

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Vinícius de Souza Costeira Leite**

**A constitucionalidade dos institutos da transferência de controle acionário de concessionária de serviço público e da transferência de concessão, presentes no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995.**

**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2022**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Vinícius de Souza Costeira Leite**

**A constitucionalidade dos institutos de transferência de controle acionário de concessionária de serviço público e da transferência de concessão, presentes no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995.**

**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a conclusão do Curso de Graduação, sob orientação do Prof. Dr. Jacintho Arruda Câmara.

**São Paulo**

**2022**

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico a conclusão do meu curso à minha família, em especial aos meus pais, José e Marlene, e minhas avós, Laurinda e Maria, que me proporcionaram a graduação e sempre estiveram ao meu lado durante as escolhas, desafios e experiências vividas ao longo do curso de direito. Lembro também de meus avôs Carolino (*in memoriam*) e Elias (*in memoriam*) que, sem sombra de dúvidas, ficariam muito contentes com esta conquista.

Agradeço também a meus amigos, sempre presentes no dia a dia e que tornaram ainda mais prazerosos e leves os cinco anos de convivência na PUC-SP.

Não poderia deixar de mencionar a minha gratidão a todos professores envolvidos em minha formação como bacharel, os quais, mesmo nos momentos de adversidade, como a pandemia enfrentada, mantiveram o padrão de qualidade das aulas.

Por fim, agradeço ao professor Jacintho Arruda Câmara, orientador do presente trabalho de conclusão de curso.

## RESUMO

A proposta deste estudo foi realizar a análise da constitucionalidade dos institutos da transferência de controle acionário de concessionária de serviço público e da transferência de concessão, previstos no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995. O trabalho teve como enfoque o Princípio da Licitação, consagrado especialmente no art. 175, caput, e no art. 37, XXI, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O exame de constitucionalidade, elaborado também ao prisma da República e dos demais princípios que disciplinam o regime jurídico de direito público, levou à conclusão da inconstitucionalidade da transferência de concessão sem a realização de novo procedimento licitatório. Por outro lado, julgou-se constitucional a operação que transfira o controle acionário de uma concessionária a um outro grupo.

**Palavras-chave:** Concessão; Transferência de Concessão; Transferência de Controle Acionário de Concessionária; Licitação; Serviço Público; Constitucionalidade

## ABSTRACT

The purpose of this study was to develop an analysis of the constitutionality of the institutes of transfer of shareholder control of a public service concessionaire and the transfer of a concession, as provided in article 27 of Federal Law No. 8.987/1995. To achieve this objective, the work was premised considering specially the Principle of Bidding, in accordance with articles 175 and 37, XXI, from Brazilian Constitution. The constitutionality was also examined based on the spirit of Republic and other principles associated with the legal system of public law. This work concludes that transfers of concessions without opening a new bidding procedure is unconstitutional and that the transfer of shareholder control of a concessionaire to another group is constitutional.

**Key words:** Concession; Transfer of Concession; Transfer of Concessionaire's Shareholder Control; Bidding; Public Service; Constitutionality

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	6
2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO REPUBLICANO .....	7
3. OS PRINCÍPIOS BASILARES DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO.....	15
4. O DEVER DE LICITAR E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	20
5. A LEI FEDERAL Nº 8.987/1995 .....	27
6. TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO .....	31
7. TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	39
8. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.946 .....	44
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

## 1. INTRODUÇÃO

Qualquer abordagem sobre a constitucionalidade dos institutos da transferência do controle acionário de concessionária de serviço público e da transferência de concessão, sem que se realize prévia licitação, deve necessariamente ser precedida de uma minuciosa análise.

Para tanto, faz-se essencial introduzir o teor constitucional relacionado à matéria, isto é, o como as normas e princípios que regem todo o ordenamento jurídico brasileiro respaldam ou reprovam tais possibilidades.

Desse modo, sabido que o objeto de estudo do presente trabalho está imerso no regime jurídico de direito público (ou administrativo), o capítulo inaugural abordará a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com ênfase no Princípio Republicano. Isso porque, como será visto ao longo da análise, trata-se do princípio norteador para todos os demais consagrados no texto constitucional, inclusive para o Princípio da Licitação – postulado nos arts. 37, XXI e 175, caput, da Constituição de 1988 – que, por óbvio, será constantemente tratado no presente trabalho.

Para tanto, como será tratado a seguir, é preciso primeiramente entender o contexto político e social que permeou a época vivida na instalação da Assembleia Constituinte que resultou, em 1988, na publicação e entrada em vigência da Constituição da República Federativa do Brasil.

## 2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO REPUBLICANO

Em fevereiro de 1987 foi instalada Assembleia Nacional Constituinte com o escopo de trazer, junto ao processo de redemocratização – visto que o Brasil enfrentou longos 21 anos sob ditadura militar (de 1964 a 1985) –, uma Constituição com teor mais garantista para os cidadãos em termos de direitos fundamentais e também com fortes traços de deveres prestacionais do Estado.

Para alcançar tal resultado trabalhou-se durante 20 meses, tendo sido garantida ampla abertura à participação popular, haja vista que durante cinco meses os cidadãos puderam contribuir de forma direta para a formação daquela que, justamente pelo caráter e teor citados, ficou conhecida como Constituição Cidadã:

Durante cinco meses, cidadãos e entidades representativas encaminharam suas sugestões para a nova Constituição. Cinco milhões de formulários foram distribuídos nas agências dos Correios. Foram coletadas 72.719 sugestões de cidadãos de todo o País, além de outras 12 mil sugestões dos constituintes e das entidades representativas.<sup>1</sup>

Tem-se assim que, formalizando definitivamente o fim da Ditadura Militar através da inauguração de um novo ordenamento jurídico – com ampla e clara separação dos poderes – e da chamada Nova República, a Constituição de 1988, desde o seu processo constitutivo, contou com ampla participação popular – fato que denota o seu caráter democrático e republicano frente ao período de mais de duas décadas em que Brasil viveu sob o vigor de um regime antidemocrático e autoritário.

A Constituição anterior, vigente a partir de 1967, apesar de ter aparência de promulgada, em verdade foi outorgada, uma vez que, mesmo tendo o Poder Executivo à época encaminhado ao Congresso Nacional – cujos parlamentares aprovaram a nova Lei Maior –, é fato sabido e notório que, em decorrência do Ato Institucional (AI) nº 1, baixado em 9 de abril de 1964, o Poder Legislativo ficou sob o controle e domínio dos militares:

Várias medidas do AI-1 tinham por objetivo reforçar o Poder Executivo e reduzir o campo de ação do Congresso. O presidente da República ficava autorizado a enviar ao Congresso projetos de lei que deveriam ser apreciados

---

<sup>1</sup> BRASIL. 30 ANOS da Constituição. Câmara dos Deputados. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2022.

no prazo de trinta dias na Câmara e em igual prazo no Senado; caso contrário, seriam considerados aprovados. Como era fácil obstruir votações no Congresso e seus trabalhos normalmente se arrastavam, a aprovação de projetos do Executivo “por decurso de prazo” se tornou um fato comum. Passou também para a competência do presidente da República a iniciativa de projetos de lei que viessem a criar ou aumentar a despesa pública.

As imunidades parlamentares foram suspensas, autorizando-se o Comando do Supremo da Revolução a cassar mandatos e a suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos. As garantias de vitaliciedade e de estabilidade, conferidas aos demais servidores públicos, foram suspensas por seis meses para facilitar o expurgo no serviço público.<sup>2</sup>

Sendo assim, a Constituição de 1967 foi um ordenamento que em termos fáticos foi imposto, revestido materialmente e formalmente de um caráter antidemocrático e antirrepublicano. Destarte, é evidente que a Carta Constitucional em comento refletia bem o momento afastado do espírito republicano em que o país se encontrava. Reflexo é o fato de que, apesar de manter o Federalismo uma das bases da forma de Estado, concedeu maiores poderes à União; e, mesmo conservando a realização de eleições, os votos para o cargo de Presidente da República, por exemplo, eram realizados de forma indireta.

Ademais, com o passar dos anos, a Constituição de 1967 foi sendo gradativamente emendada por atos institucionais do Poder Executivo, os quais foram gradativamente fechando o regime e limitando ainda mais as liberdades democráticas, o que acabou por consolidar o aparato repressor e antidemocrático do Regime Militar.

O Senado Federal define bem a Constituição de 1967 e a progressão dos impactos do regime militar e de seus atos institucionais nela inseridos:

Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados.

Essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares.

Um deles, o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do

---

<sup>2</sup> FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 257-258.

Congresso Nacional por quase um ano e o recesso dos mandatos de senadores, deputados e vereadores, que passaram a receber somente a parte fixa de seus subsídios.

Entre outras medidas do AI-5, destacam-se: suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do habeas corpus para os chamados crimes políticos; decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e autorização para intervenção em estados e municípios.<sup>3</sup>

Ante o exposto, passemos a analisar o conteúdo da Constituição de 1988, que, como será explorado adiante, tem estabelecido o Sistema Republicano como um de seus fundamentos e principais pilares – inclusive quanto aos demais princípios que dele decorrem e que a partir dele têm legitimidade perante todo o ordenamento jurídico.

