

09/03/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional.

ADI 2946 / DF

Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido.

1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza **intuitu personae** “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato.

3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame.

4. É a proposta mais vantajosa que, **prima facie**, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a

ADI 2946 / DF

necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos.

5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.

6. Os contratos de concessão seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Não há na Constituição brasileira de 1988 fundamento que ampare a suposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Existem regimes diversos de contratação administrativa que convivem paralelamente e de forma pontualmente subsidiária, não havendo embates entre os modelos previstos nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95.

7. A norma impugnada é uma “via de mão dupla”, porque, “por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro, assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato”. Trata-se de norma de duplo escopo, que institui a anuência da Administração Pública como relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público.

8. Mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. Os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, **caput**, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua

ADI 2946 / DF

conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.

9. Do cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, verifica-se que eles se referem a momentos distintos da contratação, possuindo diferentes âmbitos de incidência. O art. 175 da Constituição exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário.

10. O ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão de serviço público prevista no art. 26 do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado. Diversamente da transferência da concessão ou do controle acionário, que não dá início a uma relação jurídico-contratual nova e mantém intacta a base objetiva do contrato, a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária.

11. Na espécie, não se constata a alegada burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade, por sua vez,

ADI 2946 / DF

decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado.

12. Não faz sentido exigir que o ato de transferência do art. 27 da Lei nº 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos.

13. Pedido julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 25/2 a 8/3/22, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta.

Brasília, 9 de março de 2022.

Ministro Dias Toffoli
Relator

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "da concessão" contida no *caput* do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, propondo a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/98, para dar efeitos prospectivos à presente decisão, de modo que o poder público promova, no prazo máximo de 2 (dois) anos contados da data desta sessão de julgamento, as licitações de todas as concessões cuja transferência tenham sido efetivadas, com fundamento no referido dispositivo legal, no que foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

09/12/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em 29 de julho de 2003, com pedido liminar, tendo por objeto o art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, o qual dispõe sobre a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária.

A norma está assim redigida:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle

ADI 2946 / DF

societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o **caput** deste artigo o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

Em suas alegações, sustenta o autor que o artigo impugnado é inconstitucional, pois “formaliza a transferência da concessão e da permissão do serviço público sem prévia licitação, quando o artigo 175 da Constituição Federal preconiza sua obrigatoriedade” (fl. 3).

Argumenta, ainda, que “o dispositivo questionado discrepa da própria lei, pois o artigo 26 do mesmo diploma ao dispor sobre a subconcessão de serviço público estabelece expressamente a exigência de licitação” (fl. 4).

Aplicado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (fl. 26), foram solicitadas informações às autoridades competentes.

O Presidente do Congresso Nacional prestou informações opinando pela constitucionalidade da norma impugnada (fls. 35-50), uma vez que “as condições do contrato firmado com o concessionário devem ser observadas na hipótese de transferência da concessão” (fl. 43). Defende, ainda, a supremacia do interesse público, na medida em que “a transferência de concessão se dará quando assim exigir o interesse público, principalmente, considerando-se a necessidade de continuidade da prestação de serviço público” (fl. 45).

A Presidência da República manifestou-se pela “perfeita adequação do art. 27 da Lei n. 8.987 ao figurino da vigente Constituição” (fl. 56). Isso porque “o negócio jurídico que agora se realiza é entre pessoas de direito privado, com a mera anuência da Administração, se cumpridas todas as exigências do parágrafo único do art. 27” (fl. 59).

O Advogado-Geral da União, em petição juntada às fls. 61/73,

ADI 2946 / DF

também se manifestou pela constitucionalidade do ato normativo questionado.

Por fim, opinou o Procurador-Geral da República pela procedência do pedido (fls. 75/79), em parecer assim ementado:

“O artigo 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, contraria o disposto no artigo 175 da Constituição da República.

Cabe ao poder público a prestação de serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou mediante concessão ou permissão, precedidas sempre de licitação, que objetiva garantir o princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (artigo 3º da Lei 8.666/93).

Pela declaração de inconstitucionalidade.”

Em 1º/8/08, o eminente Ministro **Menezes Direito**, então Relator, solicitou informações ao autor acerca da alteração do art. 27 da Lei nº 8.987/95, ora impugnado, pela Lei nº 11.196/05.

Em resposta, o autor explicitou que “a alteração introduzida no texto normativo não afeta de qualquer modo a análise da constitucionalidade do artigo 27, **caput** e parágrafo 1º, incisos I e II, porquanto suas redações permanecem inalteradas” (fl. 98).

Posteriormente, foram admitidos no feito, na qualidade de **amicus curiae**, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base (ABDIB) e a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) (e-Doc. 62) e, por fim, a Associação Brasileira dos Investidores em Auto produção de Energia (ABIAPE) (e-Doc. 70), **sendo indeferido o ingresso dos demais requerentes, dada a intempestividade dos respectivos pedidos** (e-Doc. 53)

É o relatório.

09/12/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Obrigado, Senhora Presidente.

Eu fiz distribuir a Vossas Excelências meu novo voto, após as reflexões que fiz a partir do voto divergente apresentado depois do pedido de vista.

Também gostaria de registrar que o voto que lancei no Plenário Virtual era um voto já realizado há muitos anos, porque eu liberei esse processo para julgamento do Plenário Presencial há mais de sete anos. O que demonstra também, Senhora Presidente, Senhores Ministros, o

ADI 2946 / DF

quanto o Plenário Virtual tem sido uma solução para nosso acúmulo de processos, seja em julgamento de ações diretas, seja em julgamentos de repercussões gerais. Estamos batendo recordes de produção, sem prejuízo ao devido processo legal, sem prejuízo à participação dos entes, das instituições essenciais à Justiça – Ministério Público, Advocacia pública e privada e Defensoria Pública. Dados levantados pela Secretaria da Presidência agora na gestão – já há mais de um ano – do Ministro **Luiz Fux** mostram que até aumentou o número de divergências e o aprofundamento dos debates.

É preciso fazer esse registro porque, inicialmente, o Plenário Virtual foi muito criticado, e hoje todos nós temos consciência de que ele foi uma solução muito bem engendrada para que nós pudéssemos dar conta de uma pauta gigantesca, que nos impõe decidir sobre todos os tipos de questões e que, muitas vezes, com o julgamento presencial em um mesmo dia, não nos permitia uma maior reflexão.

E essa maior reflexão é o que venho trazer agora no voto, que já fiz chegar ao gabinete de Vossas Excelências no final do dia de terça-feira. Como Vossas Excelências já têm o voto na íntegra desde o início da semana, permito-me resumi-lo, como tenho feito sempre, até para não cansá-los, sem prejuízo de as partes e os interessados terem acesso, após o término, ao conteúdo integral do voto em meu gabinete.

09/12/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme foi relatado, discute-se na presente ação direta se a transferência da concessão e do controle societário das concessionárias, mediante simples anuência do poder concedente, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, é ou não compatível com o texto constitucional.

Alega o autor que referido dispositivo legal afronta o dever de licitar previsto no art. 175 da Constituição, além de discrepar do regime jurídico estabelecido na própria Lei Geral das Concessões, que prevê, em seu art. 26, a obrigatoriedade de prévia licitação para a subconcessão de serviços públicos.

Um breve retrospecto do julgamento

Primeiramente, reputo pertinente registrar que o **julgamento do presente feito foi iniciado em sessão do Plenário Virtual** realizada no período de 6 a 16 de agosto de 2021.

Naquela ocasião, apresentei voto no sentido de julgar **parcialmente procedente o pedido** para “declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘da concessão’ contida no **caput** do art. 27 da Lei nº 8.987/95”, **propondo a modulação dos efeitos da decisão** para determinar ao poder público que “promova, no prazo máximo de 2 (dois) anos contados da data da sessão de julgamento, as licitações de todas as concessões cujas transferências tenham sido efetivadas com fundamento no referido dispositivo legal”.

O Ministro **Alexandre de Moraes** acompanhou meu voto, e o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro **Gilmar Mendes**.

Com a retomada do julgamento, em sessão do Plenário Virtual designada para o período de 8 a 18 de outubro de 2021, o Ministro **Gilmar Mendes** votou pela improcedência do pedido. Na sequência,

ADI 2946 / DF

entendi por bem pedir destaque do feito, objetivando não só facultar a sustentação oral àqueles que, devidamente habilitados nos autos, assim o desejarem, dada a relevância econômica e social da matéria, como também – e especialmente – **reexaminar o caso à luz dos substanciosos argumentos expostos por Sua Excelência, Ministro Gilmar Mendes**, os quais descortinaram **uma perspectiva distinta** e, segundo me parece, **mais consentânea** com o papel da jurisdição constitucional, além de **mais adequada** à dinâmica complexa e peculiar dos contratos de concessão.

Desta feita, após me dedicar novamente ao estudo da matéria, **analisando, inclusive, os inúmeros memoriais apresentados**, bem como revendo a doutrina referenciada e a jurisprudência recente da Corte, peço aos pares a devida vênia para **rever meu posicionamento original**, o que faço pelos motivos que passo a expor:

Da exata definição da controvérsia

A controvérsia jurídica travada nestes autos consiste em saber se a cessão da concessão e a transferência do controle societário da concessionária devem obediência à regra constitucional da obrigatoriedade de licitação.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

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

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

O autor aponta como parâmetro constitucional de controle o art. 175

ADI 2946 / DF

da Constituição, o qual tem a seguinte redação:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

Comentando o dispositivo impugnado, juristas renomados entendem que a primeira das hipóteses nele descritas implica afronta aos princípios norteadores da licitação, sendo situação que se equipara, na prática, à contratação direta.

Esse é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem,

“[t]endo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei n. 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de

ADI 2946 / DF

anuência da Administração” (**Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 676-677).

Maria Sylvia Di Pietro também expressa seu inconformismo em relação ao teor do mencionado art. 27:

“A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei n. 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão [...]. Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição” (**Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 279).

Para a referida autora,

“[o] que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’; ora, sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame, ou, se participou, não logrou a almejada vitória” (**Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 105).

Inferre-se da petição inicial – e dos excertos doutrinários que lhe dão respaldo, a exemplo dos que foram acima colacionados – que a **suposta inconstitucionalidade da norma** se apoia basicamente na premissa de

ADI 2946 / DF

que os contratos administrativos possuem caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae*, do que decorreria a conclusão de que é inviável a alteração contratual subjetiva.

Após muito refletir sobre a questão posta nos autos, penso que **essa tese não merece prosperar**. Primeiro, porque a premissa da natureza personalíssima dos contratos administrativos não resiste a um exame mais rigoroso, segundo o qual o que interessa à Administração, mais que a identidade do contratado, é a seleção da proposta mais vantajosa. É essa proposta que, **prima facie**, vincula a Administração.

Consequentemente, mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos.

Segundo, porque o ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão serviço público, prevista no art. 26 do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado.

Na espécie, a alegada inconstitucionalidade não é passível de investigação pelo cotejo ou confronto direto da literalidade da norma impugnada com o teor do parâmetro constitucional de controle, fazendo-se necessário um estudo mais abrangente e aprofundado da matéria para a exata compreensão de todas as suas nuances.

Começo, então, por averiguar em que bases se assenta a tese do caráter personalíssimo ou da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos.

Do caráter personalíssimo dos contratos administrativos à possibilidade de sua modificação subjetiva

ADI 2946 / DF

De fato, ainda hoje é amplamente difundida na doutrina brasileira a tese de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza **intuitu personae**, com o argumento de que as características pessoais ou subjetivas do particular contratado são levadas em consideração para seu aperfeiçoamento.

Marçal Justen Filho, em interessante artigo doutrinário, adverte que essa concepção “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente”.

De acordo com referido autor,

“[n]os primórdios do século XX, a contratação administrativa na França podia ou não ser antecedida de prévia licitação. Não existia disposição legal impondo uma disciplina abrangente e orgânica sobre o tema. Reconhecia-se, então, que a licitação era uma escolha discricionária da Administração Pública e cabia à autoridade administrativa escolher entre promover a licitação ou contratar diretamente um sujeito por ela selecionado.

Ora, o personalismo do contrato administrativo era afirmado pela doutrina francesa precisamente pela ausência de prévia licitação. Como a seleção do contratado se inseria em um processo de natureza discricionária, a identidade e os caracteres subjetivos do escolhido eram fundamentais para a Administração Pública. A existência e o conteúdo do contrato administrativo derivavam dessas peculiaridades subjetivas apresentadas pelo particular e que motivavam sua escolha por parte da Administração. O contrato administrativo consubstanciava uma relação subjetiva de confiança entre a Administração Pública e o particular por ela eleito.

Daí derivava a inviabilidade da substituição do particular, durante a execução do contrato. Qualquer alteração subjetiva ou modificação de suas características redundaria na supressão do vínculo de confiança subjacente à contratação. A alteração da identidade do particular era incompatível com o juízo

ADI 2946 / DF

discricionário realizado pela Administração antes da contratação. A alteração do particular correspondia a uma espécie de destruição dos motivos determinantes da contratação” (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

Impende observar, contudo, que, mesmo na França, à medida que a contratação se tornou menos dependente da avaliação das qualidades subjetivas dos contratados pela Administração Pública, devido à gradual obrigatoriedade de licitação prévia à contratação, perderam espaço e relevância as considerações sobre o personalismo dos contratos. Por conseguinte, o direito francês evoluiu para admitir a transferência da posição contratual a terceiros.

Marçal Justen Filho também alerta que “a modelagem das licitações, na França, não é idêntica à brasileira”, ao menos, desde a edição do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Isso porque, enquanto no direito francês “a licitação não elimina uma razoável margem de avaliação subjetiva para a escolha da proposta vencedora”, no direito pátrio a seleção do particular a ser contratado pela Administração está condicionada à satisfação de requisitos objetivos e previamente definidos, estabelecidos na lei e no edital do certame, não havendo margem para essa discricionariedade (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP). Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, nº 41, maio/2005).

Dessa forma, para o aludido autor, a afirmação de que o contrato administrativo é firmado **intuitu personae** se refere ao fato muito peculiar de que, em nosso sistema jurídico, é a proposta mais vantajosa que vincula a Administração, e não propriamente as características pessoais ou subjetivas do contratado. Confira:

“Acerca do tema, este autor já observara ‘que o contrato administrativo é pactuado **intuitu personae** para indicar um

ADI 2946 / DF

fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra... Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo’.

Bem por isso, afigura-se descabido aplicar, no âmbito dos contratos administrativos, de modo automático, algum princípio geral vedando a cessão da posição contratual. Não se pode admitir, em face do sistema jurídico brasileiro, alguma regra geral excludente do cabimento da alteração na identidade do sujeito que contrata com a Administração.

Ao ver deste autor, o personalismo do contrato administrativo pode verificar-se quando tiver ocorrido escolha discricionária do sujeito a ser contratado pela Administração Pública. Com a prática da licitação, elimina-se essa discricionariedade – e, com ela, também se exclui o personalismo da contratação” (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

Semelhante entendimento é defendido por Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro. Para os citados autores,

“não faz sentido interpretar a realização de licitação prévia como um fator a atrair o caráter **intuitu personae** ao contrato administrativo. Pelo contrário. Quando se cogita de uma competição entre interessados que, de fato, concretiza-se no certame licitatório, está-se, de pronto, proscrevendo a noção de uma obrigação fungível, de natureza personalíssima. Ora, ao admitir que mais de um interessado reúna as condições para a execução do contrato, a licitação acaba por esvaziar qualquer argumento em prol da natureza personalíssima do contrato

ADI 2946 / DF

administrativo justamente por reconhecer que todos aqueles habilitados no certame podem vir a executar o contrato e a única circunstância determinante à escolha promovida pela Administração acaba sendo mesmo a proposta comercial apresentada por cada licitante” (O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo contemporâneo**, v. 23, mar./abr. 2016).

Proseguem esses autores dizendo que

“a natureza personalíssima do contrato administrativo tende a se manifestar quando não há licitação prévia, nas hipóteses em que as condições pessoais do contratado e o critério de confiança da Administração fazem ser possível abdicar da regra geral licitatória. É o caso, por exemplo, das situações previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que predicam a inexigibilidade de licitação por ausência de competição efetiva, em que a escolha do particular a ser contratado recai sobre suas características pessoais, de tal forma que seja possível admitir a ausência de certame prévio à contratação” (O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público **Revista de Direito Administrativo contemporâneo**, v. 23, mar./abr. 2016).

Após examinar as diretrizes gerais da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Pública, **não vejo como negar o acerto da conclusão de que, em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha.**

Nas precisas palavras de Rafael Vêras de Freitas,

“por meio desse procedimento, o Poder Público tem por objeto selecionar a ‘melhor proposta’, e não o ‘melhor

ADI 2946 / DF

contratado'. Ou seja, o referido procedimento visa selecionar um parâmetro qualitativo de bem ou do serviço, e não um contratado em especial" (A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016).

Como regra geral, as características pessoais, subjetivas, ou psicológicas são indiferentes para o Estado. **No tocante ao particular contratado, basta que seja pessoa idônea, ou seja, que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato, o que também é aferido por critérios objetivos e preestabelecidos.**

Nessa esteira, a própria lei prescreve que, não comparecendo o licitante vencedor para assinar o termo do contrato, ou não tendo ele aceitado ou retirado o instrumento equivalente no prazo e condições previstos, **é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado** (art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93). E isso só é possível porque se presume que **todos os licitantes habilitados têm idênticas condições de executar o contrato e porque o que vincula a administração não é, propriamente, a identidade do licitante vencedor (ou suas características inerentes), mas sim as condições constantes de sua proposta comercial.**

Como bem sintetiza Fábio Barbalho Leite,

“o contrato administrativo atrela-se, pois, não propriamente à pessoa do contratado, (o qual, no mais das vezes, em certames do tipo menor preço, não é considerado o único capaz de dar exequibilidade ao escopo contratual: todos os licitantes o são), mas sim, à objetividade da proposta vencedora. E sobre esta é que a Constituição (art. 37, XXI, da CF/88) e a Legislação (art. 65 da Lei nº 8.666/1993) constroem os mais estreitos limites à sua alteração” (A ilicitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. **Revista de Direito**

ADI 2946 / DF

Administrativo, n. 232, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003).

No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro ensinam que

“[a] certeza de que o contrato administrativo se vincula precipuamente à proposta vencedora, e não necessariamente à figura do contratado, não se fragiliza com o fato de que condições pessoais do contratado são avaliadas dentro do julgamento da melhor proposta. O fato de o edital prever uma fase de habilitação, na qual características pessoais dos particulares são escrutinadas pela Administração, não confere uma natureza personalíssima ao contratado administrativo. Até porque, verificado o atendimento das exigências de habilitação por uma multiplicidade de particulares, todos eles estão aptos à contratação, sendo certo inexistir um fator distintivo que não apenas a proposta (na imensa maioria dos contratos licitados unicamente pelo critério do menor preço)” (O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo contemporâneo**, v. 23, mar./abr. 2016).

Para esses autores, a vinculação do contrato à proposta mais vantajosa, e não à pessoa do particular, como aqui defendemos, “atende outros desígnios da contratação levada a cabo pela Administração na medida em que permite a mutação contratual em prol da sua correta conclusão” (O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo contemporâneo**, v. 23, mar./abr. 2016).

Prosseguindo no exame da Lei nº 8.666/93, verifica-se que o particular contratado pode, outrossim, substituir os profissionais que tenham evidenciado, durante o certame, sua capacitação técnico-profissional por outros que tenham experiência equivalente ou superior, bastando, para tanto, a aprovação da Administração (art. 30, § 10, da Lei nº 8.666/93).

ADI 2946 / DF

Com efeito, o princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, **a identidade do particular contratado (ou do profissional de reconhecida *expertise* vinculado a seu quadro de pessoal) não é relevante por si mesma, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos** previstos na lei e no edital.

Além disso, **o procedimento licitatório brasileiro é marcado pela dissociação das fases de habilitação e julgamento das propostas**, o que, segundo lição de Marçal Justen Filho, “reflete a vontade legislativa de neutralizar a interferência de fatores subjetivos relacionados à pessoa dos licitantes” na seleção da proposta mais vantajosa (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP). Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

É na fase de habilitação que se faz o escrutínio das condições pessoais dos eventuais interessados em contratar com a Administração, com a finalidade de comprovar sua regularidade jurídica e fiscal, bem como sua capacidade técnica e sua idoneidade econômico-financeira para honrar as obrigações provenientes do contrato (art. 27 da Lei nº 8.666/93). No entanto, como já se antecipou, **esse escrutínio se dá em conformidade com critérios objetivos e previamente estabelecidos** previstos na lei e no edital do certame, não havendo margem para valoração subjetiva por parte da Administração Pública.

Portanto, se bem analisada a questão, **não se sustenta a tese do caráter personalíssimos ou da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos**. Por conseguinte, também não se pode afirmar, como premissa geral e inarredável, que **é inviável a alteração do particular contratado ao longo da execução contratual**.

A mudança é inerente à realidade dos contratos, principalmente daqueles cuja execução é diferida ou prolongada. Bem por isso, **o princípio geral é justamente o da mutabilidade contratual**, tanto no âmbito cível, cujo regime jurídico é claramente mais flexível, por ser

ADI 2946 / DF

regido preponderantemente pelo princípio da autonomia da vontade, como também na seara administrativa, apesar de todas as derrogações e prerrogativas estabelecidas em prol do interesse público.

Importa observar, nesse particular, que a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de modificação objetiva do contrato por acordo entre as partes, ou unilateralmente pela Administração, nos termos do art. 65 da referida lei. **Vide:**

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de

ADI 2946 / DF

consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (cf. redação dada pela Lei nº 8.883/94).”

Se é admitida a alteração objetiva do contrato, também é pertinente que haja possibilidade de modificação subjetiva. Mais uma vez, invoco os argumentos de Marçal Justen Filho:

“[é] inquestionável que uma das características da contratação administrativa reside na mutabilidade. Todos estão de acordo em reconhecer que a natureza peculiar do instituto se traduz na possibilidade de alteração das cláusulas contratuais originalmente pactuadas. Mais ainda, admite-se a existência de uma competência administrativa para introduzir unilateralmente modificações na contratação, cujo limite reside na intangibilidade da equação econômico-financeira.

