

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: BREVES NOTAS SOBRE A ATIVIDADE EMPRESARIAL CONCESSIONÁRIA¹

EGON BOCKMANN MOREIRA

Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPR. Professor de Direito Econômico da UFPR (Graduação, Mestrado e Doutorado). Pós-Graduado em Regulação Pública e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

Sumário: Introdução. 1. Empresa e atividade concessionária. 2. A Sociedade de Propósito Específico (SPE) e as concessões 3. Contrato de concessão como vínculo empresarial objetivo 4. O poder de controle nas concessões 5. Poder de controle, alterações e *step-in-right* 6. Considerações Finais.

Introdução

Os contratos de concessão de serviços, obras e bens públicos são típicos *contratos dinâmicos*. Com isto se quer significar que eles não possuem um objeto pré-configurado de modo exaustivo e imune a quaisquer variações (objetivas e subjetivas). Seria por demais presunçoso pretender-se elaborar um contrato completo em setores tão sensíveis a alterações sócio-econômicas. Mais ainda: contratos de longo prazo que são as concessões instalam desafios próprios da atividade empresarial contemporânea: as vicissitudes que naturalmente surgem com o passar do tempo e os contratemplos que devem ser enfrentados para que a vida prossiga. Muitos destes contratemplos instalam reflexões mais profundas a respeito do projeto concessionário e exigem especial atenção quanto à atividade empresarial concessionária.

Pois este breve ensaio pretende explorar apenas alguns aspectos da atividade empresarial concessionária. Além desta introdução e das considerações finais, contará com cinco partes: a primeira, que tratará do conceito de empresa para a atividade concessionária; a segunda, que enfrentará a forma mais adequada para a instalação de uma empresa concessionária, que é a Sociedade de Propósito Específico – SPE; a seguir, será posto em cheque o mito brasileiro de que os contratos de concessão de serviços seriam *intuitu personae*

1 *Vita ipsa ... brevis est* – já que a vida é breve, vale a pena o esforço para tentar deixar de si as melhores e mais duradouras lembranças – assim o fez nosso querido amigo MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO; assim nós nos esforçamos em homenagear a sua memória.

para depois ser enfrentado o tema do poder de controle na empresa concessionária, bem como as suas alterações por meio do ingresso cogente do financiador (*step-in-right*).

1. Empresa e atividade concessionária

A assinatura do contrato de concessão qualifica o concessionário como aquele a quem foi imputada a gestão autônoma do projeto de concessão de serviço e/ou obra pública. A administração e a execução de tais obras e serviços é *transferida* ao concessionário, que as assume por sua conta e risco (com a respectiva alocação dos riscos entre concedente e concessionário). Ao concessionário é atribuído um serviço qualificado normativamente como público e ele se compromete a desenvolver a sua atividade empresarial da forma como o edital e o contrato estabeleceram. Logo, não se está diante de uma estrutura administrativa fechada, porventura circunscrita a bens e serviços *extra commercium*, mas sim de uma empresa privada que explora a comercialidade típica e própria das obras e serviços públicos. Para que o objetivo do projeto concessionário seja atingido, faz-se necessária a organização da atividade de prestação daquele serviço público. Como destacou Luiz Domingo da Silva Morais, a “*concepção da empresa como actividade* faz avultar não uma visão atomística de qualquer conjunto de actos de comércio, mas uma perspectiva de encadeamento ordenado e sistemático de actos orientados para a prossecução de determinadas finalidades de tipo económico.”² Existe, portanto, a atividade empresarial de concessão de serviço público.

A atividade concessionária organiza com independência a gestão dos bens e serviços que possibilitam a execução do contrato – pois o conceito de organização – na lição de Calixto Salomão Filho – “exige a afirmação da independência da instância organizadora. Sem essa independência não há organização possível. Não é possível regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados.”³ Igualmente nas concessões de serviço público, para que o empreendimento tenha êxito, necessário se faz que o empresário nele concentre esforços e expertise, a fim de que a atividade a ser desenvolvida atinja os objetivos que lhe são próprios (finalidade pública = prestação do serviço adequado aos usuários; finalidade privada = lucro). Atividade empresarial a ser desenvolvida em regime de autonomia, que merece ser respeitada pelo concedente: aqui, não há hierarquia, mas sim contratualização de interesses.

Em suma, é exatamente isto que deve se dar no projeto concessionário: a instalação de uma empresa, preferencialmente uma Sociedade de Propósito

2 *Empresas comuns* – joint ventures – no *Direito Comunitário da Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 154.

3 “A *fattispecie* empresário no Código Civil de 2002”, *Revista do Advogado* 96/15. São Paulo: AASP, 2008.