A República, conceito derivado do latim *res publica* – que pode ser traduzido como “coisa pública” –, pressupõe a ideia de uma forma de Estado estruturada em função do povo, de modo a rechaçar desigualdades e privilégios no campo político, diferenciando-se fortemente, desde suas premissas, de sistemas como os aristocráticos, nos quais o poder político está concentrado em poucos. O conceito propriamente dito revela uma estrutura estatal baseada na soberania popular, como concluiu o eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

Portanto, o regramento jurídico não tem mais o caráter de preceitos impostos pelo "Príncipe", por uma autoridade externa ou estranha aos destinatários das regras e por isso estabelecida como instrumento de seus próprios desígnios. Passa a ser, reversamente, uma disciplina produzida em atenção, no interesse, e com vistas a produzir vantagens para os administrados, já agora concebidos como senhores últimos da coisa pública (*res publica*). Em suma: o título competencial para produção do direito muda fundamentalmente, pois seus produtores agem por representação.<sup>4</sup>

Para tanto, a República se estrutura através da compreensão de que todo o poder emana do povo – seja de forma direta ou indiretamente. Assim, diante da impossibilidade de que todas as decisões políticas, administrativas e legislativas contem com a participação de todos os cidadãos, é pressuposto da República que o povo eleja democraticamente representantes para que estes, em nome de toda a

---

<sup>3</sup> AGÊNCIA SENADO. *Constituições Brasileiras*. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 19 de setembro de 2022.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*. Revista de direito público, nº 65.

coletividade, exerçam tais funções de forma a invariavelmente tutelar o interesse público. Logo, representantes do povo estão proibidos de atuar em interesse próprio, já que não são titulares de tais direitos, devendo ser meros gestores dos interesses comuns a todos os cidadãos.

Apesar de notório e indiscutível, o Princípio Republicano está implícito em nossa Constituição de 1988. Não obstante, os efeitos dele decorrentes estão expressamente sedimentados dentre os princípios fundamentais do Estado Brasileiro, vide:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>5</sup>

Outra característica que importa destacar é o fato de que as Repúblicas Modernas têm como pressuposto a Tripartição dos Poderes<sup>6</sup>. O modelo, inicialmente desenvolvido pelo filósofo francês Montesquieu e que busca desconcentrar os poderes típicos do Estado em três órgãos dotados cada um de uma tipicidade executiva, tem indubitavelmente espírito republicano, pois busca avalizar com que “o poder contenha o poder” (ATALIBA. 1985, p. 20), garantindo assim uma estrutura formal sólida com vistas a dificultar a centralização do poder nas mãos de um eventual tirano.

Outro aspecto que se busca evitar com a desconcentração do poder estatal é o uso da máquina pública desprovida de fiscalização e controle popular – mesmo que indireto, já que o Congresso Nacional tem, por exemplo, o controle das contas do Poder Executivo como função atípica.

Ante o exposto, cabe elucidar que no Brasil a separação de poderes, grosso modo, caracteriza o Poder Executivo como aquele que tipicamente exerce a função administrativa, enquanto o Poder Legislativo atua na função legislativa e o Poder Judiciário é responsável pela função jurisdicional.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>6</sup> Sobre a Tripartição dos Poderes, Geraldo Ataliba assevera que: “Este é um postulado básico das repúblicas modernas. Tratar da tripartição do poder, em todos seus desdobramentos, é expor o regime republicano.”. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 1985. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, p. 25.

Considerando que a Constituição da República é, em tese, uma norma rígida e de difícil alteração, já que a aprovação de emendas a seu corpo exige a concordância da maioria absoluta dos parlamentares (em quórum favorável de três quintos em ambas as casas do Congresso Nacional e em duas sessões no Senado Federal e duas na Câmara dos Deputados), nota-se maior inflexibilidade ainda no que toca ao Princípio Republicano.

A República é atualmente pilar imutável do texto constitucional, uma vez que além de estruturar todo o sentido lógico e sistemático da Constituição, é cláusula pétrea implícita e, portanto, matéria que sequer pode ter flexibilização discutida no Congresso Nacional. A implicitude da petrificação do Princípio Republicano decorre do fato de, mesmo que não positivada dentre as cláusulas pétreas explícitas da Constituição, não há mais como alterar o Sistema Republicano senão pela via revolucionária, a qual exigiria a edição de um novo texto constitucional.

Cabe pontuar, no entanto, que eventual alteração já se fez possível mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, vistos dois institutos previstos nos artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Primeiramente, através do plebiscito realizado em 21 de abril de 1993, os cidadãos decidiram pela República Constitucional e pelo Presidencialismo como formas de Estado em detrimento, respectivamente, da Monarquia e do Parlamentarismo. Ademais, o instituto da revisão constitucional, também previsto no ADCT, não promoveu qualquer alteração quanto à matéria ora tratada, sedimentando a Constituição promulgada em 1988 e, por conseguinte, a República como forma de Governo no Estado brasileiro.

Há que se ponderar ainda que, tamanha é a relevância do teor republicano na Constituição que, mesmo não havendo expressa petrificação da matéria, a Lei Maior tratou de positivar como pétreas matérias intrínsecas ao Sistema Republicano de Estado, vide os incisos II e III do §4º do art. 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;<sup>7</sup>

Isso porque, além da separação dos poderes – já apresentada como característica fundamental do República –, também são basilares da “coisa pública” a garantia da eletividade e da periodicidade dos mandatos políticos, conforme leciona o eminente Professor Geraldo Ataliba: “A eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder.” (ATALIBA. 1985. p. 9).

Destarte, sabido que o modelo de Estado no Brasil, referendado diretamente pela população, é uma República Presidencialista, a eletividade e a periodicidade cumprem o papel de garantir a alternância de poder através do sufrágio universal popular, permitindo com que o Estado brasileiro seja sempre a “coisa pública”, ou seja, a representação dos anseios do povo e da tutela do interesse público, teor garantido pelo inciso II do §4º do artigo 60 da Lei Maior.

Reiterando a essencialidade do Princípio Republicano como diretriz vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro, resta claro que as normas e atos administrativos produzidos deverão, indubitavelmente, estar em harmonia com o republicanismo e com os princípios dele decorrentes, sendo estes aqueles que garantem a manutenção do Estado como a representação do poder emanado pelo povo. De tal sorte, os agentes públicos, enquanto no exercício da função pública, são meros administradores da coisa pública, estando vinculados, em seus atos administrativos, à expressão vontade da coletividade, verdadeira titular do poder.

Isto posto, é premissa para se analisar as normas infraconstitucionais brasileiras a compreensão de que nosso ordenamento jurídico deve ser entendido como todo único e com desencadeamento lógico coerente, sendo adequada a interpretação que considere o caráter sistemático do teor constitucional.

Não se trata de negar que o direito brasileiro – complexo e descentralizado em normas federais, estaduais, municipais e distritais –, como pressupõe o sistema federalista, não se depare em certas situações com antinomias em casos concretos. O ordenamento jurídico, no entanto, pressupõe um escalonamento hierárquico entre as normas jurídicas, característica que viabiliza a identificação de qual regra está mais

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

atinente ao teor constitucional em face do caso concreto, prevalecendo sempre a norma superior sobre uma de menor grau, a lei especial sobre a lei geral e a lei mais nova sobre a lei mais antiga.

Maior dificuldade se apresenta quando duas normas igualmente válidas e de mesmo grau colidem. Nessa hipótese, o entendimento acolhido é o de que deve prevalecer aquela que, como dito, esteja em maior conformidade com o teor constitucional, ou seja, que esteja de acordo com os princípios exarados pela Lei Maior.

Da Constituição de 1988, então, decorre um escalonamento hierárquico, no qual as normas inferiores deverão ser harmônicas aos limites formais e materiais impostos pela Lei Maior do país, já que buscam nela fundamento de validade.

Norberto Bobbio é preciso em identificar essa obrigatoriedade de observância:

Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, digamos, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, proíbe-o de editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão da liberdade religiosa. Os limites de conteúdo podem ser, portanto, positivos ou negativos, segundo a constituição imponha ao legislador ordinário editar normas em uma determinada matéria (mandamento de mandar), ou então o proíba de editar normas numa determinada matéria (proibição de mandar, ou mandamento de permitir). Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade. Quanto aos limites formais, estes são constituídos de todas aquelas normas da constituição que prescrevem o modo de funcionamento dos órgãos legislativos: normas que, em seu conjunto, representam parte importante da constituição.<sup>8</sup>

A forma republicana de Estado, no caso, seria tanto princípio a ser observado pelas leis quanto limite material à produção legislativa, não sendo passível de discussão lei que afrouxe de qualquer modo as estruturas republicanas constituídas.

Do Princípio Republicano extrai-se a preponderância e a defesa dos interesses públicos, da soberania popular, em face de aspirações particulares e privadas. Nessa toada, a delegação de poder do povo a seus representantes democraticamente eleitos não é exceção, de modo com que, enquanto estiverem atuando em cargos públicos, o bem público é o que deve ser defendido pelos agentes do povo, os quais estarão obrigatoriamente curando seus interesses pessoais em sua face coletiva, ou

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo. EDIPRO, 2.ed. 2014, p. 63.

seja, enquanto partícipes da sociedade, em detrimento de seus interesses pessoais enquanto indivíduos dotados de desejos particulares e egoísticos.

O entendimento da preponderância do interesse público e da impossibilidade de os agentes disporem sobre interesses de titularidade da coletividade será tratado mais detidamente no capítulo a seguir. Este, além de elucidar a ideia, abordará a pertinência do Princípio da Licitação na tutela do interesse público.

### 3. OS PRINCÍPIOS BASILARES DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

A definição da República como modelo de Estado, como visto, inaugura uma cadeia jurídica a qual, com o fim de guardar coerência e sentido lógico ao ordenamento, está atrelada a uma série de normas e princípios jurídicos que têm como pressuposto fundamental a tutela do interesse público e como ponto de partida o espírito republicano. Destarte, tanto as normas de regime jurídico de direito privado quanto as de direito público devem encontrar respaldo nos alicerces republicanos.

