

SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES

Parecer nº 02/ASJUR/Transportes – AAL - André Serra Alonso¹

Ref.: Processo nº E-10/700.003/2010

Contrato de concessão firmado antes da Lei nº 8.987/95. Transferência das obrigações para sociedade de propósito específico cujos acionistas serão as mesmas empresas que compõem o consórcio vencedor do certame. Inexistência de previsão no edital e no contrato de concessão. Possibilidade. Liberdade de organização da atividade empresária. Interpretação finalística. Necessidade de observância dos requisitos do art. 27 da Lei 8.987/95 e da manutenção do padrão de qualidade fixado na licitação. Responsabilidade solidária dos atuais consorciados no cumprimento do objeto contratual.

I - Relatório

Trata-se de processo administrativo encaminhado pela i. Subsecretária de Estado de Transportes, solicitando manifestação desta Assessoria Jurídica sobre consulta formulada pela Presidência da Companhia de Desenvolvimento Rodoviário e Terminais do Estado do Rio de Janeiro – CODERTE, com vistas à obtenção de pronunciamento conclusivo acerca de requerimento formulado pelo Consórcio Novo Rio, no qual indaga sobre a viabilidade jurídica de substituição do consórcio que atualmente explora o serviço concedido, composto pelas empresas SOCICAM, RODERJ e ASCOTRAN, por uma Sociedade de Propósito Específico - S.P.E, a ser denominada CONCESSIONÁRIA NOVO RIO S.A.

Inaugura o processo carta encaminhada pelo Consórcio Novo Rio à CODERTE (fls. 02/03), responsável pela exploração, manutenção e administração dos terminais rodoviários Novo Rio e Roberto Silveira, por meio da qual consulta o Poder Concedente sobre a possibilidade de transformar o consórcio em “*empresa de propósito específico*”.

Após o protocolo do pedido, uma das empresas consorciadas, a SOCICAM, que, segunda a carta inicial, é responsável pela administração geral dos terminais, encaminha cópia da Lei federal nº 8.987/95 e da Ata de Reunião Extraordinária do Consórcio, onde se decidiu consultar a CODERTE sobre a viabilidade do pleito (fls. 06/21).

Analisando o requerimento, a Assessoria Jurídica da CODERTE (fls. 26/31) opinou pela viabilidade jurídica da operação, haja vista não haver prejuízo para o

¹ O parecer foi elaborado com auxílio do residente jurídico Iuri Marcondes Carvalho de Quadros e da assessora jurídica Ivana Cunha Junqueira.

Estado, vez que os acionistas da nova sociedade serão as mesmas empresas que compõem o consórcio, ressaltando, entretanto, a necessidade de submissão do estatuto ou contrato social à CODERTE, bem como que a mudança só seja efetivada após o consórcio e as empresas que o compõem reconhecerem e assumirem solidariamente as dívidas existentes.

O parecer jurídico foi aprovado pelo Presidente da Companhia, que entendeu por bem submeter a matéria à Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes (fl.31).

Assim, o pleito foi analisado por esta Assessoria Jurídica (fls. 32/37) que, em parecer subscrito pelo então Procurador do Estado ocupante do cargo de Assessor-Chefe, opinou pela “*autorização da alteração do controle societário*”², desde que cumpridas algumas condições elencadas na manifestação.

Ato contínuo notificou-se o consórcio (fls. 40/42) sobre a necessidade de cumprir os requisitos impostos pelo art. 32, § único da Lei estadual nº 2.831/97, para a transferência do controle acionário.

Em resposta, o Consórcio Novo Rio protocolou correspondência (fls. 44/46) informando que: i) existe a intenção de transformar o consórcio em sociedade anônima, mantendo como acionistas as mesmas empresas consorciadas; ii) não haverá substituição de parceiros, muito menos cessão de direitos a terceiros, sendo que a adequação tem o objetivo primordial de segregar riscos e ampliar a transparência da gestão; iii) não se trata de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, mas mera substituição do tipo societário utilizado; iv) as garantias, responsabilidades e condições técnicas da proposta vencedora do certame serão preservadas; e, v) o patrimônio da nova sociedade será constituído pela transferência integral de todos os bens, direitos e obrigações do atual consórcio. Na mesma carta, junta a minuta do Estatuto Social da nova sociedade (fls. 47/58), bem como do boletim de subscrição dos acionistas (fls. 59/63), e requer a anuência do Estado para prosseguir como ajuste societário.

No entanto, de modo a atender às exigências formuladas no parecer jurídico da SETRANS, juntou, às fls. 81/479, cópia do estatuto social, da Ata de Assembleia Geral Extraordinária, Atas de Assembleia do Conselho de Administração, documentos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica, todos eles em nome da Concessionária Novo Rio S.A.

Em sequência, à fl. 480, consta manifestação do Diretor Presidente da CODERTE, na qual informa a necessidade de adequação do contrato de concessão, celebrado à luz do disposto no antigo Decreto Lei nº 2.300/86, e encaminha os autos à Diretoria Técnica e Operacional, para análise da conveniência de se autorizar apenas a transferência do objeto contratual à S.P.E, ou se existe a necessidade de adaptação de todo o contrato em face de nova legislação vigente, bem como à Assessoria Jurídica da Companhia, para verificar a documentação apresentada pela concessionária e a legalidade do pleito.

² Ao que parece o i. Procurador utilizou este termo por entender que, no caso concreto, a criação da S.P.E seria uma operação análoga à transferência da concessão ou alteração do controle acionário, previstas no art. 27 da Lei 8.987/95. Tal interpretação será analisada adiante.

À fl. 485, manifestou-se a Assessoria Jurídica da CODERTE de forma favorável à transformação do consórcio em S.P.E, ressaltando, entretanto, que na minuta de estatuto social apresentada não se vislumbra identidade entre os acionistas e as empresas que compõem o consórcio, devendo, também, ser mantido como operador técnico a atual empresa responsável.

Notificado a se manifestar, o Consórcio Novo Rio juntou cópia autenticada do Estatuto Social da Concessionária Novo Rio S.A., devidamente arquivado na JUCERJA, comprovante de inscrição no CNPJ e de composição acionária, com as respectivas participações, informando, ainda, que a acionista responsável pela operação continuará sendo a SOCICAM (fls.493/529).

Com isso, novamente se manifesta a ASJUR/CODERTE (fls. 530/532), concluindo ser “*possível e legal o pedido feito pela Concessionária*”, consignando, além disso, que os documentos comprobatórios da capacidade econômica e fiscal poderão ser apresentados após a autorização do Poder Concedente para a transferência.

