

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DE SANTO AMARO

PROCESSO Nº 06149e21

PARECER Nº 00708-21

EMENTA: CONSULTA. CONTRATO DE CONCESSÃO (PPP). AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL REGULAMENTANDO A MATÉRIA. DESNECESSIDADE. VÍCIOS DE LEGALIDADE NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO NA FORMA DO ARTIGO 35, V DA LEI 8.987/95, ACASO CONSTATADO VÍCIO DE LEGALIDADE INSANÁVEL.

1. O Gestor Municipal possui a faculdade de celebrar contrato de concessão de serviços públicos com entes privados, mesmo na hipótese de inexistência de lei municipal disciplinando tal matéria, desde que estritamente observadas as disposições gerais impostas pela Lei nº 8.987/95. O mesmo há de se concluir em relação às parceiras público-privadas - PPP, modalidades especiais de concessão de serviços públicos (patrocinada e administrativa), surgidas com a superveniência da Lei nº 11.079/2004, que "institui normas gerais para licitação e contratação de PPP's, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", consoante preconiza o artigo 1º da aludida norma.

2. A convalidação de um ato administrativo e, via de consequência de um determinado contrato administrativo, eivados de ilegalidade, consoante dispõe o artigo 55 da Lei 9.784/99, pressupõe a possibilidade de saneamento do defeito, sem que haja lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, como ocorre na hipótese publicação de termos aditivos fora do prazo legal, que consistiria defeito passível de convalidação, haja vista a publicação constituir condição de eficácia do ato, e não de validade, dos contratos e respectivos aditamentos, sendo esse o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria.

3. Uma vez constatados vícios de legalidade na formação do contrato de concessão, em qualquer de suas formas, como por exemplo, no caso de contrato de parceria público-privada (concessão patrocinada ou administrativa), onde se evidencie a ausência de cláusulas consideradas essenciais, na forma da Lei nº 11.079/04, o que acabaria por desvirtuar completamente o instituto, acarretando grave prejuízo ao interesse público, possui a Administração Pública a prerrogativa de anulá-lo, decorrente do poder-dever de autotutela, sob pena de responsabilidade solidária com o ordenador de despesas que autorizou a celebração do contrato.

A Prefeita do MUNICÍPIO DE SANTO AMARO, Senhora ALESSANDRA GOMES REIS E SILVA DO CARMO, por intermédio de advogado constituído nos autos, formula a presente CONSULTA endereçada ao Presidente deste Tribunal de Contas, aqui protocolada sob o nº 06149e21, com fulcro nos artigos 208 a 214 da Resolução TCM nº 1.392/2019, por meio da qual traz a lume os seguintes questionamentos:

11. Nestas condições, são os seguintes questionamentos:

11.a) Tendo em vista a legislação acima citada, um contrato administrativo de concessão de serviços públicos, que não seja precedido de legislação específica que autoriza a realização de licitação, deve ser considerado nulo por vício de legalidade?

11.b) Seria possível convalidar um contrato que seja contrário a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, caso presente pelos menos uma das situações abaixo:

- a não repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior;
- o não estabelecimento de critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
- a ausência de previsão de fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
- o desequilíbrio do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro;
- a falta de justificativa e estudos que identifiquem as razões pela opção da parceria público-privada;
- submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

11.c) O princípio da autotutela administrativa, autoriza (ou impõe) que o titular da gestão administrativa que não firmou um contrato de concessão de serviço público possa (ou deva) rescindi-lo, sob pena de responsabilidade solidária por eventuais vícios observados na contratação?

Inicialmente, registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não cabe analisar as particularidades do caso concreto apresentadas no ofício.

