

É constitucional transferir contratos de concessão

STF deve preservar a segurança jurídica de quem confia nas leis

CARLOS ARI SUNDFELD
EDUARDO JORDÃO
EGON BOCKMANN MOREIRA
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
GUSTAVO BINENBOJM
JACINTHO ARRUDA CÂMARA
JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA
MARÇAL JUSTEN FILHO
VERA MONTEIRO

17/08/2021 04:58



Foto: Edson Santos/Câmara dos Deputados

A Lei Geral de Concessões, vigente desde 1995, autoriza transferências de contratos de concessão entre empresas, além de transferências do controle societário de concessionárias (art. 27). Mas há uma condição: as administrações públicas concedentes têm de ser ouvidas antes, para analisar se a operação é compatível

com os interesses públicos. Sem o aval da administração concedente nenhuma transferência pode ser feita.

Nesses 26 anos, foram milhares de transferências, tanto com base nessa lei como em regras semelhantes de leis setoriais em campos como saneamento, rodovias, portos, metrô, petróleo, radiodifusão e muitos outros. Bilhões de reais foram investidos pelas novas concessionárias ou pelos novos controladores e os serviços estão em plena operação.



Conheça o

JOTA PRO

Poder

Com as nossas ferramentas de monitoramento, você pode acompanhar as movimentações dos Três Poderes, com acesso a bastidores, análises e apoio de inteligência artificial para prever cenários

Solicite uma demonstração!

Mas uma ameaça silenciosa estava à espreita. Havia no Supremo Tribunal Federal uma ação de inconstitucionalidade (ADI 2946), proposta há 18 anos, de que ninguém se lembrava e na qual nada acontecera desde então.

Até que, de repente, no plenário virtual do STF, surge o voto do relator, logo seguido por outro ministro, acolhendo a alegação de que as transferências de contratos de concessão (mas não as de controle societário) seriam inconstitucionais.

O voto, imaginando modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, previu que, em 2 anos, as administrações concedentes deverão extinguir todos os contratos que tiverem sido cedidos, fazendo-se novas licitações.

O julgamento ainda não se encerrou e a esperança é que nem a interpretação nem a proposta do relator sejam acolhidas pela maioria do tribunal. Do contrário, o bem sucedido programa brasileiro de concessões estará gravemente comprometido. E o Brasil entrará para o rol dos países que montam armadilhas jurídicas para depois espoliar investidores.

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

Mas esse entendimento não faz sentido.

Ceder contrato já licitado *não* é o mesmo que outorgar concessão sem licitação.

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

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

Quem critica as cessões de contrato se baseia na visão de que contratos administrativos seriam personalíssimos, o que impediria a troca dos contratados durante a execução. A tese é anacrônica: foi cunhada na França (e aceita no Brasil) à época em que contratos administrativos eram outorgados *sem licitação*.

Concessão era uma espécie de dádiva, de regalia dada a pessoa certa, que o Estado escolhia discricionariamente; aí fazia sentido pensar em personalismo contratual. Mas tudo isso mudou.

É verdade que ainda existem alguns contratos administrativos personalíssimos, como os feitos com especialistas notórios para serviços singulares; são contratos sem licitação, cuja cessão de fato é inviável. Mas as concessões atuais são completamente diferentes: para elas, o ambiente é o da impessoalidade.

Licitação se funda em impessoalidade: a identidade em si do particular licitante não é o relevante. Na outorga de concessões, preenchidos os requisitos mínimos de habilitação e aceitas as condições da minuta de contrato anexa ao edital, a escolha se baseia na vantagem das propostas.

O julgamento é objetivo, em geral lastreado só em preço, independentemente da pessoa que o oferta. Se o vencedor se recusa a firmar o contrato, convoca-se o segundo classificado, *para contratar nas condições do vencedor*.

Portanto, o relevante são as propostas, não a identidade em si dos licitantes. A irrelevância dos atributos subjetivos do vencedor da licitação ocorre especialmente nas concessões de serviço público, centradas em obrigações de resultado. Atingidas as finalidades, o interesse público estará satisfeito.

Concessões são modeladas segundo a lógica das atividades empresariais. São empreendimentos de longo prazo. Circunstâncias variadas, próprias do mundo real, podem conduzir à cessão do contrato, o que é frequente na vida econômica.

Nenhuma cessão de concessão, aprovada pela administração concedente após a nova empresa demonstrar que atende os requisitos necessários, é capaz de comprometer o resultado objetivo da licitação (isto é, as vantagens oferecidas pelo vencedor à concedente e aos usuários). Tampouco é capaz de afetar a execução das obrigações contratuais, que se mantêm as mesmas.