Específico, a qual gerencie com autonomia o serviço e as obras concedidas. Afinal, “a concessão é também uma empresa produtiva, com suas próprias exigências, sua autonomia e seu próprio estilo de gestão (industrial ou comercial). A Administração deve respeitar essas regras do jogo, próprias de toda empresa que necessita equilibrar seus balanços, selecionar seus diretores por suas condições profissionais (não por outros critérios), obter o benefício necessário para remunerar o capital investido, gerar uma certa capacidade de autofinanciamento, etc.”⁴ Trata-se de atividade empresarial sobremaneira complexa, a envolver o interesse público primário de responsabilidade do concedente, o interesse de todos e de cada um dos usuários do serviço, bem como os interesses dos acionistas do concessionário. Isto tudo desenvolvido em áreas de relevante interesse sócio-econômico, assim definidas em sede constitucional (Constituição do Brasil, art. 21, incs. XI, XII; 25, § 2º, c/e art. 175).

Mas uma ressalva merece ser feita: muito embora a concessão de serviços seja atividade empresarial autônoma, isto não significa dizer que concedente e concessionário estejam em pólos opostos. A rigor, a contratualização do vínculo instala a obrigação de colaboração recíproca – não só no que respeita ao objeto próprio do contrato, mas também quanto a deveres laterais de conduta que precisam instruir a conduta das partes. Aqui, o “credor” (o concedente) tem o dever estatutário de envidar os melhores esforços para que o “devedor” (o concessionário) preste o serviço e execute as obras da forma mais adequada possível. E o mesmo se diga do concessionário quanto aos seus deveres frente ao concedente. Para as partes existe o dever ativo de condutas positivas, a fim de que ambas efetivamente colaborem reciprocamente na efetivação dos objetivos, primários e secundários, do projeto concessionário.

2. A Sociedade de Propósito Específico (SPE) e as concessões

Em vista a necessidade de autonomia administrativa, patrimonial, financeira e técnica para a gestão de um projeto concessionário, é usual os editais de licitação (quando não a legislação, como o fez a Lei 11.079/2004 – Lei de PPPs, em seu artigo 9º) exigirem que o vencedor constitua uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para a assinatura do contrato. Será a SPE a concessionária de serviço público.

As SPEs destinam-se basicamente à dissociação de parcela do patrimônio daqueles que a integram, permitindo a efetiva separação dos ativos e dos riscos envolvidos em determinado negócio. A SPE dirige-se a apenas e tão-somente um empreendimento: no que respeita às concessões, cabe a esta empresa gerir a atividade concessionária daquele específico contrato. Confira-se o conceito lançado por Luiz Domingo da Silva Moraes para a figura da *empresa comum* ou *joint venture*: “uma relação, de conteúdo complexo, estabelecida entre entidades que explorem empresas com a finalidade de

4 José Manuel Sala Arquer, “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, in J. L. M. López-Muñiz e F. de Quadros, *Direito e justiça: VI Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*. Lisboa: Univ. Católica Ed., 2005, p. 41 – tradução livre.

realizar em comum e num quadro de concertação, um determinado projecto empresarial, mantendo, em contrapartida, numa determinada esfera minimamente apreciável, a sua autonomia jurídica e uma capacidade própria de determinação do seu comportamento comercial nesse mesmo âmbito.”⁵ Trata-se de mecanismo utilizado para conferir autonomia ao projeto e neutralizar a influência econômico-financeira e de políticas administrativas que outros negócios efetivados pelos membros da SPE possam exercer sobre empreendimento concessionário (e vice-versa).

A Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) permite à Administração Pública exigir que o eventual consórcio vencedor constitua-se em específica empresa para executar o contrato. De acordo com Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald, a previsão se justifica “pelo fato de que a organização societária oferece como vantagem a estabilidade maior nas relações internas entre as diversas consorciadas, que passarão a ser sócias e, igualmente, entre o Poder Concedente e a sociedade (que consolida os direitos, interesses e obrigações de todos os consorciados), tornando, ainda, desnecessário o recurso da previsão de solidariedade”.⁶ Além dessas, há relevantes vantagens de ordem econômico-financeira. A constituição da SPE envolve segregação patrimonial que impede o projeto concessionário de sofrer os eventuais revezes que venham a atingir as empresas que formaram a SPE. Há a separação de ativos e riscos, concedendo maior segurança e transparência à sociedade responsável pela gestão do serviço concedido. Essa vantagem torna-se ainda mais relevante diante do longo prazo que caracteriza tais contratos administrativos.