Se fosse eleito como pressuposto intocável a vinculação absoluta e estrita da contratação administrativa ao resultado da licitação, ter-se-ia de abandonar o postulado da mutabilidade.

Ou seja, o argumento da vinculação ao edital alcança não apenas as modificações subjetivas, mas teria de atingir também as de cunho objetivo. Admitindo-se a identidade do sujeito contratado não pode ser alterada em virtude do princípio da vinculação à licitação, deixaria de haver espaço para permitir-se a modificação de qualquer das condições contratadas originalmente por meio da licitação. Afinal, não há argumento plausível que permita distinguir modificações subjetivas e objetivas em face de um princípio absoluto e intocável de vinculação ao resultado da licitação.

(...)

Se é admissível a alteração das condições de execução do contrato – mesmo quando tiverem elas sido resultante de uma licitação – não há fundamento lógico para asseverar que a existência da licitação inviabiliza a alteração subjetiva”

ADI 2946 / DF

(Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

Com efeito, se o liame contratual não se estabelece propriamente com a pessoa do contratado, mas com a proposta comercial mais vantajosa, e se a possibilidade de substituição do contratado consiste em verdadeira garantia a favor da Administração, já que lhe permitiria obter de outrem a correta execução contratual (até então, frustrada ou dificultada por obra do particular originariamente contratado), **não existe óbice absoluto e intransponível à modificação subjetiva do contrato administrativo.**

É necessário enfatizar, aqui, que **não se defende que o resultado da licitação possa ser ignorado pela Administração, admitindo-se toda e qualquer modificação subjetiva no contrato.** **Há, sim,** como veremos adiante, **restrições a modificações dessa natureza,** mas essas restrições, longe de qualificarem o contrato como personalíssimo, apenas reforçam sua sujeição ao regime jurídico administrativo, com todas as derrogações e prerrogativas que lhes são próprias.

Importa registrar, ainda, que o art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, ao prescrever que constitui motivo para a rescisão contratual “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”, **deve ser interpretado com a devida cautela.**

É que referido dispositivo legal comina a sanção de rescisão contratual para algumas hipóteses muito diversas entre si, entre as quais estão a cessão da posição contratual e a alteração societária do contratado não autorizadas previamente no edital e no contrato. Não se pode olvidar, entretanto, que **a imposição de sanções administrativas deve observar o princípio da proporcionalidade, como preconizado pela doutrina e jurisprudência uníssonas, fazendo-se com vistas à gravidade da conduta perpetrada e de suas consequências, do que resulta a inviabilidade de punições desmedidas, excessivas ou simplesmente**

ADI 2946 / DF**destituídas de propósito.**

Sendo assim, a sanção prevista no mencionado inciso VI do art. 78 só **incidirá** quando a modificação subjetiva do contrato (ou qualquer das operações ali previstas) **acarretar o sacrifício do interesse público ou fraude à lei**, não devendo significar sua vedação absoluta.

O próprio Tribunal de Contas da União, atento à evolução doutrinária a que nos reportamos inicialmente, **passou a admitir a reorganização empresarial** – que não deixa de ser, em última análise, também uma espécie de modificação subjetiva do contrato – **mesmo nas hipóteses em que não havia autorização para tanto no edital do certame e no contrato**. Cito, a título de ilustração, o Acórdão nº 634/2007 – Plenário, Rel. Min. **Augusto Nardes**:

“A fusão, a cisão e a incorporação ocorrem no mundo empresarial em função, sobretudo, da necessidade enfrentada pelas empresas de se manterem competitivas. A interpretação atualmente adotada pelo TCU engessa as empresas que são contratadas pela Administração, pois durante a vigência do contrato ficam tolhidas de passar por qualquer tipo de reorganização empresarial, a não ser que haja previsão no contrato e no edital, sob pena de rescisão do contrato. A administração deve, isto sim, vedar a reorganização empresarial em editais e contratos que abordem situações em que entenda que tal processo será, de fato, prejudicial para o interesse público” (julgado na sessão de 18/4/07, publicado no DOU de 23/4/07).

Para a Corte de Contas, a omissão do edital e do contrato quanto às transações societárias não pode levar ao “engessamento” das empresas contratadas pela Administração. Por isso, é a Administração que deve proibir expressamente a prática de tais transações quando vislumbrar, diante das peculiaridades do caso concreto, que elas representam risco ao interesse público.

Esse precedente sinaliza a superação do paradigma anterior, que, calcado na premissa da natureza **intuitu personae** dos contratos

ADI 2946 / DF

administrativos, **refletia a concepção de que a substituição do contratado – ou sua reorganização empresarial – sempre tem um propósito escuso ou fraudulento, o que, de veras, não procede.**

Como já mencionado, sob a óptica da Administração Pública, a possibilidade de substituição do particular contratado funciona como garantia que se estabelece em prol da satisfação do interesse público. De outro turno, pela perspectiva do particular contratado, a modificação subjetiva do contrato pode decorrer da necessidade de alcançar competitividade no mercado, ou, ainda, de uma mera conveniência proporcionada pela fluidez da vida empresarial. Seja como for, para a empresa, adaptar-se às novas conjunturas e manter-se competitiva não é mera opção, mas questão de sobrevivência no mundo econômico e concorrencial.

A busca de interesses privados pelo contratado – seja com a cessão do contrato administrativo (que é, em si, um ativo patrimonial), seja pela reorganização da empresarial – não tem o condão de, por si só, afrontar o interesse público. O que se verifica, mais frequentemente, é que a alteração subjetiva do contrato é justificada pelas circunstâncias supervenientes e pode estar em conformidade com o interesse público à medida que viabiliza a prestação dos serviços contratados.

No entanto, mesmo que essa alteração subjetiva seja indiferente ao interesse público, **não se demonstrando que ela tem a finalidade de violar direito dos licitantes que participaram do certame que antecedeu a contratação, ou que resulta de conluio entre as partes para a cessão da posição contratual a um concorrente**, entendo que ela **pode e deve** ser privilegiada.

Com efeito, não se pode olvidar que a Constituição da República, no art. 1º, inciso IV, e no art. 170, **caput**, consagrou o princípio da liberdade de iniciativa e, por força desse princípio, qualquer restrição à prática de negócios jurídicos deve ser excepcional e resultar de lei expressa.

Superada a tese do caráter personalíssimo ou da natureza **intuitu personae** dos contratos administrativos, bem como demonstrada a possibilidade de sua modificação subjetiva, passo a examinar as

ADI 2946 / DF

peculiaridades inerentes aos contratos de concessões públicas, a fim de verificar se as conclusões até aqui expostas também lhes são aplicáveis.

Da dinâmica complexa e peculiar das concessões de serviços públicos à finalidade da norma impugnada

As concessões públicas – aqui, empregado o termo como gênero que compreende diversas e distintas espécies – caracterizam-se por serem contratações de longa duração e de grande complexidade técnica, que envolvem vultosos investimentos e se desenvolvem por conta e risco dos concessionários, em setores sensíveis e vitais ao desenvolvimento do país e mediante a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada, com vistas à satisfação das necessidades materiais elementares da sociedade.

Os exemplos são fartos e estão por toda a parte. São os serviços de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; os serviços de iluminação pública; os serviços de captação, tratamento e distribuição de água; os serviços de coleta e tratamento de esgoto; os serviços e obras de saneamento urbano; os serviços de telefonia e conexão de internet; as obras e os serviços de infraestrutura e transportes; a construção e a operação de portos e aeroportos, entre outros. Eles não perdem a nota de essencialidade e de indispensabilidade para a manutenção da coesão e do bem-estar social tão somente por serem delegados à iniciativa privada. Apesar de eventualmente serem prestados por agentes econômicos, a titularidade desses serviços e obras continua sendo do Estado.

Ademais, em todos esses casos, as obras e os serviços concedidos têm enorme capilaridade social; requerem constante atualização e inovação tecnológica; sofrem impacto das oscilações econômicas e da evolução social e cultural; estão sujeitos às vulnerabilidades de mercado (inclusive, do mercado internacional). Nesse sentido, para a continuidade de sua prestação em condições satisfatórias, não prescindem da flexibilidade e da agilidade inerentes à vida empresarial.

ADI 2946 / DF

Para Marçal Justen Filho, a complexidade do regime jurídico das concessões decorre da pluralidade dos vínculos jurídicos que se estabelecem entre o poder público concedente, a concessionária e os usuários dos serviços públicos, conjugando princípios próprios dos regimes de direito público e de direito privado.

Diz o referido autor que,

“[n]o âmbito interno da concessão, verifica-se a autonomia formal entre Administração Pública e concessionário. São sujeitos de direito diversos, integrantes de órbitas jurídicas distintas. O concessionário sujeita-se a controle e fiscalização por parte da entidade concedente. É verdade que a relevância das atividades objeto da concessão atenua a aplicação de algumas regras típicas ao direito contratual, especialmente se considerado o direito privado. No campo privado, não se poderia cogitar da intervenção, característica do instituto da concessão. A intervenção consiste na transferência compulsória, embora temporária, do poder de controle empresarial. A lei prevê que, em situações especiais e para assegurar a continuidade dos serviços públicos, o poder de comandar a atuação empresarial seja retirado do sócio controlador, passando a ser desenvolvido pela Administração Pública. Isso não caracteriza, porém, existência de vínculo hierárquico subjugando o concessionário ao Estado”.

E prossegue o autor explicando que,

[n]o âmbito externo, o concessionário atua em nome próprio, mas no interesse público. Perante terceiros, aparece como se integrasse a Administração Pública, na acepção de que não se altera o regime jurídico incidente. Como regra, o concessionário está jungido a idênticos limites que se impõem à Administração Pública. O usuário se relaciona com o concessionário tal como se se tratasse do próprio Estado. Inclusive, poderia asseverar-se uma tendência à ampliação dos direitos dos usuários em virtude da concessão, ainda que por

ADI 2946 / DF

circunstâncias práticas. É que a concessão produz definição precisa das condições da prestação do serviço, subordinada a padrões de excelência, sob pena de extinção do vínculo. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, isso dificilmente se passa. Nesse ponto, a diferença é meramente prática, pois a comunidade tem o direito de perceber o melhor serviço possível – seja ele prestado pela Administração ou por concessionário.

Devem se diferenciar, no âmbito externo, as atividades do concessionário enquanto prestador de serviços das suas demais atividades. No desempenho do serviço público, aplicam-se as regras comuns de direito público: o concessionário não é nem mais nem menos nem diverso do que seria a Administração Pública em face do usuário. Todas as demais relações jurídicas de que o concessionário participar, não integrantes da prestação do serviço concedido, são regidas pelo direito privado. Mais precisamente, essas demais relações jurídicas, não compondo o objeto da concessão, não se sujeitam ao regime jurídico da concessão. Os atos do concessionário fora do âmbito dos serviços públicos regular-se-ão pelas normas de direito privado. Assim, contratação de empregados, aquisição de insumos, edificação de obras etc. apresentam cunho instrumental em face do desenvolvimento satisfatório da concessão. Isso não significa, porém, que tais atos se integrem no objeto da concessão e se subordinem ao regime jurídico de direito público. Por isso, os empregados da concessionária não são servidores públicos e os contratos que realiza com seus fornecedores não são administrativos. Eventuais ilícitos praticados fora do desempenho do serviço concedido não se sujeitam ao regime da responsabilidade civil do Estado.

A concessão contempla, ademais, normas condicionando a conduta do Estado perante os usuários. O Estado obriga-se, inclusive perante o concessionário, a adotar no âmbito dos usuários inúmeras condutas indispensáveis ao bom desempenho da concessão” (As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da**

ADI 2946 / DF

Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 1, jan./mar. 2003).

Na verdade, as concessões públicas dão início a atividades empresariais típicas e com exigências próprias, as quais são desempenhadas pelos concessionários com ampla autonomia administrativa, gerencial, operacional e patrimonial relativamente ao poder público concedente. Em face disso, incumbe às concessionárias concentrar esforços, recursos e **expertise** para a implementação e a gestão dos projetos concessórios, bem como tomar, com exclusividade, todas as decisões pertinentes, tais como: selecionar seus diretores, equilibrar suas contas, criar condições para o autofinanciamento e para a remuneração do capital investido, equacionar e minimizar riscos etc.

Da mesma forma, são as concessionárias que suportam os riscos dos projetos concessórios. Obviamente, aqui não nos referimos a todos os riscos relativos aos empreendimentos concedidos (uma vez que os serviços continuam sendo públicos), mas tão somente àqueles que são avançados expressamente e que, por isso, são levados em conta na definição da equação econômico-financeira dos respectivos contratos.

A respeito, colhe-se da doutrina de Marçal Justen Filho valiosa explicação:

“A exteriorização mais direta do risco do concessionário relaciona-se com a tarifa. O risco é ‘precificado’ não apenas na acepção de comportar uma avaliação financeira, mas também no sentido de integrar-se no valor da tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em custos de transação, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entranham sua atividade.

Tal evidencia que a ampliação do risco do concessionário é incompatível com a realização do objetivo da tarifa módica. Se uma das finalidades essenciais da delegação é assegurar a prestação do serviço público mediante tarifas módicas, uma

ADI 2946 / DF

decorrência inafastável é a ponderação do risco a ser atribuído ao concessionário” (As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 1, jan./mar. 2003).

E mais: segundo observa Rafael Vêras de Freitas, as concessões de serviços públicos atribuem aos respectivos concessionários “uma situação de privilégio, interditando a sua exploração por uma pluralidade de interessados”. Consequência disso é que essa situação de privilégio gera, em favor dos concessionários, “um plexo de direitos econômicos decorrentes da exploração do pacto concessório”, que constitui importante ativo econômico ou patrimonial (O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 2013, n. 50, abr./jun. 2015).

É em atenção a essa realidade multifacetada e complexa, inclusive, que a doutrina especializada salienta que **os contratos de concessão são típicos contratos incompletos**, “os quais serão integrados por toda sorte de efeitos – econômicos, políticos e sociais – durante sua vigência” (FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões um encontro entre regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015), ou **configuram verdadeiros contratos dinâmicos**, reportando-se ao fato de que “eles não possuem um objeto pré-configurado de modo exaustivo e imune a quaisquer variações (objetivas e subjetivas)” e “instalam desafios próprios da atividade empresarial contemporânea” (MOREIRA, Egon Bockmann. A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012).

Como passo a demonstrar, todos os argumentos mencionados no tópico anterior a respeito da fragilidade da tese do caráter personalíssimo dos contratos administrativos e da viabilidade de sua alteração subjetiva se aplicam também – e com muito mais razão – às concessões públicas,

ADI 2946 / DF

não só em virtude de sua inegável feição contratual, como também em razão das peculiaridades que lhes são próprias, especialmente a longa duração dessas contratações, os volumosos valores envolvidos e sua interconexão com variados fatores (econômicos, políticos e sociais), os quais se sujeitam a constantes alterações no decorrer da execução contratual.

Nas concessões públicas, o objeto contratual – que é a prestação de um serviço público, a construção de uma obra pública, ou ambos – é, por sua natureza, fungível, e não há dúvidas quanto à possibilidade de serem prestados por mais de uma empresa. Aliás, a possibilidade de concorrência entre eventuais interessados na sua contratação, a qual se materializa no certame licitatório, afasta a ideia de que os contratos de concessão teriam caráter personalíssimo ou natureza **intuitu personae**.

A propósito, muito bem sintetiza Egon Bockmann Moreira que,

“nos casos de concessão de serviço e/ou obras públicas, a seleção do contratado é realizada de modo objetivo (basta a lembrança aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo – nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93). Aliás, é vedada a escolha subjetiva com lastro nas qualidades íntimas exclusivas do contratado: se assim fosse, concorrência não haveria (a hipótese seria de dispensa ou inexigibilidade). Afinal, se há mais de uma pessoa apta a contratar, executar as obras e prestar os serviços com a mesma qualidade e eficiência (por isso é possível a licitação), como se falar em contratação personalíssima? Mais do que isso: se houve pessoa qualificada técnica, operacional e economicamente, mas que perdeu a licitação devido ao preço ofertado, como se opor óbices personalíssimos à assunção do projeto concessionário? E o que é pior: se esse sujeito é um consórcio de empresas (despido de personalidade jurídica) ou uma SPE, como resolver o problema?” (A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012).

ADI 2946 / DF

E prossegue o mencionado autor:

“(…) como se conviver com o paradoxo de um contrato *intuitu personae* celebrado na maioria das vezes com uma sociedade anônima? Qual a justificativa para qualificar de personalíssimo um negócio jurídico firmado com empresa que possui como uma de suas principais características o fato de ser *intuitu pecuniae*? (...) Ora, a sociedade anônima tem justamente o perfil institucional de empresa que existe e desenvolve sua atividade de forma alheia à pessoa do acionista – muitas vezes, inclusive, o administrador e o pessoal tecnicamente qualificado acionistas não são (e podem deixar os quadros funcionais da companhia). Ela pode ter os seus atributos, mas o desenvolvimento destes depende da perspectiva empresarial lucrativa. Esta é a sua razão de existir, pois o que se pretende é justamente dissociar a estrutura empresarial de qualquer qualificação personalíssima” (A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012).

A dinâmica de funcionamento das concessões públicas parece mesmo caminhar em sentido oposto à tese do personalismo dos contratos. Isso porque, pela complexidade técnica do objeto contratual e pelos vultosos valores envolvidos na sua implementação, é comum que o contratado consista não em uma única empresa – geralmente organizada sob a forma de sociedade anônima –, mas em um consórcio de empresas, que se associam para concorrer no certame e desenvolver o projeto concessório em regime de parceria, a partir da conjugação de **expertises** e/ou recursos financeiros de cada qual.

Sagrando-se vencedor o consórcio de empresas, deverá ser providenciada sua regular constituição e registro, podendo, ainda, se assim previsto no edital, ser constituída sociedade de propósito específico (art. 19, § 1º, e art. 20 da Lei nº 8.987/95). No primeiro caso, tem-se a

ADI 2946 / DF

assunção do contrato de concessão por ente que, a rigor, é destituído de personalidade jurídica. No segundo, ocorre a criação de uma pessoa jurídica diversa – e que não participou do certame licitatório – com o propósito exclusivo de figurar no contrato de concessão e, por conseguinte, de implantar e gerir os serviços concedidos, com todos os encargos e os riscos que isso representa.

A criação de uma sociedade de propósito específico implica a separação jurídica entre o patrimônio diretamente afetado ao projeto concessório e o restante do patrimônio das empresas instituidoras, vinculado a outros empreendimentos e negócios jurídicos ou deles resultante. Apesar de constituir uma faculdade pela sistemática da Lei Geral de Concessões, em algumas legislações setoriais, a criação dessa sociedade constitui verdadeira exigência legal. É o caso do art. 9º da Lei nº 11.079/2005, o qual possui o seguinte teor:

“Art. 9º. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade

ADI 2946 / DF

de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.”

Em um contexto assim, não se pode falar propriamente em características pessoais, subjetivas ou psicológicas do contratado, mas apenas – e quando muito – em atributos que assegurem sua idoneidade para o cumprimento do contrato, o que abrange a aptidão técnica para o desempenho das obrigações avençadas e a capacidade econômico-financeira para arcar com os ônus e os encargos daí decorrentes.

Ademais, se as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, como visto, só se torna possível cogitar a estabilidade econômica e a segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual.

Nas palavras de Giovanna Mayer,

“a mutabilidade do ato de outorga é, paradoxalmente, a constante implícita nesses instrumentos. Todos os envolvidos na concessão devem honrar a mutabilidade, pois é ela que confere a permanência dos contratos. Se a mutabilidade é uma constante, por óbvio não há como prever todas as cláusulas contratuais e todos os possíveis desdobramentos do contrato e os acontecimentos da natureza. É aqui que entra a teoria dos contratos incompletos. Parte-se do pressuposto que ‘os contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza’. Como mencionado anteriormente, há muitos custos em tentar abarcar a totalidade de situações possíveis do contrato. Além disso, a partir do momento em que se executa um contrato, pode-se perceber que existem vários obstáculos para a sua concretização. Dessa forma, é preciso internalizar que se trata de um negócio incompleto, o qual será preenchido conforme houver a demanda de situações” (Contratos de concessão, mutabilidade e boa-fé. **Revista de direito Público da Economia**,

ADI 2946 / DF

Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011).

Tendo em vista essa constante implícita da mutabilidade, torna-se ainda mais evidente que, nas concessões de serviços públicos, **a Administração se vincule ao resultado da licitação de um modo muito especial, pelo respeito à imutabilidade do objeto da concessão, pela intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato e pela observância dos termos da proposta vencedora do certame, a ser executada por pessoa idônea, ainda que não seja o licitante vencedor ou o contratado original.**

E não por outro motivo, no julgamento da ADI nº 5.991, na qual se examinava a validade constitucional de disposições legais pertinentes à prorrogação antecipada dos contratos de concessão ferroviárias, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de afirmar que

“[a] imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes” (ADI nº 5.991, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, publicado no DJe de 10/3/21).

Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual com a finalidade de permitir a continuidade da prestação dos serviços públicos e, sobretudo, sua prestação satisfatória ou adequada.

Ao que me parece, as transferências da concessão e do controle societário da concessionária previstas no dispositivo legal impugnado nestes autos são exemplos de institutos dessa natureza. Sua finalidade precípua é permitir a continuidade da prestação dos serviços públicos nos casos em que as concessionárias não tenham mais condições de

ADI 2946 / DF

prosseguir à frente dos empreendimentos concedidos, já que a retomada dos serviços pela Administração pode se mostrar demasiadamente onerosa para o poder público concedente. Ademais, uma nova licitação, além de implicar custos altíssimos, demanda tempo para seu necessário planejamento e, ao final, pode resultar – como normalmente resulta – em tarifas mais caras para os usuários.