Com base no pronunciamento jurídico, às fls. 533/534, o Diretor Presidente da CODERTE manifestou-se de forma favorável ao pleito, ressaltando que os presentes autos cuidam tão e somente da assunção do contrato pela S.P.E, mas que deverão ser realizados estudos de modo a adequar o atual contrato de concessão, que data de 1990, à legislação hoje vigente, devendo constar no termo aditivo tal necessidade.

Assim, a matéria foi submetida ao Conselho de Administração da CODERTE, que, na sua 378ª reunião, cuja ata encontra-se acostada às fls. 535/536, aprovou a proposta do Diretor Presidente, qual seja, a assunção da concessão pela S.P.E criada pelas empresas que compõem o atual consórcio concessionário, devendo, posteriormente, ajustar-se o contrato à legislação vigente. Ato contínuo, o processo foi submetido ao Secretário de Estado de Transportes.

Por fim, os autos foram encaminhados à SETRANS para análise desta ASJUR e posterior remessa à Casa Civil, para obtenção da autorização do Exmo. Sr. Governador do Estado.

É o relatório, passamos a nos manifestar.

II – Fundamentação

Conforme exposto no relatório, pleiteia o Consórcio Novo Rio, responsável pela exploração, operação e administração, com exclusividade, do Terminal Rodoviário Novo Rio e seus anexos, bem como do Terminal Rodoviário Roberto Silveira³, também com seus anexos, a transferência da concessão para uma sociedade de propósito específico⁴, a ser criada pelas empresas que compõem o atual consórcio concessionário.

³ Os 2 (dois) terminais rodoviários, Novo Rio e Roberto Silveira, são objetos de uma mesma concessão.
⁴ O Concessionário em seu pleito inicial utiliza a denominação “*empresa de propósito específica*”, porém, de modo a não gerar dúvidas, adotaremos a mesma denominação utilizada pelo legislador, sociedade de propósito específico – S.P.E.

O pleito já foi objeto de análise pela Assessoria Jurídica da CODERTE, bem como desta ASJUR⁵, que concluíram pela viabilidade da operação, desde que atendidos alguns requisitos mínimos.

Tendo sido, aparentemente, sanadas as exigências anteriormente elencadas e, com a concordância da Assessoria Jurídica e do Conselho de Administração da CODERTE, retornam os autos à ASJUR/Transportes, para análise conclusiva.

Ocorre que, em que pese haver manifestação prévia desta Assessoria, favorável ao pleito, algumas considerações mostram-se necessárias, *haja vista a existência de precedente contrário da d. Procuradoria Geral do Estado*⁶ e da interpretação adotada no parecer jurídico anterior (fls. 32/37).

Assim, de modo a sistematizar a presente análise, dividiremos a manifestação em: i) um breve histórico da concessão, abrangendo ainda a legislação aplicável; ii) as S.P.E e seu regramento no ordenamento jurídico; iii) análise crítica dos pareceres anteriores e do precedente da Procuradoria Geral do Estado; e, iv) exame da possibilidade de transformação do Consórcio em S.P.E à luz da legislação vigente e do contrato de concessão, bem como das suas consequências jurídicas.

II.1 - Breve histórico da concessão e da legislação aplicável.

O contrato de concessão onerosa para a exploração, operação e manutenção, com exclusividade, do Terminal Rodoviário Novo Rio e do Terminal Rodoviário Roberto Silveira, ambos com seus respectivos anexos, foi celebrado entre a Companhia de Desenvolvimento Rodoviário do Estado do Rio de Janeiro – CODERTE e o Consórcio Novo Rio, formado pelas empresas RODERJ – Associação Estadual das Empresas de Transporte Rodoviário, ASCOTRAN – Associação dos Concessionários do Terminal Rodoviário Novo Rio e SOCICAM – Administração, Projetos e Empreendimentos Ltda., em 30 de agosto de 1990, sob a égide do então vigente Decreto-Lei nº 2.300/86 e da Lei estadual nº 1.481/89, ou seja, muito antes da promulgação da Lei de Licitações e Contratos, nº 8.666/93, e da Lei de Concessões, nº 8.987/95, fato que poderia gerar dúvidas acerca da legislação a ele aplicável.

Ocorre que, de acordo com o § 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷, que disciplina a elaboração, vigência, aplicação no tempo e no espaço, das normas jurídicas do ordenamento brasileiro, a lei posterior revoga a anterior em três hipóteses, quais sejam: i) quando expressamente declarar a revogação; ii) quando for incompatível com a posterior; e iii) quando a lei nova regular inteiramente a matéria tratada no diploma anterior.

⁵ Parecer s/nº exarado pelo Procurador do Estado, então Assessor Jurídico Chefe da ASJUR/Transportes, Dr. Renan Miguel Saad.

⁶ Parecer nº 59/2009 – JVM-PR-JUCERJA, que foi objeto de visto da Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado.

⁷ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Pois bem, é exatamente nas hipóteses trazidas pelo aludido § 1º que se enquadra a revogação do Decreto-Lei nº 2.300/86 pela Lei federal nº 8.666/93, já que o novo diploma legal, em seu art. 126⁸, revogou expressamente o referido Decreto-Lei, passando a disciplinar as licitações e contratos da Administração Pública.

E mais, com o advento da Lei federal nº 8.987/95, as concessões de serviço público passaram a ser regidas por este diploma legal, em razão do disposto no seu art. 1º e no art. 175 da Constituição da República.

Sobre a aplicabilidade da lei nova às relações jurídicas iniciadas na vigência da lei anterior, como ocorre na hipótese em análise, valemo-nos da lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰:

“Forçoso é reconhecer, outrossim, na linha de raciocínio exposto, a aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuativas - isto é, as relações jurídicas iniciadas na vigência da lei anterior e que se protraem no tempo, mantendo-se após o advento da lei nova. No que concerne às relações continuativas (também chamadas de relações de trato sucessivo), a sua existência e a sua validade ficam submetidas à norma vigente ao tempo de seu início. No entanto, a sua eficácia estará, inarredavelmente, submetida à nova norma jurídica.”

Assim, é que se conclui, inicialmente, aplicar-se às relações continuativas advindas do contrato de concessão para a exploração dos Terminais Rodoviários Novo Rio e Roberto Silveira as disposições constantes nas Leis nº 8.987/95 e nº 8.666/93, bem como na Lei estadual nº 2.831/97, que revogou inteiramente a Lei estadual nº 1.481/89, na regulação das concessões de serviços públicos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, salvo no que concerne aos seus requisitos de existência e validade do contrato de concessão, ou, no caso de eventuais atos jurídicos consumados e direitos adquiridos pelo concessionário com base na legislação pretérita.

