

A subconcessão de serviço público

Rafael Véras de Freitas

Professor de Direito Regulatório da FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela FGV.

Resumo: O presente ensaio tem por objetivo investigar o regime jurídico do instituto da subconcessão de serviço público, previsto no art. 26 da Lei nº 8.987/1995. Com esse propósito, será investigada a natureza jurídica dos contratos celebrados em decorrência deste instituto entre concessionária e subconcessionária, a necessidade da realização de prévio procedimento licitatório a tais ajustes e a forma de remuneração do subconcessionário pela execução da parcela do serviço que lhe foi delegada.

Palavras-chave: Subconcessão. Serviço Público. Licitação. Remuneração.

Sumário: Introdução – **1** Ainda o “mito” da natureza personalíssima dos contratos administrativos – **2** O regime jurídico do contrato decorrente de uma subconcessão de serviço público – **3** A necessidade da realização de procedimento licitatório prévio às subconcessões – **4** A natureza jurídica da remuneração do subconcessionário – **5** Conclusões – Referências

Introdução

A celebração de pactos concessórios transfere ao concessionário um plexo de cometimentos das mais diversas ordens. São obrigações de construção, de operação, de manutenção, de expansão, dentre outras, as quais exigem que o particular detenha diversas *expertises*. Razão porque, não raro, os agentes econômicos que têm o propósito de explorar uma infraestrutura pública ingressam na concorrência por este mercado público consorciado. É dizer, celebram um negócio jurídico cooperativo com outras sociedades, cada qual com uma *expertise* distinta e complementar, que tem por objetivo atender às capacidades técnicas e financeiras exigidas para bem executar módulos concessórios. Ou, o que é ainda mais comum, o próprio instrumento convocatório exige que os licitantes constituam uma Sociedade de Propósito Específico para esse fim – o que, aliás, é mandatário na contratação de Parcerias Público-Privadas.

Porém, a despeito dessa conjugação de esforços, casos há em que, ainda assim, o concessionário precisa se valer de terceiros para a execução do objeto da concessão. Mais que isso, a própria lógica do pacto concessório é predicadora da execução de parcelas do seu objeto por terceiros. São nesses quadrantes que se insere o instituto da subconcessão de serviço público, previsto no art. 26 da Lei nº 8.987/1995. Eis o objeto do presente estudo. Mais especificamente, neste ensaio, pretendo investigar o regime jurídico dos contratos celebrados entre as partes,

que resultam de uma subconcessão de serviço público, a necessidade da realização de procedimento licitatório prévio a tais ajustes e a quem caberia realizar tais procedimentos (se ao poder concedente ou ao concessionário) e, por fim, a natureza da remuneração dele resultante (se houver). O referido exame se justifica por duas ordens de razão. Primeiro, porque, na prática, tal instituto causa espécie tanto ao poder público, quanto à iniciativa privada, que não sabem ao certo os limites para sua aplicação. Segundo, porque essa temática ainda é pouco abordada em sede doutrinária.

Para esse fim, o presente ensaio está estruturado da seguinte forma: em primeiro lugar, retornarei ao tema da necessidade de os contratos administrativos serem celebrados *intuitu personae*, nota característica que interditaria a delegação parcial de parcela do seu objeto; num segundo momento, procurarei identificar a natureza jurídica dos contratos decorrentes destes ajustes, para o que me valerei das características das outras modalidades de contratação realizadas pelos concessionários; em prosseguimento, abordarei a necessidade da realização de procedimentos licitatórios prévios a tais ajustes, o que vem sendo objeto de questionamento pelos órgãos de controle; por fim, pretendo investigar a natureza da remuneração percebida pelo subconcessionário. O texto será encerrado, por meio da sumarização de conclusões objetivas.

1 Ainda o “mito” da natureza personalíssima dos contratos administrativos

O tema objeto do presente estudo tem a ver com os alicerces dogmáticos da Teoria Geral dos Contratos Administrativos no Brasil. É que, desde a edição do Decreto-Lei n° 2.300/196¹ (diploma normativo que precedeu à Lei n° 8.666/1993), o ordenamento jurídico brasileiro encampou o entendimento doutrinário no sentido de que o “contrato administrativo” seria toda avença de que a Administração Pública é parte, a qual se submete a um regime jurídico exorbitante ao Direito Privado (não extensível ao contratado privado).² Mais especificamente, de que se trataria de negócio

¹ Eis o dispositivo que consagrou essa sistemática: Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste.

² Para Hely Lopes Meirelles: “Contrato privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do Direito Privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade. Contrato semipúblico é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público. Contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis* causa, sob a égide do Direito Público” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991, 10. ed., p. 156).

jurídico disciplinado por um regime jurídico assimétrico (verticalizado) e único (que não comportaria modulações). Esse entendimento doutrinário restou consagrado no artigo 2º, da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), dispositivo que impõe a obrigatoriedade da aplicação de um regime único a “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Nada obstante, o referido entendimento parte de uma equivocada (e simplificadora) transposição da doutrina francesa construída no início do século XX a propósito do regime jurídico-administrativo. Trata-se de concepção atrelada a uma das vertentes de pensamento da Escola de Bordeaux, capitaneada pioneiramente por Gaston Jézé.³ De acordo com o referido autor, no contexto permeado pelo advento de um Estado Social, toda vez que se estiver diante de uma atividade considerada serviço público, sobre ela incidirá um regime especial, um plexo de prerrogativas, voltado à sua regular execução. Ainda para Jézé, esse regime jurídico especial pressuporia as seguintes características: (i) a titularidade de tais atividades pelo Estado; (ii) a interdição de sua prestação em regime de liberdade, só sendo admitida a sua prestação por particulares recebedores de uma outorga específica do poder público; e (iii) a sujeição de todas as relações contratuais de que o Estado seja parte a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*).⁴

Porém, como bem diagnosticado por Fernando Dias Menezes de Almeida,⁵ em tese de livre docência apresentada no ano de 2011 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o pensamento do referido autor francês era no sentido de conferir a prerrogativa de alteração unilateral a contratos que veiculavam serviços públicos, e não a qualquer avença celebrada pelo Poder Público. Isto porque, nas suas palavras “a mutabilidade do modo de ser do serviço público, enquanto objeto contratual, não decorre do contrato, mas, sim, de normas extracontratuais, materialmente legislativas, que, acompanhando um imperativo constitucional de manutenção da prestação de um serviço público adequado às necessidades da população, têm que mudar, para manterem-se atualizadas”. Dito em outros termos, de acordo com o

³ V. JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

⁴ Para uma ampla contextualização das principais características dos serviços públicos, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo: [s.n.], 2011. V. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

referido autor, o que muda é a forma de prestação do serviço público; o contrato se altera, apenas, para garantir-se a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

E isso faz toda a diferença. É que não se trata de uma prerrogativa contratual inerente a um regime jurídico único atrelado a todos os contratos de que a Administração Pública é parte. De rigor, o que justificaria a sua alteração unilateral, pelo Poder Público, seria o fato de as circunstâncias exógenas ao pactuado serem cambiantes, e não a existência de um regime contratual único. Porém, não foi essa a concepção adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. A Lei n.º 8.666/1993, na qualidade de norma geral sobre a matéria, “engessa” o regime de todos os contratos administrativos, na medida em que tem aplicação subsidiária para além dos módulos contratuais a que se refere. Essa previsão normativa importa: (i) na impossibilidade de a ação administrativa ser modulada, de acordo com sua finalidade; e (ii) no aumento dos custos de transação⁶ dos contratos celebrados com o Poder Público.

