, primordialmente, no benefício social, refletido na entrega da Linha 6 à população em menor prazo, além do benefício econômico-financeiro ao Governo do Estado de São Paulo.

7. DOS POSSÍVEIS MECANISMOS CONTRATUAIS PARA SOLUCIONAR SITUAÇÕES DE IMPASSE COMO A EXPERIMENTADA PELA PARALISAÇÃO DAS OBRAS DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO

Dada a situação de impasse experimentada com a paralisação das obras da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo, é salutar a formulação de cláusulas contratuais que, ao menos em tese, possam constituir instrumentos para evitar a interrupção dos serviços e das atividades delegadas à iniciativa privada mediante concessão, quando tal situação for superável por meio da transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária.

Uma primeira opção, para enfrentar tal situação, seria a venda ou troca acionária comandada pelos financiadores, na hipótese da assunção

do controle da Concessionária, em decorrência da assinatura de acordo tripartite entre Poder Concedente, Concessionária e financiadores.

A lógica aqui seria permitir que os financiadores, na hipótese de inadimplência da Concessionária, assumissem o seu controle, desde que mediante cumprimento prévio dos requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal aplicáveis, solicitando posteriormente ao Poder Concedente a venda da concessão por meio da sua transferência ou a troca acionária, podendo ser configurada, ao final, a substituição do controle acionário da Concessionária ou não.

Esta foi a solução adotada pelo contrato de concessão das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda de Trens Metropolitanos, anteriormente operada pela CPTM, nos termos de sua Cláusula 47.1, inciso IV:

47.1 Nos termos do ACORDO TRIPARTITE, caso este venha a ser celebrado, será facultado aos FINANCIADORES adotar, à sua escolha, qualquer uma das seguintes medidas, nas hipóteses previstas no ACORDO TRIPARTITE, e sem prejuízo das condições ali apontadas e da observância à legislação vigente:

(iv) solicitar a transferência da CONCESSÃO ou do CONTROLE da CONCESSIONARIA.

Uma segunda opção seria permitir a extinção da concessão, de comum acordo, e sua consequente relicitação, desde que garantida a prestação dos serviços até a celebração de um novo contrato de concessão. Tal possibilidade, já admitida tanto pela Lei Federal nº 13.448/17 quanto pela Lei Estadual nº 16.933/19, foi adotada pela concessão do Aeroporto de Viracopos, nos termos da sua Cláusula 13.33:

13.33. A concessão poderá ser extinta por acordo entre Poder Concedente e Concessionária, em procedimento que garanta a continuidade da prestação dos serviços até a celebração de novo ajuste negocial para exploração das infraestruturas aeroportuárias.

Ainda com o mesmo objetivo, é possível prever a prerrogativa de o Poder Concedente extinguir o contrato de forma unilateral mediante a previsão de hipótese de rescisão unilateral ou *way out* quando descumprida alguma obrigação específica da Concessionária,

desde que garantida a continuidade da prestação do serviço público até a assinatura de um novo contrato de concessão, decorrente de um novo procedimento licitatório.

Por fim, dado que a prospecção de novos interessados para assumir uma concessão, quer mediante a transferência da concessão, quer mediante a assunção do controle acionário de uma concessionária, são medidas que, idealmente, devem ser conduzidas pela iniciativa privada e não pelo Estado. Não entendemos ser viável que o Poder Concedente possa, de forma contrária aos interesses da concessionária, ter a prerrogativa de determinar a transferência da concessão.

Ao contrário, compete ao Poder Concedente estabelecer os incentivos corretos para que a situação de caducidade ou descumprimento contratual grave seja, de alguma forma, desinteressante para os investidores da Concessionária, como o estabelecimento de multas pesadas na hipótese de caducidade ou a extensão da penalidade de inidoneidade para os acionistas diretos e indiretos da Concessionária.