II. 2) As Sociedades de Propósito Específico – S.P.E's no ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se por sociedade de propósitos específicos (S.P.E) a empresa constituída para o cumprimento de uma finalidade única, *in casu*, a exploração da

⁸ Art. 126. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente os Decretos-leis nºs 2.300, de 21 de novembro de 1986, 2.348, de 24 de julho de 1987, 2.360, de 16 de setembro de 1987, a Lei nº 8.220, de 4 de setembro de 1991, e o art. 83 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966. (Renumerado por força do disposto no art. 3º da Lei nº 8.883, de 1994)

⁹ Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

¹⁰ In “Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB”, 10ª Ed., Salvador: Jus Podium, 2012. p. 137.

concessão dos Terminais Rodoviários Novo Rio e Roberto Silveira. Usualmente, também são chamadas de consórcios societários, no entanto, ao contrário destes, possuem personalidade jurídica própria e todas as demais características comuns às sociedades empresárias.

Na definição de Flavio Amaral Garcia, “a sociedade de propósitos específicos tem como característica principal funcionar por um período determinado de tempo e com o único objetivo de desenvolver o objeto social que justificou a sua criação”.¹¹

Embora amplamente utilizadas e estudadas pela doutrina, e sua noção se encontrasse subjacente em várias normas, nominalmente, na legislação administrativa brasileira, apenas a Lei federal nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, previu expressamente, em seu artigo nono, a obrigatoriedade da constituição da sociedade de propósito específico para implantar e gerir o objeto da parceria. Vejamos:

“Art. 9º - Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

Não obstante a constituição da S.P.E ser obrigatória apenas nas Parcerias Públicas e Privadas, a Lei federal nº 8.987/95, que disciplina o regime de concessões e permissões no âmbito federal, além de fixar normas gerais sobre o tema, já previa figura análoga. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.”

Já no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 2.831/97, que disciplina o regime de concessões e permissões de serviços públicos estaduais, coadunando-se com a normatização federal sobre o tema, dispõe, em seu art. 21, o seguinte:

“Art. 21 - É facultado ao Poder Concedente ou Permitente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido ou permitido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato, com seu objeto social restrito à exploração da concessão ou permissão.”

Portanto, conquanto apenas a Lei federal nº 11.079/04 tenha utilizado expressamente o vocábulo “sociedade de propósito específico”, tanto a Lei federal nº

¹¹ Garcia, Flavio Amaral. *Licitações & Contratos Administrativos (Casos Polêmicos)*. Ed. Lumen Juris. 2010. 3ª edição. p.431.

8.987/95, como a Lei estadual nº 2.731/97 já previam a figura de uma pessoa jurídica instituída para explorar o objeto da concessão, logo, forma equivalente à S.P.E, enquanto instrumento de organização administrativa do poder concedente, que pode exigir, no interesse do serviço a ser concedido, que consórcio vencedor do certame se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

A razão desta exigência, como será melhor explicitado adiante, decorre do fato de que a criação de uma S.P.E traz vantagens estruturais claras tanto para o Poder Concedente quanto para as consorciadas, já que implica na estruturação de uma organização empresarial autônoma para explorar a concessão, enquanto o consórcio nem sequer possui personalidade jurídica e, portanto, não é, sob a ótica jurídico-formal, sujeito de direitos.

Entretanto, apesar de se constituir como unidade empresarial autônoma, há que se ressaltar que a S.P.E, “normalmente, não tem interesse próprio, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma vida social. Trata-se do que se poderia chamar uma sociedade ancilar, mero instrumento de sua controladora.”¹²

É exatamente o que ocorrerá caso se defira o requerimento do Consórcio Novo Rio. As empresas hoje consorciadas criariam uma S.P.E tendo como objeto social o “propósito específico derivado do Contrato de Concessão de Serviços Públicos de administração, operação, manutenção, conservação e exploração comercial do Terminal Rodoviário Novo Rio e respectivo edifício garagem anexo, na Cidade do Rio de Janeiro – RJ e do Terminal Rodoviário Roberto Silveira e seus anexos na Cidade de Niterói – RJ, mantido com o Estado do Rio de Janeiro.”¹³

Visto isso, em conclusão deste tópico, é de se destacar que a criação S.P.E, à luz da legislação vigente, é figura obrigatória apenas nas Parcerias Público Privadas regidas pela Lei federal nº 11.079/04, podendo, entretanto, observados os requisitos da Lei federal nº 8.987/95, e no interesse do serviço a ser concedido, ser constituída de forma facultativa nas concessões comuns.

II. 3) Das manifestações anteriores exaradas no processo.

Conforme exposto no relatório, a matéria trazida à apreciação já foi objeto de diversas manifestações de cunho jurídico no decorrer do presente administrativo, tanto por parte da assessoria jurídica da CODERTE, como da assessoria desta Secretaria.

Todos os pareceres concluíram pela possibilidade de se constituir a S.P.E, desde que restem observadas algumas formalidades necessárias.

Das manifestações da CODERTE, em síntese, extrai-se não haver óbice jurídico à pretensão formulada pelo consórcio, ao argumento de que a constituição de uma S.P.E profissionalizaria a gestão da concessionária, pois, uma pessoa jurídica seria criada com o único objetivo de assumir as obrigações advindas do contrato de concessão, aumentando a eficiência e diminuindo os custos. Além disso, sustentam

¹² Nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba, in “Direito Societário”, Rio de Janeiro, Renovar, 13ª ed. p. 36.

¹³ Art. 3º do Estatuto Social da Concessionária Novo Rio S.A.

que a criação da S.P.E estaria inserida na liberdade de iniciativa e de formação societária para exploração do objeto social.

Afirmam, ainda, que a transformação pretendida iria ao encontro do princípio da eficiência, já que com a constituição da S.P.E para gerir a concessão haveria uma maximização da prestação dos serviços e, por fim, ressaltam a necessidade de solidariedade na sucessão.

Complementando a manifestação da CODERTE, o então Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes, analisou a questão sob a ótica da transferência do controle acionário, regulamentada pelo art. 27 da Lei federal 8.987/95¹⁴, entendendo, ao que parece, que a criação de uma sociedade de propósito específico para assumir o objeto da concessão encerraria razões e requisitos semelhantes, concluindo, de tal modo, pela viabilidade jurídica da operação, desde que fossem preenchidos as condições elencadas na legislação federal e no art.32 da Lei estadual nº 2.831/97¹⁵.

