Revisitando a controvérsia existente em torno do art. 27 da Lei nº 8.987/95: possibilidade da transferência das concessões de serviços públicos

Produzido especialmente
para o informativo do:

SANTOS RODRIGUES
ADVOGADOS

Mary Ane Anunciação Ianque e Rafael Santiago Costa

Dentre os pontos ainda debatidos acerca da Lei nº 8.987/95, que versa sobre a concessão e permissão de serviços públicos, destaca-se a controvérsia existente em face de seu artigo 27, cujo caput apresenta a seguinte redação: "A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão".

Interpretando-se o dispositivo em questão, não há dúvidas de que ele acaba autorizando a transferência de concessão para outra empresa ou o controle da concessionária nos casos em que haja prévia anuência do poder concedente. O procedimento para tanto consta do § 1º da norma em análise e não se mostra muito complexo, bastando à nova empresa atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, além de formalizar o óbvio comprometimento de cumprir as cláusulas do contrato de concessão. O § 3º do art. 27 ainda permite que aquelas exigências de capacidade técnica e idoneidade financeira sejam dispensadas.

O debate em torno dessas previsões não gira em torno de sua interpretação, mas justamente de sua validade. A perplexidade maior apontada pelos críticos do art. 27 da Lei nº 8.987/95 diz respeito ao fato de a lei exigir a realização de licitação – na modalidade concorrência – para fins de concessão de serviço público (art. 2º, II), mas não impor exigência semelhante às situações em que a empresa vencedora do certame transfira a terceiros os serviços que lhe foram concedidos ou seu próprio controle societário.

Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolve o seguinte raciocínio que bem ilustra a indagação causada pelo dispositivo, tido expressamente por ele como inconstitucional: "(...) quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição"[1] .

Nas edições mais atuais de seu consagrado "manual" – posteriores a 2009 –, o autor já aceita como constitucional a previsão referente ao controle societário da concessionária, desenvolvendo o seguinte raciocínio: "(...) pois nas empresas o que se exige são dados atributos objetivamente aferíveis, não sendo tão importante a pessoa dos controladores, mas de que de fato lhes imprime a direção"[2] .

Posição muito semelhante é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inclusive no que se refere à maior tolerância da previsão sobre transferência de controle societário. Segundo a autora, o que se contesta é justamente a validade do art. 27 da Lei nº 8.987/95 perante o art. 175 da Constituição que exige seja a concessão sempre precedida de licitação[3].

Contudo, não obstante a sólida oposição doutrinária à plena validade da norma em estudo, importante destacar que ela ainda não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante ajuizamento, ainda em 2003, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946 pelo Procurador-Geral da República. A ação versa especificamente sobre o art. 27 da Lei nº 8.987/95, e ainda não teve o pedido de suspensão cautelar do dispositivo analisado, de modo que ele continua gerando seus efeitos e alimentando o debate aqui resumido.

1 Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 738-739.

2 Idem. p. 739-740.

3 Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 111-112.