Aliás, é de se defender a constituição de SPE por empresas que participaram isoladamente da licitação (i.e., não apenas no caso dos consórcios). No caso das concessões comuns, isso se dá por meio da autorização prevista no artigo 20 da Lei 8.987/1995, ao consignar que o edital pode exigir que os consórcios transformem-se em empresa para assinar o contrato. O dispositivo não pode ser interpretado restritivamente, pois do fato de a Lei trazer uma hipótese não se infere a exclusão de todas as outras: tanto no que respeita à previsão editalícia que determine a constituição de uma SPE como condição para a assinatura do contrato (seja ou não o licitante originalmente constituído sob a forma consorcial), como no que se refere à possibilidade de o(s) licitante(s) vencedor(es) constituir(em) uma SPE *sponte propria* (qualquer que seja a sua estrutura societária quando do certame).

Do fato de a Lei prever a possibilidade de ser *obrigatória* a constituição da SPE para os consórcios não emerge a conclusão de que seria *proibida* uma SPE em outras hipóteses. A proibição deve resultar de previsão literal, não de interpretação *a contrario sensu* de um artigo desta Lei ou de dispositivo do edital. Afinal, está-se diante de uma limitação à liberdade de empresa – a qual deve ser interpretada

5 *Empresas comuns* – joint ventures – no *Direito Comunitário da Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 172. Mas note-se que a SPE é apenas uma espécie de *joint venture*, a chamada “*corporate joint venture*”, mais especificamente uma “*contractual joint venture*” – qualificação dada em vista a constituição de uma pessoa jurídica por meio de contrato celebrado entre as empresas participantes.

6 *O direito de parceria e a lei de concessões*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 368.

restritivamente. Nesse sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que: “A interpretação finalística ou teleológica conduz ao entendimento de que o objetivo da lei é autorizar a outorga da concessão a uma pessoa jurídica que tenha o objeto específico de prestar o serviço concedido. Assim sendo, a norma deve ser entendida com maior amplitude, abrangendo não apenas a hipótese de participação em consórcio como também a de empresa isolada.”⁷

Note-se que o artigo 981, parágrafo único, do Código Civil, expressamente consigna que a atividade econômica objeto da celebração de um contrato de sociedade “pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”. Sob certo ângulo, o dispositivo traduz-se em permissão da SPE. Inicialmente, deve-se ressaltar que a expressão “um ou mais negócios determinados” não se equipara à mera identificação da atividade econômica a que se dedicará a sociedade (objeto social). Se assim o fosse, o dispositivo seria supérfluo: limitar-se-ia a *permitir* aquilo que o próprio Código Civil, em outro dispositivo, expressamente obriga (artigo 968, inciso IV). A expressão deve ser interpretada em sentido técnico, como a possibilidade de a sociedade se dedicar a “um ou mais negócios [jurídicos] determinados”; à consecução de um *propósito específico*.

Quanto a isso, uma ressalva: o fato de determinada sociedade restringir seu objeto social a determinado negócio jurídico não significa que ela só praticará atos estritamente vinculados a ele. Por vezes, exige-se que outros tantos negócios – acessórios ou secundários – sejam praticados, inclusive com terceiros. Por exemplo, imagine-se o concessionário de rodovias que adquira uma usina de asfalto móvel, com a finalidade de servir de meio para o aprimoramento da execução do serviço.⁸ A toda evidência, ele não transgredirá de forma alguma o seu objeto social – nem tampouco o edital de licitação ou a Lei Geral de Concessões. Ao contrário, pois a usina configura instrumento adequado ao cumprimento dos seus deveres: ela assume a natureza de bem de produção, destinado à realização, manutenção e conservação de outro bem, a rodovia concedida. A rigor, poder-se-ia classificar a compra da usina de asfalto como *contrato acessório*, meramente instrumental à concessão. Hipótese diversa existiria caso o concessionário de rodovias pretendesse adquirir a usina de asfalto unicamente para prestação de serviços a terceiros; ou pretendesse a compra de outro bem que porventura possibilitasse a prestação de serviços diversos (e.g., adquirir uma boate às margens da rodovia); ou visasse à imobilização de investimentos em bens de capital diversos daqueles pertinentes ao conteúdo do contrato (e.g., a compra de uma unidade de produção de aço). Em todos esses exemplos haveria o desvirtuamento do objeto social, constituindo uma compra ou investimento principal, autônomo e diverso do escopo legal e contratual.

Quanto à sua natureza jurídica, é de se firmar que as SPEs não correspondem a um novo tipo societário. Com efeito, o que se tem é a limitação do objeto da futura sociedade, configurando especial restrição ao seu objeto social. Existe liberdade de escolha da forma

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

8 A respeito do caso que deu origem ao exemplo, v. o meu “Concessão de serviço público – usina de asfalto”, *ILC* 140/879-881.

societária e liberdade empresarial em restringir os futuros atos da SPE. Nesse sentido, não haverá pura e simplesmente uma SPE, mas sim sociedades limitadas de propósito específico; sociedades anônimas de propósito específico ... e assim por diante.