A manifestação trazida aos autos pelo Estado de Paulo é bem elucidativa a esse respeito:

“A Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo é a primeira Parceria Público-Privada (PPP) integral do país que contempla, com características pioneiras, implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação, manutenção e expansão da linha, tudo à responsabilidade da concessionária. A referida concessão envolve investimentos que superam a ordem de R\$ 13,4 BILHÕES (por parte do Estado de São Paulo e da concessionária), e suas obras estão em franca implantação: atualmente conta com 13 (treze) frentes de obra em andamento, já emprega 3.250 pessoas e prevê finalizar as obras de implantação das 15 estações em 2025.

Após dificuldades no cumprimento do contrato da concessão pela concessionária originariamente responsável pela execução (Move São Paulo S.A), que implicaram inclusive paralisação das obras de implantação do empreendimento, o contrato de concessão acabou sendo transferido pelo Estado de São Paulo para a Concessionária Linha Universidade S.A, decisão tomada nos termos da previsão contida no art. 27 da Lei nº 8.987/95 e fundada em minuciosa análise da sua vantajosidade econômica, técnica e operacional. A transferência da concessão para a Concessionária Linha Universidade S.A passou a produzir efeitos em 06 de outubro de 2020, momento também em que a implantação do empreendimento e o prazo de vigência da concessão foram retomados.

É imperioso destacar que o Estado de São Paulo resolveu transferir a concessão da Linha 6-Laranja para a Concessionária

ADI 2946 / DF

Linha Universidade S.A, utilizando-se da autorização legal do art. 27 da Lei nº 8.987/95, apenas e tão somente após constatar, através de profunda análise técnica, que a opção pela transferência melhor atendia o interesse público do que a alternativa de retomada da concessão e/ou realização de nova licitação.

As vantagens da opção pela transferência da concessão foram várias e robustas, mencionando-se as seguintes: a) economia de aproximadamente R\$ 2 bilhões se comparada com a realização de nova licitação; b) evitou o pagamento de indenização à Concessionária Move São Paulo S.A, estimada em R\$ 834 milhões; c) garantiu o recebimento integral, pelo Estado, das multas aplicadas em decorrência de descumprimentos contratuais pela concessionária inicial; d) garantiu-se a exclusão de pretensões relativas a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que poderiam ocasionar sério impacto financeiro ao erário estadual; e) demonstrou-se como a melhor alternativa para a rápida retomada do projeto, pois, de acordo com a experiência prática da Administração, uma nova licitação do porte da necessária à implantação da Linha 6, com todas as dificuldades inerentes à modelagem de uma obra de grande complexidade já executada parcialmente e paralisada antes do seu término, não seria finalizada em menos de 27 meses; f) garantiu-se a imediata retomada das obras, por concessionária habilitada e idônea, assegurando a conclusão em menor prazo para mais rápido benefício à população.

À vista de todos esses benefícios auferidos com a opção pela transferência da concessão da Linha 6-Laranja do Metro de São Paulo, percebe-se claramente que o mecanismo previsto no art. 27 da Lei nº 8.987/95, constitui, na realidade, importante alternativa conferida à Administração para, no exame de cada situação concreta, resguardar o interesse público nos casos em que a concessionária vencedora da licitação não mais ostenta condições de continuar executando as obras e serviços concedidos” (e-Doc. 31).

ADI 2946 / DF

Não se ignora, outrossim, que as concessionárias podem lançar mão de novas parcerias mediante reorganização societária e alteração de seu controle acionário para, por exemplo, proceder à atualização ou inovação tecnológica do empreendimento concedido; para adquirir ou agregar ao seu **know-how** outras expertises; ou, então, para superar crises ou óbices de natureza econômico-financeira, ou simplesmente captar no mercado os valores necessários a seu regular prosseguimento.

A esse respeito, é interessante anotar que a Lei nº 13.334, de 2017, criou o Programa de Parcerias de Investimento (PPI) com o objetivo de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, em complementação ao Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 9.491/97.

Segundo informado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com base nessa legislação, aquela instituição financeira de fomento (i) “possui em carteira, atualmente, ao menos 120 (cento e vinte) projetos em estruturação com entes das três esferas federativas, no setores (entre outros) de rodovias, portos, saneamento, iluminação pública, saúde e concessão de parques”; (ii) “concede apoio financeiro a várias concessionárias de serviços públicos, não só por meio de financiamentos mas também por meio de participações societárias”; (iii) “possui em sua carteira de investimentos, 388 (trezentos e oitenta e oito) contratos de financiamento ativos concedidos em favor de empresas concessionárias de serviços públicos de titularidade de diversos entes das três esferas federativas”; e, por fim, (iv) “possui participação societária em 19 concessionárias de serviços públicos” (e-Doc. 54).

Ressalte-se, ainda, que a ampla autonomia administrativa, patrimonial, gerencial e operacional dos concessionários em relação ao poder público concedente, a que já nos referimos anteriormente, não demarca a existência de uma necessária contraposição de interesses entre eles. Ao contrário. As concessões públicas originam, antes de tudo, um

ADI 2946 / DF

vínculo de mútua colaboração.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira,

“muito embora a concessão de serviços seja atividade empresarial autônoma, isto não significa dizer que concedente e concessionário estejam em pólos opostos. A rigor, a contratualização do vínculo instala a obrigação de colaboração recíproca – não só no que respeita ao objeto próprio do contrato, mas também quanto a deveres laterais de conduta que precisam instruir a conduta das partes. Aqui, o ‘credor’ (o concedente) tem o dever estatutário de envidar os melhores esforços para que o ‘devedor’ (o concessionário) preste o serviço e execute as obras da forma mais adequada possível. E o mesmo se diga do concessionário quanto aos seus deveres frente ao concedente. Para as partes existe o dever ativo de condutas positivas, a fim de que ambas efetivamente colaborem reciprocamente na efetivação dos objetivos, primários e secundários, do projeto concessionário” (A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012).

O fato de a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada visar, primordialmente, à satisfação do interesse público, por meio da prestação eficiente e adequada dos serviços públicos, não exclui a existência de outros interesses intrinsecamente privados, como a obtenção de lucro, tampouco os torna menos legítimos ou imorais.

Como nos lembra Marçal Justen Filho, a contratação administrativa não é instaurada no interesse exclusivo da Administração Pública, motivo pelo qual todos os interesses do particular contratado que não sejam incompatíveis com o interesse público merecem a devida proteção. A propósito, explica o renomado autor que,

“[a]ntes de tudo, é imperioso reconhecer que a contratação administrativa se insere num processo de associação entre

ADI 2946 / DF

Estado e iniciativa privada. O particular que contrata com a Administração Pública não se constitui em um ‘inimigo’, nem pode ser reputado como destituído de interesses próprios legítimos.

Daí se segue que todos os interesses privados do particular, que não sejam incompatíveis com o interesse público, merecem proteção e tutela. Aliás, não é casual que a Constituição assegure o direito do particular ao lucro, mesmo em face da invocação de um eventual interesse público.

Bem por isso, a Administração Pública não pode denegar um pleito que beneficie o particular contratado e que não produza qualquer efeito negativo ao interesse público. Não é compatível com a ordem democrática consagrada na CF/88 que a Administração Pública rejeite um pedido do contratado mediante puro e simples argumento de que não trará qualquer benefício para o interesse público. Se a alteração pretendida pelo particular for indiferente ao interesse público, a mera circunstância de atender ao interesse privado imporá seu deferimento.

Essa é uma das diferenças entre Democracia e Ditadura: a concepção instrumental das competências estatais, cuja utilização tem de fazer-se em benefício tanto do interesse público como dos interesses privados. Mais ainda, a Democracia interdita a utilização da competência estatal orientada a produzir prejuízo ao particular sem acarretar benefício para o Estado” (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

A par de tudo o que já se disse até aqui, não se pode deixar de registrar a advertência perspicaz de Carlos Ari Sundfel e Jacintho Arruda Câmara no tocante à especificidade dos contratos de concessão, que seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Para esses autores,

ADI 2946 / DF

“não há fundamento, na Constituição brasileira de 1988, a amparar a pressuposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. O Congresso Nacional recebeu competência legislativa para editar normas gerais de contratação, em todas as suas modalidades, para as administrações públicas (cf. 22, XXVII), mas é uma distorção vislumbrar aí a opção constitucional por normas gerais uniformizadoras de todas essas contratações” (Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 572, jan./mar. 2013).

Endossando essa crítica, pondera Rafael Vêras de Freitas:

“Esse vezo doutrinário e legislativo, para o que aqui importa, tem por consequência prática ser contrário às inovações carreadas pela lógica dos contratos de concessão. É dizer, boa parte da malversada interpretação destes ajustes pressupõe a existência de um embate entre a Lei nº 8.666/1993 (que traria esse regime jurídico único) e a Lei nº 8.987/1995. Aquela seria 'boa'; esta, 'má'. Trata-se de um conflito imaginário; inexistente. E isso pelo simples fato de que tais diplomas cuidam de modelos contratuais absolutamente diferentes, razão pela qual devem conviver de forma paralela e pontualmente subsidiária, sem que um subverta a lógica do outro. Isto porque o 'grande perigo de se mesclar o regime da Lei nº 8.666/93 e aquele do contrato de concessão é, pois, exagerar na dose e acabar esvaziando a concessão, transmutando-a numa prestação de serviços que, se assim o for, deveria acompanhar *in totum* o modelo tradicional” (A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016).

Por todos esses motivos, refletindo melhor sobre a matéria, verifico estar coberto de razão o Ministro aposentado da Corte, **Sepúlveda**

ADI 2946 / DF

Pertence, quando afirma que a norma impugnada é uma “via de mão dupla” porque “por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro, assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato” (parecer anexado aos autos em 28/9/21, e-Doc 43). De fato, **identifico na norma esse duplo escopo, constituindo-se a anuência da Administração Pública relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público.**

Passo a investigar, finalmente, se a transferência da concessão ou do controle concessionário, mediante essa anuência do poder público concedente, implica burla à exigência constitucional de prévia licitação para a delegação de serviços públicos a particulares.

Da regra da obrigatoriedade de licitação e seus contornos jurídico-constitucionais

A regra da obrigatoriedade de prévia licitação para a contratação com o poder público decorre de dois dispositivos constitucionais, a saber: o art. 37, inciso XXI, e o art. 175, **caput**.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição impõe à Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de licitar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. **Vide:**

“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.”

ADI 2946 / DF

Regulamentando esse dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/93 enumera, em seus arts. 24 e 25, as hipóteses de licitação dispensável e inexigível.

Especificamente no que concerne aos serviços públicos, a Constituição preconiza, em seu art. 175, que **sua prestação indireta por particulares, sob regime de concessão ou permissão, depende sempre de licitação**. Transcrevo novamente o teor da norma constitucional:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Referido dispositivo constitucional explicita que **os serviços públicos são titularizados pelo Estado** – sendo, por isso mesmo, impossível à iniciativa privada prestá-los por direito próprio – e **estabelece as balizas normativas do regime jurídico das concessões e permissões de serviço público**.

Esse regime jurídico é disciplinado principalmente pela Lei nº 8.987/95, cujo regramento é complementado ou suplementado por outras leis, como a Lei nº 11.079/04, que dispõe sobre as parcerias público-privadas (uma espécie do gênero concessão de serviços públicos), além de inúmeras outras leis setoriais que normatizam as concessões públicas em segmentos econômicos específicos. Cito, por exemplo, a Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a Lei nº 11.182/05, que cria a Agência Nacional de

ADI 2946 / DF

Aviação Civil, incumbindo-lhe a concessão da infraestrutura aeroportuária e a exploração comercial de serviços aéreos.

A licitação se consubstancia em procedimento administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública **seleciona a melhor proposta entre as oferecidas, em igualdade de condições, por aqueles que tiverem interesse em com ela contratar**. Seu propósito primordial é possibilitar à Administração Pública a **seleção da proposta mais vantajosa**, resguardando, ao mesmo tempo, **o tratamento isonômico dos licitantes e a impessoalidade na escolha administrativa**.

Conforme já decidido pela Corte,

“[a] licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentalizar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração” (ADI nº 3.070, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 19/12/07).

Ademais, não é exagero afirmar que **a licitação previne condutas ímprobas por parte do administrador**, que fica impedido de contratar com este ou aquele particular, **a seu bel prazer**, o que pode dar margem para atuação movida por razões ilegítimas ou desleais.

ADI 2946 / DF

Vale registrar, outrossim, que a Lei nº 12.349/10, ao dar nova redação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, acrescentou a essa dupla finalidade uma terceira – e não menos importante no tange às concessões de serviços públicos –, que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Quer-se dizer, com isso, que as licitações, além de buscarem a melhor proposta para a Administração, resguardando a isonomia e a impessoalidade e prevenindo eventuais condutas de imorais por parte do administrador, **podem e devem** ser utilizadas com fins regulatórios, visando à concretização de outros valores constitucionais igualmente relevantes, como a preservação ambiental e o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Nas palavras de Lena Barcessat,

“a utilização do poder de compra do Estado, através das licitações sustentáveis com a finalidade de regulação social, desde que respeitadas as normas e princípios constitucionais, está longe de ferir o princípio da igualdade, nem tampouco prejudica a competitividade (...). Se escolhas de produtos, por razões de conveniência e oportunidade são aceitas, com muito mais razões há de se aceitar as escolhas motivadas na necessidade de conservação e de preservação do meio ambiente (regulação social), que constitui um dever do Estado, não apenas uma mera faculdade” (**Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações sustentáveis**. In SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

Por tais razões, mesmo antes da alteração introduzida pela Lei nº 12.349/10, as licitações sustentáveis já eram constitucionais e legais, o que dispensa maiores comentários.

Observa-se, assim, que **a licitação possui finalidades bem específicas, não constituindo ela própria um fim em si mesma**. Trata-se de uma espécie de garantia institucional e, como tal, objetiva,

ADI 2946 / DF

“em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 554).

Pois bem. Feitas essas considerações preliminares, no tocante aos serviços públicos, parece decorrer do disposto no art. 175 da Constituição, acima transcrito, que a licitação seria sempre – e em qualquer circunstância – obrigatória.

Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar, mesmo antes da edição da Lei nº 8.987/95:

“[o] advérbio 'sempre', enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão à prévia licitação, toda vez que não se trate de exploração direta do serviço do Poder Público” (RE nº 140.989, Primeira Turma, Rel. Min. **Octávio Gallotti**, DJ de 27/8/93).

A regra constitucional, de fato, é a observância do dever de licitar para a outorga inicial da prestação de serviços públicos a particulares. Todavia, esse dever constitucional se concretiza em conformidade e nos limites estabelecidos pela legislação ordinária.

Assim sendo, aplicam-se às concessões e permissões de serviços públicos as normas estabelecidas na Lei nº 8.666/93, no que **não conflitar** com os ditames da Lei nº 8.987/95, ou com a legislação setorial específica. É o que prescrevem os arts. 14 e 124, respectivamente:

ADI 2946 / DF

Lei nº 8.987/95

“Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

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 no que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto” (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Ademais, por força do art. 2º, incisos II e III, da Lei nº 8.987/95, deve ser observada a modalidade licitatória própria das concessões simples ou das que forem precedidas da execução de obra pública, como é o caso da concorrência, cujo procedimento se reveste de maior formalismo e publicidade, excluindo-se, como regra, as demais modalidades previstas no art. 22 da Lei 8.666/93.

De tudo isso decorre que, mesmo no tocante aos serviços públicos, a **exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível**. Ao contrário. O quadro jurídico-normativo acima resumidamente delineado, apesar de não exaurir a matéria, é suficiente para demonstrar que **os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo, portanto, ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização**.

Numa breve pesquisa de jurisprudência, é possível identificar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que privilegiam a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.

ADI 2946 / DF

Cito, por exemplo, a medida cautelar na ADI nº 5.841, na qual a Corte decidiu ser dispensável a licitação para a alienação do controle de empresas estatais, bastando para tanto a adoção de procedimento público competitivo:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 9.188/2017. REGIME ESPECIAL DE DESINVESTIMENTO DE ATIVOS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO E DA MORALIDADE OU DE FRAUDE À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE LEI PARA EXTINÇÃO DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 5624/DF-MC. AUSÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624/DF-MC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que seria dispensável a realização de processo de licitação pública para alienação de controle de empresas estatais, bastando, para tanto, a adoção de procedimento público competitivo.

2. A cláusula de dispensa de licitação pública prevista no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 é constitucional e o Decreto 9.188/2017, que regulamenta aquele dispositivo legal, instituiu procedimento público simplificado competitivo que atende aos imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativa.

3. Medida cautelar indeferida. (ADI nº 5.841-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Red. do ac. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, publicado no DJe de 21/5/21).

Ademais, consoante já decidiu a Corte na ADI nº 2.452/SP, razões econômicas e políticas são aptas a legitimar as restrições à regra geral de licitar. **Vide:**

ADI 2946 / DF

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ARTIGO 24, § 2º, DA LEI Nº 9.361, DE 5 DE JULHO DE 1996, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE VEDA A PARTICIPAÇÃO, COMO PROPONENTE À AQUISIÇÃO DE AÇÕES DE PROPRIEDADE DAQUELE UNIDADE FEDERATIVA NO CAPITAL DAS CONCESSIONÁRIAS DE ELETRICIDADE, DE TODA E QUALQUER EMPRESA ESTATAL ESTADUAL, EXCLUÍDAS AS DO PRÓPRIO ESTADO. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. RAZÕES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E JURÍDICAS JUSTIFICAM AS RESTRIÇÕES CONTIDAS NO ATO NOMATIVO QUESTIONADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JUGADA IMPROCEDENTE. Vedação à aquisição pelos demais Estadomembros de ações de propriedade do Estado de São Paulo no capital das concessionárias de eletricidade paulistas. Razões econômicas e políticas legitimam a restrição contida no preceito impugnado. A limitação mencionada afasta possível tensão nas relações entre as unidades federativas envolvidas. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI nº 2.452/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Eros Grau**, publicado no DJ de 17/9/10).

Esse mesmo entendimento foi reafirmado recentemente pelo Plenário da Corte no julgamento da ADI nº 4.829/DF, Rel. Min. **Rosa Weber**, cuja ementa transcrevo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 67 DA LEI Nº 12.249/2010, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 5.615/1970 (LEI DO SERPRO). CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVO INCLUÍDO POR EMENDA PARLAMENTAR. QUESTÃO JÁ DECIDIDA NO JULGAMENTO DA ADI 5127. SERVIÇO NACIONAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS –

ADI 2946 / DF

SERPRO. SERVIÇOS ESTRATÉGICOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. ASSESPRO NACIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 22, XXVII, E 246 DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 2º, 37, XXI, E 173, CAPUT e § 4º, DA CF. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LEGALIDADE. LIVRE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. RESTRIÇÕES FUNDADAS NA SOBERANIA NACIONAL, NA INVIOABILIDADE DO SIGILO E NA SEGURANÇA DA SOCIEDADE E DO ESTADO. ARTS. 1º, I, 5º, XII E XXXIII, E 170, I, DA CF. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA.

1. Em 15.10.2015, no julgamento da ADI 5127, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, afirmou, forte no princípio da segurança jurídica, a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento.

2. Ao versar hipótese de dispensa de licitação, o art. 67 da Lei nº 12.249/2010 observa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da Constituição da República). 3. A modificação operada na redação do art. 22, XXVII, da CF pela EC nº 19/1998 não trouxe alteração substancial ao seu conteúdo, na fração de interesse, a afastar a alegada violação do art. 246 da Carta Política. Precedentes: ADI 3090 (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.10.2007), ADI 1975 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 14.12.2001) e RE 487475 (Relator Ministro Ricardo

ADI 2946 / DF

Lewandowski, DJe 06.8.2010).

4. Ao especificar hipótese de dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos, o art. 67 da Lei nº 12.249/2010, lei em sentido formal e material, atende à exigência dos arts. 2º, 5º, II, e 37, caput e XXI, da CF, observados os postulados da separação de Poderes e da legalidade. O Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações. Precedentes: ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.9.2010) e ADI 5942 (Redator p/ acórdão Ministro Luiz Fuz, DJe 08.02.2021).

5. Os postulados constitucionais da inviolabilidade do sigilo de dados pessoais (art. 5º, XII e XXXIII, da CF) e da soberania nacional (arts. 1º, I, e 170, I, da CF) reclamam a imposição de restrições ao tratamento de dados pessoais, por entidades privadas, para fins de segurança pública, defesa nacional ou segurança da informação do Estado e dos administrados.

6. Os arts. 170, parágrafo único, e 173, caput, da CF autorizam o legislador a restringir o livre exercício de atividade econômica para preservar outros direitos e valores constitucionais, destacando-se, no caso de serviços estratégicos de tecnologia da informação contratados pela União, os imperativos da soberania, da segurança nacional e da proteção da privacidade de contribuintes e destinatários de programas governamentais. Interesse público a legitimar decisão do legislador no sentido da prestação de serviços estratégicos de tecnologia da informação com exclusividade por empresa pública federal criada para esse fim.

7. Inocorrência de vulneração aos arts. 2º, 22, XXVII, 37, XXI, 173, caput e § 4º, e 246 Constituição da República.

8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI nº 4.829, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Rosa Weber**, publicado no DJe de 12/4/21).

Na ADI nº 5.942, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

ADI 2946 / DF

possibilidade de as empresas públicas adotarem procedimentos simplificados e alternativos à licitação, no contexto da transferência da concessão e da cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha da produção (art. 29 da Lei nº 9.478/96 e art. 31 da Lei 12.351/10), de modo a assegurar-lhes competitividade de mercado. Confira:

“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. NORMAS GERAIS. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS PELA PETROBRÁS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DELEGADA PELA LEI 9.478/99. PROCESSO SELETIVO DE CESSÃO DE DIREITOS CONSTITUI ATIVIDADE ESPECÍFICA DA COMPANHIA, CUJA SUBMISSÃO ÀS REGRAS DA LEI 13.303/16 PODERIA COMPROMETER SEU CARÁTER COMPETITIVO. DECRETO Nº 9.355/2018. CF/88, ARTS. 2º; 5º, II; 22, XXVII; 37, CAPUT, E XXI; 48, CAPUT, E V; 84, IV; 173, § 1º, III. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

1. A Constituição admite a possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas, ao permitir que a União delegue contratualmente a realização de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, 'observadas as condições estabelecidas em lei' (177, §1º), e autorize ou conceda por prazo determinado essa pesquisa e lavra, assim como o aproveitamento dos potenciais 'na forma da lei' (176, §1º), à Petrobras e a outros agentes econômicos, que poderão ser ceder ou transferir essa delegação, desde que a União anua previamente (176, §3º).

