

Procedência: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico

Interessado: Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico

Número: 14.592

Data: 18 de janeiro de 2006

Ementa:

AMPLIAÇÃO DA ÁREA DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS CONFORME PROJETO ESTRUTURADOR DO GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CORRESPONDÊNCIA GASMIG-3499/2005 – CONTRATAÇÃO DE TERCEIRO – REMUNERAÇÃO MEDIANTE EXPLORAÇÃO DE OBRA PÚBLICA – HIPÓTESE DE SUBCONTRATAÇÃO NÃO FACTÍVEL ANTE A AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PRÓPRIOS DA CONCESSIONÁRIA E DA MODALIDADE DE REMUNERAÇÃO DO TERCEIRO PRETENDIDA

NATUREZA JURÍDICA DA GASMIG – CONCESSÃO IMPRÓPRIA – NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO PARA ADMITIR A SUBCONCESSÃO – LIMITES DA SUBCONCESSÃO – NÃO ALTERAÇÃO DO OBJETO CONCEDIDO – REVERSÃO DOS BENS À CONCESSIONÁRIA – LICITAÇÃO DA SUBCONCESSÃO A CARGO DA CONCESSIONÁRIA

ANUÊNCIA DO PODER CONCEDENTE À PRETENSÃO DA GASMIG É POSSÍVEL, DESDE QUE OBSERVADO O REGIME DE SUBCONCESSÃO, QUE É UMA OPÇÃO ADMINISTRATIVA, E SOMENTE APÓS O CONHECIMENTO PELO ESTADO DE MINAS GERAIS DA REDAÇÃO DADA AO EDITAL QUE DISCIPLINARÁ A LICITAÇÃO PÚBLICA DA SUBCONCESSÃO

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF./SEDE/N.º 03/2006, pedido de exame e emissão de parecer a respeito de situação fática envolvendo a Companhia de Gás de Minas Gerais – GASMIG.

2. É que, nos termos da correspondência GASMIG-3499/2005, endereçada à Secretaria consultante, solicita-se do Estado de Minas Gerais autorização para que a GASMIG contrate terceiro com vistas à locação de gasoduto, a ser construído pelo contratado, em decorrência do projeto de ampliação da oferta de gás natural nas regiões do Vale do Aço, Sul de Minas e Triângulo Mineiro.

3. Segundo, ainda, mencionada correspondência, a locação do gasoduto em questão será contratada via licitação pública, sendo que se cogita do contratado ser remunerado mediante “**a exploração da obra** por meio de locação de referidos ativos a GASMIG, para uso desta no exercício de sua competência exclusiva como concessionária de serviços públicos de distribuição de gás natural” (destacamos).

4. Registra a GASMIG que “ao término do prazo previsto para a locação ou em caso de rescisão antecipada do contrato, os ativos reverterão de pleno direito em favor da GASMIG”.

5. Destaca, mais, a concessionária que ela será a responsável pela obtenção das licenças ambientais que se fizerem necessárias para a realização do empreendimento, como, também, pela realização das desapropriações das áreas indispensáveis a construção do gasoduto.

6. Examinada a matéria, opino.

PARECER

7. Percebe-se da consulta formulada, especialmente do conteúdo da correspondência GASMIG-3499/2005 o fato de que a GASMIG não detém, atualmente, os recursos financeiros para o cumprimento do encargo em apreço – ampliação da área de distribuição de gás natural, mediante a construção de canalizações– razão pela qual pretende contratar terceiro que executaria a obra de construção dos gasodutos e locaria este bem, por um período de tempo determinado.

8. Neste contexto faz-se necessário, desde já, destacar que a via da subcontratação, admitida tanto pela Lei federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quanto pela redação do item 3, da cláusula terceira do contrato de

concessão firmado pelo Estado de Minas Gerais e a GASMIG, não atenderá ao interesse da concessionária ante a ausência de recursos financeiros próprios.

9. Explico-me. É que, diante da natureza jurídica da GASMIG, qual seja, uma sociedade de economia mista integrante da Administração indireta do Estado de Minas Gerais (Lei estadual n.º 11.021, de 11 de janeiro de 1993), não poderá ela, ao subcontratar terceiros para a realização de encargos contratuais seus (item 5.1, da cláusula quinta do contrato de concessão), fazê-lo em regime de direito privado, tal como facultado pelo art. 25, § 2º, da Lei federal n.º 8.987 de 1995.

