Tribunal de Contas do Município.

Inobservância do devido processo legal e interpretação inadequada da legislação sobre concessões*

Luís Roberto Barroso**

Ementa: 1. Tribunais de Contas têm o dever de assegurar, previamente à aplicação de sanção a concessionária de serviços públicos, o direito ao contraditório e à ampla defesa. 2. A) A Lei nº 8.987/95, que cuida especificamente das concessões de serviços públicos, é que deve reger os contratos dessa natureza, preferencialmente à Lei nº 8.666/93, que só tem aplicação subsidiária. B) Manifesta inexistência de subcontratação irregular na hipótese. 3. Por eventualidade: faculdade legal da concessionária de sanar falhas apontadas.

SUMÁRIO: I. Consulta. Parte I – Inobservância do devido processo legal nos termos da jurisprudência e de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. II. Nulidade do acórdão do TCM-RJ: violação às garantias da ampla defesa e do contraditório: 1. Os Tribunais de Contas e o devido processo legal; 2. Conteúdos essenciais das garantias da ampla defesa e do contraditório; 3. O caso da consulente. Parte II – Inexistência de subcontratação irregular. III. Nota doutrinária: regime jurídico dos contratos de concessão de serviços públicos e as relações do concessionário com terceiros. IV. O caso da consulente: 1. O contrato de concessão e a decisão do TCM-RJ; 2. Inexistência de subcontratação irregular. Parte III – Por

* Parecer.

** Professor titular de direito constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e livre-docente pela Uerj. Mestre pela Yale Law School. Advogado. O presente estudo foi elaborado com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, professora adjunta de direito constitucional da Uerj, universidade pela qual é mestre e doutora em direito público.

eventualidade: direito de sanar suposta irregularidade. V. Direito de ser comunicada de descumprimentos contratuais e faculdade legal da concessionária de corrigir falhas apontadas (§3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95). VI. Conclusões.

I. Consulta¹

1. Trata-se de consulta formulada por concessionária de serviço público municipal, acerca de três questões que envolvem a concessão do serviço de “concepção, desenvolvimento, fabricação, fornecimento, instalação, manutenção e conservação de mobiliário urbano”, de que a consulente é concessionária e o município do Rio de Janeiro é o poder concedente. As questões foram motivadas por decisão do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro que determinou a *sustação da execução* dos Termos de Concessão, por entender que a concessionária teria promovido *subcontratação irregular, porque não autorizada*, no âmbito dos contratos. A primeira questão envolve a não observância do devido processo legal pelo TCM-RJ; a segunda versa sobre a existência ou não de subcontratação irregular na hipótese; e, a terceira, cuida da possibilidade de rescisão dos contratos de concessão. Os fatos relevantes subjacentes à consulta podem ser descritos nos termos que se seguem.

2. Em 1999, após vencer certame licitatório, o “Consórcio A” – formado pelas empresas B, C e D, líder do consórcio – celebrou com o município do Rio de Janeiro termos de concessão, tendo como objeto a “concessão de serviço público para a concepção, desenvolvimento, fabricação, fornecimento, instalação, manutenção e conservação de mobiliário urbano de uso e de utilidade pública”. Posteriormente, diante de autorização expressa do poder concedente, as integrantes do consórcio constituíram a Empresa E,² ora consulente, que passou a figurar como concessionária nos contratos.

3. Como contrapartida à prestação dos serviços públicos concedidos, garantiu-se à concessionária o direito de explorar publicidade a ser veiculada no mobiliário urbano objeto da concessão. Ademais, a concessionária deveria pagar ao município o valor correspondente a 37,5% (primeiro Termo de Concessão) e 22% (segundo Termo de Concessão) do faturamento bruto relativo a essa exploração

¹ Sem embargo da crítica doutrinária aqui veiculada, presta-se ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e, especialmente, ao seu eminentíssimo presidente dr. Thiers Montebello, a homenagem devida e merecida.

² Em 2002, a Empresa C vendeu integralmente sua participação acionária na Empresa E para a Empresa B. Desse modo, os acionistas da Empresa E passaram a ser a Empresa B (95% de participação) e a Empresa D (5% de participação).

publicitária.³ Vale dizer: a receita proveniente da exploração de publicidade afixada no mobiliário urbano foi concebida como integrante do *preço* dos contratos – tanto da contraprestação garantida à concessionária pela prestação do serviço público como do pagamento devido ao município do Rio de Janeiro pela outorga do serviço.

4. Segundo a consulente, originalmente, os Termos de Concessão previam que, na medida em que recebesse os valores faturados pela venda de espaços publicitários, a concessionária transferiria ao município a participação que lhe era devida. Tal sistemática de pagamento foi alterada em 2005, por meio de aditivos contratuais, de modo que o município passaria a receber, em março de cada ano, a antecipação de sua participação anual na receita publicitária. O montante antecipado deveria ser calculado tomando-se por base o faturamento bruto médio obtido nos três anos anteriores; ao final de cada ano, os valores efetivamente obtidos com a exploração publicitária eram auditados, a fim de se verificar a existência de eventuais diferenças a serem compensadas.

5. A consulente narra que, para fazer frente à obrigação de antecipação, teve de buscar formas de antecipar também a comercialização dos seus espaços publicitários. Assim, a Empresa E celebrou com a Empresa D – empresa do mesmo grupo econômico da consulente, detentora de 5% de seu capital social e ex-líder do consórcio vencedor da licitação, como já registrado – “contrato para exploração de publicidade em mobiliário urbano”, pelo qual a contratada passou a adquirir, no início de cada ano, a totalidade dos espaços publicitários disponíveis nos mobiliários urbanos instalados pela consulente, pagando por eles um valor fixo, independentemente de êxito na revenda a anunciantes no mercado. Segundo a consulente, o ajuste trazia as seguintes vantagens: (i) garantia a venda de 100% dos espaços publicitários; (ii) assegurava o adimplemento da antecipação devida ao município; e (iii) transferia para um terceiro o risco de comercialização dos espaços no varejo.

6. A consulente informa que o município do Rio de Janeiro desde o início tinha ciência do ajuste firmado entre as duas empresas. Informa também que auditoria independente demonstrou que, no período de 2005 a 2008, os valores pagos pela Empresa D à Empresa E, e que serviram de base para o cálculo do adiantamento devido ao município, superaram o montante efetivamente arrecadado pela Empresa D ao revender os espaços no varejo. Ou seja: a concessionária conseguiu isolar não apenas o seu risco no negócio, como também o do município.

7. Pois bem: a consulente informa que, em meados de 2008, recebeu ofícios da Secretaria Municipal de Fazenda (SMF) solicitando informações acerca dos

³ Note-se que esses percentuais são devidos para além da outorga de mais de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), devidos pelos dois Termos de Concessão, quitada pela concessionária durante os primeiros cinco anos dos contratos (Cláusula Quarta de cada Termo de Concessão).

Termos de Concessão, nos quais se fazia referência a questionamento “feito pelo Tribunal de Contas do Município”. A consulente prestou os esclarecimentos solicitados pela SMF, mas, até então, e ainda depois, não tinha informações específicas sobre o procedimento existente no âmbito do TCM-RJ, ao qual não tinha acesso. Em maio de 2009, a consulente recebeu da Superintendência de Patrimônio Imobiliário da SMF notificação informando a prolação de acórdão pelo Plenário do TCM-RJ no qual se determinou a sustação da execução dos Termos de Concessão. Curiosamente, a notificação concedeu à ora consulente prazo de 15 dias para apresentação de “defesa”, muito embora a decisão pela imposição da medida punitiva à concessionária já houvesse sido tomada.⁴

8. A consulente informa que somente então teve acesso ao processo administrativo, instaurado no âmbito do TCM-RJ. Tratava-se de procedimento de Inspeção Especial, que teve início ainda em 2004, cujo objetivo era verificar a instalação e conservação de sanitários públicos pela concessionária, conforme cronograma pactuado nos termos de concessão. Em algum momento do processo, no entanto, o órgão técnico do TCM-RJ suscitou dúvidas acerca do “contrato de exploração publicitária” celebrado entre a Empresa E e a Empresa D, sugerindo que teria havido “subcontratação irregular” por falta de autorização expressa do poder concedente para o ajuste entre as duas empresas. O TCM-RJ acabou por determinar a sustação dos Termos de Concessão, sob o fundamento de que essa suposta “subcontratação” estaria vedada no edital e nos contratos, constituindo motivo para rescisão, nos termos do art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93.⁵ A decisão destaca ainda a vedação legal da “cessão ou transferência” da posição da contratada nos contratos administrativos,⁶ concluindo que “a subcontratação efetuada infringe o art. 78, VI, da Lei Federal nº 8.666/93, que proíbe a subcontratação parcial ou total do objeto contratado ou sua cessão, sem previsão no edital e no contrato”.

9. Tendo em vista os fatos narrados, a consulente indaga de forma específica: (i) se a decisão proferida pelo TCM-RJ é válida, à luz da garantia do devido processo legal – em especial, dos subprincípios da ampla defesa e do contraditório, em que ele se desdobra; (ii) se o “contrato de exploração publicitária” celebrado

⁴ De toda sorte, a consulente informa que apresentou sua “defesa” perante a Secretaria Municipal de Fazenda. Ademais, apresentou também recurso de “Pedido de Reconsideração” perante o TCM-RJ, pleiteando a anulação do procedimento que culminou na prolação do acórdão, com eventual instauração de novo procedimento em que fossem respeitadas suas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

⁵ Lei nº 8.666/93: “Art. 78. Constitui motivo para rescisão do contrato: (...) VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitida no edital e no contrato.