ADI 2946 / DF

2. O Decreto 9.355/2018 estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A., na forma estabelecida na legislação a que remete - sabidamente a Lei 9.478/1997 e a Lei 12.351/2010, que tratam da transferência do contrato de concessão e, especificamente, da cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção.

3. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção foi regulamentada pelo artigo 31 da Lei 12.351/2010, que não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo as condições de (i) prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP; (ii) preservação do objeto contratual e de suas condições; (ii) atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iv) exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

4. A cessão de direitos tem como objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, que se apresentam indispensáveis à autossuficiência da indústria do petróleo e à atratividade do setor brasileiro para novos investidores, como explica a doutrina especializada (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. Revista de Direito Administrativo - RDA. 2005, p. 433-436).

5. A transferência do contrato de concessão, por sua vez, está disciplinada no artigo 29 da Lei 9.478/96, que, mais uma vez, não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo como condições (i) a preservação de seu objeto e as condições contratuais; e (ii) o atendimento dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP pelo novo concessionário.

6. A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter

ADI 2946 / DF

político e técnico do setor economicamente estratégico. Precedente: ADI 3273, Relator Min. Carlos Brito, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007.

7. As operações de cessão de concessões e partilhas constituem negócios jurídicos vinculados à atividade preponderante da Petrobras sociedade de economia mista que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e que exerce suas atividades econômicas em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, consoante estabelece a lei de regência.

8. A empresa estatal pode se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, nos termos estabelecidos pela legislação setorial, desde que não configure alienação do controle e que observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a Ordem Econômica, mercê do entendimento consagrado por esta Corte quanto à alienação do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, sem autorização legislativa e prévio procedimento licitatório (Precedentes: ADI 5624 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5.846 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 6029 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5924 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019).

9. A inexistência de licitação quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos não se equaliza com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas, antes coaduna-se às especificidades desse tipo de operação, de modo que não há

ADI 2946 / DF

que se falar em inovação por decreto ou violação à separação de poderes, afastando as alegações de violação aos artigos 2º; 5º, II; 48, V; e 84, IV, da CRFB.

10. Ação conhecida e julgado improcedente o pedido” (ADI nº 5.942, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Red. do ac. Min. **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/20, publicado no DJe de 8/2/21 – grifos nossos).

Estabelecidas essas premissas interpretativas, que são indispensáveis para a compreensão dos contornos jurídico-constitucionais da exigência constitucional de licitar, retomo o exame da norma impugnada.

Do confronto da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle

O art. 27 da Lei nº 8.987/95 preconiza que “[a] transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”. Interpretado **a contrario sensu**, referido dispositivo legal admite a cessão da concessão e a transferência do controle acionário da concessionária, desde que precedida de anuência do poder público concedente.

Na primeira hipótese, tem-se a transferência de todo o plexo de relações jurídicas resultantes do contrato de concessão a um terceiro substituto, que não participou da licitação. É dizer, o próprio empreendimento concedido é transferido com todas as obrigações, deveres e direitos que lhe são inerentes, passando a figurar no contrato, em substituição ao contratado primitivo, um estranho. Na segunda, a transferência se traduz em transmissão do poder de gestão, de comando empresarial, a outrem que anteriormente não pertencia ao quadro societário ou, se pertencia, tinha participação acionária menos expressiva. Dito de outra forma, mantém-se formalmente a pessoa jurídica do contratado, que passa a ter uma configuração interna distinta e a sujeitar-se às ordens de um novo gestor.

Seja como for, em essência, tanto a cessão contratual quanto a

ADI 2946 / DF

alteração do controle societário resultam, em certa medida, em alteração subjetiva do contrato.

O art. 175, **caput**, da Constituição, por sua vez, determina que a delegação da prestação de serviços públicos a particulares deve sempre ser precedida de licitação.

Do cotejo dessas normas, a primeira consideração que se impõe é que **elas se referem a momentos distintos da contratação e, portanto, possuem diferentes âmbitos de incidência**. Com efeito, a norma constitucional invocada pelo autor exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, a norma legal impugnada pressupõe um serviço público já concedido. Ou seja, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário.

Nessa esteira, Rafael Vêras de Freitas observa, com muita propriedade, que **a licitação que antecede a contratação não tem nenhuma relação com os efeitos do respectivo contrato**, os quais estão subordinados a um regime jurídico próprio.

Para melhor compreensão, transcrevo:

“A licitação tem por escopo a seleção, por meio de um procedimento administrativo pautado pelos princípios da isonomia, da verdade real e da moralidade, da melhor proposta de um dos licitantes que estão competindo para contratar com a Administração. Esse procedimento nada tem com os efeitos do contrato. É dizer: o contrato tem um regime jurídico próprio, que deve se adaptar às mudanças supervenientes que alterem a sua execução; do contrário, estar-se-ia negando aplicabilidade à lógica da mutabilidade dos contratos da Administração (...). Isso porque uma coisa é a instauração de um procedimento licitatório para a obtenção da melhor proposta para a Administração; outra, bem diversa, é a vinculação subjetiva do

ADI 2946 / DF

contratado à execução do objeto contratual” (O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 2013, n. 50, abr./jun. 2015, p. 167-196).

Acredito que o mencionado autor tem toda a razão em sua ponderação. A licitação esgota suas finalidades com a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Seus efeitos jurídicos são suficientemente preservados com a observância, no respectivo contrato, dos termos da proposta selecionada no certame, ocupando a posição de contratado, logicamente, o licitante vencedor (ou, quando inviável, o licitante devidamente habilitado que o aceite, respeitada a ordem classificatória). Esse é o desfecho natural do procedimento licitatório, cujo sucesso independe das intercorrências que sobrevenham ao longo da execução contratual.

Ressalte-se, ainda, que **eventual cessão da concessão ou transferência do controle societário, para ter validade jurídica como tal, precisa de prévia anuência da Administração Pública**. Essa anuência administrativa, como não poderia deixar de ser, **está condicionada à satisfação dos requisitos enumerados no § 1º do art. 27 da Lei nº 8.987/95, quais sejam:** (i) primeiro, que o pretense cessionário atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e, (ii) depois, que ele se comprometa a cumprir todas as obrigações contratuais. Ou seja, a própria anuência da Administração Pública, exigida pela norma impugnada para a perfectibilização do ato de transferência, tem por finalidade **resguardar, ao longo da execução contratual, os efeitos jurídicos da licitação que antecedeu a contratação**. Mas não é só.

Fazendo uso da **prerrogativa que lhe confere o dispositivo impugnado**, a Administração Pública também **pode e deve** proceder a um verdadeiro **controle de juridicidade do ato de transferência**, assegurando-se de que: (i) o objeto da concessão, por sua natureza e em razão de suas características particulares, **admita** a cessão; (ii) **não haja**

ADI 2946 / DF

norma legal vedando a transferência da concessão ou do controle societário para aquele **contrato específico**; (iii) **não haja cláusula contratual expressa proibindo** a cessão da concessão ou a transferência do controle acionário; (iv) o certame licitatório **não ofereça óbice** à cessão da concessão; (v) a transferência da concessão ou do controle societário **não resulte de conluio** para a transmissão da posição contratual a um concorrente; e, finalmente, (vi) **não haja indícios** de cartelização.

É preciso observar, outrossim, que **a transferência da concessão ou do controle acionário não dá início a uma relação jurídico-contratual nova**. Ao contrário. Permanecem o mesmo objeto contratual, as mesmas obrigações contratuais e a mesma equação econômico-financeira. Em suma, a **base objetiva do contrato continua intacta**. O que ocorre é **apenas sua modificação subjetiva**, seja pela substituição do contratado, seja em razão de sua reorganização empresarial.

É exatamente nisso que **o ato de transferência previsto no art. 27 da Lei nº 8.987/95 difere da subconcessão, disciplinada no art. 26 do referido diploma legal**, justificando os tratamentos jurídicos diversos conferidos pela lei para cada qual.

Com efeito, conforme dispõem os citados dispositivos, para a transferência da concessão e do controle societário, porque se mantém o contrato original, ocorrendo apenas a modificação contratual subjetiva, basta a prévia anuência da Administração Pública, condicionada à observância dos respectivos requisitos (art. 27, § 1º, da Lei nº 8.987/95). Já para a subconcessão, como se instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária, é exigida a licitação (art. 26, § 1º, do citado diploma).

Para melhor compreensão das diferenças existentes entre esses institutos e seus distintos regramentos jurídicos, valho-me de exemplo talhado por Maria Aparecida de A. P. S. Fagundes. Diz a autora que,

“embora aparentemente paradoxal, pode haver justificativa para que se imponha a licitação para a subconcessão e, não assim, para a transferência, até porque, em um caso, ela é viável e, no outro, não.

ADI 2946 / DF

Veja-se, por exemplo, a subconcessão da exploração de uma rodovia. É legítimo supor-se que as condições a serem preenchidas para a manutenção de parte da estrada não sejam as mesmas exigíveis para toda sua extensão. Mostra-se possível, por isso mesmo, que a competição a ser travada, no caso de subconcessão dessa rodovia, diferencie-se daquela realizada para a concessão de exploração da rodovia toda, envolvendo, inclusive, interessados de outro porte, com características adequadas à prestação de serviços, que como visto, possuem configuração diversa. Revela-se, por conseguinte, exequível e vantajosa a instauração de outro certame.

Tome-se o mesmo exemplo da exploração de rodovia, imaginando-se, agora, que se tencione transferir a concessão.

Ao reverso do que ocorre na subconcessão, se o poder concedente fosse compelido a abrir licitação para escolha do novo concessionário, estaria adstrito a manter o mesmo nível de exigências, estabelecido na licitação para a outorga da concessão.

A competição, nesta hipótese entre candidatos do mesmo porte daqueles que acorreram à primeira licitação, seria, na prática, pouco ou nenhuma, já que os interessados na transferência não poderiam ofertar preço superior ao constante da proposta do concessionário anteriormente eleito.

Percebe-se, do exposto, que a subconcessão e a transferência são situações diversas; em face de suas singularidades, estão a merecer soluções distintas.

(...)

Volte-se ao exemplo da exploração da rodovia e figure-se, agora, que o concessionário apresente ao poder concedente uma alternativa de manutenção da estrada que, valendo-se de sofisticada inovação tecnológica, redunde em otimização de custos e, por conseguinte, enseje a redução do pedágio. Admita-se que a adoção dessa proposta dependa da transferência da concessão para um consórcio, que congregará aquela concessionária e a empresa detentora da nova tecnologia, e que responderá, na forma do contrato de constituição do mesmo

ADI 2946 / DF

consórcio, solidariamente, pelas obrigações derivadas do contrato em vigor.

No caso, o requisito constitucional de realização da licitação foi atendido, quando da outorga da concessão. De mais a mais, o consórcio interessado na transferência reúne todas as condições de habilitação, exigíveis para a assunção do serviço, até porque integrado pelo próprio concessionário original, que já as havia preenchido, agregando-se às mesmas as vantagens ofertadas pela técnica revolucionária, concebida pelo outro consorciado, tudo com repercussão favorável no preço cobrado do usuário.

Na verdade, o contrato de concessão poderia prosseguir com o concessionário original, que, em nenhum momento, perdeu as condições que o fizeram vitorioso no certame. Ora, se ele poderia permanecer como único concessionário, a um custo mais alto para o usuário, em que medida estariam quebradas as regras da isonomia, e mesmo da licitação obrigatória, por se associar, em consórcio, a um terceiro, com ganho para o mesmo usuário?" (Pontos polêmicos da legislação sobre concessões e permissões de prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 205, 65-87, jul./set. 1996).

Como explica Rafael Vêras de Freitas,

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

ADI 2946 / DF

continuidade, universalização, adequação e modicidade tarifária.

Para levar a efeito tal contratação, o ordenamento jurídico pátrio prescreve a observância do seguinte *iter* procedimental: (i) autorização contratual; (ii) autorização expressa do poder concedente; e (iii) realização de procedimento licitatório – desde que, adiante-se, ele se releve viável” (A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016).

Prossegue o autor esclarecendo que

“todas as normas contratuais, regulamentares e regulatórias que digam respeito ao núcleo do serviço delegado (neste caso, subconcedido) incidirão, diretamente, sobre esse ajuste celebrado entre concessionário e subconcessionário. Nesse quadrante, as potestades, por exemplo, da encampação, da declaração de caducidade, da intervenção, da fiscalização decorrentes do regime publicístico trazido pela Lei nº 8.987/1995 incidirão sobre tal contrato. Mas não só. Para além dessas exorbitâncias contratuais, sobre tais ajustes incidirá todo aparato regulamentar decorrente do Contrato de Concessão e das normas regulatórias, a serem expedidas pela agência reguladora competente. Tanto assim o é que os próprios quadrantes da subconcessão já devem estar delineados no contrato de concessão, como determina o art. 26, *caput*, da Lei nº 8.987/1995.

Por outro lado, não há que se cogitar do estabelecimento de uma relação verticalizada entre concessionário e subconcessionário. Por mais que tal ajuste sofra o dirigismo contratual decorrente da sua veiculação de um serviço público, isso não faz com que ele se transforme num contrato administrativo – com todas as exorbitâncias que lhe são salientes” (A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016).

ADI 2946 / DF

A licitação prévia à subconcessão tem mais uma razão de ser: a formação de uma relação jurídico-contratual nova e distinta **implica a necessidade de selecionar a melhor proposta, inclusive, para fins de definição de uma nova equação econômico-financeira relativamente à parcela dos serviços a serem subconcedidos, o que, certamente, não ocorre na transferência da concessão ou do controle acionário prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95.** Reitere-se, por oportuno, que, no ato de transferência, o pretense cessionário assume o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato de concessão firmado com o contratado primitivo.

Ainda assim, a despeito da literalidade do § 1º do art. 26 da Lei nº 8.987/95, é preciso destacar que não haverá licitação para a subconcessão quando a competição se mostrar inviável. Isso porque, saliento mais uma vez, a licitação tem a finalidade de proporcionar à Administração Pública a seleção da proposta mais vantajosa, observando-se a isonomia e a impessoalidade, não se constituindo um fim em si mesma. Nesse sentido, adverte Rafael Vêras de Freitas que

“o estabelecimento de um procedimento competitivo poderá se mostrar inviável, seja porque pode haver um único agente econômico que poderá dar cabo da obrigação que se pretenda transferir ao subconcessionário, seja porque pode não haver tempo hábil para a instauração de um certame (com todas as impugnações que lhe são usuais) ante a necessidade de prestação de um serviço público, seja, ainda, porque não seria economicamente viável licitar autonomamente parcela do objeto concedido. É dizer, há uma variedade de motivos que podem justificar a incidência do disposto no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 às subconcessões de serviço público (...).

Assim é que, a despeito da prescrição do § 1º do art. 26 da Lei nº 8.987/1995, a realização de 'concorrência' para a seleção de um subconcessionário só será exigível quando houver viabilidade de competição” (A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte,

ADI 2946 / DF

ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016).

Bem colocadas as distinções entre o ato de transferência da concessão ou do controle societário disciplinado no art. 27 da Lei nº 8.987/95 e a subconcessão dos serviços públicos prevista no art. 26 do mesmo diploma legal, **não procede a alegação do autor de que o aperfeiçoamento daquele ato mediante simples anuência do poder concedente – é dizer, sem prévia licitação – destoa do regime jurídico das concessões. É que o regime jurídico das concessões, cujas normas gerais são estabelecidas na referida lei, levando-se em consideração que a concessionária pode se valer da cooperação de terceiros para a prestação dos serviços públicos concedidos, prevê não apenas uma, mas três modalidades de contratação entre o concessionário e terceiro.**

Além da cessão da concessão e da transferência do controle societário (art. 27), há a subconcessão dos serviços públicos (art. 26) e a subcontratação, que é prevista no seu art. 25, § 1º, e corresponde à contratação de terceiros pela concessionária para a realização de atividades que sejam acessórias ou complementares aos serviços concedidos, bem como à implementação de projetos associados. Nos casos de subcontratação, ressalte-se, não há a necessidade de prévia autorização administrativa e também de prévio procedimento licitatório.

Portanto, seja qual for o prisma que se adote para o exame da norma impugnada, **não se constata burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa.**

Não se pode cogitar, outrossim, afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, correlatos que são da regra da obrigatoriedade de licitação. Nesse particular, observo que a isonomia se concretiza, no procedimento licitatório, ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade,

ADI 2946 / DF

por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas, na lei e no edital do certame, para a seleção da proposta mais vantajosa, como também, conforme já mencionado, para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado.

A cessão da concessão e a transferência do controle societário da concessionária se decompõem em dois estágios. Primeiro, há uma transação empresarial entre particulares, ou seja, um negócio jurídico regrado pelo direito privado. Depois, e desde que preenchidos os respectivos requisitos, ocorre a anuência do poder público concedente. Só então o negócio jurídico celebrado pelos particulares passa a produzir os efeitos jurídicos que lhes são próprios, operando a transmissão do empreendimento concedido ou do controle acionário da concessionária.

A anuência da Administração pública configura uma espécie de *conditio iuris*. Como leciona Marcial Martelo de La Maza García:

“La conditio iuris o condición legal sólo se puede calificar como condición em um sentido improprio, junto com las condiciones imposibles, las necesarias y las de presente pasado (todas ellas, condiciones improprias). Efectivamente, las condiciones iuris non son verdaderas condiciones porque no cumplen uno de sus requisitos esenciales, el relativo a su origen voluntario: el hecho constitutivo de La condición há de ser querido, esto es, impuesto por la voluntad del sujeto (amén de futuro, incierto y posible); e, como queda dicho, la conditio iuris no es voluntaria, no esta impuesta por La voluntad del autor o autores Del negocio (condición de hecho o conditio facti), sino por la ley, habida cuenta de que se define, encuando que condición de Derecho o conditio iuris, por la circunstancia de ser la própria ley que la impone” (La sucesión Nobiliária. Colecion Monografias de Derecho Civil. Madrid Dykinson, 2013, p. 38).

A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos, cuja finalidade é a

ADI 2946 / DF

preservação dos efeitos da licitação realizada para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos.

A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais, conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos.

Destaco, por fim, que a norma impugnada é de extrema relevância no contexto das concessões públicas, especialmente em razão do caráter incompleto e dinâmico dessas contratações, do prazo elástico pelo qual perduram e, notadamente, da imbrincada relação das concessões públicas com o mercado financeiro, principalmente após a edição da Lei nº 13.334/16, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).

Uma eventual declaração de inconstitucionalidade dos atos de transferência previstos no art. 27 da Lei nº 8.987/95, como se postula nesta ação, não ficaria adstrita ao universo de concessões regulamentadas pelo citado diploma legal. Ela certamente repercutiria nas parcerias público-privadas e nos contratos de concessão pertinentes a segmentos econômicos específicos, gerando séria instabilidade para todas as concessionárias e, por conseguinte, fazendo instaurar grande insegurança jurídica para os seus respectivos investidores. Além disso, toda a política estatal de financiamento, visando ao desenvolvimento social e econômico do país, ficaria inevitavelmente comprometida.

Diante de todo esse cenário, é extremamente pertinente a assertiva de Sua Excelência, Ministro **Gilmar Mendes**, que

“[é] tempo de a jurisdição constitucional conferir parâmetros seguros e substantivos para formulação e execução de políticas públicas complexas. Não se trata de privilegiar essa ou aquela visão de mercado, mas, sim, de abandonar a leitura estanque e meramente formal do ordenamento jurídico, construindo caminho sólido, transparente e legítimo para a

ADI 2946 / DF

cooperação das esferas pública e privada”.

No exercício da jurisdição constitucional, a Corte não pode se eximir de analisar norma pelos mais diversos prismas. A adoção de perspectivas distintas pode resultar em soluções diferenciadas, sendo algumas mais coerentes com o texto constitucional que outras. É justamente o que ocorreu no caso. Examinada a norma a partir das lentes oferecidas pela doutrina contemporânea, sobretudo pela doutrina especializada na temática das concessões, e sem perder de vista que um verdadeiro microsistema jurídico vem sendo, paulatinamente, construído pelo Legislador, exsurge a compatibilidade da norma questionada com o texto constitucional.

Por fim, há de se ressaltar, mais uma vez, que, conforme dispõe o § 1º do art. 27 da Lei nº 8.987/95, para que a Administração Pública conceda a anuência para eventual **cessão da concessão ou transferência do controle societário, deve-se cumprir determinados requisitos, quais sejam:** (i) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e (ii) comprometer-se a cumprir todas as obrigações contratuais.

Além disso, conforme também já destacado, a Administração Pública **pode e deve** proceder a um verdadeiro **controle de juridicidade do ato de transferência**, assegurando-se de que: (i) o objeto da concessão, por sua natureza e em razão de suas características particulares, **admita** a cessão; (ii) **não haja norma legal vedando** a transferência da concessão ou do controle societário para aquele **contrato específico**; (iii) **não haja cláusula contratual expressa proibindo** a cessão da concessão ou a transferência do controle acionário; (iv) o certame licitatório **não ofereça óbice** à cessão da concessão; (v) a transferência da concessão ou do controle societário **não resulte de conluio** para a transmissão da posição contratual a um concorrente; e, finalmente, (vi) **não haja indícios** de cartelização.

Ante todo o exposto, inexistindo vício de inconstitucionalidade a inquirar a norma impugnada, **julgo improcedente o pedido** formulado na presente ação direta.

ADI 2946 / DF

É como voto.

09/12/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 27 da Lei 8.987/1995, que prevê a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem a realização de licitação, desde que com a anuência do poder concedente.