Mais do que recomendável, esta última providência é necessária quando a concessionária se tratar de uma SPE. Dado que, nesta hipótese, a concessionária é criada com a finalidade exclusiva de prestar os serviços concedidos, se extinguindo com a própria extinção da concessão, é completamente inócua e sem qualquer efeito prático a aplicação de sanções obstativas do direito de contratar com o Poder Público, já que tal pessoa jurídica não pode, por definição, participar de outras licitações e contratações.

A SPE criada para figurar exclusivamente como concessionária, por constituir mera ferramenta para segregação contábil, patrimonial e de riscos relacionados à concessão, não tem existência econômica dissociada do contrato de concessão. Logo, não faz sentido exigir o cumprimento de requisitos ordinariamente exigidos para a desconsideração da personalidade jurídica e aplicação de sanção aos acionistas, como a demonstração de comportamento fraudulento ou confusão patrimonial.

Ademais, é essencial estabelecer mecanismos para garantir que, tanto para a Concessionária, quanto para os financiadores, a caducidade jamais seja melhor do que a continuidade da concessão, gerando os

incentivos corretos para que ambos atuem para evitar a caducidade, buscando alternativas para a continuidade do projeto.

Dentre tais possíveis mecanismos, o mais importante é estabelecer cláusulas contratuais que, ao disciplinarem as formas de encerramento contratual e as respectivas formas de cálculo da indenização correspondente, necessariamente estabeleçam regras que indiquem, em qualquer cenário, ser a indenização em decorrência da caducidade inferior à perspectiva de rentabilidade com a continuidade da concessão.

8. CONCLUSÃO

Analisamos o instituto da transferência de concessão, previsto no artigo 27 da Lei nº 8.987/95, e vimos a sua essencialidade para os contratos de concessão.

Com efeito, determinar que apenas a empresa vencedora da licitação ou seus acionistas devam obrigatoriamente executar um contrato incompleto por natureza, de grande complexidade, que envolve vultosos investimentos a serem amortizados em décadas, é desconsiderar a realidade econômica e empresarial na qual estes ajustes estão inseridos.

Além disso, ficou demonstrada a constitucionalidade da transferência da concessão, independentemente de nova licitação, sem que tal providência viole, em qualquer medida, o dever de licitar previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Não são necessárias teorias sofisticadas para demonstrar o óbvio: o importante para o Poder Concedente é a manutenção da proposta comercial oriunda do procedimento licitatório e que o serviço público seja bem prestado à população, por uma pessoa jurídica com qualificação necessária à perfeita execução do contrato.

A transferência de uma concessão ou do controle acionário da concessionária são atos empresariais tão comuns quanto fusões, cisões e incorporações, razão pela qual não faz nenhum sentido entender pela constitucionalidade destas últimas providências e pela inconstitucionalidade das primeiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 13, n. 156, dez. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Concessões de serviços públicos: Comentários às Leis nºs 8.897 e 9.074, de 1995.** São Paulo: Dialética, 1997.

FILHO, Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Admissão de Atestados de Subcontratada Nomeada nas Licitações para Concessão de Serviços Públicos. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-130, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PETROBRAS. **Novos caminhos**. Brasília, DF: 2020. Disponível em: <https://novoscaminhos.petrobras.com.br/a-petrobras-esta-sendo-desmontada-ela-parou-de-crescer-e-investir>. Acesso em: 2 fev. 2022.

ODEBRECHT conclui venda da Supervia e da Rota das Bandeiras. **G1**, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/29/odebrecht-conclui-venda-da-supervia-e-da-rota-das-bandeiras.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ODEBRECHT conclui venda por R\$ 2,9 bilhões de divisão ambiental. **Jornal do Comércio**: O Jornal de economia e negócios do RS, Farroupilha, 26 abr. 2017. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html. Acesso em: 15 ago. 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33297>. Acesso em: 21 nov. 2021.

VALENTI, Graziella. Odebrecht vende concessões de rodovias no Peru. **TMA Brasil**, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/odebrecht-vende-concessoes-de-rodovias-no-peru>. Acesso em: 15 ago. 2022