Daí porque estou de pleno acordo – como, resto, vem, cada vez mais, acontecendo – com os percucientes ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto,⁷ para quem existiria, no Brasil, uma verdadeira “maldição do regime jurídico único”, a qual “recai também sobre os contratos administrativos”. Ainda de acordo com o referido autor, “embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui, não só a doutrina, mas também a lei), procura reduzir tudo a um único regime contratual”. No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁸ asseveram que

o fato é que não há fundamento, na Constituição brasileira de 1988, a amparar a pressuposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. O Congresso Nacional recebeu competência legislativa para editar normas gerais de contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas (cf. art. 22, XXVII), mas é uma distorção vislumbrar aí a opção constitucional por normas gerais uniformizadoras de todas essas contratações.

De fato, hodiernamente, a multiplicidade de módulos contratuais celebrados pela Administração Pública, especialmente os de natureza convencional (v. g. convênios, consórcios, contratos de programa), decorrente da “contratualização”⁹ da

⁶ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009.

⁷ MARQUES NETO. Do contrato administrativo à Administração Contratual. *Revista do Advogado*, p. 77.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 572, jan./mar. 2013.

⁹ Sobre o tema, Odete Medauar leciona que: A expansão de tais figuras foi de tal monta a partir de 1990, que, além da expressão, *governar por contrato*, surgiram outras, por exemplo: *Administração pactualista*, *direito*

atividade administrativa, impede a incidência de um regime jurídico uniforme a esses ajustes.

Esse vezo doutrinário e legislativo, para o que aqui importa, tem por consequência prática ser contrário às inovações carreadas pela lógica dos contratos de concessão. É dizer, boa parte da malversada interpretação destes ajustes pressupõe a existência de um embate entre a Lei nº 8.666/1993 (que traria esse regime jurídico único) e a Lei nº 8.987/1995. Aquela seria “boa”; esta, “má”. Trata-se de um conflito imaginário; inexistente. E isso pelo simples fato de que tais diplomas cuidam de modelos contratuais absolutamente diferentes, razão pela qual devem conviver de forma paralela e pontualmente subsidiária, sem que um subverta a lógica do outro. Isto porque o “grande perigo de se mesclar o regime da Lei nº 8.666/93 e aquele do contrato de concessão é, pois, exagerar na dose e acabar esvaziando a concessão, transmutando-a numa prestação de serviços que, se assim o for, deveria acompanhar *in totum* o modelo tradicional”.¹⁰

Pois bem. Para os fins do presente estudo, destaque-se que uma das principais características desse regime jurídico-administrativo está ligada à ideia de que os contratos administrativos possuíam caráter *intuitu personae*. Ou seja, de que tais ajustes são pactuados em razão das características pessoais do contratado – as quais seriam aferidas, por ocasião do procedimento licitatório.¹¹ Esse entendimento tem origem na sistemática prevista da Lei nº 8.666/1993 segundo a qual a modificação do polo subjetivo do contrato – por meio da subcontratação, associação do contratado com outrem, cessão, transferência, fusão, cisão, ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato –, daria ensejo à sua rescisão unilateral pelo Poder Público.¹²

administrativo cooperativo, contratualização das políticas públicas. Muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses que seria, nesta visão, a essencial característica dos contratos. No entanto, situando-se nas *obrigações recíprocas* o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, podem ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos do regime aplicado aos contratos administrativos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dado aos consórcios públicos no ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios públicos, no Brasil, envolvem a realização de atividades de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas as pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos. Na França, a maior parte das novas figuras contratuais são consideradas contratos pelo Conselho de Estado, como expõe a citada autora, na mesma obra (MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012).

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014, p. 141.

¹¹ Nesse sentido, eram os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: O Contrato administrativo é sempre consensual e, em regra formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. (...) é *intuitu personae* porque seve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, p. 194).

¹² Nesse sentido, Toshio Mukai: Portanto, a leitura do inciso VI do art.78 não pode infringir o princípio da vedação da sub-rogação das obrigações e, em especial, o da vedação da subcontratação, cessão ou transferência

De acordo com esse entendimento, em razão da pessoalidade que envolveria a celebração de contratos com a Administração, as alterações subjetivas nestes instrumentos dariam origem a uma nova relação jurídica, com outro agente que não teria participado do procedimento licitatório. Tratar-se-ia, portanto, de alteração contratual violadora do princípio da isonomia.¹³ Dito em outros termos, se Administração realizou uma licitação para selecionar a proposta mais vantajosa, escolhendo um licitante específico, não poderia, *a posteriori*, admitir que outro agente econômico, estranho a esse procedimento, executasse o contrato.¹⁴

Nessas hipóteses, o contrato administrativo deveria ser rescindido, unilateralmente, pela entidade contratante, o que poderia acarretar na aplicação de sanções administrativas aos contratados (v. g. advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações, impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade do contratado).¹⁵ Além disso, tais condutas permitiriam

totais do objeto contratual (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120). Da mesma forma, Sidney Bittencourt: Também a associação do contratado com outrem, a cessão ou a transferência (total ou parcial), bem como a fusão, a cisão ou a incorporação, figuras específicas do Direito da Empresa, poderão acarretar a rescisão, na ausência de prévia permissão no instrumento convocatório e no contrato, devido a incerteza que essas mudanças na constituição do contratado poderão provocar na relação contratual que, relembre-se, buscou, na sua origem, com a habilitação preliminar, a celebração com uma empresa, em que, em função das ditas alterações, não mais existe (BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/1993 totalmente atualizada, levando também em consideração da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 535).

¹³ Tal entendimento é defendido por Jessé Torres Pereira Junior: Fica claro, portanto, que dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique substituição do contratado por outra pessoa, ainda que esta signifique desdobramento daquele, como ocorre na incorporação, na fusão e na cisão, irrelevante que as sociedades resultantes assumam todos os direitos e obrigações da que foi incorporada, fundida ou cindida. A ratio está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha a Administração (PEREIRA JUNIOR. Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 717). No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido “de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, do inciso VI da Lei 8.666/93 (TCU. Acórdão 1419/2003 – Plenário. Ata 37/2003 – Plenário Sessão 24/09/2003 Aprovação 1/10/2003 Dou 03/10/2003 - Página 0).

¹⁴ Esse, aliás, já foi o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), que o consagrava nos seguintes termos: a alteração subjetiva dos contratos administrativos representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal. (TCU. Acórdão 1368/2004 – Plenário. Ata 33/2004 – Plenário Sessão 08/09/2004 Aprovação 5/09/2004. DOU 16/09/2004)

¹⁵ Veja-se o dispositivo: Art.87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I- advertência; II- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será

que a entidade contratante: (i) assumisse, de forma imediata, o objeto do contrato; (ii) realizasse a ocupação do local; e (iii) executasse as garantias contratuais, ou retivesse os créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados pelo contratado.¹⁶ Todas essas consequências jurídicas decorrem do disposto no art. 78, inciso VI, da Lei n° 8.666/1993, cuja redação é a seguinte:

Art.78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (grifamos)

Essas são as razões pelas quais ainda se atribui o caráter *intuitu personae* como nota característica dos contratos administrativos. Tal entendimento, contudo, não me parece o melhor. É que a própria interpretação, literal e *contrario sensu* do referido dispositivo, vai, justamente, no sentido oposto. Explico: a *ratio* do referido normativo é a de que, se não houver a interdição no contrato, nem no instrumento convocatório, tal expediente (de subcontratação) é, expressamente, autorizado pelo ordenamento jurídico. Assim é que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, não há que falar no dever de o contratado pela Administração Pública executar o objeto contratual pessoalmente.