Nota-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988 é dotado de dois princípios basilares que afetam a Administração Pública no exercício de suas funções típicas e também os privados quando mantém relações – voluntárias ou não – com a Administração Pública.

O primeiro Princípio é o da Supremacia do Interesse Público. Este juízo fundamental republicano sustenta a primazia do ato ou norma que, em um caso concreto, resguarda o interesse público em detrimento do anseio privado existente naquela mesma situação. Como será explanado, é relevante pontuar que nesses casos também há interesse público do próprio sujeito que está tendo o seu direito privado tolhido em prol de toda a coletividade, o que, em um primeiro momento, pode parecer improvável.

Conceituando, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Supremacia do Interesse Público:

(...) extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 70.

Posta a definição de Bandeira de Mello, bons exemplos para elucidar a Supremacia do Interesse Público são as desapropriações de imóveis particulares para a promoção de obras públicas, como a tomada de uma casa pelo Poder Público a fim de que no local seja construída uma estação de metrô.

Nessa hipótese, é flagrante o conflito de interesses entre o público e o privado, uma vez que, enquanto o sujeito a ser desapropriado – em uma perspectiva estritamente pessoal – busca preservar o seu direito de propriedade sobre aquele local, a Administração Pública e a sociedade buscam o progresso na prestação de serviços que atendam a toda a coletividade, fato que pode depender da desapropriação do particular. Para esse propósito, cabe dizer que a Administração Pública tem a prerrogativa de editar atos administrativos unilaterais, contanto que posteriormente reequilibre a situação mediante a reparação do dano jurídico e/ou econômico causado aos particulares em decorrência de seu ato, estando vedada a quebra de isonomia entre os administrados sem que haja a devida motivação.

Dessa maneira, é interessante destacar que a busca pela manutenção da propriedade sobre o imóvel, expressão de interesse meramente privado do sujeito, não afasta deste a qualidade que possui de partícipe da sociedade. Desse modo, enquanto membro da coletividade e administrado, o sujeito também possui o anseio do desenvolvimento da prestação de serviços públicos e do progresso da comodidade social trazida, no caso, pela construção do metrô.

Assevera-se, portanto, que mesmo não sendo interessante a desapropriação à sua esfera privada de desejo, ao cidadão a ser desapropriado faz sentido o sacrifício do seu direito de propriedade, consagrado no art. 5º, caput e inciso XXII, da Constituição de 1988, em prol do interesse público – do qual ele também é titular. Logo, sob a perspectiva de partícipe da sociedade, a possibilidade de desapropriação para fins públicos tutela também o seu interesse.

Para tanto, todavia, retomando o já mencionado acerca da reparação de danos pela quebra de isonomia, é necessário que a Administração Pública realize indenização justa, prévia e em dinheiro ao administrado desapropriado para este fim, nos termos do art. 182, §3º da Constituição de 1988:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.<sup>10</sup>

Isso porque, flagrado o sacrifício de direito, o cidadão desapropriado estará sendo atingido de forma não isonômica pelo ato administrativo, motivo pelo qual, para que se retorne ao *status quo* de igualdade com os demais administrados, o dano também deve ser suportado pela sociedade. Este é o propósito da indenização, que também visa garantir a manutenção do direito de propriedade e moradia do sujeito, possibilitando-o adquirir uma nova casa de valor similar.

Além disso, por outro lado, caso não houvesse indenizações em casos como o mencionado, estaria se atentando à segurança jurídica e, muito possivelmente, à dignidade da pessoa humana, já que muitos cidadãos teriam tolhido o seu direito social de moradia.

Tal cenário de imprevisibilidade e insegurança quanto a elementos básicos para o desenvolvimento da vida humana fatalmente deflagraria uma situação contraposta ao ideal republicano e ao interesse público – ao qual os atos da Administração deveriam estar vinculados. Daí decorre a essencialidade da indenização aos particulares que tiveram direito sacrificado em prol do interesse público.

Nessa mesma toada se funda o outro princípio implícito basilar da República e do regime jurídico de direito público, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração, o qual é por muitas vezes curado, como será visto, pela abertura de procedimentos licitatórios.

Elucidando, trata-se da diretriz que pressupõe que, quando no exercício da função pública, os administradores deverão agir apenas em consonância ao interesse público e de forma a tutelar os valores republicanos, haja vista a vinculação à Supremacia do Interesse Público.

Da necessidade de se tutelar o interesse público também se extrai o dever da estrita legalidade da Administração Pública. Em outras palavras, a Administração

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

deve atuar positivamente apenas quando a lei determinar e autorizar e, em mesmo sentido, deve ser omissa também apenas no que a lei prescreve.

Tem-se, portanto, que o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração impede que os representantes do povo atuem de forma arbitrária, ou seja, sejam discricionários em campos e matérias as quais a lei não determine, no que exorbite a promoção de políticas públicas.

Logo, como já pincelado, é evidente que os gestores, quando no cargo, não devem agir conforme seus interesses pessoais, mas somente em prol do que for atinente ao interesse público, uma vez que não são titulares e, portanto, não dispõem do direito envolvido.

Voltando à doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o jurista – mencionando também entendimentos de Cirne Lima (LIMA, 1954. p. 20,21,53 e 54) em sua obra *Princípios de Direito Administrativo* –, conceitua brilhantemente o princípio ora explicado:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é “a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”. Nele não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

“Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade.” Administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”. Diz ele, com invulgar felicidade que: “Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”. O mestre gaúcho pondera acertadamente que “a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.”

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 74

Isto posto, para adentrarmos mais detidamente no regramento do regime jurídico de direito público, devemos abordar as normas inseridas nesse universo assim como a própria Constituição de 1988, em especial o seu artigo 37, que trata da Administração Pública.

Dos principais princípios estão a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, todos consagrados no mencionado art. 37, caput, e que, apesar de não serem o enfoque deste trabalho, são indissociáveis da análise e da discussão acerca da natureza absoluta ou não do dever de licitar, pois compõem o todo organizado que é o regime jurídico ao qual a Administração Pública está vinculada em seu agir.

#### 4. O DEVER DE LICITAR E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Explanados os princípios administrativos que propiciam e tornam coerente o dever de a Administração Pública lançar procedimento licitatório para celebrar relação jurídica de natureza patrimonial com particulares, adentraremos justamente na análise do instituto da licitação. Através deste procedimento, garante-se maior segurança ao Poder Público e ao interesse coletivo, já que o contratado será o privado que realizar a proposta mais aderente à cura do interesse público no caso concreto.

O fulcro constitucional do Princípio da Licitação está presente em dois artigos. Primeiramente, a Constituição de 1988 prevê o seguinte no inciso XXI do art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.<sup>12</sup>

Mais adiante, e agora especificamente acerca dos aspectos procedimentais obrigatórios para as concessões de serviço público – enfoque deste trabalho –, a Constituição de 1988 postula o seguinte:

Art. 175. 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.<sup>13</sup>

Prima face, nota-se que a celebração de negócios jurídicos entre a Administração Pública e eventuais privados prescinde de licitação, fato reiterado às concessões de serviço público, o que demonstra certa inflexibilidade da exigência.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Mais adiante, contudo, trataremos das exceções legais, casos da dispensa e da inexigibilidade de licitação.

A licitação, portanto, é meio republicano através do qual se busca garantir a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pelo administrador.

Essa característica se faz evidente na medida em que, ao publicar um edital, a Administração Pública tem em vista receber uma série de propostas para que se faça possível selecionar a que se demonstrar mais vantajosa ao interesse público a ser tutelado no caso em questão, o que deverá ser aferido por critérios objetivos a serem fixados no edital.

Em mesmo sentido, na medida em que a escolha do privado vencedor do certame tem como parâmetro os critérios objetivos fixados, a licitação concretiza a seleção de um particular não através da arbitrariedade de seu gestor ou de fatores pessoais, mas por um procedimento público que, deixando os interessados em pé de igualdade, revela qual foi a proposta mais aderente ao que o interesse público busca contratar a partir do certame, sem a interferência do interesse privado por parte do administrador público.

Nota-se, assim, que a licitação não é instituto que possui respaldo apenas na supremacia do interesse público, na indisponibilidade do interesse público e na própria República.

O procedimento é deveras importante também para que haja observância ao Princípio da Igualdade, uma vez que, em consonância ao art. 5º, caput, e 19, III, da Constituição de 1988, não é permitida a criação de distinções injustificadas entre potenciais interessados no certame. Outra diretriz republicana observada pela licitação é o Princípio da Impessoalidade, já que se trata de um procedimento com avaliação por critérios objetivos, logo, não arbitrários. Por fim, verifica-se também a garantia da ampla concorrência, princípio constitucional positivado no art. 170, IV.

Assim sendo, a concretização de todos esses princípios pela realização de licitação acaba por trazer economicidade ao erário público e muito possivelmente maior eficiência na escolha do parceiro privado, reiterando a cadeia jurídica de tutela do interesse público que decorre de um Estado dotado de uma estrutura republicana com normas e princípios que permitem a sua coerência e eficácia.