Fixada tal premissa, de modo a aferir o cumprimento das condicionantes para a transferência, o departamento jurídico da CODERTE entendeu que as empresas acionistas da S.P.E poderão apresentar os documentos comprobatórios de regularidade jurídica e fiscal após a autorização expedida pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, consignando, também, a necessidade da atual consorciada responsável pela administração dos terminais possuir a mesma função na nova sociedade.

Entretanto, importante, desde já, tecer um breve comentário acerca deste ponto. Ainda que se conclua pela possibilidade jurídica da transferência do objeto da concessão para a S.P.E, o que será tratado adiante, *considerando que a comprovação da qualificação técnica e financeira será feita pelas empresas que hoje compõem o consórcio e que serão acionistas da nova sociedade e, também, a expressa dicção do art. 32 da Lei estadual nº 2.831/97 e do art. 27 da Lei federal nº 8.987/95, a autorização do Poder Concedente só se dará depois de cumpridos as condicionantes para a transferência. Ou seja, antes da submissão ao Chefe do Poder Executivo estadual, os autos devem estar instruídos com os documentos exigidos e a respectiva manifestação técnica que ateste expressamente o cumprimento das condicionantes, de modo a subsidiar a decisão do Poder Concedente.*

E mais, ao se admitir a criação da S.P.E, não há mais que se falar em manutenção da uma empresa líder, que conservaria a incumbência de administrar os terminais,

¹⁴ Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

¹⁵ Art. 32 - A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único - Para fins de obtenção da anuência de que trata o "caput" deste artigo o pretendente deverá;

I - atender 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.

III - no caso de serviços públicos e de obra pública, que necessitem de investimentos da concessionária, comprovar de que dispõe ou disporá de recursos próprios ou de terceiros e garantias para executar as obras ou serviços.

no caso a SOCICAM, pois, com a criação da nova sociedade, esta passará a ser a única responsável, ao menos em um primeiro momento, pelo contrato de concessão. É possível que a atual administradora figure como controladora, contudo, a execução contratual será encargo da própria S.P.E, não apenas de um dos seus acionistas.

Assim, com a devida vênia, *concluindo-se pela viabilidade da transferência do objeto contratual do consórcio para a S.P.E, não nos parece que os autos possam ser submetidos à Secretaria de Estado da Casa Civil e, somente após a autorização governamental, apresentados os documentos que comprovem a manutenção das condições inicialmente exigidas na licitação. Como dito, a área técnica da CODERTE deve atestar previamente a regularidade fiscal, jurídica e a idoneidade financeira das acionistas da futura S.P.E, bem como verificar se a nova empresa possuirá capacidade técnica e recursos suficientes para gestão da concessão.*

Visto isso, apesar das manifestações jurídicas favoráveis constantes nos autos, há que se salientar a existência de precedente da d. Procuradoria Geral do Estado, contrário à criação de S.P.E para a assunção de contrato de prestação de serviço em lugar de consórcio.

Em caso semelhante, ocorrido no âmbito da JUCERJA, a Procuradora do Estado então lotada naquela autarquia, Dra. Josenete Veloso Monteiro, exarou o Parecer nº 59/2009 – JVM-PR-JUCERJA, devidamente aprovado pela Exma. Procuradora-Geral do Estado, no qual concluiu não ser possível a transferência da execução do objeto contratual para uma S.P.E que seria constituída pelas empresas que compunham o consórcio contratado pela JUCERJA, vez que (i) o art. 78, VI da Lei federal nº 8.666/93 veda, como regra geral, a transferência da execução do objeto contratual; (ii) não havia previsão legal, editalícia e contratual para a assunção; e (iii) não se vislumbrava interesse público na alteração, pois o contrato já estava sendo executado pelo consórcio e as condições de habilitação das empresas consorciadas não poderiam ser sub-rogadas pela S.P.E.

Ocorre que o caso paradigma trata da prestação de serviços de gestão das centrais de atendimento ao cidadão, administrados pela JUCERJA, contrato este celebrado em 2008, já sob a égide da Lei nº 8.666/93, cujo prazo está limitado aos 60 (sessenta) meses previstos naquela lei.

Em que pese a brilhante construção da ilustre Procuradora, *s.m.j*, a conclusão no sentido da impossibilidade de transferência para S.P.E das obrigações assumidas pelo consórcio vencedor da licitação de prestação de serviços comum, ante a ausência de previsão editalícia para a sua constituição, não pode ser aplicada indiscriminadamente a um contrato de concessão de serviço público¹⁶, licitado antes das atuais Leis de Licitações e de Concessões, e cujo prazo de vigência é de 30 (trinta) anos.

Isto porque, diferente da situação padrão preconizada pela Lei 8.666/93, no caso das concessões, em regra, tem-se investimentos vultosos, geralmente abrangendo longos períodos, que demandam constante atualização e um maior controle por parte do Poder Concedente, o que poderia ser traduzido pela constituição de uma S.P.E, entre outras razões que passamos a expor adiante.

II. 4) Da possibilidade jurídica de transferência do objeto da concessão para uma S.P.E à luz da legislação vigente e do contrato de concessão, suas consequências e condicionantes jurídicas.

A possibilidade jurídica da transferência das concessões de serviços públicos ou da modificação do controle acionário das concessionárias não é matéria estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, já tendo sido analisada pela Procuradoria Geral do Estado¹⁷ e nesta pasta¹⁸.

Com efeito, a Lei federal nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, permite a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária mediante o preenchimento dos requisitos que elenca e da prévia anuência do Poder Concedente. Vejamos:

“ 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.”

No âmbito estadual, a Lei nº 2.831/97, que dispõe sobre as concessões e permissões no Estado do Rio de Janeiro, também regula a transferência:

“Art. 32 - A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único - Para fins de obtenção da anuência de que trata o “caput” deste artigo o pretendente deverá;

I - atender 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.

III - no caso de serviços públicos e de obra pública, que necessitem de investimentos da concessionária, comprovar de que dispõe ou disporá de recursos próprios ou de terceiros e garantias para executar as obras ou serviços.”

¹⁷ Os precedentes da PGE serão mencionados adiante.

¹⁸ Exemplificadamente, no âmbito das concessões acompanhadas pela Secretaria de Estado de Transportes, já foram autorizadas as transferências do controle acionário da concessão do serviço de transporte aquaviário de passageiros e do serviço de transporte metroviário de passageiros da Linha 4.