10. Ao contrário, deverá a GASMIG, ao entabular o contrato sob a ótica da subcontratação, frise-se, sujeitar-se aos termos da Lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Entretanto, seguindo-se esta opção não poderá adotar a forma de remuneração pretendida, qual seja, locação do gasoduto permitindo a exploração da obra pública pelo terceiro contrato por um lapso de tempo definido.

11. Isso porque a contratação, segundo a Lei federal n.º 8.666, de 1993, exige que a contratante, no caso uma sociedade de economia mista, dentre outras obrigações, respeite o princípio da disponibilidade financeira prévia (art. 7º, § 2º, inciso III), bem assim, opte por uma das alternativas de execução indireta contempladas no art. 6º, inciso VII, alíneas a a e, da citada lei de licitações públicas, regimes estes que não contemplam a possibilidade de remunerar o terceiro mediante a exploração por este da obra realizada, obra esta, naturalmente, de natureza pública.

12. Sobre o regime dos subcontratos havidos no âmbito da concessão, ao comentar o art. 25, § 2º, da Lei federal n.º 8.987, de 1995, LUIZ ALBERTO BLANCHET esclarece que, sendo a concessionária integrante da Administração Pública indireta, deverá ela sujeitar-se a Lei federal n.º 8.666, de 1993. Veja-se:

“O regime destes contratos é, consoante prevê o § 2º, de direito privado. O objetivo desta norma, por certo, não era o de impor esse regime a todos os contratos celebrados com terceiros pelo concessionário, mas apenas deixar patente a inexistência de vínculo jurídico entre os terceiros contratados e o poder concedente. **A norma não permite, portanto, concluir-se que a concessionária sociedade de economia mista ao contratar com terceiros não precisaria observar as regras da Lei de Licitações, por exemplo**” (in, Concessão e Permissão de Serviços Públicos – Comentários à Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, Juruá Editora, 1995, Curitiba, p. 131).

13. Logo, em que pese à via da subcontratação ser legal e contratualmente admissível na espécie, diante da ausência de recursos financeiros próprios por parte da GASMIG para a efetivação da ampliação solicitada pelo poder concedente, tem-se que a sua adoção é um entrave jurídico para a remuneração do terceiro na forma que se pretende perpetrar.

14. Ao meu sentir, a via jurídica que contempla a pretensão da GASMIG no que se refere à remuneração do terceiro que vier a ser contratado é a da subconcessão, ante a possibilidade de “exploração da obra”, o que pressupõe o regime de concessão.

14.1. Embora se fale em locação do gasoduto como sendo o foco da contratação a ser realizada pela GASMIG, em verdade esta relação jurídica pressupõe a construção do gasoduto, no caso em apreço com natureza de obra pública, que será feita por conta e risco do terceiro. Conseqüentemente, sua exploração, a fim de amortizar os investimentos, deverá submeter-se, volte-se a frisar, ao regime de concessão. Sobre a matéria, expõe MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou **obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona**” (in, Parcerias na Administração Pública, Atlas, 1996, p. 78).

15. Portanto, há de se definir a natureza jurídica da relação havida entre o Estado de Minas Gerais e a GASMIG de sorte a se investigar sobre a possibilidade jurídica da subconcessão, de quem será a competência para a sua efetivação e, finalmente, se haverá necessidade de alterar o contrato de concessão em vigor, atentando-se para os limites de referida alteração contratual.

16. Inicialmente, de se considerar que a relação contratual existente entre o Estado de Minas Gerais e a GASMIG consubstancia uma concessão imprópria, tal como assim a entende a doutrina administrativa brasileira.

16.1. É que na concessão propriamente dita há uma descentralização por colaboração, ou seja, transfere-se à iniciativa privada a execução do serviço, mantendo-se, no entanto, com o poder concedente, a titularidade do serviço.

16.2. Já, na concessão imprópria ou descentralização por serviço o que se tem é a criação por lei de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia) ou de

direito privado (empresas estatais) a qual se atribui não só a execução de um mister público, mas, outrossim, a titularidade do serviço, sujeitando-se o ente criado ao controle ou tutela pelo Estado. Eis lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço, em conseqüência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei” (*in, op. cit.*, p. 32).