⁶ Confira-se trecho da decisão que evidencia a confusão entre os institutos previstos no dispositivo referido: “Observe que essa vedação decorre da ausência de fundamentação legal para o uso de tal instituto, independente do objeto a ser subcontratado, ou seja, ela atinge a cessão ou transferência, quer da totalidade, quer de parte do objeto contratado”.

entre a consulente e a Empresa D caracteriza-se como “subcontratação” – ou “cessão” – não autorizada, nos termos do art. 78 da Lei nº 8.666/93; e (iii) ainda que a celebração de tal ajuste caracterize alguma irregularidade, se justificar-se-ia na hipótese a rescisão dos contratos de concessão. A resposta às três perguntas, já se pode adiantar, é negativa. As razões que conduzem a essas conclusões serão desenvolvidas na sequência, de acordo com o roteiro objetivo já apresentado.

Parte I

Inobservância do devido processo legal nos termos da jurisprudência e de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal

II. Nulidade do acórdão do TCM-RJ: violação às garantias da ampla defesa e do contraditório

1. Os Tribunais de Contas e o devido processo legal

10. Como é corrente, em seu desenvolvimento histórico, que remonta à Magna Carta de 1215 e à tradição anglo-saxã, a garantia do devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), por intermédio da qual se procede ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do poder público em geral. Para os fins visados no presente estudo, interessa destacar o conteúdo da cláusula em sua versão processual e, em particular, o conteúdo de dois dos subprincípios em que o devido processo legal se desdobra:⁷ a ampla defesa e o contraditório.

11. A Constituição de 1988 contemplou o *due process of law* no seu elenco de direitos e garantias individuais ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). De parte isso, antecipou o constituinte alguns dos desdobramentos da cláusula, tais como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), a obrigatoriedade da motivação

⁷ Embora não tenha um sentido unívoco predefinido, o devido processo legal abriga um conjunto de conteúdos e significados, acolhidos progressivamente pela doutrina e pela jurisprudência. Em termos sintéticos, pode-se resumir o devido processo legal em três subprincípios: o do juiz natural, o do contraditório e o do procedimento regular, “entendendo-se como tal aquele em que há observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo” (cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XV, n. 44, p. 10-11, nov. 1988). Sobre o teor da cláusula, v., ainda, MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 526, p. 298-299, 1979; e FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 175-176.

das decisões judiciais (art. 93, IX) e – como não poderia deixar de ser – o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV). Confira-se o texto constitucional:

Art. 5º (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (...).

12. Vale dizer: as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório têm aplicação não apenas nos processos judiciais, mas também nos processos administrativos – independentemente de sua natureza. A opção expressa do constituinte decorreu da evolução histórica da cláusula do devido processo legal, traduzindo, ademais, a consagração do estado de direito democrático no Brasil. Com efeito, as garantias integrantes do devido processo legal – desenhadas originalmente para o processo penal, em razão das condutas imputadas e das penas a que estão sujeitos os acusados nessa esfera – foram estendidas não apenas aos demais processos judiciais, mas também à esfera administrativa, como forma de limitação ao poder estatal e de garantia dos indivíduos perante todas as manifestações do Estado – o que inclui, como é natural, os *tribunais de contas*.

13. Com efeito, os tribunais de contas são órgãos vinculados ao Poder Legislativo que têm a função de auxiliá-lo, nos três níveis federativos, no controle externo da administração, exercendo fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial (CF, arts. 70 e ss.). Entre outras atribuições, compete aos tribunais de contas aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei (art. 71, VIII), sustar a execução do ato impugnado (art. 71, X) e representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI). Vale dizer: no exercício de suas competências, a atuação dos tribunais de contas – de natureza quase “judicante” –, frequentemente, apresenta caráter sancionador, sendo evidente a necessidade de se assegurar aos administrados as garantias inerentes ao devido processo legal nos procedimentos instaurados nessas cortes.

14. Note-se, a propósito, que a aplicação de tais garantias, sobretudo aos processos administrativos sancionadores, independeria de referência específica. Isso porque, embora em instâncias distintas, a ação punitiva estatal com base em seu poder de polícia administrativa não é substancialmente diversa do poder sancionatório do direito penal. Ao contrário, o direito administrativo punitivo (ou sancionador) é apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado. Assim, independentemente de previsão expressa, os mesmos princí-

pios gerais aplicáveis ao processo penal – inclusive o devido processo legal, contraditório e ampla defesa – aplicam-se ao processo administrativo sancionador.⁸

15. Seja como for, a Carta de 1988 optou por ser explícita e ir além, garantindo a proteção da ampla defesa e do contraditório em *qualquer processo administrativo* em que haja litigantes, entendidos como “titulares de interesses em conflito”.⁹ Nessa linha, também o legislador infraconstitucional cuidou de incluir as garantias entre os princípios de observância obrigatória pela administração, de modo geral. É o caso da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal.¹⁰ A legislação municipal, como não poderia deixar de ser, não discrepa: a Lei nº 3.714/03, que dispõe sobre a aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, prevê que este “poderá aplicar aos administradores ou responsáveis, na forma estabelecida no Regimento Interno ou em atos específicos, as sanções previstas nesta Lei, respeitada a ampla defesa e o princípio do contraditório” (art. 1ª).

16. No que diz respeito, em particular, aos procedimentos instaurados no âmbito dos tribunais de contas, a obrigatoriedade de respeito à garantia da ampla defesa e do contraditório é tema tranquilo na doutrina e na jurisprudência, especialmente em se tratando de procedimentos que possam interferir na esfera jurídi-

⁸ A lição de Nelson Hungria sobre o tema é clássica (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. RDA – Seleção Histórica 1945-1995): “Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de ‘estéril especulação’. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que ‘existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estádio do delito administrativo’. Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal”. Nesse sentido a doutrina nacional (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 502; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 288) e também a jurisprudência. V. STJ, DJU 18. out. 1993, REsp 19.560/RJ, rel. ministro Humberto Gomes de Barros: “A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal”.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 5, set./out. 2006. V., sobre o ponto, MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 115; e MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 30: “O princípio do contraditório aplica-se aos processos judiciais e administrativos, consoante o disposto no art. 5º, LV, da Constituição brasileira. As Constituições anteriores aludiam, apenas, à instrução criminal, ao definir o contraditório. A Lei Magna atual, traduzindo a concepção mais ampla que a doutrina atribuía ao princípio, refere-se a ‘processos judiciais’, além de estender-lhe o alcance aos ‘processos administrativos’. Assim, todo e qualquer processo que se instaure na órbita administrativa para tomada de decisões que sem a sua abertura não possam ser emitidas, haverá de observar o contraditório. Tal é o caso, especialmente, dos processos disciplinares e dos processos administrativos fiscais”.

¹⁰ Lei nº 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

ca de particulares. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, superando definitivamente qualquer controvérsia que se pudesse suscitar, editou a Súmula Vinculante nº 3 (aplicável a todos os tribunais de contas, e não apenas ao Tribunal de Contas da União, por natural), cuja dicção é a seguinte:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

17. Em suma: não há qualquer dúvida quanto à aplicação do princípio do devido processo legal – e, em especial, dos subprincípios da ampla defesa e do contraditório, em que ele se desdobra – a qualquer procedimento judicial ou administrativo, notadamente, àqueles instaurados nos tribunais de contas.

2. Conteúdos essenciais das garantias da ampla defesa e do contraditório

18. A ampla defesa e o contraditório – a exemplo do que ocorre com a cláusula do devido processo legal, de que derivam – não têm um conteúdo unívoco pré-determinado ou idêntico em qualquer caso, mesmo em âmbito judicial. Com efeito, a ampla defesa apresenta possibilidades distintas conforme se trate de processo penal ou civil¹¹ e, mesmo dentro de um único sistema processual, há procedimentos diferenciados – como, *e.g.*, os procedimentos sumário e ordinário e o aplicável aos juizados especiais, o de execução, o cautelar e os procedimentos especiais, todos previstos no Código de Processo Civil, cada qual apresentando uma sequência própria de fases e atos permitidos às partes.¹²

19. O conteúdo específico da ampla defesa e do contraditório em cada espécie de procedimento é definido pela lei e pelos demais atos normativos, cada qual no âmbito de sua competência. Nessa linha, o comando constitucional que assegura tais garantias aos acusados e litigantes em geral destina-se, sob

¹¹ MEDINA, *op. cit.*, p. 30.

¹² Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos do CPC: “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). (...) Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

uma primeira perspectiva, ao legislador. Este tem o dever de dar-lhes conteúdo próprio no âmbito das diversas espécies processuais, podendo, naturalmente, conformar tais garantias de acordo com as finalidades e características de cada procedimento.

20. É bem de ver, todavia, que a atuação do legislador é limitada pelo conteúdo da garantia veiculada na norma constitucional, sendo certo que se trata, na hipótese, de um direito fundamental. Por assim ser, a lei não poderá, seja o procedimento judicial ou administrativo, afetar o sentido mínimo dos conceitos de ampla defesa e contraditório. Vale dizer: a liberdade de conformação do legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, sob pena de inconstitucionalidade.¹³ Não fosse assim – isto é, se a lei pudesse tudo nesse particular –, a proteção constitucional poderia ser inteiramente esvaziada.