Mas não é só. A licitação tem por escopo a seleção, por meio de um procedimento administrativo pautado pelos princípios da isonomia, da verdade real e da moralidade, da melhor proposta de um dos licitantes que estão competindo para contratar com a Administração. É dizer, por meio desse procedimento, o Poder Público tem por objetivo selecionar a “melhor proposta”, e não o “melhor contratado”. Ou seja, o referido procedimento visa a selecionar um parâmetro qualitativo de bem ou do serviço, e não um contratado em especial. Um exemplo ilustra o ponto: como expõe Fábio Barbalho Leite,¹⁷ nas licitações que se utilizam do tipo “menor preço”, na forma

concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

¹⁶ Esse é o entendimento, por exemplo, de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razões das condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei n° 8.666/1993, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital de licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato (...) Todas essas medidas constituem motivos para a rescisão unilateral do contrato, sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas nos artigos 87 e às consequências assinaladas no artigo 80 (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 267).

¹⁷ LEITE, Fabio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*. ago. 2005.

do artigo 45, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, embora vários licitantes possam restar, objetivamente, habilitados, será declarado vencedor aquele que tiver apresentado o menor preço. Em prosseguimento, o referido autor afirma que “o contrato administrativo atrela-se, pois, não propriamente à pessoa do contratado (o qual, no mais das vezes em certames do tipo menor preço, não é considerado o único capaz de dar exequibilidade ao escopo contratual: todos os licitantes habilitados o são), mas, sim, à objetividade da proposta vencedora”.

Do mesmo modo, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, em razão de alterações subjetivas nos contatos administrativos. Sobre o referido princípio, já se tornou célebre o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁸ segundo o qual a discriminação instituída pela Administração Pública só é legítima em face da: (i) existência de diferenças nas situações de fato a serem reguladas pelo direito (ii) adequação (correspondência) entre o tratamento discriminatório e as diferenças entre as situações de fato; e (iii) adequação (correspondência) entre os fins objetivados pelo discrímen e os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Sobre tema, Luis Roberto Barroso¹⁹ leciona que

a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exigem que se recorra à ideia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre os valores a serem preservados (...). Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo.

É o que ocorre nas hipóteses de alteração subjetiva dos contratos administrativos. Não se viola o princípio da isonomia, na medida em que o vencedor do certame tem para si transferido um plexo de posições jurídicas que o diferencia dos demais licitantes. Ingressa, pois, em seu patrimônio a titularidade de direitos e obrigações específicos de um contratado da Administração Pública. Nessa qualidade (que já o desiguale dos demais licitantes), eventual discrímen em face si não representa violação ao princípio da isonomia, o qual foi observado, *ex ante*, quando da disputa entre os interessados no âmbito do procedimento licitatório. Além disso, não se pode olvidar que tais espécies de modificações subjetivas contratuais podem melhor atender o interesse público. “Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o cedente transfere a prestação objeto do contrato para um cessionário que esteja

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 270.

em melhores condições financeiras, ou que detenha maior expertise em determinado setor econômico”.²⁰

Assim é que todos esses valores terão de ser equacionados, pela própria Administração Pública, que terá de aquiescer, expressamente, com essa alteração na relação jurídica contratual, seja da figura do seu contratado, seja da transferência parcial de seu objeto. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto,²¹ tal ato de avaliação do Poder Público deve considerar se: (i) inexistente norma legal vedando a cessão para aquele contrato em especial; (ii) o objeto do contrato permite a cessão; (iii) o certame licitatório que antecedeu a contratação não oferece óbice; (iv) o concessionário reúne as condições pessoais para assegurar a continuidade e a ultimate execução; (v) as cláusulas contratuais não proíbem expressamente a cessão.

São, pois, nesses quadrantes que se insere o instituto da subconcessão de serviço público, pois que ele representa o trespasse de parcela do serviço que foi delegado ao concessionário para outrem. Expediente que, à luz do mito da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos – gênero de que o contrato de concessão é espécie –, seria interdito pelo ordenamento jurídico. Ora, se assim já não se passa com tradicionais contratos de empreitada regidos pela Lei n.º 8.666/1993, com muito mais razão tal “mito” não poderá ser transposto para os módulos concessórios por duas ordens de razão. A primeira, porque a própria Lei n.º 8.987/1995, em diversos dispositivos (art. 26, 27, 28), reconhece a necessidade da alteração subjetiva desses ajustes. A segunda diz com a própria natureza desses ajustes. É que, por se tratar de ajustes de prazo diferido, as mudanças porque passam a própria prestação dos serviços públicos (corolários do princípio da atualidade) podem justificar que o concessionário se valha do auxílio de terceiros para a sua prestação. Porém, isso não pode importar em fraude ao procedimento licitatório, nem, tampouco, numa contratação que interfira na qualidade do serviço delegado. Aspectos estes que serão objeto dos próximos itens.

2 O regime jurídico do contrato decorrente de uma subconcessão de serviço público

Como é cediço, a principal característica dos módulos concessórios diz com a transferência da gestão empresarial da infraestrutura pública para o concessionário. Assim é que, enquanto, no contrato de empreitada tradicional (regido pela Lei

²⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A cessão de contrato administrativo entre estado e município como alternativa para evitar a interrupção de obras públicas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. jul. 1996.

nº 8.666/1993), o contratado se encontra vinculado às diretrizes do projeto básico (art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993), nos contratos de concessão, a ele é atribuído o “risco” pela gestão empresarial do projeto concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995). Assim se passa, porquanto, se, por um lado, tais ajustes conferem ao particular autonomia para a gestão de uma atividade estatal, de outro, lhe faz assumir riscos de diferentes ordens (v. g. o recebimento de tarifas pelos usuários). Tanto assim o é que o art. 25 da Lei nº 8.987/1995 prescreve que “incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade”.

Sem embargo desta sistemática, fato é que não se interdita que o concessionário se valha da cooperação de terceiros para levar a efeito a prestação do serviço que lhe foi cometido. Daí porque a Lei nº 8.987/1995 prescreve um sistema de contratações realizadas pelo concessionário, que é composto pelos módulos contratuais da subcontratação, da transferência da concessão e da subconcessão, cada qual com um regime jurídico distinto.

A subcontratação, prevista no artigo 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995 corresponde à contratação de terceiros para a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como para a implementação de projetos associados. Trata-se de negócio jurídico por meio do qual o concessionário contrata outro agente privado para o exercício de determinadas atividades não atreladas ao núcleo do serviço público que lhe foi delegado (v. g. limpeza, vigilância). Tais ajustes se prestam, ainda, a veicular a exploração de receitas extraordinárias (na forma do art. 11 da Lei nº 8.987/1995). Por não veicular parcela do serviço público, não se submete à mesma intensidade regulatória do contrato de concessão. Razão porque são despiciendas a prévia autorização do poder concedente e a realização de procedimento licitatório²² previamente à sua celebração. A referida contratação é regida pelo *Direito Privado*, mas, por se tratar de um contrato celebrado no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público, é qualificado pela incidência de influxos regulatórios, uma espécie de *contrato privado regulado*.