17. No caso específico da GASMIG deve-se atentar para o fato de que não coube ao Estado de Minas Gerais a opção da descentralização por colaboração mediante a contratação de um particular, observada a licitação pública, porquanto vigia a redação original do art. 25, § 2º, da Constituição da República de 1988 que impunha que o serviço de distribuição de gás natural só poderia ser outorgado a empresa estatal.

17.1 Em razão do fato acima mencionado, o Estado de Minas Gerais criou, por lei (Lei estadual n.º n.º 11.021, de 11 de janeiro de 1993) a GASMIG, outorgando-a a condição de titular e executora dos serviços de gás natural em regime de concessão. Tenha-se a redação do *caput* do art. 1º e seu § 1º da lei citada, na redação dada pela Lei estadual n.º 15.404, de 3 de dezembro de 2004:

“Art. 1º: A Companhia de Gás de Minas Gerais – GASMIG –, constituída por deliberação da assembléia geral de acionistas realizada em 15 de julho de 1986, é uma sociedade anônima sob controle indireto do Estado que tem por objeto a aquisição, o armazenamento, o transporte, a transmissão, a distribuição e a comercialização de gás combustível ou de subprodutos e derivados.

§ 1º: A Companhia de Gás de Minas Gerais – GASMIG – fica constituída concessionária do Estado para a exploração das atividades previstas neste artigo”.

18. Não obstante a outorga legal à GASMIG da concessão em apreço, tem-se que com o advento da Lei federal n.º 8.987, de 1995, viu-se a concessionária em destaque submetida aos seus termos, lhe aplicando a partir de então mencionadas regras. Sobre tal matéria, advertiu DI PIETRO:

“No entanto, a Lei n.º 8.987 não afastou a possibilidade de a concessão ser dada a empresa estatal, nem poderia fazê-lo, porque à época de sua entrada em vigor ainda estavam em vigor, em sua redação original, os arts. 21, XI, e 25, § 2º, que estabeleciam hipóteses em que a concessão deveria ser dada necessariamente a empresas estatais. Embora esses dispositivos tenham sido alterados pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, essa alteração não impede a concessão a empresas estatais; apenas não a impõe mais.

Não há, pois, impedimento a que a concessão seja dada a empresa estatal, desde que sejam observadas as normas da Lei n.º 8.987” (*in, op. cit.*, p. 41).

19. Destarte, dentre as regras legais a que se submeteu a GASMIG está a de cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão (art. 31, inciso IV, da Lei n.º 8.987, de 1995).

19.1 Voltando-se os olhos para o contrato de concessão, então redigido já na vigência da referida lei federal de concessões, previu-se, *ex-vi* do art. 23 inciso V da lei em foco, a circunstância da GASMIG “realizar os investimentos necessários à prestação do serviço concedido de forma a atender a demanda, nos prazos e quantitativos cujos estudos e viabilidade econômica justifiquem a rentabilidade dos investimentos realizados, garantindo sempre a segurança e a justa retribuição do capital investido” (item 5.1, da cláusula quinta).

20. Sucede, entretanto, como já dito alhures, que a GASMIG não possui, momentaneamente, os recursos financeiros necessários para o cumprimento da exigência do poder concedente no sentido de ampliação da área de distribuição do gás natural, o que impescinde da realização de obras consistente na construção de gasodutos.

21. Em razão disso, afastada a hipótese da subcontratação, ante a forma de remuneração que se pretende estabelecer com o terceiro contratado, dada a natureza jurídica da concessionária, conforme ressaltado no item 17.1, impõe-se, para se viabilizar a contratação desejada, o aditamento do contrato de concessão com vistas a alterar-se o seu item 3, o qual veda a subconcessão.

22. É que não se pode, juridicamente, admitir a exploração de obra pública como meio de amortização de investimentos realizados, fora dos contornos da concessão de obra pública. Daí que, embora se fale na correspondência GASMIG-3499/2005 em locação, a verdade é que o pagamento de dita locação só será possível, reiterar-se, pela exploração da obra pelo terceiro contratado, o que, em sede de regime jurídico de direito público, prevalecente na espécie, enseja a concessão aqui destacada.

23. Quanto à alteração do contrato de concessão neste particular, tenho-a como factível, sem necessidade de que se licite uma nova concessão. Não quero com isto dizer ser despicienda a licitação da subconcessão, esta, sim, deverá ser licitada, a tempo e modo próprios.