21. A doutrina costuma apontar elementos diversos como essenciais à ampla defesa e ao contraditório, bem como a relação de continência entre os conceitos.¹⁴ De modo geral, é possível afirmar que a ampla defesa pressupõe, entre outros: o direito ao contraditório, o direito à prova, o direito à assistência judiciária, o direito à igualdade de tratamento entre as partes e o direito à legalidade dos delitos e das penas.¹⁵ O contraditório, consoante a doutrina processualista clássica, é formado por dois elementos: *informação* e *reação*.¹⁶ Por meio das manifestações antagônicas dos interessados no provimento final é que se haverá de garantir a imparcialidade do julgador.

¹³ Nesse sentido, v. FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 29 e ss.; e CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Juris Síntese*, São Paulo, n. 42, p. 67, jul./ago. 2003.

¹⁴ De fato, a maior parte dos autores afirma que o contraditório é elemento inerente à ampla defesa (e.g., Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, José Cretella Jr., Paulo Napoleão Nogueira da Silva, entre outros), ao passo que alguns sustentam que a segunda estaria contida no primeiro, eis que “não há contraditório sem ampla defesa” (cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 154).

¹⁵ Sobre o tema, confirmam-se: FERREIRA, op. cit., p. 176 e ss.; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1; p. 287 e ss.; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115 e ss.; MEDINA, op. cit., p. 31 e ss. Para uma resenha das principais manifestações da doutrina especializada acerca do conteúdo da cláusula do devido processo legal em geral, confira-se MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 254 e ss.

¹⁶ Confira-se, por todos, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 57: “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada, nos casos de direitos disponíveis). O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 32, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo. Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

22. Por isso mesmo, a oportunidade de manifestação das partes interessadas deve ser *prévia* à prolação da decisão pelo órgão administrativo ou judicial, sob pena de se esvaziar o conteúdo essencial do contraditório. Salvo a hipótese específica e excepcional de decisões liminares – que, por sua natureza, são provisórias –, eventual possibilidade de manifestação *a posteriori* simplesmente não realiza a garantia constitucional em tela,¹⁷ mais ainda quando a instrução processual já se desenvolveu e o órgão julgador já emitiu seu juízo de mérito.

23. Sobre o ponto, vale conferir dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro foi proferido em hipótese semelhante à da presente consulta. Tratava-se de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União que anulava concorrência pública e o contrato administrativo dela decorrente sem a oitiva da empresa contratada pela Administração. A Corte entendeu pela nulidade da decisão, pois a oportunidade de defesa havia de ser *prévia* à decisão, não sendo suficiente a possibilidade de a parte prejudicada apresentar contra ela recurso. No segundo acórdão, também examinando procedimento levado a cabo pelo TCU, a Corte procurou identificar o sentido e alcance das garantias da ampla defesa e do contraditório na esfera administrativa (o trecho transcrito corresponde ao voto do ministro Gilmar Mendes). Confirmam-se as duas decisões:

Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§1º e 2º). O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. **II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.** Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, **a fortiori**,

¹⁷ Sobre o ponto, v. FIGUEIREDO, op. cit., p. 433.

é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.¹⁸

(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

(...)

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende

¹⁸ STF, DJU 31. out. 2001, MS 23550/DF, rel. p/ acórdão ministro Sepúlveda Pertence (negrito no original).

assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (...).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...).¹⁹

24. Em resumo, e como se vê das decisões transcritas, além da oportunidade de apresentação de defesa prévia, também são elementares ao contraditório e à ampla defesa, em decorrência, o direito da parte de produzir provas e de ter seus argumentos considerados com imparcialidade, antes de a autoridade tomar sua decisão. Mesmo quando os antagonistas, no processo administrativo, são a administração pública e o particular, o contraditório e a ampla defesa permanecem exigíveis.²⁰ Vale dizer: em qualquer caso, o conteúdo mínimo das garantias em tela haverá de ser respeitado – pela lei e pelo seu intérprete ou aplicador –, sob pena de invalidade.

3. O caso da consulente

25. A aplicação do que se acaba de expor à hipótese sob consulta é imediata. Como descrito, ainda no ano de 2004, o Tribunal de Contas do Município do Rio

¹⁹ STF, DJU 17. set. 2004, MS 24.268, Rel. p/ acórdão ministro Gilmar Mendes.

²⁰ Nesse sentido, v. MEDAUAR, op. cit., p. 98: “Portanto, o contraditório não é exclusivo do processo jurisdicional. Cogitando-se de contraditório no processo administrativo, surge a questão de visualizá-lo fora da relação triangular de juiz e duas partes. O processualista Fazzalari expõe a diretriz adequada a respeito, pois ao mencionar os processos não jurisdicionais observa que neles ‘o contraditório se realiza às vezes entre particulares, às vezes entre o particular e um órgão da Administração; o que conta, nesta última hipótese, é que a Administração Pública é colocada pela norma em posição substancialmente igual à do particular, de modo que, nos limites determinados pela mesma norma, a participação dos dois sujeitos realiza aquele jogo de ações, reações e controles recíprocos, características justamente das garantias do contraditório (...)’”.

de Janeiro instaurou procedimento administrativo identificado como “Inspeção Especial”, a fim de fiscalizar a instalação e conservação dos sanitários públicos pelas concessionárias de mobiliário urbano contratadas pela administração municipal. No curso do procedimento, segundo informa a consulente, todas as notificações, ofícios, pedidos de informação, diligências e intimações foram endereçadas exclusivamente à Secretaria Municipal de Fazenda e à Secretaria de Obras do Município do Rio de Janeiro. Estas, eventualmente, solicitavam informações e esclarecimentos fáticos à consulente e os repassavam – a seu critério – ao TCM-RJ.

26. Apenas em maio de 2009 – transcorridos quase 5 (cinco) anos de procedimento – é que a Empresa E, ora consulente, recebeu notificação, encaminhada pela Superintendência de Patrimônio Imobiliário da SMF (e não pelo TCM-RJ, note-se). Nessa oportunidade, foi informada de acórdão já proferido pelo Plenário do TCM-RJ, no qual se determinou ao Município a sustação da execução dos contratos de concessão, firmados com a consulente desde 1999, sob o fundamento da suposta existência de subcontratação não autorizada no âmbito das concessões. Curiosamente, a mesma decisão concedeu à consulente oportunidade para, querendo, exercer seu “direito do contraditório e ampla defesa”.

27. A consulente narra, como já se descreveu, que em momento algum teve oportunidade de participação no processo em tela ou mesmo vista dos autos, não lhe tendo sido dada sequer ciência da instauração do procedimento antes da referida decisão, mesmo após o órgão técnico do TCM-RJ haver cogitado de irregularidades e acenar com a aplicação de sanções. Com efeito, a consulente informa que, ao ter finalmente acesso aos autos, verificou que já em sessão de maio de 2008 – quase um ano antes da prolação do acórdão em tela –, o Plenário do TCM-RJ havia firmado entendimento acerca da existência das supostas irregularidades suscitadas por seu órgão técnico, indicando a possibilidade de rescisão dos Termos de Concessão. Todavia, permaneceu o TCM-RJ endereçando suas comunicações tão somente às secretarias municipais.

28. Nessas condições, e aplicando ao cenário descrito o que se expôs acima, é certo que houve violação ao devido processo legal, em especial à ampla defesa e ao contraditório. A oportunidade de manifestação *a posteriori* concedida à consulente após a decisão restritiva de seus direitos já haver sido tomada – a saber: a determinação da sustação dos Termos de Concessão em 30 dias – não supre o direito fundamental do administrado ao devido processo legal. Como visto acima, a defesa há de ser *prévia* à decisão capaz de afetar a esfera jurídica do particular. Não há necessidade de maiores aprofundamentos sobre a questão.

29. Faz-se o registro de que a circunstância de as secretarias municipais – e não o TCM-RJ – haverem solicitado à consulente, em algumas ocasiões, informações acerca dos contratos de concessão e do “contrato de exploração publicitária” firmado com a Empresa D, repassando-as ao TCM-RJ no âmbito do procedimento em tela, igualmente não atende às exigências básicas que decorrem das garantias

constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O exercício de tais direitos é constitucionalmente assegurado ao próprio interessado, por natural, e, como já registrado, o direito de defesa – prévia, repita-se – engloba a oportunidade de o administrado produzir as provas necessárias à demonstração de seu direito, bem como de ter seus argumentos apreciados pelo julgador com imparcialidade. Não foi o que ocorreu na hipótese.

30. Por fim, uma última observação. O TCM-RJ e igualmente o município não observaram *in casu* os procedimentos previstos na legislação específica, tanto municipal como federal, aplicáveis à hipótese de sustação do contrato – e, em última instância, de sua rescisão –, ainda que se admitisse a existência de irregularidades. *Em primeiro lugar*, em se tratando aqui de contratos de concessão, aplica-se a Lei nº 8.987/95, cujo art. 38 prevê que, em caso de descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais concernentes à concessão, não será instaurado procedimento administrativo antes de comunicados à concessionária tais descumprimentos e assinalado prazo para correção de falhas e transgressões.²¹ *Em segundo lugar*, a Lei municipal nº 289/81, que organiza o TCM-RJ, prevê também que “verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma do Regimento Interno, e quando for o caso, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados” (art. 33).²² De acordo com a narrativa reproduzida acima, nada disso aconteceu.

31. Em suma: o acórdão do TCM-RJ proferido nos autos do procedimento de “Inspeção Especial” viola o direito fundamental da consulente à garantia do devido processo legal, em especial, de seus subprincípios da ampla defesa e do contraditório. É, portanto, nulo de pleno direito. De toda sorte, independentemente do vício formal ora apontado, e por solicitação da consulente, passa-se a examinar o mérito da conclusão a que chegou o TCM-RJ.