A exceção para as concessões de serviço público é a sociedade em conta de participação. Afinal, se tal espécie societária é despersonalizada e se a personalidade jurídica da SPE deriva do fato de ela se constituir em um tipo societário específico, seria possível afirmar que existe ao menos uma espécie de SPE despersonalizada: aquelas que venham a se constituir como sociedades em conta de participação. A assertiva, contudo, não é de todo correta. De acordo com o artigo 993 do Código Civil, o contrato social das sociedades em conta de participação produz efeitos somente entre os sócios. Tais sociedades estão impossibilitadas de firmar contratos por si, mas só podem atuar no mercado por meio de seu sócio ostensivo (Código Civil, art. 991). Nesse sentido, Waldemar Ferreira já afirmava a respeito desse tipo societário: “Tudo que se realiza na negociação, tanto em compra, quanto em venda de mercadorias, não respeita senão aos sócios, cada um fiado em seu direito. O sócio, que compra, é o que se obriga e paga o vendedor; e o que vende recebe do comprador. Eles não se obrigam conjuntamente para com ninguém. Não há senão o que age e é o único a obrigar-se, sem embargo de que se obriguem reciprocamente, um para com o outro, no concernente à sociedade.”⁹

Diante de tais considerações, é possível afirmar que a SPE concessionária não poderá se constituir como sociedade por conta de participação. Tal espécie societária não pode assumir direitos e obrigações na qualidade de sociedade mercantil, afastando as vantagens que a figura em comento busca alcançar. O entendimento ora sustentado restringe-se à espécie societária e não abrange a hipótese de que um sócio ostensivo, constituído sob a forma de outra sociedade mercantil, possa se constituir como SPE. Note-se que nessa hipótese não será a sociedade em conta de participação que será uma SPE, mas seu sócio ostensivo sob outra forma societária.

A estrutura de uma SPE é especialmente atrativa em *project finance* de concessão de serviços e/ou obras públicas.¹⁰ Aqui, quem assume o financiamento não é a empresa (*corporate finance*), mas o projeto concessionário ele mesmo. Ao conjugar a tomada de recursos à propriedade dos ativos financiados, a SPE permite a instituição do ciclo vital do projeto concessionário, imputando-se a dívida aos seus próprios resultados. Depois, essa separação patrimonial torna o projeto mais atrativo e confiável. Como a SPE conduzirá exclusivamente um determinado projeto, o que for nela aportado se destina exclusivamente a ele. Por outro lado, ela permite que se institua espécie de partilha de riscos entre aqueles que a instituíram e os investidores que nela aportam valores. Na medida em que o investidor aceita ser pago por meio dos resultados do empreendimento, assume o risco – ao lado daqueles que constituíram a SPE – derivado da consecução do projeto.

9 *Tratado de sociedades mercantis*, vol. II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, p. 508.

10 Sobre o *project finance* nas concessões de obras e/ou serviços públicos, v. o meu *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 154-159.

3. Contrato de concessão como vínculo empresarial objetivo

Uma vez fixado que o contrato de concessão é atividade empresarial, normalmente estabelecida por meio de uma SPE, é de se investigar a sua transmissibilidade (ou não). Isto é, se o vínculo é tão carregado de elementos subjetivos causais a ponto de ser um contrato *intuitu personae*.

A qualificação de um contrato como *impessoal* ou como *personalíssimo* tem origem no Direito Privado tradicional e é associada a negócios como o mandato, a execução de obra de arte, a sociedade limitada, o atendimento médico, etc.¹¹ A idéia central está em que tais contratos geralmente dão origem a “uma obrigação de fazer, cujo objeto é um serviço *infungível*, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela.”¹² A personalidade individual exclusiva do sujeito contratado seria o *leitmotiv* da contratação – fazendo com que esta perdesse consistência frente a outros sujeitos.

Pois a verdade é que a contratação *personalíssima* é exceção no mundo dos fatos e sempre depende de previsão expressa (legal e contratual). Clóvis do Couto e Silva, ao tratar da execução da obrigação de fazer, menciona a regra do Código Civil de 1916, “de que nesse tipo de obrigação o credor não se obriga a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionada que o credor a faça pessoalmente. As restrições ao princípio da possibilidade da prestação por terceiro decorrem da pessoalidade da prestação (encomenda de um quadro de um pintor célebre) ou derivam, como estatui o aludido art. 878, de convenção. Fora, portanto, dessa hipótese ou da pessoalidade da prestação, do interesse intrínseco da prática de determinado ato por alguém, possuidor de determinada qualidade que o extrema dos demais, princípio é que a prestação pode ser feita por terceiro.”¹³ Enfim, a expressão “contrato *intuitu personae*” tem, como todas as demais da linguagem normativa, limites externos e internos. Pretender utilizá-la para qualificar casos aos quais ela não tenha pertinência (normativa e contextual) seria uma extrapolação desses limites. Talvez haja nobres razões de ordem prática (respeito ao resultado das licitações, carga emotiva da expressão etc.), mas nenhuma delas habilita o intérprete a dizer que algo é o que não é.