O Professor Doutor Adilson Abreu Dallari é bastante preciso em elucidar o porquê de o instituto da licitação guardar coerência com o todo constitucional:

A exigibilidade de licitação tem ampla fundamentação constitucional. A Constituição, em seu art. 1º, afirma que o Brasil é uma República Federativa. A ideia de república, que foi muito bem desenvolvida por Geraldo Ataliba num precioso livro intitulado República e Constituição, é imensamente rica de significado. Por exemplo, é da essência da república a igualdade entre as pessoas. Na república não existem classes, não existem castas. Na própria ideia de república já está contida a ideia de igualdade.<sup>14</sup>

Como resultado, a licitação deverá acarretar a concretização do interesse público por meio do contrato assinado entre administrador no exercício da função e o privado contratado, haja vista que, em tese, foi selecionada a melhor proposta para o fornecimento de produtos ou para a prestação de serviço público.

Sobre licitações *lato sensu*, resta elucidar as hipóteses em que legalmente a Administração Pública está autorizada a se furtar de iniciar o procedimento, realizando o negócio jurídico patrimonial com particulares a partir da chamada contratação direta, que pressupõe as já citadas dispensa de licitação ou inexigibilidade de licitação. Tais exceções demonstram que, apesar de imprescindível em situações de normalidade, a licitação não se trata de um princípio absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, que comporta a sua não realização quando demonstrado que esta não será eficiente para resguardar o interesse público.

Isto posto, se permite a dispensa de licitação quando, apesar de faticamente possível a abertura de certame, verifica-se situação de urgência ou emergência que torne a realização da licitação menos eficaz e aderente ao interesse público momentâneo do que a contratação direta. A urgência, entretanto, não dá carta branca à Administração Pública para agir sem zelo na contratação – já que sua atuação continua vinculada aos Princípios da Economicidade, Eficiência e Probidade. Tampouco está o gestor imune do controle judicial sobre os atos praticados sob o manto da dispensa de licitação.

Exemplo recente a ser mencionado foi a aquisição de respiradores pelos entes federativos em decorrência da pandemia do coronavírus. Mesmo possível de se

---

<sup>14</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação* – 7. ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53

licitar, os entes federativos justificadamente optaram por não abrir certame para a aquisição de respiradores, visto que era imprescindível a celeridade na obtenção dos aparelhos para que não colapsasse o sistema de saúde e se preservasse o maior número de vidas possível. Foi inclusive formalizada a Lei Federal nº 14.065/2020, a qual trouxe maior segurança jurídica aos gestores públicos a fim de que estes pudessem preservar de forma ágil (sem licitação) a incolumidade pública no tocante à saúde.

Dallari é correto ao associar a dispensa de licitação à impossibilidade jurídica, ressaltado, contudo, que a dispensa – mesmo em cenários extremos – deve estar fundamentada na concreta verificação da impossibilidade por causa do evento vivenciado:

O princípio da impossibilidade jurídica seria aplicável quando o confronto dos interesses em jogo pudesse resultar em ofensa aos princípios fundamentais do regime jurídico administrativo: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos. Nessa hipótese a licitação seria simplesmente dispensável. Nessa categoria estaria, por exemplo, a dispensa de licitação em caso de guerra, segurança nacional, calamidade pública, emergência e manutenção da ordem pública. É evidente, entretanto, que tais eventos não poderiam servir como simples pretextos para a dispensa de licitação quando quando ela fosse perfeitamente viável; também aqui há de se levar em conta o critério administrativo.<sup>15</sup>

Já a inexigibilidade de licitação, diferentemente, está caracterizada não apenas pela impossibilidade jurídica, mas também fática, isto é, quando se deflagra a impossibilidade de promover a concorrência (o que não se observa na dispensa), sendo impensável, portanto, a abertura de procedimento licitatório.

Faz-se inexigível a licitação em situações muito particulares, nas quais é necessária a contratação de um serviço técnico especializado singular, ou seja, de um serviço que não possui diversas ofertas no mercado, mas um único fornecedor daquela tecnologia necessária ao caso concreto. Assim sendo, tratando-se de serviço técnico especializado que, todavia, esteja difundido pela sociedade de forma com que

---

<sup>15</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação* – 7. ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

diversos profissionais saibam prestar, não há que se falar em inexigibilidade de licitação.

Em consonância, Dallari – referindo-se à “dispensa de licitação” em sentido amplo de contratação direta (não distinguindo o instituto da inexigibilidade e da dispensa de licitação) –, ensina o seguinte:

Entendemos que a questão da dispensa de licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados está muito mal posta. É essencial que se perceba uma importantíssima distinção: o fato de o serviço ser objetivamente especializado e de requerer, para a sua execução, um profissional ou uma empresa notoriamente especializada não justifica a pura e simples dispensa de licitação; pode dispensar um cotejo de preços, mas não uma disputa quanto à qualidade do serviço, nem, muitíssimo menos, pode dispensar uma verificação da idoneidade.

(...)

Quanto aos serviços técnicos a serem contratados alguns podem ser executados indistintamente por uma pluralidade de profissionais ou empresas altamente qualificadas ou notoriamente especializadas, cuja seleção deve ser feita mediante concurso. Somente cabe a dispensa quando não for possível realizar qualquer modalidade de licitação, quando o resultado do trabalho for singular, incomparável, por decorrer de características ou habilidades peculiares do autor.<sup>16</sup>

Vale dizer que ambos os institutos possuem previsão legal tanto na Lei Federal nº 8.666/1993 (arts. 24 e 25) quanto na nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021), que regulamentará toda a matéria de licitação e contratos a partir de meados 2023), vide:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: (...) <sup>17</sup>

Elucidado o instituto da licitação, passemos agora ao recorte temático de seu universo dentro das delegações – mais especificamente concessões –, de serviço público, sabido que a titularidade se mantém com a Administração Pública, mas a execução material é outorgada a parceiros privados.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim define o instituto da concessão:

Concessão de serviços públicos é um instituto por via do qual o titular do serviço – o concedente –, não podendo ou não querendo arcar com as despesas inerentes à prestação dele ou até mesmo (como ocorria no passado

---

<sup>16</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação* – 7. ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*.

entre nós) simplesmente por carecer de aptidão tecnológica para seu desempenho ou a suficiência gerencial necessária, transfere a outrem – o concessionário – os encargos de desempenhá-lo por sua conta, risco e perigos, o qual se remunerará pela exploração da atividade, normalmente captando o correspondente dele junto aos usuários do serviço, e desfrutará da garantia de um equilíbrio econômico-financeiro assegurada pelo concedente.<sup>18</sup>

Para tanto, sabido que o privado adjudicado como concessionário será o prestador direto do serviço à população por extensos lapsos temporais – geralmente por décadas –, é evidente que o interesse público só será curado na medida em que um parceiro privado se mostrar não só apto, mas o mais preparado a desempenhar o serviço com o maior grau de eficiência e economicidade.

Logo, reafirmando o já apresentado, mostra-se imprescindível à concretização do interesse da coletividade a abertura de procedimento licitatório para que a Administração Pública, postas suas condições, selecione objetivamente o privado que demonstra possuir maior capacidade técnica e gerencial para a execução do serviço público que se pretende delegar.

Na mesma medida, constata-se novamente que a licitação evita possível escolha arbitrária que viole a indisponibilidade do interesse público. A sua imprescindibilidade no republicanismo, conforme o teor abordado no capítulo 1 deste trabalho, decorre do fato de que, enquanto representante do povo, o administrador público deve apenas representar o interesse deste, distanciando-se de suas avaliações subjetivas e convicções pessoais enquanto ocupante de cargo público.

Assim sendo, com vistas a garantir os preceitos constitucionais, tanto a Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995) quanto a Lei de Parcerias Público Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004) reiteram que o dever constitucional de procedimento licitatório preceda a delegação de serviço público, vide, respectivamente:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade,

---

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão de serviço público* – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96.

igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.<sup>19</sup>

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...) <sup>20</sup>

Este trabalho, todavia, terá como enfoque a Lei Federal nº 8.987/1995, haja vista que o objeto de estudo é um artigo de seu texto.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Lei das Parcerias Público-Privadas*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

## 5. A LEI FEDERAL Nº 8.987/1995

A edição da Lei Federal nº 8.987/1995 se deu em um período de abertura econômica brasileira a capitais externos. O Brasil passava por um momento de reformas econômicas diante de um contexto de grave crise fiscal e endividamento do Estado, o qual se mostrava incapaz de realizar os investimentos necessários à adequada prestação de diversos serviços públicos. Em seu trecho de apresentação, o Plano Diretor de Reforma do Estado, aprovado em 21 de setembro de 1995, retrata esse cenário:

Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação.<sup>21</sup>

Nesse contexto de transição a um modelo de menos intervencionismo estatal, o Poder Público passou a exercer majoritariamente a função de regulador e fiscalizador do desempenho de diversas atividades antes por ele desempenhadas:

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.

(...)

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.<sup>22</sup>

Para tanto, surgiram as chamadas Agências Reguladoras, responsáveis por concretizar o mencionado papel de regulação do Estado em relação aos serviços públicos antes por ele exercidos de forma direta:

As agências reguladoras são reputadas autarquias “especiais” por possuírem características peculiares, são elas: a) poder regulador (normativo ou regulamentador, fiscalizador, poder de polícia e mediador) como caracterizado no capítulo 2, item 2.1; b) independência política dos seus dirigentes, investidos de mandatos e estáveis no cargo por determinado prazo (são eles

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado* – Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

<sup>22</sup> BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado* – Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado; c) independência decisória, na medida em que suas decisões não são passíveis de recursos hierárquicos; d) ausência de subordinação hierárquica; e) função de poder concedente, por delegação, nos processos de outorgas de concessão, autorização e permissão, no caso das agências que atuam nos setores de infra-estrutura, como aquelas mencionadas neste estudo.<sup>23</sup>

Ao contexto apresentado – de recuo de investimento estatais em detrimento de investimentos privados e de abertura econômica do Brasil a capitais externos –, não se vislumbra óbice sob o ponto de vista constitucional ao desempenho de serviços públicos por particulares, uma vez que o art. 175, caput, da Constituição de 1988 é clara em autorizar, para além da prestação direta, a delegação da prestação de serviços públicos para particulares.