²¹ Lei nº 8.987/95: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação de sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. §1º. A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: (...) II – a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão. (...) §2º. A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. §3º. Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no §1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais (...)”.

²² Ademais, os §§ do art. 33 da Lei nº 289/81 dispõem: “Art. 33. (...) §1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I – sustará a execução do ato impugnado; II – comunicará a decisão à Câmara Municipal; e III – poderá aplicar ao responsável a multa prevista na Lei nº 3.714/03. §2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato à Câmara Municipal, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. §3º Se a Câmara Municipal ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no §2º, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato”.

Parte II

Inexistência de subcontratação irregular

III. Nota doutrinária: regime jurídico dos contratos de concessão de serviços públicos e as relações do concessionário com terceiros

32. Como é corrente, são dois os principais marcos normativos gerais que regem as contratações entre a administração pública e os particulares no direito brasileiro: (i) a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos”); e (ii) a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei de Concessões de Serviços Públicos”). A primeira veio regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição,²³ estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos três poderes e nos três níveis federativos (Lei nº 8.666/93, art. 1º).²⁴ Já a segunda dispõe de forma específica sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição.²⁵

33. A primeira observação relevante, portanto, é a de que cada um dos diplomas legais referidos regula espécies contratuais – e situações – distintas. Embora nos dois casos os contratos firmados entre a administração e os particulares sejam, em regra, precedidos de licitação, a natureza, os fins e a estrutura negocial num e noutro caso são diversos. De forma simplificada, os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 são os chamados “contratos administrativos propriamente ditos”,²⁶ cujo objeto reside em prestações a serem realizadas entre particulares e a administração pública para a execução das “obras, serviços, compras, alienações e locações” referidos na lei.²⁷ Por sua vez, os contratos objeto da Lei nº 8.987/95 têm por finalidade a delegação a particulares do exercício de competências administrativas, isto é, a atribuição ao particular, por sua conta e risco, da prestação de serviços públicos tipicamente estatais.²⁸

²³ CF, art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

²⁴ Lei nº 8.666/93, art. 1º: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

²⁵ CF, art. 175: “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”.

²⁶ V. classificação de JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 282 e ss.

²⁷ *Ibid.*, p. 283.

²⁸ Nesse sentido, v. as definições da própria Lei nº 8.987/95 acerca dos contratos que disciplina: “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 de concorrência, à pessoa ju-

34. Na realidade, a concessão de um serviço público é negócio jurídico que apresenta características específicas bastante distintas daquelas verificadas nos contratos administrativos clássicos, justificando o tratamento particular que lhe conferiu o Poder Legislativo. Nesse sentido, portanto, a disciplina jurídica aplicável aos contratos de concessão/permissão de serviços públicos será, em primeiro lugar, aquela prevista na Lei nº 8.987/95, que trata diretamente do tema e tem natureza de norma específica. A Lei nº 8.666/93 será aplicável apenas subsidiariamente, quando cabível, na qualidade de norma geral,²⁹ nos termos de seu art. 124.³⁰ O ponto, a rigor, não é controvertido.

35. Diversamente do que se passa com os contratos de que cuida a Lei nº 8.666/93, os contratos de concessão têm, em geral, prazos longos, superiores a 20 anos, de modo a viabilizar não só a execução das obrigações por parte do concessionário, mas também, e, sobretudo, a amortização dos custos envolvidos nas obras e serviços pertinentes a esses contratos. Frequentemente, se o custo e o lucro do concessionário tivessem de ser pagos pelos usuários em curto espaço de tempo, por meio de tarifas, a operação seria inviável. O prazo longo acaba por desencadear o que a doutrina denomina de *mutabilidade* de tais ajustes. Trata-se, a rigor, do poder-dever conferido à administração de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que o contrato realize da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração.³¹ Adicionalmente, a própria Lei nº 8.987/95 prevê que os

rídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Serviços públicos concedidos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 11, jan. 2005; e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. A licitação da concessão – o edital. In: MEDAUAR, Odete (Org.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 60: “Primeiramente, reafirmamos que em termos de elaboração do edital da licitação de concessões, pelo menos os critérios e normas gerais contidos na Lei nº 8.666/93 serão aplicados no que couber. É o sentido do *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987/95. Esta lei, por ser específica, é preferencial em relação à Lei nº 8.666/93 – detentora de caráter genérico”.

³⁰ Lei nº 8.666/93, art. 124: “Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”.

³¹ V., por todos, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 80: “Essa necessidade de alteração – que deve ser devidamente motivada – pode decorrer de **mudanças na situação de fato**, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares do contrato (...). E também pode decorrer de **alterações na situação de direito**: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço. (...) Quanto ao **princípio da mutabilidade**, cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações: inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se

serviços devem ser *adequados*,³² o que inclui a noção de atualidade. E a *atualidade* do serviço envolve “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.³³

36. Por fim, e o registro é apenas exemplificativo, outra característica particular dos contratos de concessão envolve as relações que existem entre o concessionário, o poder concedente e os usuários. Nos contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei nº 8.666/93, o particular contratado, *e.g.*, conduz uma obra ou presta um serviço ao poder público e recebe dele o pagamento correspondente.³⁴ Não há entre a população e o contratado uma relação jurídica. Já nos contratos de concessão, como regra, o destinatário imediato dos serviços prestados é a população, e não o poder público. Há, pois, uma relação direta entre o concessionário, como prestador do serviço, e o usuário, como consumidor, sendo que, frequentemente, é ele quem remunera, por meio das tarifas, o concessionário. A administração, a rigor, nada paga ao particular contratado.

37. Os ajustes dos quais a consulente é parte são concessões de serviço público, de modo que a disciplina aplicável a eles, em primeiro lugar, será a da Lei nº 8.987/95. Aqui já se observa um primeiro equívoco da decisão do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, que se valeu, basicamente do que dispõe a Lei nº 8.666/93, e não da Lei nº 8.987/95. Ao ponto se voltará adiante. Feita a nota, cabe agora investigar como a legislação trata da possibilidade de o contratado pela administração pública travar relações com terceiros no contexto do ajuste que mantém com o poder público, tema que interessa especificamente à consulta.

38. A rigor, é possível visualizar, tanto na Lei nº 8.666/93 quanto na Lei nº 8.987/85, a identificação de duas situações distintas (que podem derivar de

é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas”. (negrito no original).

³² V. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 219: “Nesse conceito (serviço adequado), também [inclui-se] a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e das instalações, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §2º). A expansão do serviço em determinados casos é imperiosa, pois a atualidade e modernidade não permitem a estagnação do serviço, que com o passar do tempo tem que se adequar às necessidades dos usuários. É claro que a expansão não poderá desnaturar a concessão obtida através da concorrência pública, ou seja, ela não poderá revelar um serviço novo, que deveria ser submetido à nova licitação. Note-se que a expansão do serviço deverá ser implementada sempre que houver necessidade e previsão do edital e no contrato formado”.

³³ V., por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 306: “Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas. Essa questão fica muito clara a propósito da transmissão de dados à distância”.

³⁴ Lei nº 8.666/93, art. 1º: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

causas diversas) envolvendo o relacionamento eventual que o contratado pela administração mantém com terceiros. De forma simplificada, e em tentativa de sistematização, é possível descrever a primeira das situações como aquela na qual o contratado transfere a um terceiro, subcontrata, terceiriza, subroga – as expressões são empregadas em sentido amplo e como sinônimas – toda a extensão do objeto do contrato. Uma segunda situação da qual a legislação cuida é aquela em que o contratado transfere a um terceiro, subcontrata ou terceiriza a execução de determinadas obrigações específicas assumidas no âmbito do contrato administrativo.

39. No *primeiro grupo* incluem-se, *e.g.*, a cessão, a transferência, a subcontratação total e, no caso dos contratos de concessão, a subconcessão.³⁵ Também nessa primeira categoria podem ser incluídas as figuras da *fusão, cisão ou incorporação* que importam uma espécie de alteração subjetiva do contratado originariamente pela administração, ainda que não transfiram propriamente a execução do ajuste a um terceiro. Os fenômenos referidos, que dão origem a essa primeira situação – a saber: a transferência do próprio objeto principal do contrato administrativo original –, ensejam uma série de discussões jurídicas: a necessidade ou não de nova licitação,³⁶ a equivalência das condições e garantias oferecidas originariamente pelo licitante vencedor,³⁷ o estabelecimento ou não de relações diretas entre a administração e o terceiro³⁸ etc.

³⁵ Sobre o ponto, v. SOBRAL, Izabel. *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 218 e ss.; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos* (comentários às leis nºs 8.987 e 9.074, de 1995). São Paulo: Dialética, 1997. p. 278.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 661 e ss.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 771, 772, 773 e 775: “Reputa-se que a afirmação de que todo contrato administrativo peculiariza-se como um contrato personalíssimo é uma importação do pensamento estrangeiro, inaplicável ao Direito brasileiro. (...) Como regra, o regime jurídico da contratação administrativa no Brasil afasta escolhas fundadas em critérios subjetivos. O art. 37 da CF/88 delinea o regime jurídico da atividade administrativa. Determina que a Administração deverá nortear-se pelos princípios da imparcialidade, da objetividade e da eficiência. (...) O dever de firmar contrato com o vencedor da licitação não se relaciona com a natureza personalíssima do contrato administrativo. (...) A escolha de um certo particular para executar prestação específica não tem relação com alguma preferência subjetiva, tal como acima exposto. A obrigatoriedade a licitação prévia se vincula à seleção da proposta mais vantajosa, com observância da isonomia. O resultado da licitação presume-se retratar a solução mais compatível com essa alternativa – mas essa é uma avaliação objetiva, sem qualquer laivo de ‘personalismos’. (...) Reputa-se, respeitosamente, que os argumentos do personalismo do contrato administrativo, da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao resultado do certame não se afiguram como suficientes para respaldar a conclusão atingida. Mas, tal como anteriormente indicado, o contrato administrativo brasileiro não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha). Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora, com todas as garantias originalmente a si atribuídas. Se houver ampliação dessas garantias, com a agregação de mais um sujeito para participar da execução e se ficar evidenciado que a Administração receberá precisamente o mesmo objeto que fora ofertado e deverá pagar o mesmo preço obtido na licitação, ficam vencidos (*data venia*) todos os argumentos invocados pelo TCU. Ou seja, não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada”.

³⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 520 e ss.

40. No *segundo grupo* estão, *e.g.*, a subcontratação parcial do objeto e a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. A hipótese aqui é mais simples, na medida em que o particular vencedor da licitação permanece como responsável perante o poder público pelo regular cumprimento das obrigações contratadas originalmente.³⁹ Os negócios jurídicos firmados entre o particular contratado pela administração e o terceiro são regidos pelo direito privado e envolvem atividades específicas, que podem dizer respeito ao objeto propriamente ou a obrigações auxiliares, acessórias ou complementares, dependendo da espécie negocial. A principal discussão jurídica sobre o tema diz respeito à necessidade ou não de autorização do poder concedente para que essa relação com o terceiro seja firmada.

41. Pois bem. Sem surpresa, as duas situações que se acaba de descrever são tratadas de forma distinta pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 8.987/95. Na Lei nº 8.666/93, os dispositivos pertinentes são os arts. 72 e 78, VI, *verbis*:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

(...)

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 (...).

42. O art. 72 trata da figura da *subcontratação* de partes da obra, serviços ou fornecimento e prevê que o contratado poderá fazer uso dela, respeitado, em cada caso, o limite estabelecido pela administração. O art. 78, VI, além da hipótese de subcontratação parcial, trata também da subcontratação total, da cessão, da transferência, da fusão, da cisão e da incorporação. Nos termos da Lei nº 8.666/93 haverá irregularidade, e motivo para rescisão, no caso de utilização de qualquer desses ajustes pelo contratado se o edital e o contrato não os admitirem. O art. 78, VI, como é fácil perceber, dispõe sobre as duas categorias descritas acima: tanto aque-

³⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 758.

la na qual ocorre a transferência do objeto como um todo,⁴⁰ quanto aquela outra na qual apenas há subcontratação parcial do objeto, de que cuida especificamente o art. 72 da mesma lei.

43. Já sob a Lei nº 8.987/95, o regime da intervenção de terceiros no âmbito dos contratos de concessão é diverso. A lei autoriza expressamente, desde logo, que o concessionário contrate com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, deixando claro que a responsabilidade, em qualquer caso, continua a ser do concessionário. Isso é o que dispõe o art. 25 da lei. Quanto às figuras que importam transferência do objeto principal do ajuste, há regras diversas: a subconcessão depende de nova licitação (art. 26), já a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária dependem apenas de prévia anuência do poder concedente (art. 27).⁴¹ Essa a dicção dos arts. 25 a 27 da Lei nº 8.987/95:

Art. 25. 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 atenue essa responsabilidade.

§ 1º. **Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.**

§ 2º. **Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.**

§ 3º. A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

⁴⁰ V. PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 758-759: "Por subcontratação deve entender-se o trespasse da execução do contrato e, não a cessão ou a transferência do próprio contrato. Na subcontratação, **a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração**, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato". (negrito acrescentado)

⁴¹ Sobre a distinção entre essas espécies de intervenção de terceiros, v. JUSTEN FILHO. *Concessões de serviços públicos*, op. cit., p. 278-279: "Contratar um terceiro, ainda que para desempenho de atividades inerentes à concessão, não caracteriza cessão ou subconcessão. Dá-se uma dessas duas figuras quando o vínculo entre concessionário e terceiro produzir transferência de faculdades indissociáveis à gestão de serviços públicos. Ademais, também se configurará cessão ou subconcessão quando o terceiro assumir (ainda que parcialmente) a gestão do serviço público por conta e risco próprios. (...) Como se verá adiante, subconcessão não se confunde com cessão. A distinção não apresenta maior complexidade. Na cessão, aquele que era concessionário deixa de sê-lo, transferindo essa condição para outrem, que o sucede na relação jurídica. A cessão não produz uma nova concessão, mas envolve a continuidade do vínculo existente – apenas com outro sujeito como concessionário. Já a subconcessão pressupõe ausência de afastamento do concessionário. O antigo concessionário permanece como tal, transferindo a um terceiro uma parcela de seus poderes e deveres".

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.

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

44. Note-se que a contratação de terceiros para a execução de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido” (art. 25), permitida pela lei independentemente de autorização do poder concedente ou de previsão editalícia ou contratual, aproxima-se – embora com ela não se confunda – da figura da *subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento* de que cuida o art. 72 da Lei nº 8.666/97. Em ambos os casos é transferida apenas a execução de uma obrigação específica, permanecendo o particular contratado pela administração como responsável perante esta, os usuários ou terceiros. Ademais, não se estabelece relação jurídica entre o terceiro e o poder público, regendo-se o contrato entre o particular contratado originalmente e o terceiro pelo direito privado. Em se tratando de contrato de concessão de serviço público, porém, a Lei nº 8.987/95 autoriza a “terceirização” da execução das obrigações contratuais, relacionadas ou não à execução do serviço público concedido, não podendo o edital ou o contrato dispor de forma diversa.⁴²

45. É valioso observar que a distinção de tratamento existente entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.987/95 nesse particular é bastante justificada. Os contra-

⁴² Nesse sentido, v. o registro de JUSTEN FILHO, *idem.*, p. 277: “É característico da concessão o concessionário assumir pessoalmente o desempenho das atividades correspondentes à prestação do serviço público. Nos limites determinados no contrato, o serviço público passa à exclusiva responsabilidade do concessionário. Isso significa, por um lado, que o poder concedente cessa sua atuação. Por outro, autoriza transferência das atividades para terceiros (respeitados os limites contratuais e legais). **Isso não significa obrigatoriedade de o concessionário atuar sempre pessoal e diretamente. O concessionário assume juridicamente a gestão do serviço, com a faculdade de contratar terceiros para o desempenho das atividades pertinentes. Quando e se o concessionário contratar terceiros para o desempenho dos serviços concedidos, não se caracterizará automática cessão ou subconcessão.** O concessionário não pode, sem autorização do poder concedente, contratar terceiro para desempenhar as atividades em que consiste o serviço público propriamente dito. **Quanto a outras atividades, é livre para promover a contratação.** (...) A questão é mais evidente quando se tratar de atividades acessórias ou complementares ao serviço concedido ou de projetos associados. Essas fórmulas devem ser interpretadas em consonância com o art. 11. Especialmente quando a implementação dessas outras atuações já fora considerada por ocasião da licitação, é óbvio que o concessionário terá direito a promovê-las. Trata-se de assegurar a equação econômico-financeira da concessão”. (negrito acrescentado)

tos regulados pela Lei nº 8.666/93 têm, em geral, curta duração e objeto bastante definido. As concessões de serviço público não apenas têm duração muito maior, como estabelecem finalidades gerais para cuja consecução o concessionário deverá se valer de uma variedade de atividades. A complexidade do ajuste e o risco do negócio, que cabe ao concessionário gerenciar, justificam que lhe sejam conferidas maior liberdade e flexibilidade. A doutrina registra, inclusive, que o poder concedente não pode impor ao concessionário o encerramento de vínculo com terceiro. Caso considere que a atuação do terceiro não satisfaz às exigências previstas no contrato, o poder concedente poderá notificar o concessionário para que elimine o problema, nos termos do que dispõe o §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95, já referido e ao qual se voltará adiante.⁴³

46. Da exposição que se vem de fazer, extrai-se conclusão bastante singela: a legislação aplicável de forma específica à hipótese da presente consulta – suposta contratação de terceiros no âmbito de contratos de concessão de serviço público – é a Lei nº 8.987/95, em especial, seus arts. 25 a 27. Definido o regime jurídico adequado, cumpre examinar as questões específicas formuladas pela consulente.

IV. O caso da consulente

1. O contrato de concessão e a decisão do TCM-RJ

47. Descritos os marcos normativos aplicáveis à hipótese descrita pela consulente, cabe apenas fazer dois breves registros sobre os contratos de concessão de que ela é parte e sobre a decisão do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Acerca dos contratos de concessões, apenas algumas observações pontuais são necessárias. Os ajustes preveem que serão regidos pela legislação municipal própria, pela Lei nº 8.987/95 e pelas normas gerais consolidadas da Lei nº 8.666/93. O objeto dos contratos (cláusula primeira) é “a concepção, desenvolvimento, fabricação, fornecimento, instalação, manutenção e conservação de mobiliário urbano de uso e utilidade pública”. A mesma cláusula lista o que se entende por mobiliário urbano e remete a anexos para maiores detalhes (área e quantitativos do mobiliário). Os contratos preveem ainda (cláusula sexta) a possibilidade de alteração e expansão dos serviços.