Hoje em dia, os publicistas já estão bem familiarizados com o mundo das concessões e a lógica econômica a elas subjacente. Por isso, a maioria deles tem se manifestado em favor da constitucionalidade das transferências de concessão, quando aprovadas pela administração concedente, na forma da lei. Foram largamente superadas as dúvidas que existiram na década de 1990, quando publicistas ainda estavam descobrindo o novo mundo das parcerias público-privadas.

Se vingasse o voto do relator, a decisão do STF produziria efeitos desastrosos para a infraestrutura brasileira. Vedar a cessão de contratos limitaria a flexibilidade empresarial, em especial para lidar com crises, e reduziria o interesse dos investidores.

Acarretaria, assim, a redução do número de licitantes. Levaria ao impasse todas as concessões em que, por razões próprias da vida econômica e empresarial, os detentores originais precisassem sair da operação. A única solução seria extinguir os contratos, gerando o caos nos serviços por anos, com danos irreparáveis aos usuários e à administração concedente.

Dois exemplos mostram que, nos votos já proferidos no STF, talvez não se tenha atentado para a gravidade do assunto. Na experiência recente, empresas concessionárias tiveram seus financiamentos suspensos por problemas criminais dos controladores ou administradores originais. O que salvou os empreendimentos públicos foi a rápida transferência dos contratos ou do controle para terceiros habilitados e idôneos.

Se isso deixar de ser possível, os serviços públicos envolvidos estarão condenados a ficar em crise por anos e anos. É fantasia imaginar que as administrações públicas concedentes são capazes de extinguir e relimitar concessões com facilidade e rapidez, evitando prejuízos. A vida real mostra o contrário.

Outro exemplo é o da reorganização interna dos grupos empresariais. Em muitos casos, faz sentido que as concessões de empresas diversas do mesmo grupo sejam reunidas em uma só. Obtêm-se sinergias, economias são geradas, os serviços melhoram e as empresas ficam mais fortes. Claro que as administrações concedentes deverão autorizar as operações, avaliando se são de interesse público.

Quanto à discussão na ação de inconstitucionalidade, o mais grave é querer tomar agora decisões radicais que, se fossem corretas, deveriam ter vindo há 18 anos. E pior: sobre uma norma legal que vigora há nada menos que 26 anos.

A proposta de modulação apresentada é assustadora: implica a extinção de todas as concessões que tiverem sido objeto de cessão, apesar da boa-fé e do cumprimento das exigências legais da época. A solução destrói a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento nacional. E sinaliza que, no Brasil, ninguém deve confiar nas leis, mesmo que pacificamente aplicadas por décadas.

Afinal, segurança jurídica não vale nada? Uma infinidade de operações foi feita, refletindo a confiança dos investidores em nosso sistema. Quer dizer que esse

sistema não merece qualquer confiança e o passado sempre pode mudar? Quem pagará os prejuízos? Quem responderá pelas incertezas que, injustamente, serão geradas para investidores de boa-fé?

Como alguém já disse, no Brasil até o passado é incerto. Se o voto do relator prevalecesse neste caso, o futuro do Direito brasileiro seria sombrio, por obra da própria instituição que deveria resguardá-lo. Por isso, estamos certos de que, após reflexão mais profunda, o STF rejeitará a ação de inconstitucionalidade e preservará um de nossos programas públicos de maior sucesso na história recente.

Tenha acesso completo ao nosso serviço de inteligência política e jurídica, com alertas, análises e relatórios exclusivos.

CONHEÇA O JOTA PRO



Ao informar meus dados, eu concordo com a [Política de Privacidade](#) e com os [Termos de Uso](#).

Eu concordo em receber comunicações.

Solicite uma demonstração

CARLOS ARI SUNDFELD – Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.

EGON BOCKMANN MOREIRA – Professor de Direito Econômico da UFPR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/Federal.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO – Professor titular de Direito Administrativo e Diretor da Faculdade de Direito da USP.

GUSTAVO BINENBOJM – Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor pela UERJ e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

JACINTHO ARRUDA CÂMARA – Professor doutor da PUC/SP e vice-presidente da SBDP.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA – Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Coordenador do UERJ Reg. Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws por Harvard.

MARÇAL JUSTEN FILHO – Doutor em Direito e advogado.

VERA MONTEIRO – Professora da FGV Direito SP. Doutora em Direito pela USP. Advogada.