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Feitas tais ressalvas, inicialmente, impende destacar que o instituto da concessão de serviços públicos, tão caro ao Direito Administrativo moderno, tem supedâneo no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A intelecção do dispositivo em destaque permite concluir se tratar do que a doutrina constitucionalista costuma classificar como norma de eficácia limitada, ou seja, caracterizada pela necessidade de edição de lei disciplinando a matéria ali versada, como condição para a plena produção de efeitos no mundo jurídico. Em outras palavras, a nossa Lei Maior condicionou a prestação de serviços públicos sob os regimes de concessão ou permissão à prévia edição de lei regulamentadora, dispondo, ao menos, sobre os aspectos fundamentais elencados nos incisos do parágrafo único do mencionado artigo 175.

Nesse contexto, fora sancionada a Lei nº 8.987/95, a qual estabelece normas gerais acerca dos institutos da concessão e permissão de serviços públicos, aplicáveis a todos os entes federados, conferindo plena eficácia ao mandamento constitucional insculpido no artigo 175 da CRFB/1988. Tal normativo, logo em seu artigo 1º, não deixa margem de dúvidas quanto à extensão de sua aplicabilidade que não se resume aos contratos de concessão de serviços públicos atinentes à União, como também irradia-se aos Estados, Distrito Federal, Municípios, estabelecendo normas gerais:

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

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às

prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Destarte, respondendo ao primeiro questionamento formulado na presente consulta, o Gestor Municipal possui a faculdade de celebrar contrato de concessão de serviços públicos com entes privados, mesmo na hipótese de inexistência de lei municipal disciplinando tal matéria, desde que estritamente observadas as disposições gerais impostas pela Lei nº 8.987/95. O mesmo há de se concluir em relação às parceiras público-privadas - PPP, modalidades especiais de concessão de serviços públicos (patrocinada e administrativa), surgidas com a superveniência da Lei nº 11.079/2004, que “institui normas gerais para licitação e contratação de PPP’s, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, consoante preconiza o artigo 1º da aludida norma.

Por outro lado, vale ressaltar que a competência da União para editar normas gerais versando sobre concessão de serviços públicos, não exclui a competência legislativa concorrente do Município para estabelecer normas específicas tratando da matéria, consoante dispõe o artigo 53, VI, da Lei Orgânica do Município de Santo Amaro, dispositivo este citado no bojo da presente consulta.

Dito isto, faz-se imprescindível debruçar-se um pouco mais sobre a concessão de serviços públicos em si, até mesmo para poder diferenciar a concessão simples, daquelas modalidades especiais disciplinadas na Lei 11.079/04, quais sejam, a concessão patrocinada e concessão administrativa, comumente denominadas de parceiras público-privadas.

Assim sendo, a concessão simples é conceituada no artigo 2º, II, da Lei 8.987/95 como:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [\(Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

Por seu turno, Maria Silvia Zanella di Pietro, em sua obra intitulada “Parcerias na Administração Pública” traz um conceito mais completo e abrangente acerca do instituto:

“Daí definirmos a concessão de serviços públicos como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”

Assim, dos dois conceitos em destaque, pode-se extrair algumas das principais características da concessão de serviços públicos: a) consiste o instituto num contrato administrativo; b) como tal deve ser precedido por procedimento licitatório, necessariamente, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo; c) cujo objeto envolve a delegação, pela Administração Pública, a pessoa jurídica diversa, da prestação de um serviço público não exclusivo de Estado; d) a responsabilidade civil da concessionária, que presta o serviço em seu próprio nome, por sua conta e risco; e e) a remuneração da concessionária ocorre por meio de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Traçados os contornos gerais do instituto da concessão simples, regida pela Lei nº 8.987/95, passemos a analisar a parceria público-privada, tema do segundo quesito formulado na presente consulta, passando a considerar que o contrato, que em tese pretende ser rescindido, tenha como objeto uma das duas espécies de PPP previstas na Lei nº 11.079/04 (concessão patrocinada ou concessão administrativa).