Há que se observar, contudo, que a titularidade da competência deve se manter com o Estado, motivo pelo qual, especificamente em relação aos serviços públicos, a transferência da execução ao privado deverá ocorrer através de institutos como a concessão e a permissão, os quais, diferentemente da privatização, têm prazo determinado e findam com o retorno dos ativos envolvidos na atividade ao Estado. Desse modo, o Poder Público mantém a titularidade do dever de prestar os serviços, tendo meramente delegado a parceiro privado a execução material por certo lapso temporal.

Em entrevista à Rádio da Câmara dos Deputados, o administrativista Flávio Unes fez a seguinte didática diferenciação:

Privatização é um termo que é usado, às vezes, no sentido genérico. No sentido genérico pode até envolver como uma espécie a concessão. Ocorre que a privatização, também, é utilizada como forma não simplesmente de transferir a execução, mas transferir a própria titularidade da atividade, ou seja, algo que em princípio era de obrigação do Estado, passa a ser transferido como obrigação do particular. A concessão é quando o estado transfere a execução de uma atividade, permanecendo nas mãos do Estado o senhorio, a titularidade da atividade. Portanto, é o Estado que é o responsável por prestar, ele apenas, na concessão, estabelece uma forma, um instrumento para transferir essa execução para o particular.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. *O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no Contexto do Estado Brasileiro* – Brasília: 2005. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril\\_v42\\_n166\\_p23.pdf?fbclid=IwAR3QeXQy-kyoNKOWx3RJALp6UaAYunv3GGaVLW2fNYxuMwP-wzqzaAGRCGM](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril_v42_n166_p23.pdf?fbclid=IwAR3QeXQy-kyoNKOWx3RJALp6UaAYunv3GGaVLW2fNYxuMwP-wzqzaAGRCGM)>. Acesso em: 10/10/2022.

<sup>24</sup> RÁDIO CÂMARA. *Concessão x Privatização: definição e histórico* – Brasília: 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/468026-concessao-x-privatizacao-definicao-e-historico/>>. Acesso em 11/10/2022.

Nessa toada, o evento mais importante para a análise que será traçada é a publicação da Lei Federal nº 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, já citada no presente trabalho. A referida lei disciplinou justamente os regimes de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos, conforme previstos no art. 175 da Constituição de 1988, o que possibilitou o impulsionamento das desestatizações projetadas pela Reforma do Estado. Vale ressaltar que a chamada Lei de Concessões traz diversas disposições que garantem, mesmo com a delegação de serviços à iniciativa privada, a continuidade do espírito republicano no desempenho das atividades, que permanecem sob a titularidade pública e cujo interesse primordial a ser tutelado, portanto, é o da coletividade.

Ilustrando, logo no art. 6º, ao exigir que o serviço seja prestado de forma adequada, isto é, de modo a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, nota-se que o dispositivo legal exige do privado a melhor prestação possível, tutelando o interesse público de usufruir do melhor serviço pagando a menor tarifa possível (já que a modicidade tarifária está compreendida dentre as diretrizes de adequação do serviço).

Ademais, identifica-se explicitamente a predominância do interesse público sobre o privado tanto nas hipóteses de encampação e caducidade – como forma de extinção do contrato (art. 35) – quanto na possibilidade de o Poder Concedente nele promover alterações unilaterais, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 9º. Em paralelo à situação ilustrada anteriormente, na qual um indivíduo poderia ser desapropriado por iniciativa unilateral do Estado para cura do interesse público, esta faculdade alocada ao Poder Concedente deverá fatalmente ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para que, de forma paralela à indenização ao particular no caso do metrô, se repare o dano causado e a relação jurídica retorne ao *status quo*, com o restabelecimento do equilíbrio inicialmente pactuado no termo de concessão.

Ainda, no art. 14 e seguintes, em clara observância aos ditames republicanos e ao próprio comando constitucional do art. 175, caput, ao determinar realização de licitação como regra para a concessão de serviço público a particulares, a lei busca,

no mínimo, garantir a indisponibilidade do interesse público, a economicidade, a impessoalidade e a eficiência na prestação do serviço pelo particular.

De tal previsão, a propósito, inicia-se o cerne da discussão do presente trabalho, o qual busca – ante o teor constitucional (republicano) apresentado – analisar a aderência dos institutos da transferência de concessão e da transferência de controle acionário da concessionária de serviço público ao texto da Constituição de 1988, vide o que prevê o art. 27 da Lei de Concessões:

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.<sup>25</sup>

Da redação supramencionada, infere-se que ambos os institutos são constitucionais, haja vista que atendidos os requisitos elencados nos incisos do parágrafo primeiro e concedida prévia anuência do Poder Concedente, poderão ser concretizados sem previsão alguma de realização de nova licitação. Como já abordado, entretanto, a Constituição é taxativa em determinar que a delegação de serviços públicos deve sempre observar a realização de procedimento licitatório, nos termos de seu art. 175, caput. Ademais, a licitação é, em regra, a expressão da cura do interesse público e, portanto, do espírito republicano na celebração de relações jurídicas de conteúdo patrimonial entre o Estado e particular ou particulares.

A fim de diferenciar os dois institutos a serem analisados neste trabalho e suas respectivas conformidades com a Lei Maior, passemos primeiro a examinar a constitucionalidade de se transferir o controle acionário de uma concessionária para, em seguida, estudar a possibilidade de se transferir a concessão a uma nova empresa privada – também sem realizar novo procedimento licitatório.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências

## 6. TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

Para que se proceda à concessão de serviços públicos, a Lei Federal nº 8.987/1995 determina a instauração de procedimento licitatório em modalidade de concorrência, o qual deverá conter as fases de: (i) habilitação das proponentes interessadas em assumir a prestação do serviço; e (ii) julgamento das propostas ofertadas, sendo possibilitada ainda a inversão destas fases:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.<sup>26</sup>

A fase de habilitação, que com a edição da Lei Federal nº 14.133/2021 passou a ser, em regra, posterior à análise das propostas, possui o escopo de demonstrar a aptidão das proponentes aos critérios fixados no edital, os quais devem, sem dúvidas, buscar restringir a possibilidade de assunção da prestação do serviço público apenas a privados que estejam aptos a curar o interesse da coletividade no exercício da função, isto é, de executar o objeto da licitação conforme as expectativas dos usuários e dentro dos ditames legais.

O que se busca é estritamente identificar aqueles qualificados a celebrar um contrato de concessão de serviço público com o Estado, não obstante, sem demasiadamente cercear a concorrência, que deve ser de um procedimento licitatório.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*.

Dallari, em outras palavras, exprime bem o escopo da fase de habilitação de certames licitatórios:

A doutrina e a jurisprudência, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo desta é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isso é o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de propostas, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.<sup>27</sup>

Critérios frequentemente exigidos são: habilitação técnica; habilitação econômico-financeira; habilitação jurídica; e habilitação fiscal, social e trabalhista.

Ademais, com vistas a proteger o interesse público e a prestação do serviço, os editais podem impor restrições pertinentes às proponentes, como a vedação de participação de empresa declarada inidônea.

Em suma, a fase de habilitação é de extrema importância, pois credencia a interessada a assinar o contrato com o Poder Público, demonstrando desse modo que a empresa é capaz, em todas as esferas, de prestar um serviço adequado e eficiente. Além disso, é deveras relevante a comprovação de observância às leis e à regularidade fiscal, social e trabalhista para que se tenha segurança quanto à seriedade e o comprometimento da proponente em relação a aspectos tão caros ao interesse público.

Reforçando o espírito republicano de busca da melhor e mais preparada empresa para prestar o serviço público, é igualmente importante que seja homologada como a concessionária aquela que além de habilitada, tenha ofertado a melhor proposta dentro do critério de julgamento fixado pelo edital de licitação. A Lei Federal nº 8.987/1995 define os seguintes critérios como os passíveis de serem fixados em editais de concessão de serviço público:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

---

<sup>27</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação* – 7. ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2006. p.137.

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.<sup>28</sup>

Cabe ressaltar que todos, por óbvio, estão atinentes à cura do interesse público. Isso porque estão relacionados a uma das seguintes benesses: (i) ao maior valor de outorga ofertado para assunção do serviço – o que incrementará o erário público e possibilitará novos investimentos em áreas necessitadas; (ii) a um menor valor de tarifa cobrado do usuário; (iii) a uma melhor técnica de execução, que representaria maior eficiência e qualidade do serviço; (iv) à combinação dessas técnicas.

. A fase de julgamento, portanto, garante a competitividade do certame, ou seja, a abertura para que diversas interessadas ofertem suas propostas e se evite a restrição do leque de opções, propiciando ao Poder Público, conseqüentemente, extrair o melhor prestador para celebrar o contrato. Em mesmo sentido, a fase de habilitação indica que aquela empresa ou consórcio, individualmente e especificamente, está de acordo com as expectativas e exigências postas para que se torne concessionária do serviço que se busca delegar.