23.1. A razão de admitir o aditamento contratual de modo a se prever e disciplinar o âmbito de abrangência da subconcessão (art. 26, da Lei federal n.º 8.987, de 1995), limitada, ao meu sentir, a execução de canalizações, sem se estender a subconcessionária o objeto em si da concessão, qual seja distribuição de gás natural, é pelo fato de que não haverá alteração do objeto concedido. MARÇAL JUSTEN FILHO, sobre o tema, ensina:

“Não serão admissíveis, nem mediante concordância do concessionário, transformações do objeto da concessão, assim entendidas modificações essenciais. Sujeitam-se a essa regra as modificações de objeto em sentido próprio. Assim, uma concessão para serviço de transporte urbano de passageiros não pode ser transformada em concessão para coleta de lixo. Mas também não se admitem modificações que alterem condições essenciais para a prestação do serviço ou realização da obra (se for o caso). Assim, uma concessão para transporte urbano de passageiros através de veículos movidos a óleo diesel não se confunde com aquela onde o serviço se desenvolva através de veículos movidos a energia elétrica” (in, Concessões de Serviços Públicos, Dialética, 1997, p. 257).

23.2. Como se vê da proposição da GASMIG dirigida ao Estado de Minas Gerais, tem-se que se busca uma solução para a concretização da ampliação pretendida da distribuição de gás natural, contratando-se terceiro, sem que tal fato enseje a transformação do objeto concedido, mas, revela, ante a forma de remuneração almejada e ausência de recursos próprios da concessionária, a necessidade de admissão, no contrato de concessão vigente, da subconcessão, cujos limites deverão ser delineados de forma a não permitir, como salientado supra, a transferência para a subconcessionária do serviço de distribuição de gás, restringindo-se a subconcessão a mera execução do gasoduto necessário a ampliação da distribuição de gás natural pela concessionária.

24. Paralelamente, tem-se a necessidade de que se acrescente ao contrato de concessão, no seu item 9, um subitem no sentido de ressaltar que o bem a ser construído pela subconcessionária, será por ela titularizado, tão-somente, pelo prazo necessário para a amortização de seus investimentos, razão pela qual o explorará neste período de tempo ao cabo do qual o bem reverterá para a concessionária, tudo, necessariamente, definido de maneira pormenorizada pelo

Edital que disciplinar a contratação da subconcessionária. Também deverá se prever que reverterá para a concessionária referido bem na hipótese de rescisão antecipada do contrato de subconcessão.

25. De se dizer, ainda, que a licitação pública, sob a modalidade de concorrência, para a eleição da subconcessionária, deverá ser realizada pela concessionária atual, a quem incumbe o cumprimento da obrigação contratual, lembre-se (item 5.1, do contrato de concessão), arcando a mesma com os ônus daí decorrentes, ou seja, será a concessionária quem remunerará a subconcessionária pelo investimento correspondente. Sobre o assunto, colaciona-se excerto da doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Também podem surgir controvérsias quando existe uma *subconcessão imprópria*. Tratou-se da figura por ocasião dos comentários ao art. 2º, a propósito de técnicas de organização da estrutura estatal para a prestação de serviços públicos. Como apontado, há hipóteses denominadas de *concessão*, na praxe administrativa, mas onde o serviço é desempenhado por entidades integrantes da Administração Pública. Em tal contexto, não há propriamente concessão, eis que os serviços não são desempenhados por terceiros, estranhos à Administração Pública.

Em tal situação, a *subconcessão* corresponderá, em última análise, a uma concessão. Assim, suponha-se que um Município constitua uma empresa pública, a quem atribui a prestação dos serviços públicos de fornecimento de água e coleta de esgotos. Verifica-se mera hipótese de descentralização, ainda que denominada de *concessão*. Se e quando for promovida a privatização do serviço, poderá cogitar-se de a própria empresa pública municipal transferir a particulares a prestação. Poderia estabelecer-se que se trataria de uma *subconcessão*. Mas esse nome não alteraria a situação. Em verdade, haveria apenas uma *concessão*. O chamado *subconcessionário* seria, na verdade, o *concessionário*.