A transferência da concessão,²³ prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/1995, por sua vez, veicula negócio jurídico por meio do qual ocorre a alteração subjetiva do pacto concessionário, em decorrência de uma operação societária. De acordo com Maria

²² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2000/c24.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

²³ Para os fins deste estudo, adotar-se-á o conceito de “transferência da concessão” como gênero, do qual a cessão de controle societário, seja para outros agentes econômicos (art. 27, *caput*, da Lei nº 8.987/1995), seja para os agentes financiadores (art. 27, §§2º, 3º e 4º, introduzidos pela Lei nº 11.196/2005), seriam espécies, já que o regime jurídico dessas operações é o mesmo.

Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ “a transferência significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato”. Tal ato se consubstancia num ato bifásico, o qual “necessita de dois atos de natureza distinta, mas que somente produzirão os seus efeitos quando ambos forem realizados: um ato de direito comercial – a cessão de controle – e um ato administrativo – a autorização do concedente”.²⁵ Por importar na própria alteração da figura do concessionário, o Poder Concedente só poderá com ele aquiescer se tal mudança do contratado “não acarretar alterações às condições originalmente contratadas, conforme fixadas de acordo com parâmetros objetivos previstos no instrumento convocatório”.²⁶

A subconcessão, por fim, se caracteriza pela transferência de parcela do pleo de direitos e deveres decorrentes relação concessória do concessionário para outrem.²⁷ Porém, nessa modalidade de contratação, o concessionário original mantém-se responsável pela qualidade e pelo desempenho da sua obrigação, apesar da transferência de parcela do objeto concedido para terceiros.²⁸ Razão pela qual, neste módulo contratual, instala-se uma relação direta entre o poder concedente e o subconcessionário,²⁹ relação esta que deve ter o restrito propósito de assegurar o cumprimento do regulamento da concessão, notadamente no que toca às obrigações de continuidade, universalização, adequação e modicidade tarifária.

Para levar a efeito tal contratação, o ordenamento jurídico pátrio prescreve a observância do seguinte iter procedimental: (i) autorização contratual; (ii) autorização expressa do poder concedente; e (iii) realização de procedimento licitatório – desde que, adiante-se, ele se revele viável (a isso se voltará doravante). O referido módulo contratual tem previsão no art. 26 da Lei n° 8.987/1995, *in verbis*:

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

²⁵ WALD, Arnold. Da competência das agências reguladoras para intervir da mudança de controle das empresas concessionárias. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, out. 2003.

²⁶ Daí porque já tive a oportunidade de asseverar que: se ficar demonstrado, no bojo do processo administrativo de anulação, que o concessionário possui condições para prosseguir na execução do contrato, nos mesmos moldes que o cedente, não há que se cogitar de qualquer juízo de “conveniência e oportunidade” por parte do Poder Público. Trata-se, pois, de ato vinculado (FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196).

²⁷ Nesse sentido, Luiz Alberto Blanchet afirma que “o objeto da concessão é divisível em partes no que concerne à área abrangida pela concessão, por exemplo, e isto pode ser objeto da chamada subconcessão”. BLANCHET, Carlos Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro 1995 e a Lei nº 9.074 de 07 de julho 1995*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 132.

²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em: <<http://gomesdemattos.com.br/artigos/pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 279.

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Nada obstante, para os fins do presente estudo, é necessária a investigação a propósito do regime jurídico de tal ajuste, se de direito público – permeado por exorbitâncias contratuais – ou se de direito privado – sob um viés de horizontalidade contratual. Trata-se de tema controvertido na doutrina pátria.

De acordo com um primeiro entendimento, a subconcessão teria regime jurídico de direito público equiparável ao de um contrato administrativo típico. Nesse sentido, Arnold Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Moraes Wald³⁰ afirmam que

o instituto da subconcessão, diversamente do que ocorre na subcontratação, é regido pelo direito público, estabelecendo-se a relação jurídica entre o subconcessionário e o Poder Concedente, na medida em que está, por força de lei, sub-rogado nos direitos e obrigações da subconcedente, nos limites da subconcessão.

Do mesmo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹ leciona que “a subconcessão tem a mesma natureza pública do contrato de concessão (...). Por isso mesmo, a subconcessão se faz por contrato administrativo e não por contrato de direito privado”.

Já um segundo entendimento, capitaneado por Marçal Justen Filho,³² é no sentido de que

o vínculo existente entre concessionário e subconcessionário não é qualitativamente idêntico ao que se produz quando participa o poder concedente. É que o concessionário (subconcedente) não é investido de poderes públicos nem é incumbido de realizar o interesse público. Não dispõe de poderes exorbitantes e nem poderá pretender alterações unilaterais no vínculo mantido com o subconcessionário.

Ainda de acordo com o referido autor “a relação jurídica entre concessionário e subconcessionário é de direito privado. Qualquer modificação nas condições da

³⁰ WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Moraes. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 389.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 112-113.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 280.

prestação do serviço, tal como pactuadas entre concessionário e subconcessionário, seguirá as regras do direito privado comum”.

Tenho para mim que assiste razão ao segundo entendimento. Isso porque, para que se caracterize um contrato administrativo, é necessária a observância do critério subjetivo, segundo o qual um de seus polos deve ser ocupado, necessariamente, por uma entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ou por uma entidade com personalidade jurídica de direito público (autarquias, agências reguladoras, fundações de direito público). Trata-se de entendimento pacífico em sede doutrinária.³³ Entendimento esse que vem evoluindo a ponto de não mais se admitir a celebração de contratos administrativos nem mesmo por empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), em decorrência da sua personalidade jurídica de direito privado.³⁴

Ora, se tal entendimento já vem sendo aplicado às entidades da administração indireta, com personalidade jurídica de direito privado, com muito mais razão ele deve ser estendido às avenças celebradas por concessionários de serviços públicos. Daí que não há como se cogitar de um contrato celebrado entre duas entidades com personalidade de direito privado (concessionária e subconcessionária) ser regido pelo direito público. Porém, tal contrato não pode ser celebrado, sem qualquer interveniência estatal, por realizar um trespasse de parcela do serviço delegado.

Daí porque entendo que tais contratos possuem natureza jurídica de *contrato privado regulamentado*, pois sofrerão a incidência direta das normas regulamentares da concessão, principalmente no que toca aos parâmetros de execução do serviço delegado. É dizer, todas as normas contratuais, regulamentares e regulatórias que digam respeito ao núcleo do serviço delegado (neste caso, subconcedido) incidirão, diretamente, sobre esse ajuste celebrado entre concessionário de subconcessionário. Nesse quadrante, as potestades, por exemplo, da encampação, da declaração de caducidade, da intervenção, da fiscalização decorrentes do regime publicístico trazido pela Lei n.º 8.987/1995 incidirão sobre tal contrato. Mas não só. Para além dessas exorbitâncias contratuais, sobre tais ajustes incidirá todo aparato regulamentar decorrente do Contrato de Concessão e das normas regulatórias, a serem expedidas pela agência reguladora competente. Tanto assim o é que os próprios quadrantes da

³³ Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia leciona que “os contratos administrativos são ajustes celebrados entre um ente público e um particular com vistas à consecução de um interesse público ou, mesmo, de atividades administrativas inerentes ao funcionamento da Administração Pública. Submetem-se a regime jurídico próprio, que permite a utilização das cláusulas exorbitantes, as quais seriam consideradas ilícitas em uma relação contratual privada”. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 357. Do mesmo modo, V. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 211-212.