11 O contrato de empreitada gerou amplas discussões. O tema dizia respeito a contrato civil firmado com o empreiteiro pessoa física: aquele profissional com aptidões especiais para a execução da obra; instalando-se o problema da *sucessão* do empreiteiro em decorrência da sua morte. Discussão afastada pelo artigo 626 do atual Código Civil, que traduz ser o contrato *intuitu personae* uma exceção na empreitada (“Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.”). Sobre o debate, v. Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 89-90 e 330-339; Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 221-229; Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 344-345 e 381-382.

12 Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 89.

13 *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 166. O Código Civil promulgado em 2002 regula as obrigações de fazer nos artigos 247 a 249.

Ocorre que boa parte da academia de Direito Administrativo brasileiro reputa que todos os contratos administrativos são personalíssimos – e exceção alguma é feita ao contrato de concessão de serviço e/ou obra pública (ao contrário). Vale a citação de alguns exemplos, sempre com o devido respeito. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a concessão de serviços públicos é *intuitu personae*, vez que “não pode ser conferida a quem o deseja o eventual administrador público, mas a que o processo administrativo, desenvolvido nos termos da lei, o determine.”¹⁴ Mário Masagão ressalta essa característica como devida “pois a administração leva em conta a idoneidade daquele a quem confia o encargo.”¹⁵ Aliás, Benedicto Porto Neto chega a afirmar que “todos os contratos administrativos são qualificados de *intuitu personae* no Direito brasileiro”.¹⁶

Ocorre que nos casos de concessão de serviço e/ou obras públicas, a seleção do contratado é realizada de modo objetivo (basta a lembrança aos princípios da *impessoalidade*, da *vinculação ao edital* e do *juízo objetivo* – nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993). Aliás, é vedada a escolha subjetiva com lastro nas qualidades íntimas exclusivas do contratado: se assim fosse, concorrência não haveria (a hipótese seria de dispensa ou inexigibilidade). Afinal, se há mais de uma pessoa apta a contratar, executar as obras e prestar os serviços com a mesma qualidade e eficiência (por isso é possível a licitação), como se falar em contratação *personalíssima*? Mais do que isso: se houve pessoa qualificada técnica, operacional e economicamente, mas que perdeu a licitação devido ao preço ofertado, como se opor óbices *personalíssimos* à assunção do projeto concessionário? E o que é pior: se esse sujeito é um consórcio de empresas (despido de personalidade jurídica) ou uma SPE, como resolver o problema?

Como se pode notar, o tema é célebre na produção bibliográfica brasileira, muito embora não se tenha notícia de norma jurídica positiva nesse sentido – não há registro de dispositivo legal que porventura conferisse esse característico aos contratos administrativos brasileiros, sobretudo em sede de concessão de serviços e/ou obras públicas. Ao que se infere, esta concepção tem como causa remota o Direito Administrativo francês (ao lado de tantas outras em sede de serviços públicos). Como anota Cláudia Tosin Kubrusly, “a caracterização do contrato de concessão como *intuitu personae* tem origem em países como a França, onde a seleção do particular para execução do serviço se dava de forma discricionária, permitindo que o Estado

14 *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45. No mesmo sentido: Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 14ª ed., atual. E. de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 332; Arnoldo Wald, “Da competência das agências reguladoras para intervir na mudança de controle das empresas concessionárias”, *RDM* 128/41-43, São Paulo: Malheiros, out./dez. 2002; Arnoldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O direito de parceria e a lei de concessões*, 2ª ed., p. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 308 e 389-390.

15 *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 26.

16 *Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 77. Em sentido semelhante, Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 551; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 256.

se vinculasse a aspectos subjetivos do selecionado”.¹⁷ Até a edição da *Loi Sapin*, de 29 de janeiro de 1993, a escolha do concessionário era discricionária, sem qualquer procedimento prévio, e recaía em pessoa da confiança da autoridade administrativa responsável. Como sintetiza René Chapus, “porque a gestão do serviço público é confiada a uma pessoa (física ou jurídica) que será como um *parceiro* da administração, aplica-se o princípio segundo o qual a escolha do *parceiro* é uma livre escolha, feita *intuitu personae*”.¹⁸ Assim, a qualificação de personalíssima do contrato de concessão frente ao Direito francês tinha a sua razão de ser. O mesmo não pode ser dito para os contratos administrativos brasileiros.