Assim é que, numa clara tendência observada não só no Brasil, mas em diversos países capitalistas, de privatização dos serviços públicos, foi editada no ano de 2004, sob a influência do direito estrangeiro, a Lei nº 11.079, que prevê duas modalidades novas de parceria entre a Administração Pública e entidades privadas - a concessão patrocinada e a concessão administrativa – em que a forma de remuneração da concessionária abrange, total ou parcialmente, a contribuição pecuniária do Poder Público.

Vale ressaltar que a conceituação legal das duas modalidades de PPP, encontra-se no artigo 2º, §1º e 2º, da Lei nº 11.079/04, in verbis:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Maria Sylvia Zanella de Pietro, em sua obra Parcerias na Administração Pública, engloba ambas as modalidades de PPP em um único conceito, que se segue:

“...a parceira público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Ambas as modalidades de parceria público-privada apresentam pontos de interseção com a concessão comum, em maior ou menor grau, sendo relevante salientar que, aplicam-se, subsidiariamente, tanto à concessão administrativa, como à patrocinada, as disposições da Lei nº 8.987/95, consoante se depreende da redação do artigo 3º caput e § 1º, senão vejamos:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos [arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), e no [art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#).
(Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), e nas leis que lhe são correlatas.

Da intelecção do dispositivo em tela, é possível concluir, portanto, que, dentre as disposições da Lei nº 8.987/95, aplicáveis, subsidiariamente, a ambas as modalidades de parceria, destacam-se aquelas atinentes à disciplina sobre as formas de extinção do contrato, constantes dos artigos 35 a 39 da Lei nº 8.987/95, haja vista a Lei nº 11.079/04 revelar-se omissa sobre a matéria.

Nesse sentido, são seis as formas de extinção do contrato de concessão de serviços públicos previstas no rol de incisos do artigo 35 da Lei 8.987/95:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

No tocante às hipóteses previstas nos incisos I e VI do aludido dispositivo, não há muito o que se esclarecer, ou seja, a extinção constitui consectário lógico do advento do termo final do contrato, assim como se constitui inviável a continuidade da vigência do contrato após a decretação de falência da concessionária ou óbito ou incapacidade do titular no caso de empresa individual.

Já no que tange à encampação, consoante preconiza o artigo 37 da Lei nº 8.987/95, constitui hipótese de rescisão unilateral por motivo de interesse público, contudo deve se dar mediante lei autorizativa específica e somente após prévio pagamento de indenização à empresa concessionária.

De outro giro, Maria Sylvia Zanella de Pietro não só define a caducidade, como esclarece as consequência de sua decretação e da seguinte forma:

A caducidade corresponde à rescisão por inadimplemento contratual por parte da concessionária e só pode ocorrer nas hipóteses indicadas no art. 38, § 1º da Lei nº 8.987/95, alterado pela Lei nº 12.762, de 27-12-12. Nesse caso, o poder concedente tem que dar à concessionária um prazo para corrigir as falhas e enquadrar-se no contrato; somente se desatendido deverá o poder concedente instaurar um processo administrativo de inadimplência, no qual será assegurado direito à ampla defesa. Se comprovada a inadimplência será decretada a caducidade. Nesse caso, não cabe qualquer direito à compensação pecuniária, ressalvada a indenização pelos bens que reverterem ao patrimônio do poder concedente; caso contrário, ter-se-ia o confisco. Poderá até ocorrer que a concessionária é que tenha que indenizar o poder concedente por prejuízos eventualmente causados na execução do contrato.

Quanto à rescisão, o artigo 39 da Lei nº 8.987/95, constitui hipótese em que a empresa concessionária de serviços públicos, no caso de inadimplência contratual por parte do poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para este fim, poderá obter a extinção do contrato, contudo não podendo paralisar a execução dos serviços até a decisão judicial transitada em julgado.

Há certa controvérsia na doutrina, com relação à possibilidade de rescisão amigável, conforme pontua a administrativista Maria Sylvia Zanella de Pietro:

A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluíus contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem se opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais". Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isto não trazer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregar a Administração com os ônus de uma demanda judicial".