³⁴ ALMEIDA, Aline Paola C. B. Camara de. O regime licitatório das empresas estatais. In: JURUENA, Marcos. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 186.

subconcessão já devem estar delineados no contrato de concessão, como determina o art. 26, *caput*, da Lei n° 8.987/1995.

Por outro lado, não há que se cogitar do estabelecimento de uma relação verticalizada entre concessionário e subconcessionário. Por mais que tal ajuste sofra o dirigismo contratual decorrente da sua veiculação de um serviço público, isso não faz com que ele se transforme num contrato administrativo – com todas as exorbitâncias que lhe são salientes. Trata-se do que Pedro Gonçalves³⁵ denomina de “contato privado como objeto de regulação administrativa”. De acordo com o referido autor, “o trabalho das autoridades administrativas de regulação, dotadas de amplos poderes normativos acabou, em certas áreas da economia, por conduzir a um fenômeno de administrativização do contrato privado ou, como alguns também assinalam, a uma parcial substituição do direito privado do contrato pelo direito da regulação”.

Assim é que o contrato celebrado entre o concessionário e o subconcessionário terá um regime jurídico híbrido. Como o subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações do subconcedente dentro dos limites da subconcessão (art. 26, §2°, da Lei n° 8.987/1995), será a ele transferido o plexo de prerrogativas e deveres atinente à relação de sujeição especial estabelecida para com o Poder Concedente. Isso decorre do próprio regime jurídico da sub-rogação, previsto no art. 349 do Código Civil, cuja redação é a seguinte “A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”.

Bem lido o dispositivo sob a lente da relação jurídica concessória a transferência que é levada a efeito para o patrimônio do subconcessionário diz com as prerrogativas e deveres atrelados à prestação do serviço público. Nesse sentido, por exemplo, o subconcessionário será autorizado a praticar atos executórios em procedimentos de desapropriação (art. 3° do Decreto-Lei n° 3365/1941). Por outro lado, este agente não poderá prestar a parcela do serviço que lhe foi delegado em contrariedade com o padrão de serviço adequado veiculado no contrato de concessão principal. O equilíbrio dessas prerrogativas e sujeições deverá ser realizado na modelagem do pacto celebrado entre concessionário e subconcessionário. Mas, friso: ainda que tais previsões não tenham sido entabuladas pelas partes, a incidência do regime jurídico do serviço público incidirá, automaticamente, sobre tais ajustes.

Isso não autoriza, entretanto, que o concessionário exerça potestades em face do subconcessionário. Assim não se passa, por se tratar de um ajuste celebrado entre duas pessoas jurídicas de direito privado, o que, por si só, afasta o regime jurídico dos contratos administrativos, que só se aplica às avenças “entre órgãos ou

³⁵ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.

entidades da Administração Pública e particulares” (art. 2º da LGL). Daí porque, no âmbito da relação entre particulares, tenho para mim que este contrato será regido pelo normativo que disciplina o contrato de prestação de serviços (disciplinado pelo art. 599 a 609 do Código Civil), no que lhe for compatível, negócio jurídico regido pela autonomia da vontade e pela simetria entre as partes contratantes.

Outra questão que causa espécie nesta temática diz com a natureza jurídica do ato de “anuência expressa” do Poder Concedente quanto à subconcessão. Tenho para mim que, caso haja autorização contratual, o ato administrativo de autorização, a ser expedido pelo poder concedente, será vinculado. É dizer, se ficar demonstrado, no bojo do processo administrativo de anuência, que o subconcessionário possui condições para prosseguir na execução da parcela do objeto contratual que lhe foi delegado, nos mesmos moldes que o concessionário, não há que se cogitar de qualquer juízo de “conveniência e oportunidade” por parte do Poder Público.³⁶ Isto porque a avaliação que o Poder Concedente deverá realizar será atrelada a um padrão de qualidade do serviço público veiculado no contrato de concessão – instrumento que, previamente, já previu tal possibilidade. Trata-se de hipótese em que a discricionariedade administrativa é “reduzida a zero”, ou seja, quando a única decisão possível for aquela que não viola o ordenamento jurídico. Sobre tal temática, são os já clássicos ensinamentos de Mariano Bacigalupo³⁷ segundo os quais

en efecto, se puede dar el caso de que – no obstante la naturaleza discrecional (in abstracto) de la decisión administrativa impugnada – solo sea posible considerar conforme a Derecho una única solución, al ser cualquier otra imaginable en el caso concreto incompatible con la Constitución o el Derecho, esto es, con derechos o principios constitucionales o principios generales del Derecho. Son éstos los casos en los que la doctrina alemana habla de una reducción a cero (o contracción o desaparición) de la discrecionalidad (Ermessensreduzierung auf Null).

Diante do exposto, é de se concluir esse item no sentido de que: (i) o contrato decorrente de uma subconcessão celebrado ente concessionário e subconcessionário deverá ser regido pelo direito privado; (ii) nada obstante, por se tratar de um contrato que veiculada parcela de um serviço público, submeterá aos influxos regulatórios e regulamentos do serviço público; (iii) daí porque singelamente denominei tal ajuste de “contrato privado regulamentado”; e (iv) o ato de anuência expressa do

³⁶ Já pude me manifestar, nos mesmos termos, a propósito do ato de transferência da concessão. FREITAS, Rafael Véras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

³⁷ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa*: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 89.

poder concedente à subconcessão se configura como *um ato administrativo vinculado*, que se encontra atrelado à adequada prestação do serviço público.

3 A necessidade da realização de procedimento licitatório prévio às subconcessões

Nada obstante a sistemática atrelada a tais ajustes ser de um contrato privado celebrado entre dois particulares, o art. 26, §1º, da Lei nº 8.987/1995 prescreve que “a outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência”. Para o que aqui importa, ter-se-á de investigar se tal previsão é mandatória, ou se comporta exceções.

Pois bem. Como é de trivial sabença, o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contratos com a Administração Pública. Porém, o procedimento licitatório não pode ser considerado um fim em si. Não se cogita mais de admitir-se a instauração de todo o trâmite burocrático que permeia tal certame se ele for desnecessário, antieconômico, ou imprestável à seleção do melhor “padrão” de serviço que será prestado ao Poder Público. Mesmo porque, por se tratar de um “procedimento administrativo”, a ele se aplica o princípio da verdade real, de acordo com o qual “o administrador deve se valer da verdade efetiva, real, independente de se ater às provas e elementos do processo”.³⁸ Diferentemente do processo judicial, que busca a verdade formal, que está nos autos, no âmbito dos processos administrativos – de que o processo licitatório é espécie –, o Poder Público deve aferir a realidade fenomênica.³⁹

Nesse quadrante, o procedimento licitatório só será exigível se atender aos postulados básicos do princípio da proporcionalidade, isto é, se for adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.⁴⁰ Se for adequado a atingir os fins perseguidos

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

³⁹ Juan Carlos Cassagne aborda exatamente esse ponto: A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez. El principio de la verdad material y objetiva ha sido introducido en la ley de procedimientos administrativos vigente en el orden nacional y aparece reconocido en algunas leyes provinciales (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo II*. Edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 321).