Ora, para que a concessão de obras e/ou serviços públicos se caracterize como *intuitu personae*, é necessária a conjugação de: a) uma relação causal absoluta, previamente definida, entre a pessoa do contratado e a obra e/ou o serviço a ser prestado; b) a impossibilidade legal e contratual de subconcessão; c) a impossibilidade legal e contratual de alterações societárias significativas (máxime as que atingem o poder de controle do concessionário). Pois bem, estes três requisitos são antitéticos a normas (expressas e implícitas) da Lei Geral de Concessões, a Lei 8.987/1995: basta a leitura dos artigos 26 e 27 para se constatar que é válida a subconcessão e a alteração do poder de controle (bastando uma autorização do concedente – o que não teria o condão de tornar objetivo um vínculo personalíssimo).

Enfim, como se conviver com o paradoxo de um contrato *intuitu personae* celebrado na maioria das vezes com uma *sociedade anônima*? Qual a justificativa para qualificar de personalíssimo um negócio jurídico firmado com empresa que possui como uma de suas principais características o fato de ser *intuitu pecuniae*? “Ao contrário do que ocorre com as demais sociedades empresárias, a companhia é uma sociedade de capital – o que significa que é o interesse em aplicar recursos para o empreendimento comum que atrai o ingresso de acionistas (sócios) no seu quadro social. Os acionistas são investidores que apostam na perspectiva de bons resultados da companhia, ao passo que nas outras sociedades prevalecem o relacionamento pessoal dos sócios e a confiança nas suas qualidades e qualificações individuais.”¹⁹ Ora, a sociedade anônima tem justamente o perfil institucional de empresa que existe e desenvolve sua atividade de forma alheia à pessoa do acionista – muitas vezes, inclusive, o administrador e o pessoal tecnicamente qualificado acionistas

17 “Modificações subjetivas nos contratos de concessão”, *RDPE* 6/228. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004 – com várias referências bibliográficas nacionais e estrangeiras. A respeito do assunto, Carlos Padrós Reig traça as exceções fáticas quanto à execução do contrato de concessão pelo adjudicatário, tais como a subcontratação, a cessão de contratos e as operações societárias, pondo em xeque a ortodoxia administrativa quanto à alteração subjetiva dos contratos (“Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa e realidad práctica”, *REDA* 135/459-503. Madri: Civitas, jul./set. 2007).

18 *Droit administratif général*, t. 1, 12ª ed. Paris: Montchrestien, 1998., p. 579 – tradução livre. Sobre a mencionada *Loi Sapin*, v. a obra coletiva de Eric Delacour (coord.), Julien Antoine, Jean-François Davignon e Catherine Ribot, *La loi Sapin et les délégations de service public : 10 ans d'application jurisprudentielle*. Paris : Litec, 2003, *passim*.

19 Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de empresa*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 429.

não são (e podem deixar os quadros funcionais da companhia). Ela pode ter os seus atributos, mas o desenvolvimento destes depende da perspectiva empresarial lucrativa. Esta é a sua razão de existir, pois o que se pretende é justamente dissociar a estrutura empresarial de qualquer qualificação personalíssima. Como a pessoa do acionista é um dado secundário, mesmo nas companhias fechadas a Lei de S. A. estatui que a restrição à circulação de ações deve ser interpretada restritivamente (Lei 6.404/1976, artigo 36).

Assim, e ao que tudo indica, não há consistência na defesa da tese de que os contratos administrativos brasileiros – sobretudo o de concessão de serviços e/ou obras públicas – são personalíssimos.

4. O poder de controle nas concessões

O poder de controle é um dos temas clássicos de Direito Empresarial – significa a capacidade de tomar e implementar decisões em uma sociedade comercial, ainda que de forma implícita e ainda que sem a detenção da maioria do capital social.²⁰ Assim, controlar uma empresa “significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.” – esta é a lição de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho.²¹

Conforme acima consignado, as concessões de obras e/ou serviços públicos, assim como as parcerias público-privadas, normalmente implicam a criação de uma companhia com a natureza de SPE: esta assumirá a condição de concessionária do serviço. O seu destino exclusivo, a sua única serventia, é a gestão do projeto concessionário. É uma empresa de mãos atadas quanto ao objeto social: a nada mais pode se dedicar que não à administração do serviço público concedido, nos termos do contrato (e das leis, regulamentos, edital e proposta). O seu estatuto não poderá ser alterado no curso da concessão, pena de desnaturar esse contrato administrativo.

A composição societária da SPE deverá refletir a do consórcio que participou da licitação. Ainda que essa organização subjetiva eventualmente possa ser submetida a algumas poucas flutuações entre as fases de proposta, adjudicação do resultado, constituição da sociedade-concessionária e assinatura do contrato de concessão, exige-se que a SPE ostente todos e cada um dos atributos dos consorciados (inclusive no que diz respeito à participação societária e ao exercício do poder de controle). Afinal, a vitória no certame licitatório é uma combinação de vários fatores, dentre os quais assume especial relevância tanto a capacidade

20 “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

21 *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 124.

técnico-profissional como a técnico-operacional, passando pela econômico-financeira do interessado e respectiva proposta de preço. É essa combinação objetiva que deverá persistir.