48. Como já referido, a exploração, pela concessionária, de publicidade é prevista na cláusula que trata do pagamento (cláusula quarta). A remuneração da concessionária é composta por tarifas, cuja cobrança é possível em determinadas hipóteses,

⁴³ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 520 e ss.

mas seu valor é limitado pelo ajuste (cláusula quinta) e pelo resultado da exploração publicitária, já que o município não tem o dever de efetuar qualquer pagamento. Percentuais dos valores obtidos com a exploração publicitária devem ser entregues ao município, como já se descreveu (cláusula quarta). Por meio de aditivos contratuais as partes negociaram o adiantamento anual do valor médio arrecadado pela concessionária, sujeito a verificação e eventual compensação posterior.

49. A cláusula nona dos contratos prevê que “a presente concessão não poderá ser objeto de cessão, transferência ou subcontratação, no todo ou em parte, sem prévia autorização do MUNICÍPIO, sob pena de imediata caducidade”. A cláusula décima sexta, por seu turno, dispõe que “A CONCESSIONÁRIA é responsável por quaisquer compromissos assumidos com terceiros, ainda que vinculados à execução da concessão (...)”. Quanto à extinção da concessão, os contratos remetem ao art. 35 da Lei nº 8.987/95.

50. O evento que justifica a consulta, descrito inicialmente, foi a celebração, pela consulente com empresa do seu grupo econômico, e integrante original do consórcio vencedor da licitação, de contrato para exploração de publicidade no mobiliário urbano. De forma simples, a consulente vendia os espaços publicitários a outra empresa; esta, por seu turno, deveria vendê-los aos anunciantes ou às agências de publicidade, sendo que neste último caso seriam as agências que venderiam aos anunciantes. A lógica econômica que motivou a celebração desse ajuste – sobretudo a necessidade de fazer frente ao adiantamento dos valores a serem repassados ao município – já foi explicitada inicialmente, não sendo necessário reproduzi-la. Também já se registrou que o município do Rio de Janeiro tinha ciência do ajuste, ainda que não tenha sido formalmente comunicado dele.

51. A decisão do Tribunal de Contas do Município, fazendo referência à cláusula nona dos contratos de concessão transcrita acima, considerou que o ajuste para exploração de publicidade teria violado o art. 78. VI, da Lei nº 8.666/93 – que lista, entre as causas de rescisão do contrato administrativo, a subcontratação total ou parcial do seu objeto não admitidas no edital e no contrato –, justificando-se, portanto, a rescisão do ajuste. A decisão faz ainda menção ao art. 27 da Lei nº 8.987/95 – que trata da transferência da concessão ou do controle da concessionária, para o que se exige prévia anuência do poder concedente –, tudo a fim de demonstrar que a cessão da posição da concessionária no contrato de concessão dependeria de anuência da administração, sob pena de caducidade da concessão. Por fim, determina a sustação da execução dos contratos de concessão celebrados entre o município e a consulente.

52. Como se verá na sequência, a decisão do TCM-RJ incorre em um conjunto de equívocos: o contrato para exploração de publicidade não caracteriza subcontratação de qualquer natureza; ainda que se tratasse de subcontratação, ela seria permitida, independentemente de autorização, pelo art. 25 da Lei nº 8.987/95, não sendo

pertinentes na hipótese o art. 78, VI da Lei nº 8.666/93, nem tampouco o art. 27 da Lei nº 8.987/95; e, por fim, ainda que houvesse se verificado subcontratação irregular, o §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95 confere ao concessionário o direito de corrigir eventual irregularidade, antes mesmo de instaurar-se processo administrativo. Antes, no entanto, parece importante fazer uma última observação sobre a cláusula nona dos contratos de concessão, cuja dicção se reproduz por facilidade: “a presente concessão não poderá ser objeto de cessão, transferência ou subcontratação, no todo ou em parte, sem prévia autorização do MUNICÍPIO, sob pena de imediata caducidade”.

53. Nos termos do art. 22, XXVII,⁴⁴ da Constituição de 1988, compete à União estabelecer normas gerais de contratação para a administração pública, normas essas que serão aplicáveis aos municípios. No exercício dessa competência foi editada, dentre outras, a Lei nº 8.987/95, da qual consta o já referido art. 25, que expressamente prevê que a “concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido”. Seria altamente questionável que o legislador municipal, com fundamento em algum interesse local (Constituição, art. 30, I),⁴⁵ pudesse dispor de forma diversa sobre o tema. Ausente lei local sobre concessões de serviço público que disponha de forma diversa do que prevê a Lei nº 8.987/95, simplesmente não parece sustentável que o edital pudesse proibir o que a lei autoriza. Nesse contexto, a extrair-se da cláusula nona do contrato disposição que esvazia a faculdade conferida pelo art. 25 da Lei nº 8.987/95 aos concessionários de serviço público, a conclusão seria a de que a cláusula é inválida. A verdade, porém, é que não há necessidade de ir tão longe.

54. O exame do contrato como um todo revela que, na realidade, a cláusula nona praticamente reproduz os termos do art. 78, VI da Lei nº 8.666/93, embora a disciplina primariamente aplicável à hipótese seja a contida na Lei nº 8.987/95, e não na Lei nº 8.666/93. O equívoco, entretanto, não é tão incomum, já que o próprio Tribunal de Contas do Município incorreu nele. A cláusula décima sexta, por seu turno, faz referência a eventuais “compromissos assumidos com terceiros, ainda que vinculados à execução da concessão”, para registrar que a concessionária será, em qualquer caso, a responsável não só perante o poder concedente, mas também perante terceiros. Pois bem: uma interpretação conforme a legislação do contrato induz às seguintes conclusões.

⁴⁴ Constituição Federal de 1988, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”.

⁴⁵ Constituição Federal de 1988, art. 30: “Compete aos Municípios: (...) I – legislar sobre assuntos de interesse local”.

55. Os mecanismos que importem a transferência do objeto do contrato a terceiro dependem de autorização prévia do poder concedente, na linha do que preveem, aliás, os arts. 26 e 27 da Lei nº 8.987/95. Este o conteúdo da cláusula nona, ao tratar de cessão, transferência e subcontratação, que haverá de ser compreendida como a subcontratação total do objeto do ajuste. A subcontratação que envolve a execução de obrigações específicas ou acessórias não depende de autorização prévia, nos termos do art. 25 da lei, sendo a essas hipóteses que se refere indiretamente a cláusula décima sexta do contrato. A rigor, no entanto, como se verá, sequer se cogita de subcontratação na hipótese.

2. Inexistência de subcontratação irregular

56. Como descrito inicialmente, a consulente é concessionária dos serviços públicos de *concepção, desenvolvimento, fabricação, fornecimento, instalação, manutenção e conservação de mobiliário urbano* em determinadas áreas do município do Rio de Janeiro.⁴⁶ Como contrapartida à prestação dos serviços, lhe foi garantido o direito de explorar publicidade por meio do mobiliário urbano objeto da concessão, sendo certo que parte da receita arrecadada com tal exploração é devida ao poder concedente. A pergunta pertinente aqui é simples: o contrato para exploração de publicidade em mobiliário urbano firmado pela consulente com a Empresa D corresponde à subcontratação, a um terceiro, de alguma atividade que lhe caberia desempenhar por força do contrato? A resposta é negativa.

57. *Em primeiro lugar*, do ponto de vista fático, o “contrato de exploração de publicidade” celebrado entre a consulente e a Empresa D, a rigor, sequer se caracteriza como espécie de “intervenção de terceiros” no âmbito da concessão – seja subcontratação, cessão, subconcessão ou qualquer outra. Como já referido, o objeto desse contrato foi a **aquisição**, pela Empresa D, da disponibilidade dos espaços publicitários instalados nos mobiliários urbanos implantados pela concessionária. Isto é: no exercício do seu direito de exploração de publicidade no mobiliário

⁴⁶ Confira-se a cláusula na íntegra: “CLÁUSULA PRIMEIRA – (DO OBJETO) – Constitui objeto da presente a CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA A CONCEPÇÃO, DESENVOLVIMENTO, FABRICAÇÃO, FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE MOBILIÁRIO URBANO DE USO E DE UTILIDADE PÚBLICA. Parágrafo primeiro: As áreas e os quantitativos do mobiliário urbano a ser instalado, estão especificados nos Anexos “A” e “B” que fazem parte integrante deste Termo. Parágrafo segundo: O mobiliário urbano previsto por este Termo compreende: a) Abrigo de Ônibus; b) Sanitário Público *Standard*; c) Sanitário Público Especial; d) Sanitário Público com Acesso Universal; e) Sanitário Público Móvel (para feiras livres e eventos); f) Totem Informativo (ou MUPI); g) Relógio Eletrônico; h) Placa Direcional; i) Totem de Identificação de Bens; j) Cabine de Segurança; l) Banca de Jornal (doação ao Município); m) Coluna Multiuso”.

urbano objeto da concessão, a Empresa E comercializou os espaços publicitários disponíveis.⁴⁷

58. Nem o edital de licitação nem os Termos de Concessão estabeleceram restrições à forma como a exploração de publicidade nos equipamentos instalados deveria ocorrer. O que parece bastante natural, já que exploração publicitária não é o objeto dos Termos de Concessão firmados entre a consulente e o município do Rio de Janeiro e, a rigor, nem poderia sê-lo: explorar publicidade não é *serviço público*, para fins de concessão. Note-se que, segundo narra a consulente, em momento algum o TCM-RJ ou o município cogitaram não ser a consulente a executora direta das obrigações inerentes a esse objeto. Nesse sentido, aliás, o “contrato de exploração de publicidade” celebrado entre a concessionária e a Empresa D prevê expressamente que “é vedado à CONTRATADA [Empresa D] fazer qualquer intervenção nos mobiliários urbanos ou nos espaços publicitários nele existentes” (Cláusula 1.2. (iii) do contrato).