Nessas hipóteses, nada impediria que a licitação fosse promovida diretamente pela entidade integrante da Administração indireta. Não seriam aplicáveis, então, os motivos que conduziram a rejeitar uma subconcessão ser promovida pelo próprio concessionário. As situações são claramente distintas. Quando há uma subconcessão imprópria, o chamado *subconcessionário* é titular de função pública e seus agentes podem desempenhar competências privativas do Estado, cuja natureza impossibilite sua delegação a particulares. Ressalte-se que, se o ente da Administração indireta promover a licitação, atribuindo a denominação de *subconcessão*, isso não eliminaria a necessidade de aprovação da autoridade superior, titular do serviço. Afinal, se a Administração central deliberou organizar entidade descentralizada para prestação de serviço, isso não importa autonomia a ponto de tais

entidades transferirem a terceiros os encargos recebidos” (*in, op. cit.*, pp. 282/283).

26. Outro ponto a destacar é a relação jurídica que se estabelecerá entre o poder concedente, a concessionária e a subconcessionária, relativamente às responsabilidades destas últimas no que tange à prestação do serviço concedido.

26.1. A subconcessão não retira do poder concedente o direito de fiscalizar a subconcessionária de modo a exercer os seus poderes relacionados com o desempenho, a eficiência e a continuidade do serviço público, assim, a sub-rogação em direitos e obrigações a que faz referência o art. 26, § 2º, da Lei n.º 8.987, de 1995 deverá ser interpretada em termos e observados os limites da subconcessão. A respeito, leciona JUSTEN FILHO:

“A regra tem de ser interpretada em função da avença. [...] Portanto, havendo subconcessão, a sub-rogação não se produz em moldes excludentes da participação do concessionário. O concessionário permanece sendo o titular, propriamente dito, da relação jurídica com o poder concedente. Dar-se-á *sub-rogação* no sentido de que o subconcessionário não poderá ignorar a existência do concedente e de seus poderes jurídicos” (*in, op. cit.*, pp. 280/281).

26.2 Lado outro, a existência da subconcessão, que aqui se cogita com limites expressos para a realização da construção de gasodutos mediante sua exploração posterior pelo subconcessionário por prazo certo de tempo, até que se amortizem os seus investimentos, não afasta a eventual responsabilização da concessionária que ocorrerá nos precisos termos do *caput* do art. 25 da Lei federal n.º 8.987, de 1995. Recorrendo-nos, mais uma vez, ao abalizado escólio de JUSTEN FILHO, tem-se que:

“Se o subconcessionário atuar mal, não se admite que o concessionário pretenda escapar à responsabilidade. Não poderá invocar a condição de terceiro e imputar ao subconcessionário responsabilidade exclusiva pelos atos praticados” (*in, op. cit.*, p. 281).

27. Por fim, de se dizer, à consideração das alterações que serão realizadas no contrato de concessão de modo a se admitir a subconcessão e permitir a remuneração do terceiro na forma estipulada –mediante exploração de obra de natureza pública–, recomenda-se à supressão, no item 7 do contrato de concessão, da expressão a seu encargo exclusivo, uma vez que se possibilitará ao subconcessionário a realização do encargo pertinente a obras e instalação de canalizações, redes e equipamentos.

CONCLUSÃO

Do que vem de ser exposto, para que se viabilize a forma de pagamento de terceiro, pretendida pela GASMIG, com vistas a que se concretize a ampliação da distribuição de gás natural desejada pelo poder concedente, há de ser alterado pontualmente o contrato de concessão, a fim de se admitir a modalidade de subconcessão, limitada esta aos encargos de realizar obras e instalações de canalizações, redes e equipamentos indispensáveis para a concretização do ideal perseguido.

Em decorrência, deverão ser efetivadas as alterações contratuais sugeridas no corpo do presente parecer, e, posteriormente, ser elaborado o Edital da concorrência pública que elegerá o subconcessionário, quando, então, serão disciplinadas de maneira pormenorizadas as regras pertinentes a subconcessão, não se admitindo, em hipótese alguma, a alteração do objeto concedido a GASMIG.

Assim, não sendo, no momento, factível a via da subcontratação, para que se respeite a legalidade e o interesse público envolvidos na questão, a autorização do poder concedente solicitada pela GASMIG poderá ser dada desde que a execução por terceiro da obra necessária à ampliação noticiada observe o caminho jurídico acima delineado, ou seja, da subconcessão, o que é, sabe-se, uma opção administrativa, sendo, frise-se, necessário prévio conhecimento do Edital, que disciplinará a contratação da subconcessão, pelo poder concedente, com vistas à expedição da autorização prévia solicitada.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2006.

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Consultor Jurídico-Chefe Substituto
Masp. 598.222-8
OAB/MG-62.597