Da leitura dos dispositivos transcritos, denota-se que a legislação admite transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária desde que preenchidos os seguintes requisitos: i) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção dos serviços; ii) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor; iii) comprovar disponibilidade de recursos próprios ou de terceiros e garantias para executar as obras ou serviços.

É certo, porém, que na doutrina levantam-se vezes contrárias à transferência, sob o argumento de que ela importaria uma mudança subjetiva na concessão, ferindo o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos. Alguns doutrinadores chegam a apontar a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei federal 8.987/95, já que, sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, conforme exigido pelo art. 175 da CRFB/88, a transferência, sem nova concorrência, constituir-se-ia em verdadeira burla ao dispositivo constitucional e aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame¹⁹.

Porém, na linha da lição de Marçal Justen Filho²⁰, entende-se que a cessão não representa uma nova concessão, já que permanece íntegro o vínculo originariamente estabelecido. Altera-se apenas a pessoa do concessionário, mantendo-se todas as demais cláusulas e condições do contrato vigente (art. 27, II, da Lei nº 8.987/95). De tal modo, basta que a empresa que assumirá a concessão se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, preencha os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigidos na licitação original e no contrato, bem como, que se evidencie que a transferência será a melhor solução para eficiência e continuidade do serviço público²¹.

Este também parece ser o entendimento consolidado em inúmeros precedentes d. Procuradoria Geral do Estado, entre os quais destacamos os pareceres nº 23/98-

¹⁹ Neste sentido, Maria Silvia Di Pietro aduz que “O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’ ora sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória.”

(Di Pietro, Maria Sylvia Zenella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed., Ed. Atlas, 1999, p. 105.)

²⁰ Justen Filho, Marçal. *Concessões e Serviços Públicos*. Dialética, 1997, p. 287

²¹ Arnoldo Wald, no seu “O Direito e a Lei de Concessões”, também analisou o artigo 27 da Lei nº 8.987/95, chegando à seguinte conclusão:

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

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

FGM (Fabio Guido Morolli)²², nº 06/2003-ASA (Alexandre Santos Aragão)²³ e nº 26/2006 MJVS (Marcos Juruena Villela Souto)²⁴.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União entendeu que, devidamente comprovada “a prévia anuência do poder concedente; atendimento, pelo pretendente à transferência, das exigências de qualificação técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, necessárias à assunção do serviço, bem como o seu comprometimento em cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor; não há nenhum impedimento legal para que se efetive a transferência do controle acionário da concessionária de serviço público a terceiros”²⁵.

No entanto, apesar do que foi dito acima, e ainda, que o parecer anterior desta assessoria jurídica igualmente tenha analisado a questão sob o ângulo da transferência do controle acionário, em que pese considerar que, de fato, as situações são semelhantes, na verdade, o presente caso não trata exatamente deste tipo operação. Como se viu, o que se pretende é a criação de uma sociedade empresária pelas mesmas empresas que compõem o atual consórcio concessionário, a qual se transferirá a gestão do contrato de concessão, de modo autônomo.

Portanto, verificada a questão da possibilidade jurídica de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, necessário se faz examinar a viabilidade de se transferir o objeto contratual para uma S.P.E.

Em uma primeira análise literal da legislação vigente, em especial das leis 11.079/04 e 8.987/95, poderíamos concluir que: i) a constituição da S.P.E afigura-se obrigatória apenas nas PPP's, sendo faculdade do poder concedente nas chamadas concessões comuns; ii) deve estar prevista no edital de licitação; e, iii) em ambas as hipóteses, a S.P.E deve ser constituída antes da celebração do contrato.

Tais constatações são de grande relevo e, pela interpretação literal da legislação vigente, aplicáveis a todos os contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.987/95 ou da Lei nº 11.079/04. No entanto, um primeiro ponto que deve ser enfatizado, como já

²² Em que pese o i. Procurador ressaltar sua posição pessoal no sentido da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 8987/95, por ofensa ao artigo 175 da CRFB/88, que exigiria, ao seu sentir, licitação para transferência, conclui que, diante da inexistência de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, o regime por ele disciplinado deveria ser aplicado.

²³ Trata-se de minuta de manifestação do Estado em recurso extraordinário interposto pelo representante, nos autos de representação de inconstitucionalidade ajuizada contra lei municipal que, nos mesmos moldes da legislação federal e estadual, permitia a transferência do controle acionário. A petição foi aprovada pelo Procurador Geral do Estado como parecer.

Em síntese, o i. Procurador do Estado sustentou que a lei municipal não seria abstratamente inconstitucional, uma vez que o princípio preponderante nestas hipóteses haveria de ser o da eficiência e continuidade do serviço público, cuja aplicação, no entanto, não acarretará necessariamente no menosprezo do princípio da livre iniciativa, acolhedor da possibilidade das alterações sociais e da transferência da concessão.

Neste passo, a transferência será legítima caso observe os requisitos legais e importe em melhor solução para eficiência e continuidade do serviço público.

²⁴ O saudoso Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, ao analisar a possibilidade de criação de uma subsidiária integral que passaria a ser responsável pela concessão, apontou que é constitucionalmente despersonalizada a sua execução por uma pessoa específica. E concluiu: “Em outras palavras, viável em tese a operação, já que não interessa quem seja o dono das ações representativas do controle se o padrão de qualidade definido na licitação para o prestador e para o serviço se mantém o mesmo”.

²⁵ Decisão nº 509/2002 TCU – Plenário – Ministro Relator Marcos Vinicius Vileça

dito, é que o contrato de concessão ora em análise e seu precedente edital de licitação são anteriores às atuais leis de concessões e de licitações.

Partindo dessa constatação, há que se ter em mente que não existia previsão no ordenamento jurídico brasileiro, à época da licitação e da celebração do presente contrato de concessão, da figura da S.P.E, ou empresa criada com semelhante função.

Assim, por evidente, não poderia o edital de licitação, datado do ano de 1989, prever a possibilidade de constituição de sociedade empresária com a finalidade de gerir o serviço concedido, quando a legislação vigente à época não amparava tal figura.

O Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Lei estadual nº 1.481/89, diplomas legais aos quais se subordinava o Edital da Concorrência nº 03/89, previam somente a possibilidade de participação na licitação de empresas em regime de consórcio²⁶ e de criação de consórcio específico para a exploração da concessão²⁷. E assim o fez o edital de licitação, que disciplinou, nos subitens 3.1 e 3.2, a participação de empresas consorciadas.

Apesar disso, não nos parece razoável permitir que apenas as “novas” concessões, outorgadas após o advento da Lei nº 8.987/95, possam ser geridas por uma S.P.E e àquelas anteriores à vigência desta lei não façam jus à utilização deste modelo empresarial.