(i) Regra da licitação como garantia institucional: premissas interpretativas

A questão controvertida nestes autos consiste em definir se (i) a transferência do contrato de concessão ou (ii) do controle societário da concessionária pressupõe a prévia realização de licitação, tendo em vista o que preconizado pelo art. 175, *caput*, da Constituição Federal.

A exigência de licitação para concessão de serviços públicos à iniciativa privada não se resolve mediante simples cotejo da literalidade da norma impugnada frente ao seu parâmetro de controle. Sob o ângulo dogmático, a questão é complexa e envolve a adequada compreensão do *locus* da regra da licitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a licitação não constitui fim em si mesmo, tampouco consubstancia regra absoluta ou norma detalhadamente delineada pelo legislador constituinte.

As normas constitucionais que impõem a obrigatoriedade da licitação, como o art. 37, inciso XXI, e o art. 175 da Constituição Federal têm por escopo materializar, nos atos do Estado, os princípios da moralidade e da impessoalidade, assegurando a igualdade de chances a todos aqueles que possuam interesse em contratar com a Administração Pública. É dizer, funciona como legítima **garantia institucional**.

Já tive a oportunidade de elucidar, em obra doutrinária (Gilmar

ADI 2946 / DF

Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 16^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1378), que as garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais.

Esclarece Paulo Bonavides que a denominação “garantia institucional” deve-se a Carl Schmitt, que também “a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições” (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 495).

Prossegue o constitucionalista, ensinando que “a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição (...), preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto, se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 497).

Se essas garantias se ordenam a resguardar certos institutos jurídicos, não chegam a esmiuçar todos os elementos deles – tarefa a cargo do legislador, a quem se haverá de reconhecer liberdade de conformação.

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador.

Bem se vê que as garantias institucionais conferem assento na estrutura constitucional a determinados institutos cujo regramento detalhado cabe ao legislador ordinário com certa liberdade, observadas as balizas constitucionais.

Assim, o Poder Constituinte não se limitou a estabelecer no art. 37 da Constituição Federal que a administração pública obedecerá aos princípios da impessoalidade e da moralidade, prevendo também que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

ADI 2946 / DF

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” (inciso XXI). Previu ainda, como visto, que a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão deve ser precedida de licitação (art. 175).

Noutros termos, **a licitação foi alçada ao texto constitucional na função de garantia institucional** relacionada sobretudo à impessoalidade e à moralidade, mas também a outros valores constitucionais relevantes, como a isonomia e a eficiência.

Não são poucas as implicações decorrentes desse modelo. A principal é a **liberdade de conformação conferida ao legislador ordinário**. Embora vinculado ao núcleo da garantia constitucionalmente tutelado, resta-lhe ainda amplo campo normativo na concretização dos valores eleitos pelo Poder Constituinte.

Basta observar que tanto o art. 37, inciso XXI, quanto o art. 175, ambos da Constituição Federal, remetem à legislação federal o regramento do instituto da licitação, **inclusive as hipóteses de dispensa e inexigibilidade**. Confira-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

ADI 2946 / DF

permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

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

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Portanto, na interpretação de normas legais conformadoras da garantia institucional da licitação, é necessário observar, como critério basilar, o amplo campo criativo aberto ao legislador, à luz dos valores constitucionais tutelados pela garantia.

Esse pressuposto não consiste em novidade na jurisprudência deste Tribunal, que tem interpretado, por exemplo, as hipóteses de dispensa de licitação instituídas pelo legislador não à luz de modelo fechado, mas, sim, tendo em vista os valores constitucionais assegurados pela garantia institucional da licitação.

É o que se depreende do precedente formado no julgamento do referendo da medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade 5841, cujo acórdão restou assim ementado:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 9.188/2017. REGIME ESPECIAL DE DESINVESTIMENTO DE ATIVOS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO E DA MORALIDADE OU DE FRAUDE À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE LEI PARA EXTINÇÃO

ADI 2946 / DF

DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 5624/DF-MC. AUSÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624/DF-MC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que seria dispensável a realização de processo de licitação pública para alienação de controle de empresas estatais, bastando, para tanto, a adoção de procedimento público competitivo.

2. **A cláusula de dispensa de licitação pública prevista no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 é constitucional e o Decreto 9.188/2017, que regulamenta aquele dispositivo legal, instituiu procedimento público simplificado competitivo que atende aos imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativa.** 3. Medida cautelar indeferida. (ADI 5841 MC, Redator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 20-05-2021 PUBLIC 21-05-2021)

Outrossim, rememorou-se, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4829, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 12/04/2021, que **“o Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações”**. Precedentes: ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.9.2010) e ADI 5942 (Redator p/ acórdão Ministro Luiz Fuz, DJe 08.02.2021)”.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 5942, o Plenário assentou a constitucionalidade das operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos sem a prévia realização de licitação. O precedente recebeu a seguinte ementa:

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. NORMAS GERAIS. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS DE

ADI 2946 / DF

EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS PELA PETROBRÁS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DELEGADA PELA LEI 9.478/99. PROCESSO SELETIVO DE CESSÃO DE DIREITOS CONSTITUI ATIVIDADE ESPECÍFICA DA COMPANHIA, CUJA SUBMISSÃO ÀS REGRAS DA LEI 13.303/16 PODERIA COMPROMETER SEU CARÁTER COMPETITIVO. DECRETO Nº 9.355/2018. CF/88, ARTS. 2º; 5º, II; 22, XXVII; 37, CAPUT, E XXI; 48, CAPUT, E V; 84, IV; 173, § 1º, III. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

1. A Constituição admite a possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas, ao permitir que a União delegue contratualmente a realização de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, “observadas as condições estabelecidas em lei” (177, §1º), e autorize ou conceda por prazo determinado essa pesquisa e lavra, assim como o aproveitamento dos potenciais “na forma da lei” (176, §1º), à Petrobras e a outros agentes econômicos, que poderão ser ceder ou transferir essa delegação, desde que a União anua previamente (176, §3º).

2. O Decreto 9.355/2018 estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A., na forma estabelecida na legislação a que remete - sabidamente a Lei 9.478/1997 e a Lei 12.351/2010, que tratam da transferência do contrato de concessão e, especificamente, da cessão de direitos e obrigações

ADI 2946 / DF

relativos ao contrato de partilha de produção.

3. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção foi regulamentada pelo artigo 31 da Lei 12.351/2010, que não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo as condições de (i) prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP; (ii) preservação do objeto contratual e de suas condições; (iii) atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iv) exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

4. A cessão de direitos tem como objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, que se apresentam indispensáveis à autossuficiência da indústria do petróleo e à atratividade do setor brasileiro para novos investidores, como explica a doutrina especializada (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. Revista de Direito Administrativo - RDA. 2005, p. 433-436).

5. A transferência do contrato de concessão, por sua vez, está disciplinada no artigo 29 da Lei 9.478/96, que, mais uma vez, não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo como condições (i) a preservação de seu objeto e as condições contratuais; e (ii) o atendimento dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP pelo novo concessionário. 6. A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico. Precedente: ADI 3273, Relator Min. Carlos Brito, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007.

7. As operações de cessão de concessões e partilhas constituem negócios jurídicos vinculados à atividade preponderante da Petrobras sociedade de economia mista que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o

ADI 2946 / DF

processamento, o comércio e o transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e que exerce suas atividades econômicas em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, consoante estabelece a lei de regência.

8. A empresa estatal pode se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, nos termos estabelecidos pela legislação setorial, desde que não configure alienação do controle e que observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a Ordem Econômica, mercê do entendimento consagrado por esta Corte quanto à alienação do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, sem autorização legislativa e prévio procedimento licitatório (Precedentes: ADI 5624 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5.846 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 6029 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5924 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019). 9. A inexistência de licitação quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos não se equaliza com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas, antes coaduna-se às especificidades desse tipo de operação, de modo que não há que se falar em inovação por decreto ou violação à separação de poderes, afastando as alegações de violação aos artigos 2º; 5º, II; 48, V; e 84, IV, da CRFB. 10. Ação conhecida e julgado improcedente o pedido. (ADI 5942, Redator p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05-02-2021 PUBLIC 08-02-2021)

ADI 2946 / DF

Na oportunidade, ponderei que:

(...)

A incidência do princípio constitucional da licitação sem dúvida exige que os processos de contratação e licitação conduzidos pelas empresas estatais espelhem regras que garantam competitividade, transparência, bem como a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração. Contudo, isso não quer dizer, necessariamente, que as empresas estatais não possam adotar procedimentos simplificados alternativos àqueles previstos na Lei 8.666/93 e na própria novel Lei 13.303/2016.

As regras de procedimento licitatório têm sua incidência assaz flexibilizada no ordenamento jurídico quando se trata de atividades-fim de empresas estatais prestadoras de atividades econômicas em sentido estrito (CARDOZO, José Eduardo Martins. **O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica**. In: CARDOZO, J.; QUEIROZ, J. e SANTOS, M. B. (Orgs). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1289).

No caso concreto, **a discussão não pode perder de vista que o monopólio previsto no art. 177 da Constituição Federal possui natureza de atividade econômica, em sentido estrito, submetida a regime de mercado**. Nesse ponto, o simples fato de a Lei 9.478/1997 ter previsto a figura do contrato de concessão não faz com que a atividade delegada passe a ser considerada serviço público essencial.

Partindo desse pressuposto, afigura-se bastante pertinente a ponderação da abalizada doutrina do eminente Professor Alexandre Santos de Aragão no sentido de que, se o ordenamento jurídico admite, ainda que em hipóteses excepcionais, a cessão de direitos advindos de concessão de serviço público essencial submetido à vedação da solução de continuidade, com ainda mais razão parece ser admissível essa figura no caso das concessões petrolíferas, uma vez que

ADI 2946 / DF

se trata de atividade econômica em sentido estrito. Transcreve-se, nesse sentido, a posição do ilustre jurista:

“Ora, apesar de as concessões petrolíferas não se identificarem com as concessões de serviços públicos, o dispositivo legal é relevante para a análise da questão do ponto de vista sistemático, já que, entre as atividades que podem ser exercidas por particulares mediante contratos com a Administração Pública, os serviços públicos são justamente as atividades de maior sensibilidade para a coletividade, essenciais que são para a dignidade da pessoa humana e insuscetíveis de sofrer solução de continuidade em sua prestação”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás.** In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n° 239, jan./mar. 2005, p. 432)

Além de ser plenamente compatível com o ordenamento jurídico, o instituto definido no art. 29 da Lei 9.478/1997 afigura-se essencial à dinamização da política nacional de exploração e desenvolvimento do petróleo que foi idealizada a partir da promulgação da Emenda Constitucional 9/1995.

Diante da própria sistemática do mercado do petróleo, a doutrina reconhece que eventual vedação às operações de cessão de concessões colocaria o quadro regulatório brasileiro em posição menos atrativa a investimentos estrangeiros em comparação com o contexto internacional. A esse respeito, destacam-se as observações da professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, associada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ:

“A indústria do petróleo demanda grande monta de investimentos, seja pela tecnologia necessária para a exploração, seja para suportar o enorme risco de perdas, a exemplo das perfurações frustradas que não encontram nenhuma amostra de óleo ou a quantidade encontrada

ADI 2946 / DF

não é comercialmente viável para ser produzida. Há também de se considerar o argumento estratégico de estímulo à produção interna, que visa diminuir a dependência da importação, o que via de regra acaba por gerar a vulnerabilidade econômica e política do país (Taverne, 1999).

Ao se inviabilizar a realização da cessão, total ou parcial, estaríamos na contra-mão da tradição na indústria internacional, pois se uma empresa concessionária resolve compartilhar os riscos de exploração em um dado bloco, se esse compartilhamento não for admitido, o projeto tornar-se-á inviável e a empresa devolverá o bloco para a ANP. Deste fato decorrerão as seguintes conseqüências: i) o setor brasileiro deixará de atrair novos investidores, pois estes poderão explorar em outros países em que a cessão seja admissível e; ii) a nossa auto-suficiência estará ameaçada". (SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de; e LIMA, Juliana Cardoso de. A cessão de direitos nos contratos de concessão e a ADIN 3596. In 4º PDPETRO, Campinas. SP. 21 - 24 de outubro de 2007).

Ademais, não se pode desconsiderar que, especificamente em relação aos contratos de partilha de produção, o art. 31 da Lei 12.351/2010 estabeleceu requisitos estritos à possibilidade de cessão de direitos, em especial (i) a preservação do objeto contratual e das suas condições; (ii) o atendimento, pelo cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iii) a garantia do exercício do direito de preferência pelos eventuais consorciados. Todas essas salvaguardas visam a garantir segurança jurídica aos procedimentos de cessão de direito.

(...)

Compreensão análoga foi adotada pelo Plenário desta Corte por

ADI 2946 / DF

ocasião do exame da constitucionalidade de dispositivos legais que autorizavam a prorrogação antecipada de contratos de concessão. A constitucionalidade das normas foi assentada pelo Tribunal, inclusive em face do princípio da licitação, em acórdão que restou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SETOR FERROVIÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO INC. II DO ART. 6º, DOS §§ 1º, 3º, 4º E 5º DO ART. 25 E DO § 2º DO ART. 30 DA LEI N. 13.448, DE 5.6.2017. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. O parâmetro temporal e material estabelecido pelo inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017 não compromete, em tese, a adequação do serviço público, não se comprovando inconstitucionalidade da previsão legal de prorrogação antecipada co contrato. 2. A transferência de bens imóveis e móveis, operacionais ou não, nos termos da Lei n. 13.448/2017, deve ser precedida de inventário no qual especificados e referentes aos extintos contratos de arrendamento. 3. No § 4º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 se acolhe hipótese de deslocamento do bem a ser gerido pelo concessionário para dar continuidade ao serviço público concedido, preservando-se o domínio da União. 4. A disposição dos bens móveis mencionada no § 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 é interpretado como gestão do bem público afetado à atividade da concessionária, da forma que melhor atender ao interesse público e à prestação adequada do serviço concedido. 5. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. 6. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis

ADI 2946 / DF

do interesse público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5991, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)

Dessa forma, é forçoso reconhecer que a exigência constitucional de licitação deve ser interpretada como garantia institucional de valores caros à República - como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência -, cujos contornos são conformados pelo legislador ordinário, com ampla margem de atuação e tendo em vista a dinamicidade das situações alcançadas pela normatização.

(ii) Contratos de concessão e garantia institucional da licitação: alcance do art. 175 da Constituição Federal

Fixadas as premissas interpretativas que devem nortear o exame da garantia institucional da licitação, passo à análise do alcance do parâmetro de controle desta ação direta de inconstitucionalidade, o art. 175 da Constituição Federal, cujo teor transcrevo novamente:

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.

Da leitura do dispositivo, três conclusões são de plano extraídas: (a) cabe ao legislador ordinário estabelecer as condições da concessão de serviços públicos à iniciativa privada; (b) essa conformação legislativa deve contemplar a exigência constitucional de licitação; e (c) o texto constitucional silencia quanto à transferência dos contratos ou do controle societário das pessoas jurídicas contratadas.

A assertiva (c) é especialmente importante porque evidencia que a mera referência textual é insuficiente para resolução da questão constitucional aqui colocada. Ou seja, o cotejo apenas literal do

ADI 2946 / DF

dispositivo questionado com o parâmetro constitucional nada resolve quanto ao tema em jogo. Quando muito, reforça a compreensão de que a licitação é garantia institucional, com ampla liberdade de conformação pelo legislador.

Nesse contexto, surge necessário verificar se o legislador ordinário exerceu o poder-dever de conformação da garantia institucional da licitação dentro dos limites preconizados pelos princípios que ela se propõe a tutelar - sobretudo a impessoalidade, a moralidade e a isonomia -, bem como à luz do objeto de regulação, ou seja, os contratos de concessão de serviços públicos.

(ii.i) Dos contratos de concessão de serviços públicos

Os contratos de concessão de serviços públicos instrumentalizam operações complexas de cooperação entre o Poder Público e particulares, enfeixando repercussões econômicas e sociais relevantes, assim como a materialização de não menos importantes valores constitucionais.

Esses vieses são indissociáveis e imprescindíveis para a leitura adequada da garantia institucional da licitação e sua incidência no regramento da Lei 8.987/1995.

Sob o ângulo constitucional, o contrato de concessão de serviços públicos, na forma como concebido atualmente, é o resultado de longo processo de evolução do Estado em direção à adjetivação Social e Democrático de Direito.

Inicialmente associada a privilégios graciosa e arbitrariamente conferidos pelo detentor do poder, a concessão passa a mecanismo de organização da prestação dos serviços públicos, que como tal espelha os princípios e valores fundacionais do próprio Estado.

Confira-se, a propósito, as reflexões de Pedro Gonçalves (A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 47-48):

(...) a expansão da utilização da concessão verifica-se sobretudo a partir do último quartel do século XIX, com o

ADI 2946 / DF

desenvolvimento da então designada actividade social ou de serviço público do Estado (que a doutrina distinguia da actividade jurídica ou de função pública). Neste contexto, a concessão passava a representar um fenómeno de substituição do Estado por particulares no desempenho das tarefas de serviço público, sendo essencialmente aplicada na nova administração de infra-estrutura (construção de caminhos de ferro, de redes de abastecimento de água, de iluminação pública e de comunicações) e na exploração dos serviços prestados com base nessa infra-estrutura (prestação de serviços públicos ferroviários, de abastecimento de água, de iluminação pública, telégrafos e telefones): nascia a concessão (de obras e) de serviços públicos e iniciava-se a época dourada das 'grandes concessões'.

A concessão deixava pois de ser um acto gracioso do Príncipe, criador de um privilégio para o beneficiário, e passava a ser, na perspectiva da Administração, um acto de organização da execução de tarefas públicas, e, na perspectiva do concessionário, um acto constitutivo de direitos.

É interessante observar que essa evolução transforma a concessão em contrato multifatorial, verdadeiro vértice de eixos importantes da própria estrutura estatal e da concretização de seus objetivos constitucionais.

Na concepção de Estado Social, ou seja, de ente público que assume o carácter prestacional de sua existência, a concessão coloca-se como elemento viabilizador de suas pretensões a partir da colaboração com particulares.

Na óptica do Estado Democrático de Direito, a eliminação do privilégio da concessão concretiza-se na estruturação do contrato, tanto em sua formação, e aqui a licitação desempenha papel importante, quanto na execução de cláusulas que garantam direitos e assegurem o cumprimento de deveres pelo concessionário.

Cabe trazer à baila as reflexões de Marçal Justen Filho (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 55-56):

ADI 2946 / DF

Em primeiro lugar, a concessão deve ser compreendida no âmbito de uma ordem política e jurídica com características diversas daquelas vigentes há cem anos. Em termos mais precisos, a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão. Alude-se, então, à nova concessão para indicar não apenas os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros, mas também as novas circunstâncias em que se infere a prestação do serviço público e outras concepções sobre a organização estatal.

Cabe insistir em que as novas concepções sobre o Estado pressupõem a participação da chamada Sociedade Civil. Com isso, afirma-se a superação das concepções políticas que contrapunham a organização política à organização civil, atribuindo àquela uma função de tutela sobre esta. Isso não equivale a negar a autoridade do Estado e a heteronomia do Direito, mas sim reconhecer a impossibilidade (prática e ideológica) de dissociar-se gestão política e uma concepção associativa entre capitais públicos e privados no desenvolvimento de certas atividades essenciais.

A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana. Ou seja, a concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais (...).

Essas intersecções formadas no implemento da concessão pressupõem a acomodação de inúmeros princípios constitucionais em sua conformação pelo legislador ordinário, como a impessoalidade, moralidade, isonomia, continuidade dos serviços públicos, eficiência, publicidade e legalidade.

ADI 2946 / DF

Tais normas, por sua vez, incidem sobre substrato fático peculiar. Reporto-me à magnitude e complexidade que usualmente caracterizam as concessões de serviços públicos, muitas vezes voltadas a empreendimentos de infraestrutura, como rodovias, ferrovias, portos e aeroportos. Basta observar que as concessões são o alicerce principal do Plano Nacional de Logística 2025, elaborado pela Empresa de Planejamento e Logística S. A.

E a duração dos contratos é proporcional à magnitude dos empreendimentos, de modo que as avenças protraem-se por longo lapso temporal. Além disso, os arranjos remuneratórios são sofisticados para fazer frente ao desafio concernente à prestação de serviço público.

É dizer, não se está a tratar aqui de contrato administrativo comum ou estruturalmente simples. Cuida-se de operações empresariais complexas, com risco e investimentos elevados.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho adverte que (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 199-200):

“(…) a concessão traduzir-se-á num empreendimento econômico de longo prazo. Sua concepção tem de incorporar não apenas as soluções técnicas mais desejáveis para fornecimento de utilidades materiais, mas retratar decisões sobre o modo de desempenho das atividades econômicas. Como incumbirá à comunidade arcar com os custos da prestação dos serviços, isso significa o dever de respeitar a racionalidade econômica e outros princípios de gestão empresarial.

Por outro lado, a outorga envolverá a consagração de características essenciais para a organização empresarial. Isso significa que todo o destino da atividade ao longo do tempo dependerá dessas decisões iniciais. Bem por isso, a introdução de inovações supervenientemente dependerá do modo como configurada originalmente a concessão.

(…)

Como se não bastasse, a atividade delegada ao particular pressupõe longos prazos de exploração. O prazo de outorga

ADI 2946 / DF

costuma ser superior a a vinte anos.

Tem de reconhecer-se a impossibilidade material de antever todas as soluções empresariais e econômicas para os problemas e as variações que se verificarão ao longo do prazo da concessão. Ou seja, a outorga deve incorporar a ideia da mutabilidade e adequação, evitando ao máximo consagrar soluções inflexíveis. A exaustividade e o rigorismo na concepção da concessão recairão sobre o Estado e a Sociedade, especialmente em virtude do risco de a evolução técnico-científica revelar a inadequação das fórmulas incorporadas por ocasião da outorga. A ampliação da flexibilidade propiciará alterações compatíveis com a inevitável mudança que se verificará ao longo do tempo”.