Uma vez firmado o contrato de concessão, a SPE exercerá a atividade empresarial concessionária (CC, art. 966). Desempenhará com autonomia a gestão do empreendimento. O poder de controle da companhia, isto é, a capacidade de tomar e implementar as decisões que dêem cumprimento ao projeto, deverá ser exercido por meio do sócio assim habilitado ao interno da sociedade (e frente ao concedente).

Neste ponto surge um tema de especial interesse: o *poder de controle interno* e o *poder de controle externo* na empresa concessionária. Isto porque, nestas companhias concessionárias, o poder controle se dá tanto *interna corporis* como *extra muros*: aqui, está a capacidade de um terceiro à sociedade – o concedente – imiscuir-se tanto no aspecto subjetivo do exercício do poder de controle (em vista o requisito do artigo 27 da Lei 8.987/1995) como no que respeita ao efetivo cumprimento do estatuto concessionário (qualidade do serviço prestado e obras executadas, estabilidade econômico-financeira do empreendimento etc.); lá, diz respeito ao universo dos sócios, à respectiva capacidade decisória e à responsabilização no exercício da gestão empresarial.

Conforme acima frisado, seria ilusório cogitar de simplicidade quanto à gestão de empreendimentos dessa ordem: caberá ao acionista controlador, por si e por meio dos órgãos administrativos da SPE, direcionar as deliberações sociais e a atividade concessionária. O controlador da SPE é aquele que rege a atividade empresarial caracterizadora da concessão e define a representação da empresa frente ao concedente, usuários, terceiros contratantes e mesmo aos demais sócios. Mas note-se que o poder de controle não é o resultado da propriedade da maioria das ações, do princípio majoritário oriundo do mero somatório das ações deste ou daquele acionista (o acionista *majoritário* nem sempre se identifica com o *controlador*).

Na medida em que o poder de controle do projeto concessionário é um dado de necessária estabilidade, a sua eventual modificação exige a prévia anuência do poder público (o concedente). O que permite uma instigação: há aqui também um *controle externo*, exercido pela hierarquia estatutária de que dispõe o concedente, que possui a prerrogativa de impor as suas decisões ao interno do projeto empresarial. Poder de controle externo que não se exercita apenas ao nível das alterações societárias, mas, conforme acima destacado, também no conjunto de atos praticados pelo concessionário. Afinal de contas, ambos – concedente e concessionário – são responsáveis pela prestação do *serviço adequado* aos usuários (aqui assumem especial nitidez os deveres laterais de conduta cooperativa).

Mas note-se que não é nova a constatação sobre a intensidade do poder de controle em sede de concessões de serviço público. “O poder de controle – escreveu Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – do concedente sobre o concessionário existe independentemente de qualquer disposição expressa, pois decorre da própria natureza do serviço concedido. Um único motivo o autoriza:

o concessionário explora serviço público e em virtude de concessão do poder público.”²² O concedente tem a prerrogativa superior de definir e impor as suas decisões ao concessionário – quer por meio de regulamentos incidentes a todos os concessionários daquele setor econômico, quer mediante atos concretos. Inclusive, pode *intervir* no projeto concessionário ou *alterar unilateralmente* o contrato de concessão. Claro que o exercício desse modo de controle da SPE pode gerar indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros, mas tais considerações desdobram-se em outro plano (que pode ter por fundamento – ou não – o abuso no exercício do poder de controle externo).

Quanto à configuração de sua estrutura societária, a SPE poderá contar com multiplicidade de acionistas (sociedades de capital aberto). De qualquer forma, ao interno do contrato de concessão se exige a estabilidade do controlador (de fato e de direito). Porém, reitere-se, isto não significa dizer que o contrato é *intuitu personae* – trata-se apenas de uma garantia quanto à estabilidade do pacto, não quanto ao “sujeito” controlador e suas eventuais qualidades personalíssimas (mesmo porque o que de usual se dá é o fato de o controlador ser outra pessoa jurídica, esta muitas vezes sem qualquer qualificação técnica ou operacional – p. ex., um banco de investimentos ou um fundo de pensão podem controlar o concessionário de serviço público). Aliás, a situação torna-se mais clara caso se cogite do exercício do denominado *step-in-right* (direito de os financiadores assumirem o controle da SPE).

5. Poder de controle, alterações e *step-in-right*

A depender de previsão legislativa e contratual expressas, é possível a alteração do poder de controle por meio do ingresso do financiador no gerenciamento do projeto concessionário. Aqui o poder de controle não é modificado em decorrência de negociação privada nem tampouco devido a ato unilateral do concedente: o que se tem é a aplicação de cláusula do financiamento da concessão, a qual outorga esse poder à instituição financeira (ou, no caso de grupo de financiadores, ao agente responsável pela supervisão do projeto).