⁴⁰ Já se tomaram clássicos os ensinamentos de Luis Roberto Barroso a propósito desse princípio: Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209).

pelo Poder Público ao iniciar tal procedimento; se for o meio menos gravoso aos administrativos, na medida em que pode representar a paralisação de um serviço administrativo, ou de um serviço público prestado à população; e se os benefícios da sua realização superarem os custos pela instauração desse procedimento. Não foi por outra razão que o próprio ordenamento jurídico pátrio estabeleceu hipóteses em que tal procedimento é inviável (art. 25 da Lei nº 8.666/1993), ou inadequado ao atendimento do interesse público numa situação concreta (art. 17 e 24 da Lei nº 8.666/1993).

Não se trata de dispositivos que conferem uma ampla discricionariedade ao administrador em realizar, ou não, o procedimento licitatório. É dizer, se tal procedimento não se afigura possível, ou compatível com o interesse público, há o dever da contratação direta (seja nas hipóteses de licitação dispensada, de dispensa de licitação e de inexigibilidade), em razão, justamente, da incidência do princípio da proporcionalidade – o qual, de resto, permeia toda a atividade administrativa. Egon Bockmann Moreira⁴¹ tem entendimento similar, restrito às hipóteses de inexigibilidade. Nas suas palavras,

ao gestor não é reservada a faculdade de contratar por inexigibilidade, mas sim lhe é atribuído o dever de assim realizar a contratação, em vista do interesse público definido pelas demandas da Administração Pública. De usual, não existe ou a possibilidade fática de competição (situações de monopólio) ou de disputa (situações em que não é possível efetivar a comparação e o julgamento objetivo).

Esse entendimento em nada se altera para a escolha do subconcessionário que irá realizar tal mister. Porém, há quem entenda, valendo-se de uma interpretação literal, que, uma vez que o art. 175, *caput*, da CRFB, dispõe que a delegação dos módulos concessionários será “sempre” precedida de procedimento licitatório, seria interdita a contratação direta subconcessionários.

O referido entendimento prova demais. Afinal, não se poderia cogitar que uma interpretação literal do texto constitucional subvertesse a própria finalidade do procedimento licitatório. Isto porque casos há em que a realidade fática subjacente a determinada prestação de um serviço público não comporta a instauração de um processo competitivo por este mercado, seja porque não há um número suficiente de competidores, seja por que a própria *expertise* exigida do prestador inviabiliza a competição sob critérios objetivos.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>>.

Em sentido similar, Marcos Juruena Villela Souto⁴² leciona que

o emprego do advérbio ‘sempre’, no artigo 175 da CF, antes da menção à licitação para a concessão ou permissão de serviço público, levou à conclusão precipitada de que não caberia, jamais, a dispensa de licitação. No que se refere à inexigibilidade, não há, todavia, o que se questionar. Sendo impossível a competição, aplica-se o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, é adotada subsidiariamente aos institutos da concessão e da permissão. A hipótese é fática e a lei simplesmente reconhece a realidade.

Do mesmo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³ assevera que:

não é esse o entendimento que levou à reedição do princípio, no art. 175, caput, da Constituição, com uma amplitude restrita e dirigida aos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. E tanto não é essa a interpretação a ser dada, que o legislador ordinário, no Capítulo V – Da licitação, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, faz expressa remissão aos ‘critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos’ que, por sua vez, admite a contratação direta em casos expressos de dispensa e em hipótese de inexigibilidade por impossibilidade de abrir-se a competição.

Estou de pleno acordo com os ilustres doutrinadores. Isto porque o estabelecimento de um procedimento competitivo poderá se mostrar inviável, seja porque pode haver um único agente econômico que poderá dar cabo da obrigação que se pretenda transferir ao subconcessionário, seja porque pode não haver tempo hábil para a instauração de um certame (com todas as impugnações que lhe são usuais) ante a necessidade de prestação de um serviço público, seja, ainda, porque não seria economicamente viável licitar autonomamente parcela do objeto concedido.⁴⁴

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 484-485.

⁴⁴ Esta hipótese é bem exposto por Luis Roberto Barrosos: Nesse contexto, quando há elementos no interesse público que apenas podem ser atendidos por um dos agentes no mercado, ou pelo próprio particular já contratado pela Administração, não há possibilidade de competição e a licitação será inexigível. Ou, dito de outra forma, se apenas um agente pode oferecer determinada vantagem, que interessa de forma relevante ao interesse público, não será possível estabelecer uma competição objetiva entre os supostos interessados e, por isso, a licitação será inviável. Um exemplo ilustra o ponto. Imagine-se uma alteração qualitativa qualquer, com repercussões quantitativas, que incremente o custo das obras a cargo de um concessionário de serviço público. O concessionário, porém, exatamente pela circunstância de ser o concessionário, terá um custo substancialmente menor para implementar a alteração e tem condições de fazê-lo sem repercussão na tarifa já cobrada, obtendo os recursos por meio da exploração de fontes alternativas (e.g. publicidade), ou com repercussão tarifária mínima. Imagine-se ainda que seja fisicamente possível, do ponto de vista técnico, que terceiros levem a cabo essa mesma alteração. O custo nessa hipótese, porém, seria substancialmente maior e teria de ser integralmente suportado pelos usuários por meio de nova tarifa. Em cenários como o do exemplo, a competição não é viável, já que um dos agentes pode licitamente oferecer vantagens para o interesse público

É dizer, há uma variedade de motivos que podem justificar a incidência do disposto no art. 25, *caput*, da Lei n° 8.666/1993 às subconcessões de serviço público, cuja redação é a seguinte: “Art. 25. É inexigível a licitação *quando houver inviabilidade de competição*, em especial”: (grifamos)

Assim é que, a despeito da prescrição do §1º do art. 26 da Lei n° 8.987/1995, a realização de “concorrência” para a seleção de um subconcessionário só será exigível quando *houver viabilidade de competição*.

Porém, na hipótese de tal licitação ser possível, a quem competiria instaurar esse certame?

De um lado, parcela da doutrina pátria sustenta que a realização do certame licitatório incumbe ao sempre ao poder concedente, uma vez que se trata de procedimento administrativo típico. Nesse sentido, Luiz Alberto Blanchet⁴⁵ defende que “a competência para promoção da concorrência da qual deve ser precedida a subconcessão é do poder concedente e não do subconcedente, pois este tem interesses seus incompatíveis com os interesses públicos envolvidos na licitação”.

Por outro lado, um segundo entendimento advoga que o poder concedente pode realizar pessoalmente a concorrência ou outorgar essa prerrogativa à concessionária, sendo preferível esta última hipótese, na medida em que a relação contratual vai se estabelecer entre a concessionária (subconcedente) e a subconcessionária. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶ leciona que

uma das características da concessão de serviço público é a de implicar na outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si essa prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário.