Isso porque, como já defendido neste parecer, com a criação da S.P.E, em regra, a gestão da concessão ganha maior eficiência e transparência, vez que, como sociedade empresária autônoma, terá escrituração contábil e fiscal própria, o que facilita a fiscalização do Poder Concedente, além de deixar nítida a responsabilidade da empresa contratada e dos sócios componentes e representar uma maior estabilidade nas relações entre o ente público e o particular.

Com efeito, a constituição de S.P.E's para execução de contratos administrativos de concessão, que envolvem atividades complexas, de longo prazo, e necessitam de estruturação exclusiva de recursos materiais e pessoal para seu desempenho, ao nosso sentir, trará ganhos para a gestão da concessão, indo ao encontro ao interesse público tutelado nessa relação jurídica, a melhor prestação do serviço público concedido.

²⁶ Decreto-lei nº 2.300/86

Art 26. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos no artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º No consórcio de empresas nacionais e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa nacional, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

²⁷ Lei estadual nº 1.481/89

Art. 21 - O disposto nesta lei aplica-se à concessão de obra pública, atendidas as disposições seguintes: (...)

II - A concessão poderá ser outorgada a consórcio constituído com o fim específico de exercê-la;

Como bem destaca Marçal Justen Filho, as concessões de serviço público abrangem atividades complexas que deverão ser desenvolvidas por longo período de tempo, de modo que a criação de uma estrutura jurídica apartada, própria para o seu desempenho, apresenta inúmeras vantagens operacionais, até mesmo porque, no consórcio, a ausência de comando central claro e de autonomia na organização da atividade, bem como outras dificuldades gerenciais e jurídicas, acaba por aumentar os riscos de ineficiência no desempenho da concessão²⁸.

Ademais, como bem ressaltado no parecer da assessoria jurídica da CODERTE, da liberdade de organização da atividade empresária, decorrente dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e da garantia da propriedade privada²⁹, deflui o direito das concessionárias de serviços públicos efetuarem alterações sociais ou adotarem formas jurídicas lícitas, que lhe afigurem mais eficientes na exploração da atividade.

Este também parece ser o entendimento de Marçal Justen Filho, citado no parecer da Assessoria Jurídica da CODERTE, de fls. 26/31. O ilustre administrativista defende a viabilidade da criação de sociedade de propósito específico, mesmo quando não prevista expressamente no ato convocatório³⁰. Vejamos:

*“Ressalte-se, no entanto, que a transformação do consórcio em pessoa jurídica, mesmo quando não prevista como obrigatória no ato convocatório, configura uma faculdade infestável para os particulares. A viabilidade de desempenho satisfatório do empreendimento objeto de concessão está diretamente relacionada a estruturação de organização permanente e estável – o que é extremamente difícil de ser obtido por meio do consórcio. Se, então, a constituição da pessoa jurídica (sociedade de propósito específica) não for obrigatória em função do edital, configurar-se-á como faculdade exercitável a qualquer tempo pelos consorciados”.*³¹

Frise-se. Do fato de a lei autorizar que o Poder Concedente, desde que previsto no edital, determine que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato, não emerge a conclusão de que seria proibida uma S.P.E em outras hipóteses.

A proibição deve resultar de previsão literal, não de interpretação a *contrário sensu*, por omissão da lei ou do edital. Afinal, está-se diante de uma limitação à liberdade de empresa - a qual deve ser interpretada restritivamente. Como bem ressalta Antônio Carlos Cintra do Amaral, a interpretação finalística ou teleológica da legislação conduz ao entendimento de que é viável a outorga (transferência) da

²⁸ Justen Filho, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.240)

²⁹ Art. 170, *caput*, incisos II e IV da CRFB/88.

³¹ Justen Filho, Marçal. *op. cit.* p. 240.

concessão para uma pessoa jurídica criada com o objeto específico de prestar o serviço concedido, mesmo em hipóteses não expressas na Lei 8.987/95³².

Portanto, ainda que a criação da S.P.E não encontrasse previsão na legislação então vigente e, em consequência, não tenha sido expressamente autorizada pelo contrato de concessão, caso esta formatação societária se mostre mais eficiente e atenda o interesse público, a aplicação analógica das disposições contidas na Lei 8.987/95 aos contratos firmados antes da sua vigência seria possível, posto que os valores que nortearam o legislador a estabelecer a participação das S.P.E's teriam o condão de oferecer à Administração as garantias necessárias para que o interesse público tutelado pela concessão seja plenamente atendido.

Sob outro enfoque, importante destacar o entendimento do Procurador Alexandre Santos Aragão, que, ao analisar a constitucionalidade de lei municipal que autoriza a transferência do controle acionário ou da própria concessão, expôs o conflito entre princípios jurídicos envolvidos, concluindo que, *“o princípio preponderante no presente caso haverá de ser o da eficiência e continuidade do serviço público, cuja aplicação, no entanto, como visto supra, não acarretará necessariamente no menosprezo do princípio da livre iniciativa, acolhedor da possibilidade das alterações sociais e da transferência da concessão.”*³³

Já Marcos Juruena Villela Souto, em parecer já citado sobre a possibilidade de criação de uma subsidiária integral para assumir a concessão³⁴, bem destacou que *“não interessa quem seja o dono das ações representativas do controle se o padrão de qualidade definido na licitação para o prestador e para o serviço se mantém o mesmo. Adiante, ressaltou: “em síntese, a licitação fixa um padrão de qualidade para a execução do contrato por uma pessoa jurídica; é exatamente este padrão de qualidade que deve se investigar, pelo concedente, no que concerne à sua preservação.”*

Embora tratem da transferência da concessão ou do controle acionário, os entendimentos acima expostos parecem-me em todo aplicáveis à hipótese de criação de uma sociedade de propósito específico para desempenhar o serviço concedido.

Logo, preenchidos os requisitos elencados no art. 27, II, da Lei nº 8.987/95, que devem ser aplicados à espécie por analogia, para que sejam mantidas as garantias, responsabilidades, a capacidade técnica, regularidade jurídica e idoneidade financeira; preservado o padrão de qualidade previsto na licitação e no contrato de concessão³⁵, a princípio, não haverá prejuízo à continuidade e eficiência na prestação do serviço

³² Concessão de serviço público, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

³³ Parecer nº 06/2003-ASA.

³⁴ Parecer nº 26/2006 MJVS.