Desse modo, ambas as fases abordadas têm grande apelo à concretização do escopo da licitação em selecionar o privado mais bem preparado para celebrar uma relação jurídica de conteúdo patrimonial e prestacional com o Poder Público. Isto posto, sagrando-se vencedora do certame e habilitada conforme os critérios previstos, a empresa ou o consórcio com essas qualificações será exclusivamente a adjudicada e homologada como concessionária. Na sequência, será celebrada a assinatura do contrato de concessão que dará início à relação jurídica entre concessionária e Poder Concedente.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Ante o exposto, a posição defendida neste trabalho a respeito do tema é de que nada obsta à transferência do controle acionário da concessionária a um outro grupo econômico, haja vista que o regime jurídico de direito público preza pela impessoalidade, motivo pelo qual, não havendo nenhum óbice legal à transferência, não há que se falar em violação ao Princípio da Licitação, pois a concessionária segue sendo a adjudicada (habilitada e detentora da melhor oferta), pouco importando quem será o detentor de suas ações, mas sim a garantia da continuidade da prestação do serviço.

Para explicar melhor o conceito, a definição posta no Dicionário Jurídico do portal Valor Consulting, controle acionário é:

a posse, por um acionista ou grupo de acionistas, da maior parcela de ações com direito ao voto, de uma empresa, garantindo o poder de decisão sobre ela. O mais comum é que estes controladores sejam os detentores da maior parte das ações ordinárias da companhia.

Trocando em miúdos, quando alguém tem o maior número de ações com direito a voto de uma companhia, ele tem o poder de decidir os rumos da empresa. Isso porque a sua opinião, de modo geral, será a maioria se pensarmos em números de votos.

Geralmente, quando uma empresa decide abrir o capital e negociar ações no mercado mobiliário, é natural que fique com a maior quantidade das ações para que assim, continue sendo a controladora da companhia. No caso de empresas estatais por exemplo, o controlador é sempre o Governo, que detém o controle acionário da mesma<sup>29</sup>

Dessa maneira, não é o detentor do controle da empresa que carrega consigo a *expertise* demonstrada na fase de habilitação, mas sim a própria concessionária, uma vez que é ela que detém a experiência, o corpo técnico, a estrutura e o histórico analisado – aspectos avaliados durante a licitação. Também não é relevante à manutenção da proposta vencedora quem é ou será o detentor do controle acionário da concessionária, estando esta, de todo modo, vinculada à manutenção da proposta ofertada e aos termos com os quais anuiu quando da celebração do contrato de concessão. Trata-se, inclusive, do que se busca aferir com a obrigatoriedade de aprovação pelo Poder Concedente para que a operação não implique a caducidade da concessão:

---

<sup>29</sup> CONTROLE ACIONÁRIO. In: *Dicionário Jurídico do Portal Valor Consulting*. Disponível em: <<https://www.valor.srv.br/dicionario.php?id=160&termo=controle-acionario>>. Acesso em: 22/10/2022.

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.<sup>30</sup>

Ademais, a manutenção da mesma estrutura acionária ao longo de todo o prazo de concessão nada garante que a concessionária seja mais eficiente ou comprometida às cláusulas pactuadas e à prestação do serviço. Deve-se observar, inclusive, que a mudança do controle acionário pode representar, em verdade, uma significativa melhoria na prestação do serviço. Isso porque, uma hipotética situação de insolvência da empresa concessionária, ou mesmo simples crise econômica, a qual pode trazer à iminência o descumprimento contratual, são possíveis de serem mitigadas e superadas pela alteração dos acionistas. Sob nova composição, a concessionária pode receber injeção de novos capitais que venham a viabilizar a concretização dos investimentos previstos.

Há que se reforçar ainda que a empresa concessionária está vinculada ao edital e ao contrato de concessão, não podendo de forma alguma flexibilizar seus deveres devido à troca de seus acionistas. Para tanto, existem as cláusulas de sanções e até de extinção unilateral do contrato, caso se verifique que a concessionária vem reiteradamente incorrendo no descumprimento de suas obrigações e condições estipuladas.

A própria Lei Federal nº 8.987/1995 é bem clara ao abordar essa questão, vide o art. 38, que dispõe o seguinte:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.<sup>31</sup>

De tal sorte, não há que se apontar contrariedade ao Princípio da Licitação, já que a transferência de controle acionário de uma concessionária durante o prazo de

---

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

vigência da concessão em nada prejudica os fins já apresentados da licitação. Tampouco restaria razoabilidade e proporcionalidade em se relimitar a concessão de um serviço público por tal razão que nada impacta na prestação e nas obrigações decorrentes do contrato. A extinção do contrato vigente poderia ser, inclusive, maléfica aos usuários, considerando que a execução do serviço fosse adequada e satisfatória, pois, além de encarar o período em que o Poder Público – naquele momento desprovido de técnica e experiência para dar continuidade à prestação – teria de assumir a execução, ainda haveria a possibilidade de um eventual novo leilão não encontrar interessados ou, ocorrendo, que a nova concessionária não prestasse serviço de tamanha qualidade, o que materialmente agrediria o interesse público.

A fim de exemplificar, a troca de controle acionário já foi vista em uma grande concessão federal. A concessionária de rodovias ViaBahia, cujo contrato de concessão foi firmado com a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em 2009, procedeu a transferência 80,8% de seu controle acionário do grupo Isolux ao grupo PSP entre 2015 e 2016<sup>32</sup>, conforme prescreve o art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Segundo a Demonstração Financeira Anual de 2017 da ViaBahia:

Em 2015, iniciaram-se as negociações entre o Grupo Isolux Corsán, acionista majoritária da Companhia à época, e a PSP Investments, um dos maiores fundos de pensão do Canadá, pela aquisição do braço responsável pelo desenvolvimento e gestão de projetos de concessão rodoviária com presença geográfica em 5 países, ao qual a VIABAHIA pertencia. No mesmo ano, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) aprovaram formalmente a transferência do controle acionário indireto na Companhia, fazendo com que os 80,8% pertencentes à Isolux fossem transferidas para o controle da PSP. Em 21 de janeiro de 2016, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) anuiu proposta de alteração societária, vindo a ser concretizada em 29 de abril de 2016, com a constituição da ROADIS Transportation, veículo da PSP Investments para investimentos em ativos de concessão rodoviária e ferroviária.

Atualmente, a PSP Investments é a única acionista da ROADIS Transportation, que por sua vez detém 94,7% do capital social da VIABAHIA.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A. *Demonstrações Financeiras Anuais Completas*. 2017. p. 3. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt-pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/relatorios-financeiros/demonstracao-financeira-anual-2017.pdf/view>>. Acesso em: 13/10/2022.

<sup>33</sup> VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A. *Demonstrações Financeiras Anuais Completas*. 2017. p. 3. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt-pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/relatorios-financeiros/demonstracao-financeira-anual-2017.pdf/view>>. Acesso em: 13/10/2022.

Nota-se, ainda, a concordância expressa de agência reguladora em questão à constitucionalidade da operação societária, haja vista ainda a edição da Resolução DG/ANTT/MI nº 5927/2021<sup>34</sup>, a qual estabeleceu as regras e procedimentos a serem observados pelas concessionárias tanto para a análise da transferência de seu controle acionário, ora tratado, quanto para a transferência de concessão, matéria a ser abordada no tópico a seguir.

---

<sup>34</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Estabelece as regras e procedimentos a serem observados pelas concessionárias para análise de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, de transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias, de pulverização do capital social da concessionária, de aquisição originária de controle societário e de celebração, alteração ou extinção de Acordo de Acionistas. *Resolução nº 5.927, de 2 de março de 2021*. Disponível em: <[https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=16296497&cod\\_menu=7763&cod\\_modulo=422](https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=16296497&cod_menu=7763&cod_modulo=422)>. Acesso em 13/10/2022.

## 7. TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Se por um lado entendemos a constitucionalidade do instituto da transferência do controle acionário de uma concessionária durante a vigência de seu termo de concessão, por outro será expressa opinião distinta acerca da possibilidade de proceder a transferência da concessão de uma concessionária para outra sem a observância de novo procedimento licitatório.

Em consonância ao apresentado no capítulo anterior, é evidente que o procedimento licitatório, que tem vistas a selecionar o privado mais bem preparado a prestar o serviço público considerados demais requisitos regulamentares e legais, é satisfatoriamente concretizado com a adjudicação e homologação especificamente daquela proponente que foi habilitada nos termos do certame e apresentou a melhor oferta diante do critério de julgamento fixado.

Assim, apesar de não gozar de direito líquido e certo à assinatura do contrato – possuindo mera expectativa de direito – a licitante vencedora é singularmente a única a deter tal condição, inexistindo cabimento, conforme será demonstrado a seguir, para que outra empresa esteja apta a celebrar contrato de concessão com o Poder Público sem que haja novo procedimento licitatório que a qualifique em tais condições.

Assevera-se por todo o exposto neste trabalho, que trouxe desde os alicerces republicanos da Constituição de 1988 até os princípios aos quais a Administração Pública deve observar no exercício da função, que não deve haver a possibilidade de se transferir a prestação do serviço público concedido da vencedora de certame a outra empresa através de mera anuência do Poder Concedente. Por essa razão, o juízo ora posto é de que se demonstra flagrantemente inconstitucional o trecho posto no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995 que veicula tal instituto como possível.

Para examinarmos a mencionada inconstitucionalidade, retornemos ao postulado no art. 175, caput, da Constituição de 1988, texto que indica expressamente que, para a delegação de serviço público, em regra, deve-se instaurar prévio procedimento licitatório. Trata-se do caminho pelo qual uma concessão deve previamente percorrer para que se garanta a assunção de um privado que seja demonstrado capaz de tutelar o interesse público.