Tenho para mim que assiste razão ao primeiro entendimento. Não vislumbro a possibilidade de o concessionário realizar um procedimento licitatório, nos moldes delineados pela Lei n° 8.666/1993. Isto porque tal procedimento é incompatível com o regime jurídico de pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a Administração Pública – esse, aliás, é o entendimento que vem prevalecendo no

que os demais não podem. Por isso mesmo, levar a cabo uma licitação na hipótese importaria apenas perda de tempo e de recursos públicos (BARROSO, Luis Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006).

⁴⁵ BLANCHET, Carlos Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*: comentários à Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro 1995 e a Lei n° 9.074 de 07 de julho 1995. Curitiba: Juruá, 1995, p. 133.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 114.

âmbito dos Serviços Sociais Autônomos.⁴⁷ Tanto assim o é que o art. 37, XXI, da CRFB prescreve que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, mandamento que, à luz do *caput* desse dispositivo, se aplica à “Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Tal previsão não autoriza que pessoa jurídica de direito privado, que não integra a Administração Pública, realize tal procedimento, o qual, por ser pautado por diversas prerrogativas, transformariam a relação entre concessionária e subconcessionária numa relação assimétrica, verticalizada.

Daí porque entendo que, por se tratar de um contrato celebrado por duas pessoas jurídicas de direito privado (que não integram a Administração Pública), caberá ao Poder Concedente realizar tal procedimento licitatório, se esse procedimento for viável, para selecionar um subconcessionário que detenha capacidade técnica e econômica para prestar a parcela do serviço que lhe será delegado.

4 A natureza jurídica da remuneração do subconcessionário

A forma de financiamento dos serviços públicos resulta de uma decisão discricionária do Poder Público. Mais especificamente, de uma escolha entre onerar uma parcela dos seus usuários (efetivos ou potenciais) ou a toda sociedade.⁴⁸ É que tais

⁴⁷ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto discorre sobre a disciplina do sistema S apontando no sentido da desobrigação de suas entidades licitarem, pois devida observância à disposição do art. 5º, XVIII, da CRFB e por considerar tal obrigação uma interferência estatal sem fundamento constitucional: A Constituição estabeleceu a sujeição das licitações e contratações, “em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (artigo 37, XXVII, da Constituição), a normas gerais de competência da União. Ora, os serviços sociais autônomos não são parte da administração indireta, nem fundações nem empresas controladas pela União. Conforme se estudou, são entidades privadas, desvinculadas de quaisquer controles que não os constitucionalmente previstos. A inclusão no rol das pessoas sujeitadas à Lei nº 8.666/93, encontrada no seu artigo 119, é, pois, inconstitucional, ainda porque o legislador ordinário ampliou a expressão constitucional “empresas sob seu controle” (artigo 37, XXVII CF) para “entidades controladas direta ou indiretamente pela União (art. 119 da Lei nº 8.666/93 – n/grifo). Mas mesmo assim, os serviços sociais autônomos não estão sob controle da União, nem direta nem indiretamente, pois seus órgãos diretivos se compõem, em sua maioria, de representantes de entidades privadas não só não-governamentais como apolíticas. Tampouco se pode argumentar, para se sujeitar os serviços sociais autônomos a regras de licitações e contratos administrativos, com o artigo 37, XXI, da Constituição, pois o inciso se refere, obviamente, às entidades mencionadas no *caput* do artigo, ou seja, às da administração direta, indireta e fundacional. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, jan./mar. 1997, p. 93). Assim também já se posicionou o Tribunal de Contas da União: “Decisão 461/1998 – Plenário O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1 - receber a presente minuta de Regulamento de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema “S”, mencionadas no item 4 supra, tendo em vista a Decisão Plenária/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97, que concluiu que *os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório.*”

⁴⁸ Assim ocorre porque, conforme explica Aline Paola C. B. Câmara de Almeida, “a remuneração dos serviços públicos delegados é realizada por aqueles que deles se utilizam diretamente, por meio da tarifa, de modo que esta apresenta dúplice função: permitir que seja oferecida a maior quantidade de serviços adequados

serviços tem um “custo”, o qual pode ser remunerado, diretamente, pelo pagamento de tarifas, levado a efeito por usuários determinados ou determináveis, ou, por aportes do Tesouro, decorrentes do pagamento de tributos por toda sociedade.⁴⁹ Aqui, tem lugar o provérbio decorrente da ciência econômica de que “não existe almoço grátis” (*There is no such thing as “free lunch”*). No ordenamento jurídico brasileiro, essa decisão predica de um devido procedimento legislativo consubstanciado na fixação de uma Política Tarifária, na forma do art.175, parágrafo único, III, da CRFB.

Trata-se de um procedimento bifásico.⁵⁰ A sua primeira fase tem lugar pela edição de um ato normativo estabelecendo a política pública, em abstrato. A sua segunda fase pela sua implementação, que será realizada pelo poder concedente, ou pela agência reguladora setorial, seja por meio da celebração de contratos (regulação endógena), seja por meio da edição de normativos que a compatibilizem com os interesses enredados em um pacto concessório (regulação exógena). E, breve síntese, o propósito desta política pública é o de equacionar o financiamento do serviço delegado. Para esse fim, o referido normativo deverá estabelecer se o serviço será custeado por subsídios (decorrentes de aporte de recursos do Tesouro), por taxas (espécie tributária), por tarifas pagas, diretamente, pelos usuários (submetidas ao princípio da modicidade), por fundos, especialmente, constituídos para esse fim (v. g. o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST),⁵¹ ou, até

possíveis a um preço acessível e, ao mesmo tempo, assegurar ao concessionário, principal responsável pelos investimentos, a parcela de lucro a que faz jus e que, afinal, foi o móvel da sua participação no negócio”. ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

⁴⁹ Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que: “os serviços públicos – em qualquer acepção que se lhes tome – são atividades que envolvem a mobilização de recurso para a sua boa prestação. Em alguns casos estes recursos demandados referem-se apenas aos custos de prestação em si. Em outros são demandados pesados investimentos para a implantação das infraestruturas necessárias à prestação do serviço. A prestação de um serviço público, é certo, envolve custos seja ela feita pelo poder público diretamente, seja ela posta a cargo de particulares”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 338.

⁵⁰ Esse também parece ser o entendimento de Jacintho Silveira Arruda Câmara: Em virtude desta regra constitucional, o legislador não pode deixar exclusivamente para o campo da decisão administrativa a fixação de uma política em matéria tarifária. A previsão da política a ser perseguida deve estar contida no próprio texto legislativo. Quando muito, será possível que o legislador delegue à função administrativa a escolha de uma, entre muitas políticas previamente autorizadas, ou atribuir-lhe a fixação de mecanismos específicos para o atendimento das metas já definidas na própria lei.” CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário como instrumento de políticas públicas*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005

⁵¹ Os fundos setoriais são, assim, um patrimônio de afetação, cujos recursos estão destinados ao cumprimento de determinada finalidade específica, tais como a capacitação científica e tecnológica na área de engenharia aeronáutica, atualização tecnológica da indústria agropecuária, capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento de tecnologias e inovações voltadas para o setor aquaviário e de construção naval, busca de novas alternativas de geração de energia e estimular a inovação na cadeia produtiva do setor de petróleo e gás natural. No mesmo sentido: SOUZA, Maria Ilanice Lima de; FREITAS, Alciléia Sousa. *Fundos Públicos – Características, Aplicação e Controle dos Recursos*. *Caderno de Gestão Pública*, ano 1 n.1, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br>>. Acesso em: 26 set. 2016.

mesmo, integralmente, por receitas extraordinárias (como ocorre nas concessões de radiodifusão).