59. Ou seja: ao celebrar com a Empresa D o contrato pelo qual esta adquiriu a totalidade dos espaços publicitários referidos, a concessionária exerceu diretamente a “obrigação” – na verdade, seu direito à remuneração – prevista nos Termos de Concessão relativa à exploração de publicidade. Um exemplo ajuda a ilustrar a natureza da relação jurídica que se estabeleceu entre as duas empresas privadas. Imagine-se que a concessionária tivesse comercializado a totalidade dos espaços publicitários disponíveis, de uma só vez, para uma agência de publicidade de atuação nacional (e.g., a África, a DM9, a Artplan ou a W/Brasil), cabendo a esta revender tais espaços para seus clientes. O negócio configuraria hipótese de subcontratação de obrigações a cargo da concessionária no contexto do contrato de concessão? A resposta é claramente negativa. Pela mesma razão, não se cogita de subcontratação no negócio firmado entre a Empresa E e a Empresa D.

⁴⁷ Confira-se o teor da Cláusula Primeira do contrato em referência: “Cláusula Primeira – Objeto. 1.1. A CONTRATANTE disponibiliza para comercialização pela CONTRATADA a totalidade dos espaços publicitários existentes nos mobiliários urbanos instalados pela CONTRATANTE na cidade do Rio de Janeiro, conforme listagem contida no Anexo II deste CONTRATO, bem como aqueles espaços publicitários previstos nos mobiliários urbanos que vierem a ser instalados pela CONTRATANTE, conforme listagem que irá necessariamente integrar o presente CONTRATO, nos termos do item 4.1.2. abaixo, durante seu prazo de vigência, pagando os preços estabelecidos na cláusula quinta do presente CONTRATO. 1.2. A CONTRATADA, ao adquirir a disponibilidade dos espaços acima citados, adquire o direito de agenciar, comercializando a veiculação de publicidade em mobiliário urbano, observado o seguinte: (i) cabe à CONTRATADA, por sua conta e risco, negociar e contratar diretamente com os anunciantes, ou através de Agência de Publicidade (“ANUNCIANTES”) o preço, prazo, condição de pagamento, e condições para exposição da publicidade, promovendo a cobrança do preço devido pelos ANUNCIANTES, que a ela será pago, assumindo a CONTRATADA os eventuais riscos pelo adimplemento do pagamento dos pagamentos destes ANUNCIANTES; (ii) cabe à CONTRATANTE fazer a veiculação da publicidade comercializada pela CONTRATADA e obter todas as licenças e autorizações necessárias à prestação deste serviço, garantindo a qualidade dos equipamentos de veiculação; e (iii) é vedado à CONTRATADA fazer qualquer intervenção nos mobiliários urbanos ou nos espaços publicitários nele existentes”.

60. Um último registro parece relevante. Embora os valores obtidos com a exploração publicitária destinem-se, sobretudo, a remunerar a concessionária, o município faz jus a percentuais desses valores, como já se descreveu. O município, portanto, tem interesse em verificar a correção dos valores informados pela concessionária a esse título, a fim de controlar a regularidade dos pagamentos que lhe devem ser feitos. Ocorre que a preocupação da administração pública já foi refletida nos contratos de concessão, que preveem a realização de auditorias periódicas sobre o ponto. Mais que isso, a consultante informa que, adicionalmente, foi feita também auditoria nos valores obtidos pela Empresa D com a alienação dos espaços publicitários em questão e verificou-se que, no período de 2005 a 2008, os valores pagos pela Empresa D à Empresa E, e que serviram de base para o cálculo do adiantamento devido ao município, superaram o montante efetivamente arrecadado pela Empresa D ao revender os espaços no varejo.

61. Em suma: o ajuste celebrado entre a Empresa E e a Empresa D não configura qualquer espécie de intervenção de terceiro no âmbito das concessões de que a primeira é titular. O contrato de direito privado celebrado entre a Empresa E e a Empresa D traduziu execução direta, pela primeira, de uma de suas atribuições previstas nos Termos de Concessão. A concessionária não transferiu a um terceiro a execução de atividades que lhe caberia desenvolver por conta dos contratos de concessão. Seja como for, ainda que se considerasse ter havido subcontratação na hipótese, ela não seria irregular, pois expressamente autorizada pela legislação. Já se examinou esse segundo aspecto da questão acima, de modo que cabe apenas resumir o que foi exposto.

62. *Em segundo lugar*, ainda que fosse possível – apenas para fins de desenvolvimento do argumento – caracterizar o “contrato de exploração publicitária” como subcontratação de obrigação a cargo da concessionária no contexto dos contratos de concessão, não haveria irregularidade na hipótese. Como já se observou, o enquadramento jurídico conferido pelo TCM-RJ à hipótese foi equivocado, ao menos por duas razões que se cumulam.

63. Como visto no tópico anterior, em se tratando de contratos de concessão de serviço público, o regime jurídico aplicável é o da Lei nº 8.987/95, que tem natureza de *lei especial* na matéria. Só se poderia cogitar da aplicação da Lei nº 8.666/93 – lei de caráter *geral* no particular – subsidiariamente e no que couber. Pois bem: como se viu, a Lei nº 8.987/95 traz regras específicas acerca da intervenção de terceiros no âmbito da concessão de serviços públicos, estabelecendo as hipóteses em que tais negócios serão admitidos e em que condições. Desse modo, não há qualquer razão que justifique a aplicação direta, pelo TCM-RJ, do art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 à situação da consultante.

64. Na verdade, no âmbito da disciplina das concessões, a hipótese subsume-se ao que dispõe o art. 25 da Lei nº 8.987/95, acima transcrito, que permite expres-

samente que a concessionária contrate com terceiros o *desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados* (§1º). Não por outra razão, na forma do §2º do dispositivo referido, o contrato celebrado entre a concessionária e a Empresa D é regido pelo direito privado, não tendo sido estabelecida qualquer relação jurídica entre esta e o poder concedente.

65. Note-se, por fim, que mesmo que se quisesse aplicar o art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 à hipótese – ainda que por equívoco –, ele não seria pertinente. O dispositivo, como se viu, trata da *subcontratação total ou parcial do objeto* do contrato administrativo. Como se viu, não é disso que se cuida na hipótese. O ajuste firmado entre as duas empresas privadas não se relaciona com o objeto dos contratos de concessão.

66. Em conclusão: o ajuste celebrado entre a concessionária e a Empresa D não configura intervenção de terceiros no âmbito da concessão, mas sim exercício direto pela concessionária do seu direito à exploração publicitária como forma de remuneração. Ainda que assim não fosse, não haveria que se falar em “subcontratação não autorizada” na hipótese, seja porque a legislação efetivamente a ela aplicável autoriza expressamente a transferência da execução de obrigações inerentes, acessórias ou complementares ao serviço público objeto do contrato, seja porque a “obrigação” supostamente transferida *in casu* não integra tal objeto.

Parte III

Por eventualidade: direito de sanar suposta irregularidade

V. Direito de ser comunicada de descumprimentos contratuais e faculdade legal da concessionária de corrigir falhas apontadas (§3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95)

67. Por fim, cumpre responder à terceira questão objetiva formulada pela consulente, a saber: ainda que o “contrato de exploração publicitária” celebrado entre a Empresa E e a Empresa D configurasse alguma espécie de irregularidade, justificar-se-ia a sustação e/ou rescisão dos contratos de concessão, uma vez que não restou caracterizado qualquer prejuízo ao poder concedente ou ao interesse público? A resposta é negativa por dois fundamentos diversos.

68. O art. 38 da Lei nº 8.987/95, já mencionado, dispõe sobre o procedimento que o poder concedente haverá de observar na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato – abrangendo uma série de possibilidades, entre as quais o descumprimento de cláusulas contratuais ou de disposições legais –, que poderá

ensejar a caducidade da concessão ou a aplicação de sanções contratuais. No §3º do art. 38 a lei exige que, antes de instaurado processo administrativo de inadimplência, a concessionária deve ser comunicada dos descumprimentos contratuais que lhe são imputados e, dentro de prazo que lhe seja fixado, deve ter a oportunidade de corrigir as “falhas e transgressões apontadas”. Confira-se a dicção do dispositivo:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I – o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II – a concessionária descumprir cláusulas contratuais, ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III – a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV – a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V – a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI – a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII – a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência, antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no §1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§5º A indenização de que trata o parágrafo anterior será devida na forma do art. 36 desta lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

69. A lógica do dispositivo grifado é bastante intuitiva. Os contratos de concessão são, em geral, complexos, de longa duração e frequentemente demandam do concessionário grandes investimentos iniciais, que serão amortizados ao longo do tempo. A rescisão ou a caducidade, além do risco de paralisação da prestação do serviço e da necessidade de realizar-se nova licitação, poderá impor ao poder concedente o dever de indenizar a concessionária pelos investimentos realizados. Nesse contexto, parece evidente que, sendo possível a correção de eventuais irregularidades, a manutenção do ajuste atenderá melhor ao interesse público.