Da mesma forma, cabe colacionar as reflexões de Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano acerca de dinamicidade e complexidade dos contratos de concessão (Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de direito público da economia RDPE . Ano 9. n. 34. Abril/jun. 2011. Publicação trimestral. p. 180):

(...) os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo - e de todas as evoluções das necessidades sociais relacionadas ao seu objeto experimentadas durante esse longo período - , seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. Como dito, são pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicado na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a aprimorar-se por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito).

ADI 2946 / DF

Essas características dos contratos de concessão, sobretudo a longa duração e os investimentos vultosos, impuseram ao legislador cuidado maior não apenas em relação à estrutura financeira das avenças, mas também no tocante à criação de mecanismos que assegurassem a prestação adequada do serviço público, sem descontinuidade.

Semelhante preocupação do legislador está inicialmente estampada como premissa da sistemática dos contratos de concessão no art. 6º da Lei 8.987/1995, segundo o qual “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

O § 1º do dispositivo, por sua vez, especifica que “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Na esteira desse conceito, o art. 23 elencou como cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço” (inciso III), “aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações” (inciso V).

Ademais, a necessidade de garantir regularidade e continuidade à prestação de serviços no âmbito de contratos complexos executados em ambiente de mercado reconhecidamente dinâmico ensejou a criação de normas específicas para transferência dos contratos.

Nessa linha, o caput do art. 27, impugnado nesta ação direta, prevê que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”.

Com isso, flexibilizou modificações de controle da concessionária e da própria pessoa jurídica prestadora, permitindo que o próprio mercado

ADI 2946 / DF

acomode, ao longo da vigência do contrato, desafios e percalços na prestação dos serviços públicos, sem a necessidade de declaração da caducidade da concessão e realização de nova licitação.

Buscou-se ainda dinamizar a execução desses contratos, facilitando que eventuais sinergias de movimentos de mercado fossem aproveitadas na estruturação e prestação de serviços públicos concedidos.

E neste ponto, alcançamos o cerne da controvérsia constitucional em jogo. Uma vez demonstrado o caráter multifatorial dos contratos de concessão, os importes principiológicos que conduziram a conformação operacionalizada pelo legislador e especialmente o campo de incidência complexo e específico dessa espécie contratual, cumpre analisar a validade do art. 27 da Lei 8.987/1995 à luz da garantia institucional da licitação.

(ii.ii) Transferência do contrato de concessão e licitação: constitucionalidade do art. 27 da Lei 8.987/1995

Como visto, a Lei 8.987/1995 dissociou, quanto à exigência de licitação, as situações de outorga inicial da concessão daquelas de transferência do contrato de concessão.

O art. 14 estabelece que “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”.

Por outro lado, o legislador ordinário exigiu, para a transferência do contrato ou alteração do controle societário da concessionária, apenas a anuência do poder concedente, sem impor a realização de nova licitação (art. 27).

A análise cuidadosa das situações evidencia que as circunstâncias fáticas distintas legitimam a opção do legislador, sem desnaturar ou infirmar a garantia institucional da licitação.

ADI 2946 / DF

De fato, é no momento da outorga inicial da concessão que são delimitados os termos da prestação pelo particular dos serviços públicos, razão pela qual a solução da melhor proposta a ser executada, considerados critérios técnicos e econômicos, deve ser realizada por licitação, a teor do art. 175 da Constituição Federal.

Contudo, na transferência do contrato de licitação vislumbro situação diversa, uma vez que já foram integralmente delimitadas as obrigações das partes, inclusive em relação à remuneração do particular e às condições de execução da avença.

Com efeito, o parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/1995 determina que para obter anuência do poder concedente o pretendente à transferência do contrato deve “atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço” (inciso I) e “comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (inciso II).

É inequívoco que a transferência do contrato, nos moldes preconizados pelo dispositivo impugnado, não implica direito do concessionário à cessão de sua posição contratual, mas, sim, prerrogativa de o Poder Público anuir ao negócio jurídico modificativo, desde que atendidos pressupostos técnicos e integralmente cumprido o contrato em vigor.

Essas salvaguardas legais são suficientes para assegurar (1) a supremacia do interesse público, considerada a inserção da transferência na esfera de direitos do poder concedente, bem como (2) os princípios assegurados pela regra da licitação, já que condicionada a cessão à observância de critérios técnicos e das cláusulas contratuais consubstanciadas a partir da proposta mais vantajosa selecionada no processo licitatório.

Em verdade, **no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 5991**, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 10/03/2021, acerca da possibilidade de prorrogação de contratos de concessão, **a lógica jurídica prevalecente foi congruente com essas salvaguardas**: foi permitida a prorrogação dos contratos, desde que vigentes e previamente

ADI 2946 / DF

licitados. Além disso, exigiu-se a manutenção do objeto do contrato de concessão e submeteu-se a decisão de prorrogar a avença à discricionariedade do poder concedente.

Da mesma forma, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 5942, Rel. Min., o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da cessão de contratos de partilha de produção prevista na Lei 12.351/2010, considerando legítimas e suficientes as salvaguardas relativas “(i) a preservação do objeto contratual e das suas condições; (ii) o atendimento, pelo cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iii) a garantia do exercício do direito de preferência pelos eventuais consorciados”.

A compreensão diversa do alcance do art. 175 da Constituição Federal, reservadas as devidas vênias, busca fundamento em concepções do Direito Administrativo que merecem ser revisitadas.

No mencionado julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5991, alertei não ser de hoje que a doutrina aponta que os movimentos de liberalização e privatização implicaram uma crise da velha noção de *publicatio* e, por conseguinte, a necessidade de se repensar a rigidez de alguns institutos clássicos do Direito Administrativo.

Como destaca o eminente professor Miguel García, da Universidade de Salamanca, em obra dedicada ao tema, “ o processo de liberalização deu lugar à utilização de um novo modo de provisão de serviços públicos, que constitui meio de intervenção alternativo ao serviço público tradicional e que se marca no conceito mais amplo de regulação” (tradução livre). (GARCÍA, Miguel Ángel Sedín. *Regulación y servicios públicos* . Editora Comares, Granada, 2003, p. 5).

Esse novo modo de provisão é caracterizado pela necessidade de permanente abertura dos setores econômicos à chamada “ diuturna reconfiguração do ambiente regulado ”, malgrado o caráter estático dos institutos afetos à noção de serviço público. (ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório* . 2ª ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 10).

ADI 2946 / DF

Parece-me que o aventado caráter personalíssimo do contrato de concessão, que imporia a prévia licitação para transferência das avenças, é alcançado por essa releitura.

Não se ignora que, no bojo do processo licitatório, são averiguadas as condições técnicas e econômicas do pretendente. Esse aspecto da contratação é evidenciado tanto pela fase de habilitação do proponente (art. 62 da Lei 14.133/2021), quanto pela possibilidade de instaurar-se a melhor técnica como critério de julgamento (art. 33 da Lei 14.133/2021 e art. 15 da Lei 8.987/1995).

Por conseguinte, a capacidade técnica e a idoneidade financeira das postulantes afiguram-se essenciais na definição do resultado do processo licitatório. **Mas daí não decorre que haja vinculação subjetiva e incondicionada do Poder Público à vencedora, sobretudo quando se considera a fase de execução do contrato de concessão.**

A licitação é pautada pelo princípio da impessoalidade e busca justamente assegurar sua observância nas contratações públicas, de modo que desse procedimento não poderia resultar a vinculação absoluta da Administração à **pessoa** vencedora. O Poder Público é compelido a contratar a proposta mais vantajosa, a ser executada por sujeito idôneo e tecnicamente capaz.

A obrigatoriedade de contratar o vencedor da licitação não decorre de eventual caráter personalíssimo do contrato administrativo, mas, sim, da circunstância de que o certame assegura que foram observadas pelo Poder Público a isonomia, a moralidade e a impessoalidade.

Confira-se, a propósito, as reflexões oportunas de Floriano de Azevedo Marques Neto sobre o tema (A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, 238, 121–130):

1.2. Não há na lei nada que cooneste linha de entendimento doutrinário, já um tanto vetusta, que professa um caráter personalíssimo no contrato administrativo. O caráter pessoal deste tipo de ajuste decorre não da imprescindibilidade da prestação ser executada pelo contratado pessoalmente, mas

ADI 2946 / DF

pelo fato de que o processo que antecedeu à contratação (licitação ou procedimento de dispensa ou inexigibilidade) levou em conta as características do contratado.

(...)

8. Há um quase consenso de que concessão como contrato administrativo em geral e como espécie particular desse gênero ainda mais é um contrato *intuitu personae*. Como já referi acima, todo ajuste antecedido de procedimento de escolha que considera aspectos subjetivos do contratante, guarda o contrato administrativo um vínculo pessoal com este. Porém, tal afirmação virou entre nós quase um mantra que, repetido exaustivamente, oblitera o raciocínio jurídico. Felizmente, nos últimos tempos, luzes têm sido postas sobre a questão. Marçal Justem Filho já assevera, nas últimas edições do seu Comentários que o regime das licitações é incompatível com o caráter *intuitu personae* do contrato ... O regime jurídico que disciplina a Administração Pública, no Brasil, elimina a possibilidade de contratações *intuitu personae* -ou, mais precisamente, contratações desta ordem são absolutamente excepcionais, recaindo no âmbito da inexigibilidade de licitação ". O caráter pessoal não pode significar um traço personalíssimo, tal como se fosse condição do contrato sua execução exclusivamente pelo originalmente contratado. 9. Ora, por força constitucional (artigo 175), não se admite concessão outorgada mediante contratação direta. A delegação, diz a Carta, deverá ser sempre precedida de certame licitatório. Disso decorre que, se aplicado o raciocínio defendido por Marçal, chegaríamos a concluir que não se aplica, às concessões, o caráter pessoal que a doutrina mais tradicional procurava imprimir aos contratos de concessão. Recorro novamente às suas palavras" Não há algum tipo de vínculo psicológico entre o poder concedente e o concessionário, do qual se pudesse extrair a necessidade imperiosa de execução de tarefas pessoal e diretamente por ele." (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público" , página 521).

ADI 2946 / DF

Perceba que raciocínio em sentido contrário implicaria grave inconsistência sistêmica. A própria Lei 8.987/1995 prevê inúmeros institutos que descaracterizam a alegação do caráter personalíssimo do contrato de concessão de serviços públicos.

O art. 20, por exemplo, faculta “ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato”. Ou seja, o próprio legislador permite que pessoa jurídica diversa da vencedora celebre o contrato de concessão.

Além disso, o art. 25, § 1º, do mesmo diploma legal, estabelece que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”. Esse dispositivo, aliás, foi recentemente declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ação declaratória de constitucionalidade 57, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 05/12/2019.

Da mesma forma, o art. 90, § 2º, da Lei 14.133/2021, autoriza que “quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor”.

Repito: interessa à Administração o cumprimento da proposta mais vantajosa, por pessoa idônea e capaz. Essa é a lógica de funcionamento do sistema vigente, à luz dos postulados constitucionais pertinentes. Impor a realização de nova licitação para cessão da posição contratual, com base no caráter personalíssimo do contrato administrativo, resultaria, ao fim e ao cabo, em sistema incoerente.

A bem da verdade, não constitui algo exógeno, muito menos contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, sequer a mutabilidade, ao longo da execução do contrato administrativo, das cláusulas firmadas a partir do processo licitatório.

A ressaltar essa óptica, sob o ângulo do conteúdo do contrato

ADI 2946 / DF

administrativo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tal como fazia a anterior, prevê a possibilidade de posterior alteração das cláusulas e dos preços. Senão vejamos:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo entre as partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Assim, se é admitida, sem qualquer controvérsia, a alteração do próprio conteúdo do contrato, decorrente da proposta mais vantajosa à Administração no procedimento licitatório, não me parece que a regra da

ADI 2946 / DF

licitação, especialmente na forma preconizada pelo art. 175 da Constituição Federal, inviabilize em absoluto qualquer modificação das partes contratuais.

E como já demonstrado, a alteração contratual autorizada pelo dispositivo impugnado rege hipótese específica de contrato de concessão celebrado a partir de certame licitatório, cuja cessão é operacionalizada com a anuência do Poder Público, desde que atestada a capacidade e idoneidade da cessionária, e mediante integral cumprimento do contrato licitado.

O caminho inverso, ou seja, a exigência de prévia licitação para a transferência do contrato, derruiria o consistente edifício normativo de cooperação entre os setores público e privado construído ao longo das duas últimas décadas, sem incrementar a tutela de valores constitucionais relevantes - como a segurança jurídica, a eficiência e a prestação de serviço público adequado.

Esse edifício normativo, a propósito, encontra respaldo no Direito Comparado. A Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia estabelece em seu artigo 43, nº 1, alínea “d”, as seguintes hipóteses de alteração da concessionária durante a execução do contrato sem a realização de nova licitação:

1. As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

d) Se o concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:

i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a),

ii) transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente

ADI 2946 / DF

estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou

iii) assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional;

Observe que a transferência do contrato de concessão e a alteração do controle societário da concessionária são expressamente previstos e condicionados, no caso do item (i), à previsão inequívoca nos documentos da outorga inicial; e na hipótese do item (ii), ao atendimento dos critérios qualitativos estabelecidos no certame inicial e à observância dos termos contratuais licitados.

Assim, a tônica também no Direito Europeu é a exigência da licitação na outorga inicial e a manutenção dos termos contratuais dela decorrentes ao longo da execução da avença, sem o engessamento do aspecto subjetivo.

Neste ponto, convém salientar que, **sob o ângulo da exigência de licitação, a diferenciação entre transferência do contrato de concessão e alteração do controle societário da concessionária não se mostra relevante.**

A um, porque **em ambas as hipóteses o contrato de concessão é integralmente mantido, ou seja, a proposta mais vantajosa selecionada na licitação é preservada.**

Em segundo lugar, é possível vislumbrar hipóteses nas quais a identidade dos sócios mostra-se decisiva para resultado do certame. É o caso dos consórcios, em que embora seja facultada a criação de nova pessoa jurídica, os respectivos sócios são solidariamente responsáveis pelo cumprimento contrato.

Assim, articular com a necessidade de licitação para cessão do contrato, mas afastá-la no tocante a operação societária que pode implicar o mesmo grau de alteração subjetiva do contrato, é argumento que soa contraditório.

ADI 2946 / DF

Ademais, admitir apenas a modificação do controle societário da concessionária é, com as devidas vênias, para além de solução formalmente inadequada, convite à burla. É fácil vislumbrar que os contratos continuarão a ser transferidos, mas mediante complexas, custosas e burocráticas operações societárias.

É tempo de a jurisdição constitucional conferir parâmetros seguros e substantivos para formulação e execução de políticas públicas complexas. Não se trata de privilegiar essa ou aquela visão de mercado, mas sim de abandonar leitura estanque e meramente formal do ordenamento jurídico, construindo caminho sólido, transparente e legítimo para a cooperação das esferas pública e privada.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que, diversamente da outorga inicial do contrato de concessão, que pressupõe a realização de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a transferência da avença para novo concessionário ou a alteração do seu controle societário, nos termos do art. 27 da Lei 8.987/1995, prescinde do implemento de novo certame.

Ressalte-se que corolário sistemático dessa conclusão é a própria redação do art. 26 da Lei 8.987/1995, que exige a realização de licitação na modalidade concorrência para outorga de subconcessão. Eis o teor do dispositivo:

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.

A subconcessão imprópria prevista no dispositivo - modalidade pouco utilizada - não prescinde da licitação porque, diversamente da transferência prevista no art. 27, envolve o surgimento de nova relação

ADI 2946 / DF

contratual, não apenas em relação às partes contratantes, mas principalmente no tocante ao próprio conteúdo do contrato, inclusive remuneração da concessionária, prazos e obrigações.

Transcrevo as elucidativas reflexões de Marçal Justen Filho (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 526-527):

O art. 26 da Lei nº 8.987 disciplinou figura que, rigorosamente, não se enquadra no conceito de subconcessão. A hipótese ali disciplinada envolve um vínculo formal promovido mediante a intervenção do poder concedente, por meio de licitação por ele instaurada e decidida, e que acarreta a sub-rogação de um terceiro nos direitos do concessionário. Na medida em que são gerados efeitos diretos e imediatos entre concedente e subconcessionário, surge um regime jurídico peculiar.

(...)

Como a subconcessão imprópria envolve um vínculo formal entre o poder concedente e o subconcessionário, a formalização da avença dependerá da observância de procedimento de direito público.

Incumbe privativamente o poder concedente promover todos os atos para implementar a subconcessão. O procedimento licitatório deverá fazer-se no âmbito do poder concedente. Serão editados por esse o ato convocatório, a minuta de contrato etc.

As regras da licitação para subconcessão não poderão ser distintas daquelas previstas para concessão. Seguir-se-á a mesma disciplina legal, inclusive no tocante aos tipos de licitação.

A subconcessão imprópria do art. 26 da Lei de Concessões gera relação jurídica direta entre o poder concedente e o subconcessionário. Não se trata de vínculo que exaure seus efeitos entre concessionário e subconcessionário. Cria-se vínculo jurídico entre o poder concedente e o subconcessionário. Este se sujeitará aos poderes jurídicos

ADI 2946 / DF

daquele. O regramento da prestação do serviço, estabelecido a propósito da concessão, estender-se-á ao subconcessionário. Além dos vínculos derivados da concessão, surgem aqueles relativos à subconcessão. Mas essa vinculação é restrita e limitada. Existe apenas para o fim de assegurar ao concedente o exercício de seus poderes relacionados com o desempenho, a eficiência e a continuidade do serviço público.

Nessa linha, uma vez não preservada a relação contratual baseada na licitação, mostra-se necessária a realização de nova concorrência. É por isso que esse dispositivo reforça a desnecessidade de nova licitação para a transferência do contrato: mantidas as condições do certame da outorga inicial, a anuência do Poder Público é suficiente para alteração subjetiva; enquanto a inauguração de inédita relação contratual, inclusive quanto ao conteúdo, impõe a realização da concorrência.

Por fim, e aqui caminho para conclusão do voto, destaco que, embora o poder concedente tenha ao seu alcance a possibilidade de intervir na concessão (art. 32 da Lei 8.987/1995) ou declarar sua caducidade (art. 35 da Lei 8.987/1995), a fim de garantir a continuidade de prestação adequada de serviços públicos, tais mecanismos são medidas extremas e custosas.

A reassunção da prestação do serviço público pelo poder concedente envolve custos de transação altíssimos e perda de sinergia que podem ser evitados com a transferência do contrato no próprio mercado, observados os requisitos legais, sobretudo a anuência do Poder Público.

A manifestação do Estado de São Paulo, em que relatado o caso concreto da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo, revela as externalidades negativas advindas da adoção de modelo estagnado e fechado aos aportes da dinâmica de mercado (e-DOC 31). Confira-se:

A Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo é a primeira Parceria Público-Privada (PPP) integral do país que contempla, com características pioneiras, implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação,

ADI 2946 / DF

conservação, manutenção e expansão da linha, tudo à responsabilidade da concessionária. A referida concessão envolve investimentos que superam a ordem de R\$ 13,4 BILHÕES (por parte do Estado de São Paulo e da concessionária), e suas obras estão em franca implantação: atualmente conta com 13 (treze) frentes de obra em andamento, já emprega 3.250 pessoas e prevê finalizar as obra de implantação das 15 estações em 2025.

Após dificuldades no cumprimento do contrato da concessão pela concessionária originariamente responsável pela sua execução (Move São Paulo S.A), que implicaram inclusive paralisação das obras de implantação do empreendimento, o contrato de concessão acabou sendo transferido pelo Estado de São Paulo para a Concessionária Linha Universidade S.A , decisão tomada nos termos da previsão contida no art. 27 da Lei 8.987/95 e fundada em minuciosa análise da sua vantajosidade econômica, técnica e operacional. A transferência da concessão para a Concessionária Linha Universidade S.A passou a produzir efeitos em 06 de outubro de 2020, momento também em que a implantação do empreendimento e o prazo de vigência da Concessão foram retomados.

É imperioso destacar que o Estado de São Paulo resolveu transferir a concessão da Linha 6-Laranja para Concessionária Linha Universidade S.A, utilizando-se da autorização legal do art. 27 da Lei 8.987/95, apenas e tão somente após constatar, através de profunda análise técnica, que a opção pela transferência melhor atendia o interesse público do que a alternativa de retomada da concessão e/ou realização de nova licitação.

As vantagens da opção pela transferência da concessão foram várias e robustas, mencionando-se as seguintes: a) economia de aproximadamente R\$ 2 bilhões se comparada com a realização de nova licitação; b) evitou o pagamento de indenização à Concessionária Move São Paulo S.A, estimada em R\$ 834 milhões; c) garantiu o recebimento integral, pelo Estado, das multas aplicadas em decorrência de descumprimentos

ADI 2946 / DF

contratuais pela concessionária inicial; d) garantiu-se a exclusão de pretensões relativas a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que poderiam ocasionar sério impacto financeiro ao erário estadual; e) demonstrou-se como a melhor alternativa para rápida retomada do projeto, pois, de acordo com a experiência prática da Administração, uma nova licitação do porte da necessária à implantação da Linha 6, com todas as dificuldades inerentes à modelagem de uma obra de grande complexidade já executada parcialmente e paralisada antes do seu término, não seria finalizada em menos de 27 meses; f) garantiu-se a imediata retomada das obras, por concessionária habilitada e idônea, assegurando a conclusão em menor prazo para mais rápido benefício à população.

À vista de todos esses benefícios auferidos com a opção pela transferência da concessão da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo, percebe-se claramente que o mecanismo previsto no art. 27 da Lei 8.987/95 constitui, na realidade, importante alternativa conferida à Administração para, no exame de cada situação concreta, resguardar o interesse público nos casos em que a concessionária vencedora da licitação não mais ostenta condições de continuar executando as obras e serviços concedidos.

Assim, a possibilidade de concessão de contratos de concessão ou de alteração do controle societário da concessionária, sem a necessidade de relicitação, consiste em mecanismo relevante de atuação da Administração Pública, inclusive para tutela e máxima satisfação de valores constitucionais relevantes, como a eficiência, continuidade dos serviços públicos e proteção ao erário.