Definida a forma de financiamento do serviço, caberá ao referido normativo equacionar ainda outros valores que precisam ser atendidos pela prestação de um serviço público, sobretudo os atrelados às necessidades essenciais dos usuários – os quais poderão ser garantidos, por exemplo, pela universalização de serviços a usuários hipossuficientes, ou pelo fomento ao consumo sustentável de bens escassos. Para esse fim, poderá se valer de modelagens econômicas pautadas em diferenciações tarifárias (art. 13 da Lei n.º 8.987/1995), na instituição de subsídios cruzados (v. g. Tarifas Sociais),⁵² ou na sobretarifação (v. g. o que ocorreu, nos idos de 2001, no setor elétrico).⁵³

Essa lógica me parece permear a remuneração do subconcessionário. É que, ao assumir parcela do cometimento público, o subconcessionário passará, como já dito, a se submeter ao plexo de direitos e deveres que decorre de uma relação de sujeição especial, o que, por certo, abrange a modalidade de remuneração estabelecida para o serviço delegado. Assim é que, caso a concessão principal seja remunerada mediante tarifas, a subconcessão seguirá a mesma sorte; caso a remuneração da concessão principal seja levada a efeito por tarifa e por subsídio (a exemplo das Parcerias Público-Privadas patrocinadas), assim também será composta a remuneração do subconcessionário. Do mesmo modo, o subconcessionário deverá se submeter não só à modalidade de remuneração do concessionário, como, também, à política tarifária estipulada para o serviço concedido. É dizer, se o cometimento tiver de ser financiado, para o atendimento de objetivos públicos, por meio de subsídios cruzados, pela implantação de tarifas sociais, por uma sobretarifação, tais sistemas também terão de ser observados pelo subconcessionário.

⁵² Hipótese, expressamente, prevista no art. 2, III, do Decreto n.º 7.217/2010: XIII - subsídios: instrumento econômico de política social para viabilizar manutenção e continuidade de serviço público com objetivo de universalizar acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda;

⁵³ Modelagem que já teve a sua validade placitada pelo STF, quanto do julgamento da ADC n.º 9, ementada nos seguintes termos: O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, §4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, §5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente (ADC 9 / DF - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 13/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

O que não se poderia cogitar é que o subconcessionário não perceba qualquer remuneração pela prestação de parcela de um serviço público. Ou que tal receita ingresse no seu fluxo de caixa, a título de receitas extraordinárias (as quais, em razão do disposto no art. 11 da Lei n° 8.987/1995, terão de ser, parcialmente, revertidas à modicidade tarifária) –, salvo, é claro, se o serviço público principal for financiado, integralmente, por tais receitas (como ocorre com as concessões de radiodifusão). Até mesmo porque forcejar que um agente privado preste um serviço público, às suas expensas, em benefício da coletividade, representaria, na ponta, numa expropriação do patrimônio privado, sem a observância do devido processo legal expropriatório (art.5°, XXXV, da CRFB), por representar um rompimento do equilíbrio entre os encargos sociais.⁵⁴

5 Conclusões

Diante do exposto, é possível concluir este ensaio, por meio das seguintes proposições objetivas:

- (i) Os contratos de concessão não têm como nota característica a sua execução personalíssima (*intuitu personae*). Se assim já não se passa com tradicionais contratos de empreitada regidos pela Lei n° 8.666/1993, com muito mais razão tal lógica não poderá ser transposta para os módulos concessórios. E isso por duas ordens de razão. A primeira, porque a própria Lei n° 8.987/1995, em diversos dispositivos (art. 26, 27, 28), reconhece a necessidade da alteração subjetiva desses ajustes. A segunda diz com a própria natureza desses ajustes. É que, por se tratar de ajustes de prazo diferido, as mudanças porque passa a própria prestação dos serviços públicos (corolários do princípio da atualidade) podem justificar que o concessionário se valha do auxílio de terceiros para a sua prestação;
- (ii) Os contratos decorrentes de uma subconcessão celebrado ente concessionário e subconcessionário deverá ser regido pelo direito privado; nada obstante, por se tratar de um contrato que veiculada parcela de um serviço público, tal ajuste se submete aos influxos regulatórios e regulamentares do serviço público;
- (iii) Daí porque singelamente denomino tais ajustes como um “contrato privado regulamentado”;

⁵⁴ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do Erário” (DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254).

- (iv) Malgrado o art. 175 da CFRB prescreva que as delegações de serviços públicos serão “sempre” precedidas de licitação, isso não obriga que esse procedimento seja realizado em qualquer hipótese de subconcessão. Isto porque o estabelecimento de um procedimento competitivo poderá se mostrar inviável, seja porque pode haver um único agente econômico que poderá dar cabo da obrigação que se pretenda transferir ao subconcessionário, seja porque pode não haver tempo hábil para a instauração de um certame (com todas as impugnações que lhe são usuais), seja, ainda, porque não seria economicamente viável licitar autonomamente parcela do objeto concedido – todas as hipóteses que podem justificar a incidência do disposto no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993;
- (v) Caso tal licitação seja viável, não vislumbro a possibilidade de o concessionário realizar um procedimento licitatório para selecionar o subconcessionário. É que tal procedimento é incompatível com o regime jurídico de pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a Administração Pública. Tanto assim o é que o art. 37, XXI, da CRFB, à luz do *caput* desse dispositivo, se aplica à “Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e não a pessoas jurídicas de direito privado;
- (vi) A remuneração do subconcessionário terá a mesma natureza jurídica da remuneração da concessão principal. Do mesmo modo, o subconcessionário deverá se submeter não só à modalidade de remuneração do concessionário, como, também, à política tarifária estipulada para o serviço concedido.

Abstract: This article aims at investigating the legal framework for the subconcession of public services, as per article 26 of Law n.º 8.987/1995. With this purpose in mind, the legal statute of contracts celebrated in this form by concessionaries and subconcessionaries, the need for holding a public procurement bidding procedure prior to the celebration of these contracts and the remuneration of the subconcessionary for the execution of the service conceded will be investigated.

Keywords: Subconcession. Public service. Bidding procedures. Remuneration.

Referências

ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. O regime licitatório das empresas estatais. In: JURUENA, Marcos. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo: [s.n.], 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2000/c24.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/1993 totalmente atualizada, levando também em consideração da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BLANCHET, Carlos Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro 1995 e a Lei nº 9.074 de 07 de julho 1995*. Curitiba: Juruá, 1995.

CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo II*. Edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GONÇALVES, Pedro Antônio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

LANIUS, Danielle Cristina. *Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/608/r147-06.PDF?sequence=4>>.

LEITE, Fabio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*. ago. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A cessão de contrato administrativo entre estado e município como alternativa para evitar a interrupção de obras públicas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. jul. 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à Administração Contratual. *Revista do Advogado*.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em: <<http://gomesdemattos.com.br/artigos/pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, jan./mar. 1997.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 572, jan./mar. 2013.

WALD, Arnold. Da competência das agências reguladoras para intervir da mudança de controle das empresas concessionárias. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. out. 2003.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Moraes. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. São Paulo: Saraiva, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.