A partir dessa compreensão, nota-se que a mera anuência do Concedente é defasada de respaldo republicano tanto em relação à devida habilitação (já que

mesmo devendo demonstrá-la, a apresentação de documentos não possui a complexidade de uma licitação procedimentalizada) quanto em termos de persecução do Princípio da Eficiência, que em parte é materializado pela abertura à ampla concorrência do mercado. Decorre justamente da competitividade a possibilidade de se julgar múltiplas propostas, permitindo com que o Poder Público, a partir de critérios objetivos, escolha a que melhor se adequa aos interesses envolvidos no objeto da concessão.

Em outras palavras, ao suprimir a realização de novo procedimento licitatório, simplificando a assunção do serviço concedido a outra empresa por mera anuência do Concedente, o Poder Público não está oportunizando a competitividade entre possíveis interessadas, o que, como visto ao longo deste trabalho, é fator essencial também para que se garanta a impessoalidade na decisão e a maior eficiência possível no serviço – pilares do regime jurídico de direito público. Ademais, a existência de licitação viabiliza a promoção de fiscalização entre as próprias proponentes, característica que possibilita a identificação de irregularidades muitas vezes não flagradas pelo Poder Público, mas que não passam despercebidas pelas impugnações entre as concorrentes. De tal sorte, indiretamente, a abertura da ampla concorrência ao mercado acaba por garantir maior segurança à delegação e, por óbvio, a cura do interesse público.

Ainda há que se falar que, ao tratar a anuência do Poder Concedente como o requisito para a transferência de concessão, o art. 27 da Lei Federal 8.987/1995, traz um viés privado à uma matéria cuja titularidade é do Poder Público e que, portanto, deve observar o regime jurídico administrativo. Elucidando, ao positivar como requisito a mera anuência do gestor, o dispositivo legal exara entendimento de que a concessionária teria a titularidade de dispor sobre o serviço, negociando-o ou não, teor que compromete inclusive o Princípio da Continuidade do Serviço Público. Isso porque, a facilitação à troca de concessionárias pode gerar maior descomprometimento quanto à prestação e também quanto à proposta ofertada, uma vez que sinaliza a possibilidade de a vencedora do certame se desfazer da concessão, procedendo a sua venda para outra empresa como se fosse um simples ativo privado, bastando a apresentação da documentação exigida pela lei ao Poder Concedente.

Outra possível consequência, intimamente ligada à dispensa de nova licitação para que haja a mudança de concessionário, é a mitigação da garantia da

indisponibilidade do interesse público pelos gestores. Através do teor aqui exposto, deflagra-se que a permissividade de firmar a operação por simples anuência do Concedente acaba por ameaçar a garantia de que a análise para a aprovação esteja imune a arbitrariedades do Administrador Público. Nessa toada, compreende-se também que tamanha flexibilização garante muito menos fiscalização à operação, já que não há privados interessados concorrendo e nem o alarde público causado pela abertura de um procedimento licitatório. Consequentemente, entende-se estar a mudança de concessionária sem procedimento licitatório muito mais suscetível a práticas pouco republicanas como a corrupção, levando em consideração que há um claro distanciamento de um julgamento objetivo, sendo preponderante a palavra final do gestor. Ao se distanciar a estrutura estatal, portanto, nota-se a iminência de que os Administradores sejam assediados a agir em desacordo com a moralidade pública a qual estão vinculados nos termos do art. 37, caput, da Constituição de 1988.

Ressalta a expressa impossibilidade constitucional de se transferir uma concessão sem nova licitação a ilustre jurista Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei n. 8.987, 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 são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (...). Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição.<sup>35</sup>

Por fim, cabe apontar que não há que se confundir a transferência de concessão com o instituto da subconcessão, previsto no art. 26, da Lei Federal nº 8.987/1995:

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.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Forense, 34.ed. 2021, p. 314.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessões. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Contextualizando, a subconcessão trata-se de uma transferência parcial da concessão, não contemplando toda a prestação – como visto na transferência de concessão comentada. À vista disso, a concessionária, através de um contrato administrativo, delega apenas parcela da operação a um eventual parceiro, este que atuará como subconcessionário. Assim sendo, como pode-se extrair da redação do artigo acima, a subconcessão, apesar de transferir temporariamente a competência material da prestação de serviço específico da concessionária para uma subconcessionária, impescinde da realização de um procedimento de concorrência, o que não é observado pela transferência de concessão, no qual não está prevista nenhuma modalidade licitatória para que se garanta a escolha do melhor prestador aos olhos do interesse público.

Em consonância, entende Celso Antônio Bandeira de Mello, que distingue claramente a transferência de concessão da subconcessão, tratando-a, diferentemente, como um instituto à parte e de teor constitucional (MELLO, 2009). No mesmo texto, o eminente jurista também trata de diferenciar os citados institutos de outra possibilidade legal, a da contratação, pela concessionária, de terceiros para prestação de atividades relacionadas diretamente à concessão. O administrativista ainda reforça o caráter quase que personalíssimo, ora defendido, que possui a licitante vencedora no tocante à expectativa e ao potencial de se assinar o Contrato de Concessão com o Poder Público ao final do certame:

Não se confunde com a sub-concessão a mera contratação de terceiros, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25 da Lei 8.987 para o “desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”, sempre obedientes “às normas regulamentares da modalidade do serviço concedido”. É certo que nisto não se poderá absorver parte importante ou significativa da prestação do serviço, sob pena de tal “terceirização” desvirtuar o caráter *intuitu personae* da concessão e fraudar o sentido da licitação que a tenha precedido.<sup>37</sup>

Esclarecida a possibilidade trazida pelo art. 27, caput, da Lei Federal nº 8.987/1995 de se transferir uma concessão; defendida sua flagrante inconstitucionalidade frente à obrigatoriedade expressa do art. 175, caput, da Constituição de 1988 de que se promova licitação à concessão de serviços públicos;

---

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 719.

e diferenciado o instituto em comento da subconcessão e da contratação de terceiros por concessionárias, passemos às considerações finais do trabalho. Abordaremos primeiro, todavia, a atual posição do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do objeto de estudo deste trabalho.

## 8. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.946

A matéria tratada no presente trabalho, sobre a qual despendeu-se reflexão e pesquisa, foi objeto de análises do STF por cerca de duas décadas.

Em 2003 foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2946, oportunidade na qual, através deste instrumento jurídico cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um dispositivo legal, buscou-se impugnar justamente o art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995. Destarte, tendo em vista o aparente conflito do dispositivo ao Princípio da Licitação – regra republicana postulada tanto no art. 37, XXI quanto no art. 175, caput, da Constituição de 1988 –, acionou-se a suprema corte do país para decidir sobre a constitucionalidade ou não dos institutos de transferência do controle acionário de uma concessionária e da transferência de concessão sem que haja prévio procedimento licitatório a ambas as operações.

O entendimento da matéria ganhou novo rumo com a mudança de posicionamento do Ministro Relator Dias Toffoli, que, em sessão no Plenário virtual realizada em 17/08/2021, havia se manifestado de forma parcialmente favorável à procedência da ADI, determinando prazo máximo de dois anos para que o Poder Público promovesse licitações nas concessões cuja transferência tivesse sido efetivada.

Entretanto, após pedido de destaque – realizado pelo próprio Ministro Dias Toffoli –, o tema voltou a ser apreciado, no Plenário físico, ocasião na qual, acompanhando os votos dos Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes – desfavoráveis à procedência da ADI –, o Relator alterou seu entendimento no dia 09/12/2021.

O julgamento foi retomado em 09/03/2022, quando o Plenário do STF julgou definitivamente pela improcedência da ADI e, conseqüentemente, pela constitucionalidade e manutenção do art. 27 da Lei de Concessões, conforme o Acórdão publicado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza intuito personae dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à

impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido.

1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza intuitu personae “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato.

3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame.

4. É a proposta mais vantajosa que, *prima facie*, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos.

5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.

6. Os contratos de concessão seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Não há na Constituição brasileira de 1988 fundamento que ampare a suposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Existem regimes diversos de contratação administrativa que convivem paralelamente e de forma pontualmente subsidiária, não havendo embates entre os modelos previstos nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95.

7. A norma impugnada é uma “via de mão dupla”, porque, “por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro, assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato”. Trata-se de norma de duplo escopo, que institui a anuência da Administração Pública como relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público.

8. Mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário.

Os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.

9. Do cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, verifica-se que eles se referem a momentos distintos da contratação, possuindo diferentes âmbitos de incidência. O art. 175 da Constituição exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário.

10. O ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão de serviço público prevista no art. 26 do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado. Diversamente da transferência da concessão ou do controle acionário, que não dá início a uma relação jurídico-contratual nova e mantém intacta a base objetiva do contrato, a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária.

11. Na espécie, não se constata a alegada burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade, por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado.

12. Não faz sentido exigir que o ato de transferência do art. 27 da Lei nº 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos.

13. Pedido julgado improcedente.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Pedido julgado improcedente. Relator Ministro Dias Toffoli, 09/03/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>. Acesso em: 20/10/2022.

Em suma, o entendimento exarado pelo STF no inteiro teor foi o de que o dispositivo é constitucional, uma vez que o que importa à Administração é a seleção da proposta mais vantajosa, sendo irrelevante a identidade do particular contratado – em consonância ao Princípio da Impessoalidade.