³⁵ Neste sentido, valemo-nos da lição do professor Engon Bockmann Moreira, já transcrita no parecer de fls. 26/31:

“Nada impede que o consórcio vencedor venha a se transformar numa S.P.E sponte própria dos consorciados: extingue-se o consórcio que é imediatamente sucedido em direitos e obrigações pela S.P.E (desde que mantidas as mesmas garantias, responsabilidades e condições técnicas da proposta vencedora). Altera-se o modo de constituição societária, mas permanece íntegro o resultado da licitação.”

(Moreira, Engon Bockmann. *Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93*. Instituto Zênite, Doutrina -334/182/abr 2009)

concedido, podendo até mesmo vislumbrar-se possibilidade de melhoria em seu desempenho e nos instrumentos de controle do Poder Concedente. Portanto, não há porque desconsiderar a liberdade de configuração da atividade empresária, de modo que a criação da S.P.E afigura-se viável.

Importante ainda rememorar que as empresas que hoje formam o Consórcio Novo Rio serão as mesmas que constituirão a sociedade de propósito específico, o que reforça a viabilidade do pleito. Ora, se é admissível a transferência da concessão para terceiros, parece não haver qualquer sentido em vedar assunção do contrato por uma S.P.E., composta apenas pelos atuais integrantes do consórcio, já que a alteração subjetiva será apenas formal, de modo que o caráter personalíssimo do contrato de concessão não restará prejudicado. Também por isso, não teria haverá burla à licitação e aos princípios administrativos ou da licitação³⁶.

Entretanto, tal transferência, no caso concreto, suscita outras dúvidas que precisam ser sanadas, em especial no tocante ao risco de afastamento da responsabilidade dos futuros acionistas, hoje consorciados, bem como a responsabilidade pela sucessão dos ativos e passivos.

Na atual estrutura da concessionária, sob a forma de consórcio, por não possuir personalidade jurídica autônoma, as consorciadas respondem solidariamente pelas obrigações advindas da concessão, o que, em uma primeira análise, não ocorreria com a criação de uma nova sociedade, uma vez que esta assumirá integralmente tais responsabilidades.

Ocorre que a S.P.E, apesar de constituir-se como sociedade autônoma dos seus acionistas, nasce para cumprir um objeto específico da concessão, cujo interesse é da(s) empresa(s) controladora(s), e não poderia ser de outra forma.

Neste diapasão, especialmente no caso concreto, em que a concessão foi firmada em 1990, pelo prazo de 30 anos, estando, portanto, no seu terço final, não se pode afastar a responsabilidade dos atuais consorciados. A segregação integral das responsabilidades, após tão longo período de execução contratual, poderá representar graves prejuízos aos credores ou a própria concessão.

Sobre a responsabilização dos acionistas da S.P.E, vejamos a lição do professor José Edwaldo Tavares Borba³⁷:

“A S.P.E. pode, portanto, ser considerada uma fórmula adequada para o desenvolvimento autônomo de determinado projeto, mas afigura-se de todo impréstável para reduzir ou excluir as responsabilidades do grupo controlador que a institui, a não ser quando a S.P.E. passa a desenvolver atividades que a tornem um centro efetivo de interesses. Observe-se que até mesmo quando a lei exige, para determinados fins, a criação de uma S.P.E., o objetivo é a proteção de determinados interesses (de eventuais credores ou da própria atividade), jamais a liberação do controlador.”

³⁶ Em especial aos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência.
³⁷ Op. Cit. p.36

Assim, como condição para transferência, entendemos prudente que se entelece a reponsabilidade solidária das empresas integrantes do consórcio pela execução do contrato no Estatuto Social da nova pessoa jurídica e no Acordo de Acionistas, especialmente no que se refere à sucessão pelo passivo existente ou que venha a emergir, de modo a evitar dúvidas e resguardar não apenas os eventuais credores, mas, também, o Poder Concedente de futura responsabilização por atos praticados pelo consórcio que não mais existirá.

III - Conclusão

À vista do exposto, interpretando-se finalisticamente as normas que permitem a constituição de uma pessoa jurídica com escopo específico de gerir as concessões, em especial o art. 20 da Lei federal nº 8.987/95 e o art. 21 da Lei estadual nº 2.831/97, considerando ainda o interesse público tutelado pela concessão e a provável otimização na prestação do serviço pela S.P.E, bem como a liberdade de organização da atividade empresária, parece-nos viável a substituição do consórcio que atualmente explora o serviço concedido, na forma pleiteada pelo Consórcio Novo Rio, desde que:

- i) as empresas acionistas da S.P.E comprovem a manutenção do atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal estabelecidas no edital de licitação, na forma do art. 27 da Lei federal nº 8.987/95 e do art. 32 da Lei estadual nº 2.831/97, bem como se demonstre que a nova sociedade possuirá expertise técnica, disponibilidade de recursos próprios ou de terceiros para fazer frente à prestação dos serviços, e se comprometerá a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor;
- ii) haja expressa previsão no Estatuto Social da Companhia e no Acordo de Acionistas acerca da responsabilidade solidária dos acionistas no cumprimento do objeto contratual, notadamente quanto aos possíveis passivos existentes antes da transferência;
- iii) seja aferido pela CODERTE, órgão técnico responsável pelo acompanhamento da concessão, o cumprimento das condicionantes para a anuência do Poder Concedente, antes da submissão dos autos à Secretaria de Estado da Casa Civil, conforme indicado no item II.3 desta manifestação.

Em tempo, considerando que o contrato de concessão ora em análise encontra-se completamente desatualizado e em desalinho com a legislação vigente, recomenda-

se que a CODERTE providencie a revisão das cláusulas contratuais, de modo a observar as disposições contidas nas leis federal e estadual de concessões.

Encaminhe-se ao i. Secretário de Estado de Transportes, para ciência do teor do presente parecer e posterior remessa do processo à d. Procuradoria Geral do Estado, na forma do artigo 4º, inciso I da Lei estadual 5.414/09, tendo em vista a existência de precedente contrário ao entendimento aqui firmado.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2013.

ANDRÉ SERRA ALONSO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

(Designado para prestar auxílio à Secretaria de Estado de Transportes)

Senhora Procuradora-Geral,

APROVO, o Parecer nº 2/ASJUR/Transportes - AAL (fls. 539/565) da lavra do Procurador do Estado André Serra Alonso, de 27/01/2013, que concluiu pela viabilidade jurídica da substituição do Consórcio Novo Rio, que atualmente explora o serviço concedido para manutenção e administração de terminais rodoviários, por uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, cujos acionistas serão as mesmas sociedades consorciadas - SOCICAM, RODERJ e ASCOTRAN.