Intervenção, caducidade, encampação e transferência do contrato de concessão são ferramentas não excludentes à disposição do poder concedente, a quem compete manejá-las de forma a extrair o máximo proveito para a coletividade da cooperação da iniciativa privada com o setor público, conforme as circunstâncias que cercam o mercado em tela, observados os requisitos legais.

ADI 2946 / DF

(iii) Dispositivo

Ante o exposto, julgo **improcedente** o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

09/12/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Na presente ação direta de inconstitucionalidade, impugna-se dispositivo constante da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com o seguinte teor:

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

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Para o proponente, o dispositivo questionado teria conteúdo contrastante com o mandamento constitucional encartado no art. 175 da Lei Maior, cuja redação transcrevo:

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.

A Constituição Federal, portanto, determina a realização prévia de procedimento licitatório como condição necessária para que o poder público possa, mediante concessão ou permissão, confiar a prestação de serviços públicos à atuação da iniciativa privada.

Ante interpretação literal, pode-se afirmar que o mandamento constitucional se dirige apenas a concessão ou permissão, não alcançando a hipótese de transferência posterior, do concessionário ou

ADI 2946 / DF

permissionário primitivo para outrem, estranho ao contrato administrativo originariamente celebrado.

A inconstitucionalidade do dispositivo estaria na burla que uma tal transferência poderia significar em relação ao ato original de concessão ou permissão do serviço ao vencedor da licitação. Alega-se que o repasse da concessão do controle societário, mesmo com a autorização do Poder concedente, afronta valores que o instituto da licitação visa proteger, identificados com a realização do interesse coletivo e com a preservação da moralidade administrativa.

Pois bem. O objetivo principal da licitação reside na obtenção de um negócio que, por um lado, atenda às necessidades e aos interesses da população da maneira mais eficiente (CF, art. 37, *caput*) e, por outro, seja o mais vantajoso possível para a Administração Pública. Tudo isso sem descuidar a concretização de princípios constitucionais outros, em especial o da isonomia, caracterizado pela igualdade de condições entre os competidores intencionados em contratar com o poder público. Em resumo, a outorga da execução de um serviço público atinge o grau ótimo para o poder público se atende ao seguinte: isonomia na disputa, eficiência na prestação e proveito para a Administração.

Dentro dessa óptica, não verifico inconstitucionalidade na norma hostilizada. O dispositivo cuida de momento posterior à disputa, quando a Administração já escolheu a proposta mais vantajosa para a concessão.

A obtenção de uma concessão de serviço público não torna imutável o controle societário da empresa concessionária. Por outro lado, a concessão tem certo valor econômico no mercado, que pode ser objeto de negociação normalmente, desde que isso não traga nenhum prejuízo para o serviço, daí a necessidade de prévia autorização do Poder concedente.

Pela interpretação que propõe o autor da ação, a vitória de uma

ADI 2946 / DF

empresa num processo licitatório para a concessão de um serviço público implicaria automaticamente a transformação do seu controle societário em coisa fora do comércio, o que não faz sentido algum, com a devida vênia.

Embora o art. 175 da Constituição traga a exigência de licitação prévia para a concessão ou permissão do serviço público, tal dispositivo não oferece maiores informações sobre como deve ocorrer o processo licitatório. Daí que, numa interpretação sistemática, deve-se recorrer ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, que é a regra matriz sobre licitações na Carta de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.**

Fica claro, da leitura do dispositivo transcrito, que o procedimento licitatório definido em lei não pode fazer exigências descabidas, que não estejam relacionadas à manutenção da proposta vencedora e às garantias de pagamento.

Com a devida vênia, tornar o controle societário de uma empresa imutável, pelo fato de ela ter vencido uma licitação, é completamente desarrazoado. Como também não é razoável tratar o privilégio da

ADI 2946 / DF

execução do serviço, obtido em licitação, como um bem inalienável, sobretudo se a lei, sabiamente, condicionou tal alienação à concordância prévia do poder público. Na minha visão, o legislador, no art. 27 da Lei n. 8.987/1993, construiu solução perfeitamente legítima e assaz inteligente para questões que podem surgir depois da licitação.

Não podemos esquecer que essas licitações muitas vezes são por longos prazos, décadas às vezes. E, nesse período, muitas vicissitudes podem suceder na dinâmica da empresa. Os controladores da companhia vencedora podem falecer, por exemplo. Nesses casos, até mesmo por força das circunstâncias de fato e da lei civil, o controle societário muda de mãos. Será que também aqui teríamos de considerar a necessidade de uma nova licitação, ainda que a proposta original estivesse sendo mantida criteriosamente? Creio que não.

Por outro lado, reconheço que a má aplicação da autorização contida no art. 27 da Lei n. 8.987/1993 pode eventualmente conestar fraudes, quando utilizada com o propósito de se contornar a exigência de procedimento licitatório, ou para assegurar a participação nesses processos por interposta pessoa. Sim, não podemos deixar de considerar essas situações como possíveis. Mas, justamente para isso, o legislador instituiu a necessidade de aquiescência prévia pelo poder público.

No extremo, pode-se cogitar de agentes públicos em conluio com particulares para usar a transferência do controle societário como mecanismo de fraude ao procedimento licitatório. Nesses casos, caberá ao Ministério Público e às instituições de controle acionar os mecanismos adequados para a anulação do ato em concreto, não sendo necessária a eliminação da solução legislativa, que em si mesma não estimula fraudes.

Irregularidades resultantes da eventual utilização desvirtuada da lei reclamarão a intervenção do Poder Judiciário nos casos concretos, pelos mecanismos ordinários de controle da Administração, mas não justificam

ADI 2946 / DF

a declaração de inconstitucionalidade da lei. É que o vício, em tais casos, estará no uso desvirtuado da norma, e não no conteúdo dela, abstratamente considerado.

Ao interesse público importam sobremaneira os elementos objetivos do contrato administrativo, alcançados já a partir do procedimento licitatório.

Tais elementos, por exemplo, dizem respeito a aspectos como a qualidade do serviço e a modicidade tarifária, diretamente relacionados com o interesse coletivo que ao poder público cabe proteger. Não interessa a este, a princípio, o que ocorre na intimidade da empresa, desde que ela esteja prestando os serviços nos termos da proposta vencedora da licitação.

Para a realização do interesse público, a importância dos atributos subjetivos da concessionária ou permissionária restringe-se àqueles que demonstram sua idoneidade e capacidade de prestação do serviço nos termos da proposta vencedora. É por isso que o dispositivo impugnado exige a autorização do poder público para a transferência da licitação ou do controle societário, momento no qual se deve avaliar as condições necessárias à eficiente continuidade dos serviços públicos sob outorga.

Em síntese, dos elementos do contrato administrativo, mais importam aqueles de conteúdo, classificados como objetivos. Os elementos subjetivos da avença têm importância secundária, restrita aos que comprovem a idoneidade do concorrente para contratar com o poder público.

Bem por isso, no procedimento licitatório, são nítidos os traços distintivos entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas.

Na fase de habilitação, tornam-se aptos a contratar com a

ADI 2946 / DF

Administração Pública tantos quantos demonstrem ter os requisitos pessoais, especialmente de ordem técnica e de ordem econômica, necessários ao adequado cumprimento do contrato a ser celebrado.

No julgamento das propostas, sagra-se vencedor apenas um, tendo em vista as condições objetivas da proposta apresentada. Rigorosamente, quem vence a licitação é a proposta, não o proponente. O proponente é julgado na fase de habilitação, como apto ou não. A proposta é que é julgada na perspectiva comparativa de melhor ou pior do que outra.

Por tais razões, como bem realçou Sua Excelência o ministro Dias Toffoli, Relator, boa parte da doutrina procura hoje desmistificar velhas lições segundo as quais os contratos administrativos têm caráter personalíssimo, sendo celebrados *intuitu personae*.

Na espécie, a transferência de concessão só poderá ocorrer se mantidos os elementos objetivos originariamente estipulados, conforme consta do próprio dispositivo legal impugnado, em seu parágrafo único, inciso II (Lei n. 8.987/1995, art. 27, parágrafo único, II).

A norma legal interdita, portanto, a possibilidade de que, com a transferência da concessão, sobrevenham novas cláusulas contratuais em prejuízo ao Poder concedente ou aos usuários do serviço.

Ademais, os atributos exigidos do concessionário, que sucede a um primeiro, continuam sendo aqueles da habilitação originária, devendo agora ser novamente sindicados pelo Poder concedente, a quem cabe anuir ou não com a transferência de concessão submetida a seu crivo (Lei n. 8.987/1995, art. 27, *caput*).

Referida anuência, como condição para que a transferência da concessão se perfectibilize, assegura que os serviços públicos continuem sendo prestados nas condições originárias.

ADI 2946 / DF

Mantêm-se preservadas, portanto, todas as vantagens alcançadas na licitação já realizada, sem mínimo prejuízo aos valores que esse instituto jurídico tem por aptidão concretizar, identificados na prospecção do negócio mais vantajoso à Administração Pública e na isonomia da disputa entre os competidores.

Naturalmente, a prestação de um dado serviço público, depois de passado algum tempo, pode demandar mais recursos técnicos ou financeiros, dos quais careça o concessionário vencedor da licitação, que pode buscar no mercado alternativa mais interessante.

Vedar completamente o repasse da concessão ou do controle acionário para terceiro pode significar a condenação do serviço à obsolescência, unicamente para preservar-se o vínculo subjetivo criado por uma licitação que muitas vezes foi realizada há anos ou décadas.

Então, para que os serviços públicos continuem a ser prestados com modicidade tarifária, tanto quanto possível, e com padrões de excelência resultantes de novas tecnologias, é comum que concessionárias tenham de mudar o seu controle societário, ou mesmo transferir o título da concessão para empresas mais bem colocadas no mercado.

Em situações assim, a obrigatoriedade de realizar prévio procedimento licitatório poderia resultar em gravíssimos inconvenientes ao poder público, não sendo de se descartar até mesmo o risco de pontual descontinuidade dos serviços devidos à população.

A exigência de licitação, como condição à transferência do objeto de uma concessão pública já licitada, pode até ser necessária eventualmente. Em tal caso, decerto a transferência não será autorizada. Não podemos presumir que o poder público atuará em conluio com particulares para prejudicar a execução do serviço. As situações de fraude e crime, repito,

ADI 2946 / DF

devem ser resolvidas pelas instâncias apropriadas em cada caso, e não pela eliminação de uma solução legislativa resiliente e muito bem concebida pelo Congresso Nacional.

A declaração de inconstitucionalidade, no caso, com a devida vênia, se prestaria a burocratizar a atuação do poder público, provocando custos ao erário e comprometendo a regular e eficiente prestação de serviços, ao arrepio de diversas regras e princípios constitucionais, especialmente o da eficiência administrativa, inserido na Carta Magna por força da Emenda Constitucional n. 19/1998 (CF, art. 37, *caput*). E isso para não falar nos riscos para a segurança jurídica e para os investimentos privados saudáveis, que decerto evitariam mais ainda negociar com o poder público.

A norma impugnada permite atuação mais dinâmica em dadas situações, sem as amarras de um formalismo exacerbado, abrindo caminho para que os serviços públicos possam ter continuidade, o que por vezes reclama mais recursos financeiros com o emprego de novas tecnologias.

Ao mesmo tempo, preserva os valores tutelados pelo instituto jurídico da licitação, identificados sobremaneira na prospecção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, observando-se o princípio da igualdade, a garantir as mesmas condições entre os competidores em disputa (CF, art. 5º, *caput*).

Diga-se o mesmo sobre eventuais alterações no controle societário de empresas concessionárias de serviço público.

Cogitadas alterações, próprias e inevitáveis na seara empresarial, servem também para atualizar o arsenal tecnológico das companhias e alavancar mais investimentos, sempre necessários quando se cuida de serviços públicos, geralmente de complexa execução.

ADI 2946 / DF

Logo, desde que preservados os termos da licitação já realizada, a alteração no controle societário da empresa concessionária não resulta presumivelmente em ofensa à regra constante do art. 175 da Constituição Federal. E assim se faz também porque uma tal alteração sempre haverá de ser precedida por anuência do próprio poder público, titular do serviço delegado.

Alterações do controle societário das empresas são movimentos naturais às atividades que elas desempenham. Por isso, proibir esses movimentos, ou embaraçá-los desmedidamente, exigindo-se a cada um prévia licitação, significaria ofensa direta ao postulado da livre iniciativa, consagrado na Lei Maior como um dos dois principais fundamentos da ordem econômica adotada pela República Federativa do Brasil (CF, art. 170, *caput*).

Por último, não poderia deixar de render homenagens ao ministro Dias Toffoli, Relator, aplaudindo Sua Excelência pela acurada análise que fez da matéria e pedindo vênias para acrescer, às minhas, as razões do substancioso voto que proferiu.

Diante do exposto, conheço da presente ação para, ao fazê-lo, julgar improcedente o pedido e assim declarar a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL
- BNDES

ADV.(A/S) : CRISTIANO CALDAS PINTO (129593/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E
INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB

ADV.(A/S) : MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS
- ABCR

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/
SE, 357553/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM
AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE

ADV.(A/S) : MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA (36464/DF,
177504/MG, 59384/RJ, 64481A/RS, 150585/SP)

ADV.(A/S) : ELENA LANDAU (140841/RJ)

ADV.(A/S) : VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO (58812/DF, 104227/RJ)

ADV.(A/S) : ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA (16379/DF, 122655/RJ)

ADV.(A/S) : JESSICA BAQUI DA SILVA (51420/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "da concessão" contida no *caput* do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, propondo a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/98, para dar efeitos prospectivos à presente decisão, de modo que o poder público promova, no prazo máximo de 2 (dois) anos contados da data desta sessão de julgamento, as licitações de todas as concessões cuja transferência tenham sido efetivadas, com fundamento no referido dispositivo legal, no que foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021.

Decisão: (Processo destacado do Plenário virtual) Após os votos dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Gilmar Mendes e Nunes Marques, que conheciam da ação direta de inconstitucionalidade e julgavam improcedente o pedido formulado, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República; pelo interessado Presidente da República, o Ministro Bruno Bianco Leal, Advogado-

Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base - ABDIB, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR, o Dr. Orlando Magalhães Maia Neto; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia - ABIAPE, o Dr. André Silveira; e, pelo *amicus curiae* Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, o Dr. Saulo Benigno Puttini. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 9.12.2021.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux (Presidente).

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, objetivando seja declarada a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 8.987/1995, pelo qual se autoriza a transferência de concessão de serviço público com a anuência do poder concedente.

Esta a norma impugnada:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará

ADI 2946 / DF

a caducidade da concessão.

§ 1º *Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:*

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”

2. O autor afirma que o art. 27 da Lei n. 8.987/1995 *“formaliza a transferência da concessão e da permissão do serviço público sem prévia licitação, quando o art. 175 da Constituição Federal preconiza sua obrigatoriedade”*

Acrescenta que *“o dispositivo questionado discrepa da própria lei, pois o artigo 26 do mesmo diploma ao dispor sobre a subconcessão de serviço público, estabelece expressamente a exigência de licitação”*.

Pede seja declarada a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 8.987/1995.

3. O Ministro Maurício Corrêa, então Relator, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. O Presidente do Congresso Nacional prestou informações e ressaltou que *“a atuação do legislador (...) foi norteadada pelo princípio da supremacia do interesse público”* e considerando a necessidade de continuidade da prestação do serviço público (e-doc. 8).

5. O Presidente da República prestou informações e defendeu a constitucionalidade da norma salientando que:

“(...) o negócio jurídico que agora se realiza é entre pessoas de direito privado, com a mera anuência da Administração, se cumpridas todas as exigências do parágrafo único do art. 27. Para que nova licitação se fizesse necessária, preciso seria que a Administração

ADI 2946 / DF

motivadamente resolvesse o contrato então em curso. Mas nova licitação é sempre dispendiosa para quem tenha de fazê-la. Se o Estado obtém o mesmo resultado, com a mesma seriedade, com as mesmas exigências técnicas, com as mesmas exigências legais e após ter realizado a licitação, exigir nova licitação é não compreender a razão de ser da licitação. Afinal de contas fez-se licitação e, com ela, em princípio, obteve o concedente o melhor negócio” (e-doc. 10).

6. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido e ressaltou que *“o atendimento do interesse público e a garantia de continuidade da prestação dos serviços públicos, de acordo com os ditames da Carta Magna, constituem os motivos que ensejaram a supressão da vedação à transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, razões mais do que suficientes para inviabilizar a pretensão do requerente”.*

Explicou que *“a transferência da concessão é a transferência total da concessão a terceiro, que assume integralmente o lugar do concessionário e passa a responder pelo objeto anteriormente concedido àquele. O instituto da transferência realiza, na verdade, uma retomada e imediata passagem do objeto da concessão a um terceiro, sem ruptura do contrato, configurando-se, para o concessionário que abandona a prestação, uma forma de extinção do contrato de concessão”.*

Anotou, ainda, que, *“antes de se efetivar a transferência prevista no preceito ora impugnado, houve a realização de prévia licitação para a celebração do contrato de concessão, na qual foram observadas as exigências previstas na Lei Federal nº 8.666/93, dentre as quais, a capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”.*

Alertou para o fato de que *“o instituto da transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, previsto no art. 27 da Lei Federal n. 8.987/1995, tem como finalidade atender à necessidade da preservação da continuidade do contrato e da prestação adequada do serviço concedido, prevista no próprio art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Carta Política”.*

ADI 2946 / DF

Salientou haver *“colisão entre dois princípios constitucionais, quais sejam, o da obrigatoriedade da licitação e o da continuidade da prestação dos serviços públicos”*.

Concluiu que *“a solução mais adequada é a que entende que a obrigatoriedade do procedimento licitatório restou satisfeita quando da realização do certame, e posterior celebração do contrato de concessão de serviço público com o licitante vencedor, e, por outro lado, a continuidade da prestação de serviço restou atendida quando se estabeleceu que eventual cessão daquele contrato de concessão celebrado anteriormente com o licitante vencedor possa ocorrer se preenchidos os requisitos previamente estabelecidos, e desde de que o contrato seja cumprido com todas as cláusulas anteriormente acordadas”* (e-doc. 12).

7. O Procurador-Geral da República opinou pela procedência do pedido:

“Ementa: O artigo 27 da Lei n° 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, contraria o disposto no artigo 175 da Constituição da República. Cabe ao poder público a prestação de serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou mediante concessão ou permissão, precedidas sempre de licitação, que objetiva garantir o princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (artigo 3° da Lei 8.666/93). Pela declaração da inconstitucionalidade”(e-doc. 14).

Informou ele não ser necessário o aditamento da petição inicial após a edição da Lei n. 11.196/2005, cujo artigo 119 alterou o art. 27 da Lei n. 8.987/1995 (e-doc. 18).

Explicou que *“a alteração introduzida no texto normativo não afeta de qualquer modo a análise da constitucionalidade do artigo 27, caput e parágrafo 1º, incisos I e II, porquanto suas redações permanecem inalteradas”*.

ADI 2946 / DF

Afirmou ser desnecessário o aditamento da inicial *“haja vista não se verificar qualquer vício a macular as previsões inscritas nos parágrafos 2º, 3º e 4º. Com efeito, a assunção do controle da concessionária por seus financiadores, ao contrário de transferir as obrigações firmadas perante o poder concedente para terceiro estranho à relação formada a partir do exigido processo licitatório, situação observada na hipótese do parágrafo 1º, mantém como obrigada a concessionária originalmente escolhida para a celebração do contrato (parágrafo 4º do artigo 27 da Lei nº 11.196/2005).”*

Explicou que *“o pedido de declaração de inconstitucionalidade, nos exatos moldes ventilados na peça inicial, deve ser restrito ao caput e ao parágrafo 1º incisos I e II, do artigo 27 da Lei n. 8.987/95, com a numeração que lhe foi conferida pela Lei nº 11.196/2005”*.

Esclareceu ser possível a *“permanência, no ordenamento jurídico, dos parágrafos 2º a 4º, ainda que as demais normas do artigo 27 sejam declaradas inconstitucionais”, pois “os dispositivos acrescidos pela aludida Lei nº 11.196/2005 consagram hipóteses absolutamente diversas e independentes daquelas previstas no caput e parágrafo 1º”*.

9. O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, a Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base – ABDIB e a Associação Brasileira De Concessionárias De Rodovias – ABCR foram admitidos como *amici curiae*.

10. O julgamento da presente ação direta teve início no Plenário Virtual em 25.2.2022, tendo o Ministro Dias Toffoli, Relator, votado pela improcedência do pedido, sendo acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

O Ministro Edson Fachin apresentou voto divergente, julgando procedente em parte o pedido para *“glosar a expressão “concessão” do caput do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, por violação ao disposto no artigo 175 da*

ADI 2946 / DF

Constituição da República”.

11. Peço vênia para divergir em parte do Ministro Relator.

A questão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade está em saber se a transferência da concessão de serviço público sem prévia licitação ofenderia o art. 175 da Constituição da República.

12. A Constituição da República de 1988 exige licitação pública para a contratação realizada pela Administração Pública em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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.”

No art. 175 tem-se exigência específica de licitação também para a concessão de serviços públicos:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

ADI 2946 / DF

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Como anotado por Hely Lopes Meirelles, a licitação tem por finalidade a “*obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo:Malheiros 44.ed. 2020, p. 263-264).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a licitação “*visa alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*”.

Aquele doutrinador ressalta, ainda, que com o certame público “*atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos art. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e; finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V da Cara Magna Brasileira*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:Malheiros 35.ed. 2021, p. 432).

Assim, a licitação garante a igualdade de oportunidade àqueles que pretendem contratar com a Administração Pública, além de assegurar a publicidade e a impessoalidade nas contratações.

13. A Lei n. 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição da República.

A concessão é a delegação da prestação do serviço público, “*feita pelo*

ADI 2946 / DF

poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (inc. II, art. 2º).