70. Nesse sentido, e respondendo objetivamente à questão formulada pela consulente, ainda que se considerasse o contrato por ela firmado com a Empresa D como uma irregularidade no contexto do contrato de concessão de serviço público já identificado, a lei não admite a rescisão ou a caducidade imediatas do contrato de concessão. Caberia ao poder concedente notificar a consulente, informar-lhe da suposta irregularidade e fixar-lhe prazo para sua correção.⁴⁸ A conclusão equivalente se chega ainda por outro fundamento, que deve ser conjugado com o que se acaba de expor.

71. A consulente esclarece que, por meio do contrato celebrado com a Empresa D – pelo qual logrou alienar todo o espaço publicitário de uma só vez, e não de forma pulverizada –, a concessionária garantiu a antecipação dos valores devidos ao município, com evidentes benefícios financeiros para este. Caso contrário, a concessionária teria que buscar resultado semelhante através da venda individualizada dos espaços, arriscando a possibilidade de insucesso na negociação e, consequentemente, sem a garantia das receitas, o que poderia gerar prejuízos também para o poder concedente. A consulente narra ainda que o município tinha ciência,

⁴⁸ Neste sentido confira-se: STJ, *DJU* 23 maio 2005, EDcl no RE 763.762/GO, rel. ministra Eliana Calmon: “Retomando a mostra quanto aos vícios do processo administrativo, registre-se que a falta da especificação clara das supostas infrações contratuais, chamadas de inadimplências, sem prazo prévio para corrigi-las, é motivo bastante para a anulação do respectivo procedimento, onde se baseou o decreto de caducidade da concessão”.

ainda que informal, do ajuste celebrado entre as duas empresas privadas.

72. A consulente informa ainda que a execução dos Termos de Concessão foi objeto de auditoria independente, realizada por empresas selecionadas em conjunto por ela e pelo município do Rio de Janeiro, nos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008 – já na vigência do ajuste com a Empresa D –, sem que o município tenha vislumbrado qualquer irregularidade. Mais que isso: foi realizada auditoria específica que demonstrou que, no período de 2005 a 2008, se o percentual devido ao município houvesse incidido, não sobre o valor fixo pago pela Empresa D à Empresa E, mas sobre os valores dos contratos de publicidade efetivamente obtidos pela primeira, o município teria auferido menos renda. Ou seja: os riscos decorrentes da oscilação do mercado publicitário e de eventual inadimplemento dos anunciantes foram absorvidos pela Empresa D, sem qualquer impacto para o município.

73. Nessas condições, não tendo havido qualquer prejuízo para o município – muito ao contrário –, tampouco para a prestação do serviço público concedido (o que sequer se alega), a suspensão, rescisão, caducidade ou qualquer medida extrema que extinga ou invalide os Termos de Concessão de que a consulente é concessionária não configura solução razoável, ainda que alguma irregularidade tivesse havido. Na linha do que já se disse acima, a invalidação de contratações que não hajam ocasionado prejuízos ao erário, celebradas de boa-fé, tende a se caracterizar como prejudicial ao interesse público. A invalidação retardará o andamento regular das atividades administrativas e exigirá novo dispêndio de tempo e recursos públicos, além da possibilidade de que os particulares prejudicados venham a exigir o ressarcimento de seus prejuízos.

74. Por tais razões é que há muito foi superada a ideia de que, em se tratando de atos administrativos, a existência de qualquer vício formal leva, sem outra possibilidade, à sua invalidação. Em síntese, atos praticados em desconformidade com a lei poderão ser convalidados se: (i) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção; e (ii) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros.⁴⁹ Nesse sentido, aliás, dispõe de forma expressa o art. 55 da Lei nº 9.784/99, ao tratar do processo administrativo federal, *verbis*: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

75. Esse é igualmente o entendimento da doutrina. Seguem, em caráter exemplificativo e respectivamente, os registros de Almiro do Couto e Silva, Odete Medauar e Marçal Justen Filho:

⁴⁹ V. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Revogação e anulação no procedimento licitatório. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; TANAKA, Sônia Yuri-ko. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. São Paulo: Forense, 1995. p. 139.

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido.⁵⁰

Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato.⁵¹

(...) A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo – vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente.

(...)

Especialmente quando se tratar de tutela da forma, devem-se encampar as conquistas contemporâneas no tocante às formalidades legais. Os requisitos e exigências de forma são deduzidos sempre no interesse da segurança

⁵⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 61, 1987.

⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 180. Na mesma linha, v. BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 419: “Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos”.

jurídica, para tutela e defesa de determinados interesses. A forma, ainda quando da essência do ato, não se justifica por si mesma.

Por isso, a consolidação de um estado de fato, em que não se possa vislumbrar prejuízo para o interesse que a Lei busca proteger, torna sem objeto a pronúncia do vício. O desfazimento do ato, quando inóceno prejuízo ao interesse público, encontraria obstáculo na impossibilidade de reposição absoluta da situação fática no estado anterior. A proclamação da nulidade depende da concorrência de dois requisitos. Deve haver, de um lado, o vício; de outro, deve existir o prejuízo.⁵²

76. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de reconhecer que a nulidade, em direito administrativo, deve-se “à conjunção de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Irregularidades formais – meros pecados veniais – que não comprometem o equilíbrio entre os licitantes nem causam prejuízo ao Estado não conduzem à declaração de nulidades”.⁵³ Veja-se, ademais, a seguinte decisão do STJ, que manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que tornara sem efeito ato administrativo que pretendia anular licitação e invalidar o respectivo contrato administrativo, já devidamente cumprido:

Ad argumentandum tantum, a teoria das nulidades, em sede de direito administrativo, assume relevante importância, no que pertine ao alcance dos efeitos decorrentes de inopinada nulidade, consoante se infere da *ratio essendi* do art. 59, da Lei 8.666/91, ‘(...) A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo – vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente’. Marçal Justen Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 9. ed., 2002.⁵⁴

⁵² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 513.

⁵³ STJ, DJU 18 maio 1992, MS 1.113/DF, rel. ministro Humberto Gomes de Barros.

⁵⁴ STJ, DJ 28 set. 2006, REsp 658.130/SP, rel. ministro Luiz Fux.

77. Por fim, nesse mesmo sentido, vale transcrever também um trecho de decisão do TCU (que sequer trata de contrato de concessão, mas de hipótese submetida à Lei nº 8.666/93):

As exigências na fase de habilitação técnica dos interessados em processo licitatório devem-se dar nos limites contidos no 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Os efeitos da suposta exigência indevida devem ser aferidos no caso concreto, examinando-se se houve, ou não, restrição ao caráter competitivo do certame. Não devem ser aferidos em tese. Não há nulidade sem prejuízo.⁵⁵

78. Em suma: ainda que o “contrato de exploração publicitária” celebrado entre a Empresa E e a Empresa D configurasse alguma espécie de irregularidade, não se justificaria a decisão do TCM-RJ de sustar a execução dos Termos de Concessão ou extingui-los de qualquer forma, uma vez que daí não decorreu qualquer prejuízo ao poder concedente, à prestação do serviço concedido ou ao interesse público.

VI. Conclusão

79. As principais ideias desenvolvidas no presente estudo podem ser sintetizadas nas seguintes proposições objetivas:

A. Nos termos da Constituição de 1988, não há qualquer dúvida quanto à aplicação do princípio do devido processo legal – em especial, dos subprincípios da ampla defesa e do contraditório, em que ele se desdobra – a qualquer procedimento judicial ou administrativo, notadamente, àqueles instaurados nos Tribunais de Contas.

B. A oportunidade de manifestação da parte interessada em qualquer processo judicial ou administrativo deve ser *prévia* à prolação da decisão pelo órgão julgador, sob pena de se esvaziar o conteúdo essencial das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Além da oportunidade de apresentação de defesa prévia, são elementares ao contraditório e à ampla defesa o direito da parte de produzir provas e de ter seus argumentos considerados com imparcialidade, antes de a autoridade formar seu juízo.

C. Os contratos de concessão de serviços públicos são regidos pela Lei nº 8.987/95, *lei especial* na matéria. Aplica-se a Lei nº 8.666/93 apenas subsidiariamente e no que

⁵⁵ TCU, DOU 26 maio 2006, Acórdão nº 784/2006, rel. ministro Augusto Nardes.

for cabível. Embora o contrato celebrado pela consulente com a Empresa D para exploração da publicidade sequer caracterize hipótese de subcontratação – por não integrar o objeto da concessão –, o art. 25 da Lei nº 8.987/95 expressamente prevê que a contratação de terceiros para a execução de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido” é permitida, independentemente de qualquer autorização por parte do poder concedente ou de previsão editalícia ou contratual. Não há que se falar em aplicação do art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 nessas hipóteses.

D. Ainda que o contrato celebrado entre a Empresa E e a Empresa D configurasse alguma espécie de irregularidade, não se justificaria a decisão do TCM-RJ de sustar a execução dos Termos de Concessão ou extingui-los de qualquer forma, uma vez que daí não decorreu qualquer prejuízo ao poder concedente, à prestação do serviço concedido ou ao interesse público. De todo modo, e em qualquer caso, a concessionária teria direito a corrigir a suposta irregularidade antes que qualquer sanção lhe fosse aplicada.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Juris Síntese*, São Paulo, n. 42, jul./ago. 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Serviços públicos concedidos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 11-19, jan. 2005

FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos* (comentários às leis nºs 8.987 e 9.074, de 1995). São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 526, 1979.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Revogação e anulação no procedimento licitatório. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; TANAKA, Sônia Yuriko. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. São Paulo: Forense, 1995. p. 139.

_____. A licitação da concessão – o edital. In: MEDAUAR, Odete (Org.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46-63, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOBRAL, Izabel. *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XV, n. 44, nov. 1988.