Assim, ao juízo da corte, não seria razoável a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que permite tanto a transferência do controle acionário de uma concessionária quanto a transferência da totalidade da concessão para outra empresa sem novo procedimento licitatório. A interpretação parte da premissa – postulada no próprio art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995 –, de que observada a manutenção das condições apresentadas na proposta vencedora do certame inicial, ou seja, mantida a proposta e a comprovação de capacidade técnica; idoneidade financeira; e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção dos serviços, não haveria óbice à concretização de ambos os institutos.

Adotando a mesma permissividade, especificamente à transferência de concessão, a exegese do STF manifestou que o art. 175 da Constituição e o art. 27 da Lei 8.987/1996 compreendem momentos distintos da contratação pública, não devendo a Lei Maior, portanto, criar óbices à operação, haja vista que a exigência de licitação – prescrita no art. 175 –, incidiria apenas sobre a outorga inicial, não se tratando de exigência em um momento posterior.

Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, que em seus votos julgaram parcialmente procedente o pedido de inconstitucionalidade do dispositivo.

Cabe ressaltar o voto da Ministra Cármen Lúcia, que em consonância ao ora defendido, entendeu ser necessário dar interpretação conforme ao art. 27 da Lei n. 8.987/1995, afastando a interpretação do cabimento da concretização da transferência de concessão sem que se instaure novo procedimento licitatório:

Pelo exposto, pedindo vênias ao Ministro Relator, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme ao art. 27 da Lei n. 8.987/1995, assentando a necessidade de realização de licitação prévia à transferência da concessão, em observância ao art. 175 da Constituição da República.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Pedido julgado improcedente. Relator Ministro Dias Toffoli, 09/03/2022. Disponível em:

Em mesmo sentido se manifestaram contemporaneamente à época do julgamento notórios juristas em artigo ao jornal Folha de São Paulo:

O dispositivo prevê a possibilidade de alteração do controle societário da concessionária. Caso não seja realizada como manobra para fraude à licitação, esta alteração faz parte do dia a dia da empresa, da vida empresarial, e nada tem de inconstitucional.

Bem diferente é a transferência da própria concessão. Realizado o processo licitatório, suponha-se que certa empresa seja considerada vencedora, não apenas por ter sido habilitada ao certame, mas também por apresentar a melhor proposta. A lei prevê que, em manifesta fraude à competição, posteriormente, a empresa transfira o objeto licitado a terceiro. Para tanto, o art. 27 da lei 8.987/95 exige apenas a anuência do poder concedente. Bastaria a este “anuir” e um terceiro, sem vencer processo licitatório, assume a concessão. Ora, não demanda muito esforço ou reflexão para percebermos que essa transferência deságua em clara afronta à imperiosa necessidade de licitação.<sup>40</sup>

Assim sendo, nota-se que, mesmo com o trânsito em julgado da ADI 2946, julgada improcedente, a matéria causa fortes divergências na doutrina, estando, entretanto, pacificada no momento devido à decisão do STF.

Em face do posicionamento defendido neste trabalho, compatibiliza-se com a decisão apenas o posicionamento da Suprema Corte em relação ao instituto da transferência do controle acionário de concessionária.

---

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>. Acesso em: 20/10/2022.

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de; MARTINS, Ricardo Marcondes; MELLO, Weida Zancaner Bandeira de; ZOCKUN, Carolina Zancaner; SERRANO, Pedro Estevam; NOHARA Irene; ZOCKUN, Maurício. *Transferência de concessão é inconstitucional*. Folha de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>>. Acesso em 20/10/2022.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a constitucionalidade dos institutos previstos pelo art. 27 da Lei de Concessões a partir da única ótica que, a este juízo, deve se ter com relação à normativa: a do regime jurídico de direito público, administrativo.

Sabido que a Constituição de 1988 deriva um ordenamento jurídico estruturado de forma a garantir o teor republicano através de uma série de normas e princípios, devem restar resguardadas nas relações envolvendo o Estado a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste pela Administração.

A concretização de tais princípios em relação ao objeto em comento neste estudo é materializado no dever de licitar, consagrado tanto na Constituição de 1988 (art. 37, XXI e art. 175, caput) quanto na própria Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 14).

Para chegar a esta conclusão, buscou-se entender desde o processo de elaboração da Constituição de 1988 e suas diretrizes basilares, desencadeamento lógico-jurídico que resulta na conclusão de que, a concessão de um serviço público deve ser, em regra, precedida de licitação. Isso porque a sua observância garante com que a transferência da prestação a um privado esteja atinente aos preceitos fundamentais aos quais a Administração Pública está vinculada em sua atuação, a exemplo dos Princípios da Eficiência, da Impessoalidade e da Moralidade.

Destarte, conforme discorrido neste estudo, o Princípio da Licitação não cabe ser flexibilizado para que uma concessão seja transferida a outra empresa, haja vista que a manobra, além de violar expressamente o texto constitucional, é destoante também do teor que as normas e princípios presentes ao regime jurídico de direito público buscam resguardar, por vezes explanados no presente trabalhos.

Sobre este tema, um último apontamento que se faz relevante é que o instituto, ao exigir mera anuência do Poder Concedente a partir do comprometimento da nova concessionária com as condições anteriormente fixadas, cria um teto à qualidade da prestação do serviço, fato diretamente prejudicial ao usuário e, por conseguinte, ao interesse público. A razão é que, ao se furtar de oportunizar a eventuais interessados ofertarem suas propostas, o Concedente estará impossibilitando que – diante de um cenário distinto ao visto na outorga inicial –, o padrão do serviço seja aprimorado por uma oferta mais benéfica ao usuário do que a anterior, fato que atenta diretamente à máxima eficiência que se deve almejar na prestação do serviço.

Por outro lado, não se deflagram óbices sob a ótica do interesse público à mera transferência do controle acionário de uma concessionária a outro grupo econômico, tratando-se de mera operação societária que, possibilita inclusive melhores condições de prestação ao usuário, haja vista a provável saúde financeira superior da prestadora do serviço. Acerca desta, é importante destacar que tampouco haveria em que se falar de nova licitação, já que a concessionária continua sendo a mesma da outorga inicial, não existindo razão republicana para a abertura de novo certame se compreendida a impessoalidade que deve reger o regime jurídico administrativo. No mais, por não se tratar de hipótese que pressupõe licitação, a transferência de controle acionário não colide com a previsão constante do art. 175, caput, da Constituição de 1988, norma de grau hierárquico superior e que, portanto, se contraposta por disposição infraconstitucional, deve prevalecer.

Postas as considerações finais e com base nas razões e fundamentos legais expostas ao longo do trabalho, sobre a matéria tratada conclui-se que: (i) a transferência de controle acionário de concessionária de serviço público é instituto constitucional e aderente às normas e princípios de direito público; e (ii) a transferência de concessão sem que se realize novo procedimento licitatório é dotada de inconstitucionalidade, pois além de expressamente contrária ao texto constitucional, não observa as diretrizes inerentes ao regime jurídico administrativo e, principalmente, o interesse difuso dos cidadãos.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *30 ANOS da Constituição*. Câmara dos Deputados. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2022.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 257-258.

AGÊNCIA SENADO. *Constituições Brasileiras*. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 19 de setembro de 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*. Revista de direito público, nº 65.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 1985. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo. EDIPRO, 2.ed. 2014.

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

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação – 7. ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2006.*

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão de serviço público* – São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Lei das Parcerias Público-Privadas*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 1985. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado* – Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. *O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no Contexto do Estado Brasileiro* – Brasília: 2005. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril\\_v42\\_n166\\_p23.pdf?fbclid=IwAR3QeXQy-kyoNKOWx3RJALp6UaAYunv3GGaVLW2fNYxuMwP-wzqzaAGRCGM](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril_v42_n166_p23.pdf?fbclid=IwAR3QeXQy-kyoNKOWx3RJALp6UaAYunv3GGaVLW2fNYxuMwP-wzqzaAGRCGM)>. Acesso em: 10/10/2022.

RÁDIO CÂMARA. *Concessão x Privatização: definição e histórico* – Brasília: 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/468026-concessao-x-privatizacao-definicao-e-historico/>>. Acesso em 11/10/2022.

CONTROLE ACIONÁRIO. In: *Dicionário Jurídico do Portal Valor Consulting*. Disponível em: <<https://www.valor.srv.br/dicionario.php?id=160&termo=controle-acionario>>. Acesso em: 22/10/2022.

VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A. *Demonstrações Financeiras Anuais Completas*. 2017. p. 3. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt->

[br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/relatorios-financeiros/demonstracao-financeira-anual-2017.pdf/view](https://br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-bahia/relatorios-financeiros/demonstracao-financeira-anual-2017.pdf/view)>. Acesso em: 13/10/2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Estabelece as regras e procedimentos a serem observados pelas concessionárias para análise de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, de transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias, de pulverização do capital social da concessionária, de aquisição originária de controle societário e de celebração, alteração ou extinção de Acordo de Acionistas. *Resolução nº 5.927, de 2 de março de 2021*. Disponível em: [https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=16296497&cod\\_menu=7763&cod\\_modulo=422](https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=16296497&cod_menu=7763&cod_modulo=422)>. Acesso em 13/10/2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Forense, 34.ed. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Pedido julgado improcedente. Relator Ministro Dias Toffoli, 09/03/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>. Acesso em: 20/10/2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; MARTINS, Ricardo Marcondes; MELLO, Weida Zancaner Bandeira de; ZOCKUN, Carolina Zancaner; SERRANO, Pedro Estevam; NOHARA Irene; ZOCKUN, Maurício. *Transferência de concessão é inconstitucional*. Folha de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>>. Acesso em 20/10/2022.