O processo foi remetido pela SETRANS a esta Procuradoria, em cumprimento ao art. 4º, inciso I, da Lei Estadual nº 5.414/2009, em razão da existência de precedente contrário ao entendimento firmado no parecer.

O precedente que seria contrário à conclusão do i. Procurador, Parecer nº 59/2009 - JVM, da lavra da Procuradora do Estado Josenete Veloso Monteiro, conclui pela impossibilidade de o Consórcio Agiliza, vencedor de certame licitatório realizado em 2008, constituir uma Sociedade de Propósito Específico para gerir o contrato de "prestação de serviços de gestão de centrais de atendimento ao cidadão", dentre outros motivos, pelo fato de não ter sido tal alteração prevista no edital e no contrato.

Consoante destacado no Parecer nº 2/ASJUR/Transportes - AAL, "o caso paradigma trata da prestação de serviços de gestão das centrais de atendimento ao cidadão, administrados pela JUCERJA, contrato este celebrado em 2008, já sob a égide da Lei nº 8.666/93, cujo prazo está limitado aos 60 (sessenta) meses previstos naquela lei". Em contrapartida, a exploração de serviços "de manutenção e administração dos terminais rodoviários Novo Rio e Roberto Silveira" foi concedida ao Consórcio Novo Rio em 1990, antes das Leis de Licitações e Concessões e o seu prazo de vigência é de 30 (trinta) anos.

O i. Procurador considerou que as vantagens inerentes à SPE são compatíveis com o interesse público tutelado na respectiva relação jurídica, expondo não parecer razoável que apenas as novas concessões, outorgadas após o advento da Lei nº 8.987/95, possam ter como concessionária uma SPE.

Identificou as seguintes condições necessárias para que seja viável a substituição do consórcio Novo Rio por SPE, em resumo: (1) as sociedades acionistas da SPE devem (1.1) comprovar a manutenção das exigências fixadas no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95 e art. 32 da Lei Estadual nº 2.831/97; (1.2) demonstrar que a nova sociedade possuirá expertise técnica e disponibilidade de recursos para fazer frente à prestação dos serviços; (1.3) se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor; (2) o Estatuto Social da Companhia e o Acordo de Acionistas deve atribuir expressamente responsabilidade solidária aos acionistas no cumprimento do objeto contratual, notadamente quanto aos possíveis passivos existentes antes da transferência; (3) o órgão técnico da CODERTE, responsável pelo acompanhamento da concessão, devem fiscalizar o cumprimento das condições fixadas no parecer, antes da submissão à Secretaria de Estado da Casa Civil.

Como se pode observar das fls. 497/511, houve adequação do objeto social e da composição acionária da Concessionária Novo Rio S/A.

Dentre as condições apontadas no parecer, ressalta-se, que a alteração contratual pretendida deve observar a exigência do *caput* do art. 27 da Lei n.º 8.987, sendo precedida de autorização do Presidente da CODERTE e do Governador do Estado, acrescentando-se, ainda, a conveniência de comunicação da alteração contratual ao Departamento de Transportes Rodoviários, tendo em vista as competências que lhe foram atribuídas pela Lei Estadual n.º 1.221/87.

Registro, por fim, que não foram analisados os aspectos técnicos e econômico-financeiros envolvidos, que fogem à natureza jurídica do exame aqui empreendido.

Rio de Janeiro, 6 de março de 2014.

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

Visto. Aprovo o Parecer nº 2/ASJUR/Transportes - AAL/2014, da lavra do Procurador do Estado ANDRÉ SERRA ALONSO, devidamente chancelado pelo Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, HENRIQUE BASTOS ROCHA, que concluiu pela viabilidade jurídica de substituição do Consórcio Novo Rio - composto pelas empresas SOCICAM, RODERJ e ASCOTRAN - por uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, a ser denominada CONCESSIONÁRIA NOVO RIO S.A., a fim de que esta última passe a explorar o serviço concedido de manutenção e administração dos terminais rodoviários Novo Rio e Roberto Silveira.

Conforme assevera o ilustre parecerista, *interpretando-se finalisticamente as normas que permitem a constituição de uma pessoa jurídica com escopo específico de gerir as concessões, em especial o art. 20 da Lei Federal nº 8.987/95 e o art. 21 da Lei Estadual nº 2.831/97, considerando ainda o interesse público tutelado pela concessão e a provável otimização na prestação do serviço pela S.P.E. bem como a liberdade de organização da atividade empresária, parece-nos viável a substituição do consórcio que atualmente explora o serviço concedido, na forma pleiteada pelo Consórcio Novo Rio.*

A viabilidade jurídica da substituição do Consórcio Novo Rio por uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, no entanto, encontra-se condicionada à observância das premissas enumeradas pelo parecerista a fls. 564/565, funcionando elas como antecedentes lógicos à concretização da referida substituição, a saber:

i) que as empresas acionistas da SPE comprovem a manutenção do atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal estabelecidas no edital de licitação, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 83987/95 e do art. 32 da Lei Estadual nº 2.831/97, bem como se demonstre que nova sociedade possuirá expertise técnica, disponibilidade de recursos próprios ou de terceiros para fazer frente à prestação dos serviços, e se comprometerá a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor;

ii) que haja expressa previsão no Estatuto Social da Companhia e no acordo de acionistas acerca da responsabilidade solidária dos acionistas no cumprimento do objeto contratual, notadamente quanto aos possíveis passivos existentes antes da transferência; e,

iii) que seja aferido pela CODERTE, órgão técnico responsável pelo acompanhamento da concessão, o cumprimento das condicionantes para anuência do Poder Concedente, antes da submissão dos autos à Secretaria de Estado da Casa Civil.

Por fim, ratifica-se a recomendação formulada pelo parecerista no sentido de que a CODERTE providencie a revisão das cláusulas contratuais, de modo a observar as disposições contidas nas leis federal e estadual de concessões, uma vez que o contrato de concessão ora em análise encontra-se completamente desatualizado e em desalinhamento com a legislação vigente, assim como se dê ciência da alteração contratual ao Departamento de Transportes Rodoviários, tendo em vista as competências atribuídas pela Lei Estadual nº 1.221/87.

Dê-se ciência, por cópia do Parecer, ao Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR, com vistas ao exame da sua publicação na Revista de Direito da PGE, a critério do Conselho Editorial da Revista, remetendo-se o processo à Secretaria de Estado de Transportes em devolução.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 2014.

CIRO GRYNBERG
Subprocurador-Geral Do Estado