Finalmente, adentrando à hipótese de anulação do contrato de concessão, que parece constituir tema central do segundo e terceiro questionamentos formulados pelo consulente, Matheus Carvalho, em sua obra intitulada Manual de Direito Administrativo assim a define:

A anulação é a extinção do contrato administrativo em virtude de ilegalidade originária. Nestes casos a medida pode ser definida pela própria Administração Pública, no exercício de seu poder de autotutela ou por decisão judicial, mediante provocação de qualquer particular interessado.

Com efeito, assim como ocorre com qualquer ato administrativo eivado de ilegalidade, pode o mesmo ser submetido ao controle a posteriori da própria Administração Pública, a qual, no exercício regular do poder-dever de autotutela, uma vez constatado vício de ilegalidade insanável a macular a formação do contrato de concessão de serviços públicos, seja a comum ou uma das modalidades de PPP, tem o dever de anular o respectivo contrato eivado de nulidade.

A convalidação de qualquer ato administrativo e, via de consequência de um determinado contrato, pressupõe a possibilidade de saneamento do defeito, sem que haja prejuízo relevante ao interesse público, como ocorre na hipótese publicação de termos aditivos fora do prazo legal, que consistiria defeito passível de convalidação, haja vista a publicação constituir condição de eficácia do ato, e não de validade, dos contratos e respectivos aditamentos, sendo esse o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, consoante se depreende do teor dos Acórdãos 643/2008 e 3.778/2014.

De outro giro, cumpre salientar que distinto é o entendimento do TCU para o caso de aditamento promovido após o término da vigência contratual, ainda que amparado em um dos motivos do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que nessas circunstâncias, o contrato original estaria formalmente extinto, mostrando-se inválido o correspondente termo de aditamento.

Por conseguinte, uma vez constatados vícios de legalidade na formação do contrato de concessão, em qualquer de suas formas, como por exemplo, no caso de contrato de parceria público-privada (concessão patrocinada ou administrativa), onde se evidencie a ausência de cláusulas consideradas essenciais, na forma da Lei nº 11.079/04, o que acabaria por desvirtuar completamente o instituto, acarretando grave prejuízo ao interesse público, possui a Administração Pública a prerrogativa de anulá-lo, em decorrência do poder-dever de autotutela, sob pena de responsabilidade solidária com o ordenador de despesas que autorizou a celebração do contrato.

Nesse caso, deve a Administração Pública motivar, adequada e exhaustivamente, o ato de anulação do contrato, de modo a restar demonstrada a ilegalidade ou as ilegalidades insanáveis, que fundamentaram tal decisão, sendo prudente a notificação da empresa

concessionária, conferindo-lhe as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sobretudo por se tratar de contratações de elevada importância, envolvendo vultosos montantes e a prestação de serviços, muitas das vezes essenciais à sociedade. Sendo assim, eventual extinção do contrato, precipitada ou imotivada, poderia acarretar grave prejuízo não só ao particular, como também à coletividade como usuária dos serviços.

É válido acrescentar, ainda, que uma vez extinto o contrato de concessão, operar-se-ão, automaticamente, os efeitos previstos nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 35, quais sejam o retorno, ao poder concedente, dos bens considerados reversíveis, direitos e privilégios concedidos ao concessionário, conforme previsto no edital e respectivo contrato, bem assim a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, com conseqüente ocupação das instalações e a utilização dos bens reversíveis, tudo para garantir a continuidade do serviço público objeto da concessão.

Por último, o poder concedente deverá proceder à justa indenização, com o fito de ressarcir as parcelas não amortizadas ou depreciadas dos investimentos vinculados a bens reversíveis e as perdas e danos sofridos pela concessionária, em face da extinção antecipada do contrato.

É o parecer.

Salvo Melhor Juízo.

BERNARDO FERNANDES VIEIRA
Assessor Jurídico