Trata-se do chamado *step-in-right*, típico da modalidade *project finance*. Essa cláusula “procura essencialmente confortar a situação jurídica das instituições que suportam o financiamento do co-contratante. Assim, estando envolvido o incumprimento grave (ou a ameaça) pelo co-contratante, às instituições financeiras é conferido o direito de assumirem (ou indicarem quem assumam), ou não, o controle societário do co-contratante ou de assumirem (ou indicarem quem

²² “Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público”, *RDA Seleção Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 223. O célebre Autor não se referiu ao “poder de controle externo” nos mesmos termos que o Direito Empresarial contemporâneo. Mas o texto reporta-se exatamente ao que hoje se entende por poder de controle externo. Em sentido semelhante, mas com as devidas ponderações, Marçal Justen Filho correlaciona o modelo de Estado Regulatório ao “*poder estatal de controle* sobre as atividades privadas” (*O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 28-31).

assuma), ou não, a posição jurídica do co-contratante.” – como leciona Pedro Costa Gonçalves.²³

Sem dúvida que se trata de situação excepcionalíssima, a exigir não só a comprovação dos fatos que determinam a intervenção, sempre submetida à prévia autorização do concedente, bem como a definição do destino que será conferido ao detentor originário do poder de controle. Essas peculiaridades demandam a previsão expressa das hipóteses fáticas que dão origem à possibilidade de aplicação desse direito de ingresso no controle e a precariedade de seu exercício (não se imagina que os financiadores do projeto assumam o controle da concessão por todo o prazo sobressalente).

6. Considerações finais

Este breve ensaio trata de alguns temas reveladores da alta complexidade da atividade empresarial nos contratos de concessão de serviços e/ou obras públicas. Pretende trazer alguns novos ângulos da integração entre as perspectivas públicas e privadas, visando a contribuir para atenuar os óbices que tantas vezes essa integração enfrenta – afinal, estas “saúdáveis iniciativas” muitas vezes “esbarram no preconceito e na desconfiança de alguns segmentos da sociedade em relação aos bons propósitos do setor privado” – como há algum tempo alertou Marcos Juruena Villela Souto, para depois consignar: “É absolutamente descabido pretender institucionalizar uma barreira entre o setor público e o setor privado, quanto este legitima e é destinatário das ações daquele”.²⁴ Pois para atenuar esta barreira é preciso tentar analisar com parcimônia os novos desafios – alguns deles modestamente acima descritos.

Curitiba, dezembro de 2010.

GOVERNANÇA PÚBLICA E PARCERIAS DO ESTADO: novas fronteiras do direito administrativo*

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Pós-Doutor em Direito Administrativo (Universidade de Coimbra).
Doutor em Direito Administrativo (USP). Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco). Consultor em direito público e do terceiro setor (www.justino-deoliveira.com.br).

Sumário: 1. O Estado Mediador. 2. O Que é Governança Pública? 3. Governança Pública e Administração Pública Consensual: Relações e Intercorrências. 4. Administração Pública Consensual: Contratualização da Ação Pública, Acordos e Parcerias. 5. Considerações Finais.

1. O Estado Mediador

Afirmando que “a ideia do Estado é a consciência da Administração”, Woodrow WILSON destacou em 1887: “observando-se, cada dia, os novos encargos que o Estado é compelido a assumir, cumpre ao mesmo tempo distinguir claramente como lhe caberá desincumbir-se deles”.¹

Como ponto de partida para a reflexão que ora se pretende realizar, importa colocar em relevo o pensamento de BOBBIO, expressado em 1985, para quem “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”.²

Tarefas do *Estado mediador* passam a ser não somente as de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros. Tais vínculos são tidos hodiernamente como indispensáveis para a atribuição de eficácia e de efetividade às ações estatais, as quais vêm

* WILSON, Woodrow. O estudo da administração. *Cadernos de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 1-35, 1955. p. 16.

1 Marcos Juruena Villela Souto, a quem este modesto escrito é dedicado, foi jurista expressivo e destemidamente humanista. Teve e sempre terá uma posição de destaque na doutrina juspublicista brasileira, notadamente em virtude da ousadia científica, revelada sobretudo no enfrentamento das novas temáticas do direito administrativo. Todavia, acima de tudo isso, por mim será sempre lembrado como grande referência acadêmica, amigo, incentivador e conselheiro de primeiríssima grandeza.

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

23 “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de justiça administrativa* 64/46. Braga: Cejur, jul./ago. 2007.

24 “Parceria do mercado com o Estado” (texto elaborado em homenagem ao ilustre Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto), in Marcos Juruena Villela Souto, *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 267 e 270 (respectivamente).