Maria Sylvia Di Pietro conceitua a concessão de serviço público como sendo *“o contrato administrativo pelo qual a Administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”* (Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Forense, 34. ed. 2021, p. 308).

14. Prevê-se a possibilidade de transferência dessa concessão no art. 27 da Lei n. 9.897/1995, o qual, em sua redação originária, dispunha:

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

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

A Lei n. 11.196/2005 alterou a norma do art. 27 da Lei n. 9.898/1995 que passou a estabelecer:

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

§1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade

ADI 2946 / DF

financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.”

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 27 da Lei n. 9.898/1995 foram revogados pela Lei 13.097/2015, prescrevendo o art. 27:

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

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

15. Anotei, em outra ocasião, que a “transferência da concessão é a transferência total da concessão a terceiro, que assume integralmente o lugar do concessionário e passa a responder pelo objeto anteriormente concedido àquele” e que o art. 27 da Lei n. 9.898/1995 trata de duas figuras: a transferência da concessão e a transferência do controle societário da concessionária.

ADI 2946 / DF

Para Maria Sylvia Di Pietro, a ausência de licitação quando da transferência da concessão importa burla ao disposto no art. 175 da Constituição da República:

“A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei n. 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão [...]. Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição” (Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Forense, 34.ed. 2021, p. 314).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que admitir a transferência da concessão ofenderia o princípio licitatório:

“Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei n. 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. São Paulo:Malheiros 35.ed. 2021, p. 698-699).

16. Ressalte-se que a Lei n. 8.987/1995 autoriza, além da transferência de concessão, a subconcessão, pela qual se transfere parte da concessão a terceiro:

ADI 2946 / DF

“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.”

Exige-se para a subconcessão, em que parte de concessão é transferida a terceiro, licitação na modalidade concorrência.

Com mais razão faz-se necessária a licitação nas hipóteses de transferência, pela qual há a transferência da totalidade da concessão a terceiro.

Antônio Carlos Cintra do Amaral alerta para a incoerência que se teria acaso se entendesse pela exigência de licitação para a subconcessão e por sua prescindibilidade nas hipóteses de transferência da concessão:

“Paradoxalmente, a lei exige a realização de licitação para subconcessão (§1º do art. 26) e se omite em relação à transferência (art. 27).

É óbvio que, se para subconceder (concessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida a realização de licitação para transferência da concessão (concessão total). A transferência da concessão sem realização prévia de licitação contraria a exigência constitucional do art. 175. Também ela deve ser, portanto, precedida de licitação.

Mas se o pretendente deverá “comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (parágrafo único, II, do art. 27 da Lei 8.987/1995), como julgar a licitação? Vale dizer: como desigualar as propostas? Parece-me admissível contratar empresa que ofereça melhores condições do que as constantes do contrato em vigor. Mas isso pode ser impossível. Nesse caso há impossibilidade da transferência, e não da licitação. Deve ser extinta a concessão, e

ADI 2946 / DF

realizada licitação para um nova concessão.

*Note-se que, em sua literalidade, a norma do art. 27 pode ser entendida como não exigindo licitação para transferência da concessão. O intérprete da norma legal deve, porém, buscar um entendimento que harmonize essa norma com a ordem constitucional. Se a norma do art. 27 for entendida como permitindo a transferência da concessão sem licitação, ter-se-á que arguir sua inconstitucionalidade, na medida em que se estará admitindo, na prática, concessão sem licitação” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros 2.ed. 2002, p. 30-31).*

17. A respeito da subconcessão e da transferência da concessão, já anotei sobre a necessidade de processo licitatório prévio:

“Tanto a subconcessão quanto a transferência de concessão dependem de processo licitatório prévio. Tal como transcrito no art. 26, a modalidade concorrência, adotada para a própria concessão, tem de ser respeitada também nesse caso, pois o subconcessionário ou a pessoa que pretenda receber em transferência a concessão não pode apresentar-se com menos exigências cumpridas que o concessionário.

Nem poderia ser diferente, em face da exigência constitucional de obrigatório processo licitatório, anteriormente referido. Se houvesse entraves à interpretação da lei a traduzir tal condição, haveria de se concluir pela sua invalidade, em face da incompatibilidade com a norma fundamental.

Não sirvam de argumentos contrários a tal ilação os incisos do parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987/95, que estabelecem exigências para a anuência do poder concedente como se elas exaurissem as condições possíveis de ser por esse impostas ao pretendente à transferência.

A exigência constitucional torna insustentável essa cogitação, como, de resto, seria inconciliável tal conclusão com a própria exigência expressa para a subconcessão, cujo objeto não é sequer integral, como ocorre com a figura da transferência.

Surge, nesse passo, a questão sobre quem licita a subconcessão e

ADI 2946 / DF

a transferência de concessão, se o poder concedente ou o concessionário.

A resposta está no próprio instituto da licitação, que é instrumento de administração pública, realizável pelas entidades públicas ou privadas que compõem aquela, ainda que sob o rótulo de "indireta", ressalvada expressa passagem de tal incumbência ao particular, o que incorre na espécie.

A licitação realiza, dentre outros, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, sendo titular desse dever e a ele obrigada a entidade que tem a competência para o desempenho do serviço a ser prestado indiretamente pelo concessionário, ou, no caso, pelo subconcessionário ou por aquele a quem se pretenda transferir a concessão.

Concluir que o concessionário pudesse licitar — enfatizando-se que o princípio tem de ser o mesmo, seja o licitante entidade constituída pelo Poder Público ou não — seria admitir que a licitação pudesse ser feita entre particulares, quer-se dizer, entre o concessionário e outros interessados, sem a participação do poder concedente, titular e principal obrigado, perante o usuário, pela prestação legal, moral, adequada e satisfatória do serviço público.

Por isso, a anuência do poder concedente para a subconcessão ou para a transferência não marca a sua sinalização distante do processo que ocorrerá com a subdelegação ou transferência da delegação, mas apenas o início de sua presença nesse processo. A aquiescência do poder concedente não é um ponto de chegada, mas o de partida para a subconcessão ou para a transferência.

A transferência realiza, na verdade, uma retomada e imediata passagem do objeto da concessão a um terceiro, sem ruptura do contrato, mediante o prévio processo licitatório, configurando-se, para o concessionário que abandona a prestação, uma forma de extinção do contrato de concessão.

Conquanto não prevista no dispositivo que cuida das modalidades extintivas da concessão (arts. 35 a 39 da Lei n. 8.987/95), a transferência impõe todos os comportamentos administrativos previstos no caso de extinção. Apenas, o contrato não cessa; é transferido em seus termos e, tal como era antes, continuará a ser

ADI 2946 / DF

executado o seu objeto, como previsto, por outrem, que assume integralmente o lugar do concessionário. Não pode ocorrer a transferência nas hipóteses em que o motivo ensejaria a extinção da concessão, tais como interesse público, descumprimento do contrato de concessão, anulação, falência ou extinção da empresa e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. A transferência estabelece uma extinção amigável das obrigações entre o poder concedente e o concessionário, o que somente poderá ocorrer após a verificação de cumprimento e assunção de integral responsabilidade deste na parte do objeto da concessão por ele desempenhada.

Se rescisão tivesse havido, e não transferência, o poder concedente poderia alterar — e certamente alteraria — as condições antes prevalentes sobre o objeto da concessão, formulando-se novo contrato. Com a transferência, mantém-se a concessão anteriormente concedida em todos os seus termos, alterando-se a pessoa do delegado a quem ela é transferida.

Por isso mesmo mais uma vez se mostra a imperiosidade de ser realizada a licitação por quem titularia o serviço público, cuja prestação é dada em concessão na forma contratualmente estabelecida, e não pelo particular que a recebera originariamente” (Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 48-51).

Ao admitir a transferência da concessão sem licitação prévia, não se oferece igual oportunidade a todos os que possam se interessar pela concessão, impedindo-se a apresentação de propostas melhores e mais vantajosas para a Administração Pública.

Permite-se em última análise, negociação particular a respeito da prestação do serviço público, trasladando ao concessionário prerrogativa exclusiva do Poder Concedente e transferindo-se a concessão a empresas que sequer participaram da licitação, em ofensa aos princípios constitucionais da licitação, da isonomia, da moralidade e da transparência.

ADI 2946 / DF

18. Pelo exposto, pedindo venia ao Ministro Relator, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido para **dar interpretação conforme ao art. 27 da Lei n. 8.987/1995, assentando a necessidade de realização de licitação prévia à transferência da concessão, em observância ao art. 175 da Constituição da República.**

09/03/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta proposta pelo Procurador-Geral da República o art. 27 da Lei Federal 8.987/95, Lei de Concessões Públicas, que dispõe o seguinte:

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

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que

ADI 2946 / DF

trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

O requerente sustenta, essencialmente, que a norma ora impugnada “*formaliza a transferência da concessão e da permissão do serviço público sem prévia licitação*”, em contrariedade ao disposto no artigo 175, caput, da CF.

Nas informações que prestou, o Presidente do Congresso Nacional (doc. 8) defendeu a constitucionalidade do dispositivo questionado sob o fundamento de que o preceito legal atenderia ao interesse público, sem constituir incentivo a fraude, de modo a garantir a continuidade dos serviços públicos. Sustenta que, em determinadas situações, a ininterrupta prestação dos serviços públicos é dificultada justamente pela existência de litígio entre os sócios da concessionária, razão pela qual a transferência do controle societário não se revela viável, e a consequência seria a paralisação dos serviços públicos.

O Presidente da República, em suas informações (doc. 10), alegou que o escopo precípua do processo licitatório é a obter o melhor preço para a Administração Pública e, após argumentar que a concessão não tem caráter *intuitu personae*, diz que o “*Estado obtém o mesmo resultado, com a mesma seriedade, com as mesmas exigências técnicas, com as mesmas exigências legais*” quando, com a sua anuência, a pessoa vencedora da licitação transfere a sua posição subjetiva no negócio jurídico. No seu entender, se o concedente conseguiu o melhor negócio ao fazer a licitação, não é razoável exigir-se, neste caso, novo certame, até mesmo porque a realização de uma nova licitação seria dispendiosa.

A Advocacia-Geral da União, em seu parecer (doc. 12), opinou pela constitucionalidade do dispositivo. O Procurador-Geral da República, em seu parecer (doc. 14), reiterou a posição defendida na petição inicial.

Por ocasião do julgamento virtual, iniciado na sessão virtual do Plenário (6 a 16/8/2021), o Ministro Relator apresentou voto pela

ADI 2946 / DF**PARCIAL PROCEDÊNCIA da Ação Direta.**

O caso retornou a julgamento na sessão virtual de 8 a 18/10/2021, com a apresentação de voto-vista divergente do Min. GILMAR MENDES, em que propõe a superação da interpretação literal do art. 175 da CF ("*sempre através de licitação*"), entendendo que a exigência de licitação é uma garantia institucional e admite conformação pelo legislador, que pode, inclusive, dispor sobre dispensa e inexigibilidade. Mencionou os recentes julgados da CORTE nas ADIs 5841 e 5942 (regime de desinvestimentos da PETROBRAS) e na ADI 5991 (prorrogação antecipada dos contratos de concessão do setor ferroviário). Argumenta que a licitação do objeto contratado, no momento inicial da outorga, garante a delimitação de todos os aspectos relevantes da transferência do serviço ao particular; e a exigência de anuência do Poder Público para a transferência a pessoa diversa garante que esse arranjo seja observado mesmo após a transferência.

Ou seja, entende que deve ser superada a compreensão de que o contrato de concessão teria caráter personalíssimo, pois, mantidas as condições contratuais, sob fiscalização do poder concedente, não haveria prejuízo ao interesse público decorrente do tão-só fato da alteração do concessionário. Aduz ainda que faria pouco sentido admitir a alienação do controle acionário da empresa concessionária, sem necessidade de nova licitação, mas não permitir a transferência da concessão, pois em ambas as situações as condições contratuais são mantidas.

Anoto também que entre as duas sessões virtuais vieram aos autos diversas manifestações sobre o objeto do debate, recebidas como memoriais pelo Ministro Relator (doc. 53), como aquelas apresentadas pela Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base, ABDIB (doc. 33), pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, ABCR (doc. 47), pela Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia, ABIAPE (doc. 64), pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, BNDES (doc. 24) e, em especial (inclusive destacado no voto divergente do Min. GM) a manifestação do Estado do Rio de Janeiro (doc. 38) e do Estado de São Paulo (doc. 31) – em

ADI 2946 / DF

relação a qual manifestaram adesão os Estados de Alagoas, Mato Grosso, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal (doc. 40) e também o Estado do Rio Grande do Sul (doc. 45).

Na sessão do Pleno de 9/12/2021, o Ministro Relator ajustou seu voto, complementando o mesmo com os novos elementos trazidos aos autos, concluindo pela improcedência da Ação Direta.

O Ministro DIAS TOFFOLI afasta a ideia de que os contratos administrativos teriam necessariamente um caráter personalíssimo, devendo prevalecer o interesse da Administração na seleção da proposta mais vantajosa, não sendo relevantes as características pessoais do contratante particular se demonstrada a sua capacidade em executar os termos do contrato nas condições ajustadas. A previsão impugnada merece ser preservada, segundo afirma, *“considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural e até salutar que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual”*.

O Ministro Relator, assim, afasta a alegação de burla à exigência de prévia licitação para a concessão de serviços públicos em decorrência da transferência do controle acionário da empresa concessionária, também descartando a aproximação entre a operação empresarial admitida no art. 27 impugnado e a figura da subconcessão tratada no art. 26, que *“instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária”*.

É o relato do essencial.

De início, observo que na sessão virtual de 6 a 16/8/2021 lancei voto acompanhando a fundamentação e conclusão original do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, convencido da aderência, ao caso, de outros precedentes da CORTE sobre a matéria, que, interpretando o art. 175 da Constituição, preconizam a imprescindibilidade de observância de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos, como a ADI 4058, de minha relatoria (Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2018, DJe de

ADI 2946 / DF

14/2/2019) na qual se impugnava do art. 42, § 1º, da mesma Lei 8.987/1995 (redação da Lei 11.445/2007), onde se estabelecia que *“vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato”*. A CORTE, nesse julgamento, atribuiu interpretação conforme a esse dispositivo para estabelecer *“ser imprescindível a realização de licitação prévia à nova delegação a terceiros”*.

Entretanto, as substanciais razões de fato e de direito aportadas aos autos desde o início do julgamento virtual induzem a uma reflexão mais aprofundada do tema.

Sobre a indispensabilidade de licitação, esse Plenário se pronunciou (ADI 5942, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020; e ADIs 5624, 5846, 6029 e 5924, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 6/12/2019), sobre a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei 13.303/2016, Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, entre os quais o art. 29, XVIII, da mencionada lei, que permitem a compra e venda de ações, títulos e bens produzidos ou comercializados por empresas públicas independentemente de procedimento licitatório. Argumentava-se, então, entre outras alegações, que a alienação do controle acionário de empresas estatais, subsidiárias e controladas dependeria de prévio procedimento licitatório (art. 37, XIX, XX e XI, da CF).

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ileividade do patrimônio público, determinou, na referida norma constitucional, a regra da obrigatoriedade da licitação. Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a

ADI 2946 / DF

licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando a proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e a dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da Administração Pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da CF).

O próprio texto constitucional, entretanto, de maneira excepcional, autorizou que a legislação estabelecesse hipóteses de ausência de licitação.

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.

Esse objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais

ADI 2946 / DF

vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

A exegese constitucional indica que, havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação, e somente excepcionalmente a dispensa ou a inexigibilidade previstas na legislação ordinária deverão ser aplicadas.

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

E a hipótese legal em discussão, bem examinado o contexto em que admite a transferência do contrato de concessão de serviço público, não permite a inferência de que o interesse público seria desfavorecido ou desvirtuado pela execução do contrato por terceiro não participante da licitação que precedeu a outorga da concessão. Veja-se que a prévia anuência do poder concedente, sem a qual a concessão incorre em caducidade, dá à Administração total controle sobre a execução dos serviços concedidos, mesmo que por empresa diversa, tendo-se por pressuposto dessa anuência a verificação de que a transferência não afeta quaisquer das condições contratuais.

Na verdade, a realidade econômica atinente a contratos dessa natureza – como reportado pela Procuradoria do Estado de São Paulo em relação à concessão dos serviços para a Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo, entre outros exemplos mencionados nos memoriais juntados aos autos, e também referido pelo Min. GILMAR MENDES – informa que, em muitas situações, a manutenção das condições contratuais de prestação do serviço concedido, tal como estipulados no momento da outorga, pode

ADI 2946 / DF

vir a depender da transferência da concessão a outros agentes econômicos, ou da implementação de soluções de mercado, sem as quais pode ocorrer descontinuidade na oferta do serviço, em prejuízo da população.

Portanto, em que pese o zelo da Jurisprudência da CORTE quanto à observância da exigência do art. 175 da CF, impõe-se reconhecer que a hipótese legal em discussão – tanto em relação à transferência da concessão propriamente dita ou do controle acionário da empresa concessionária – revela uma exceção justificada à obrigatoriedade de nova licitação para pactuação de contrato de concessão de serviço público.

Em vista do exposto, julgo IMPROCEDENTE a Ação Direta, para declarar constitucional o art. 27 da Lei Federal 8.987/95.

É o voto.

09/03/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES
ADV.(A/S)	: CRISTIANO CALDAS PINTO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB
ADV.(A/S)	: MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - ABCR
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPE
ADV.(A/S)	: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
ADV.(A/S)	: ELENA LANDAU
ADV.(A/S)	: VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ADV.(A/S)	: ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: JESSICA BAQUI DA SILVA

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo i. Ministro Relator.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com o intuito de questionar a compatibilidade do artigo 27, *caput* e §1º da Lei nº 8.987/1995, *in verbis*:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle

ADI 2946 / DF

societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

Argumenta a PGR em sua exordial que a possibilidade, que se depreende *a contrario sensu* do caput da norma, de a empresa vencedora do certame transferir a concessão ou seu controle societário no curso da vigência de contrato com a Administração Pública viola o disposto no artigo 175 da Constituição da República, ao permitir que empresa se torne concessionária de serviço público sem prévia licitação.

Eis a dicção da norma constitucional:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Dois são os posicionamentos colocados em perspectiva nessa demanda. Como defende a PGR, e vários autores de Direito Administrativo, o artigo 27 da Lei das Concessões Públicas seria inconstitucional, pois a redação do art. 175 exige prévia licitação para qualquer modalidade de contratação pela Administração, sendo a

ADI 2946 / DF

dispensa a exceção à regra. Além disso, assinala-se que o contrato administrativo teria natureza *intuitu personae*, restando impossível a alteração subjetiva da avença.

De outra parte, um outro entendimento defende uma compreensão diversa do direito administrativo, a permitir que as empresas concessionárias de serviço público, diante da longevidade dos contratos, organizem livremente sua atividade econômica, pois o contrato firmado não teria natureza personalíssima, uma vez que a licitação elegeria apenas proposta mais vantajosa à Administração Pública, sem vedar a modificação subjetiva contratual, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade.

Apreiei atentamente os votos que me antecederam e todos os argumentos lançados.

No entanto, posiciono-me pela inconstitucionalidade parcial do dispositivo ora em debate, pelas razões que abaixo declino.

Referindo-se ao princípio da licitação, José Afonso da Silva assim explicita:

“Licitação’ é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. (...)”

(SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 350)

Prevista pelo artigo 37, inciso XXI do texto constitucional (*“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure*

ADI 2946 / DF

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”), a necessidade de prévia licitação para outorga da prestação de serviço público pelo poder concedente a particulares, por meio de concessão ou permissão vem densificada pela previsão do artigo 175 da Carta Magna, dispositivo acima citado.

É, efetivamente, e nisso creio que não haja discordância, uma garantia de que a contratação pela Administração Pública assegurará a obtenção da proposta mais vantajosa, do ponto de vista financeiro e de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, bem como de que os particulares serão submetidos a processo isonômico de competição pelo futuro contrato com o Poder Público.

A regra, portanto, é a necessidade de licitação para a contratação pela Administração Pública, ressalvadas por lei as hipóteses de inexigibilidade (quando, a rigor, sequer é possível a realização de processo licitatório) e de dispensa de licitação (quando o legislador identifica que a realização de licitação seria manifestamente desvantajosa para a Administração).

E, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, compreendo, em análise da dicção do artigo 175 do texto constitucional (*“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”*), inexistir latitude hermenêutica a albergar a possibilidade de transferência da concessão como um negócio entre particulares, permitida pelo artigo 27 da Lei nº 8.987/95.

Não desconheço, obviamente, que esta Corte recentemente admitiu a possibilidade de cessão dos direitos de exploração de petróleo e outros hidrocarbonetos sem licitação prévia (ADI 5492) e também da possibilidade de prorrogação antecipada do contrato (ADI 5991); no entanto, como estamos em julgamento pelo Plenário, venho a apresentar, novamente, voto em sentido divergente à previsão legal ora impugnada.

ADI 2946 / DF

Como já asseverou o i. Ministro Relator, muitos doutrinadores concordam com a Procuradoria-Geral da República, autora da presente ação, ao visualizar na dicção do artigo 27 verdadeira burla ao princípio constitucional da licitação, quando permite que pessoa jurídica que não participou do procedimento licitatório, ou dele não se sagrou vencedor, possa exercer e auferir lucro da exploração de serviço público.

Nesse sentido, compreende o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei n. 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração.”

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 676-677)

Da mesma forma compreende a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei n. 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato.

ADI 2946 / DF

Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (...). Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição.”

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 279).

A despeito dos posicionamentos contrários, que compreendem que se a Constituição não se manifestou expressamente contrária à possibilidade de transferência da concessão a outro particular, após a contratação precedida de procedimento licitatório, impedir referida negociação poderia representar uma violação ao princípio da livre iniciativa, filio-me à corrente que não antevê no texto constitucional autorização para o tratamento de um contrato administrativo advindo de concessão de serviço público como mero ativo patrimonial da concessionária; ao revés, compreendo que pode existir burla à licitação realizada para a contratação, pois a empresa que adquire a concessão não participou ou não foi a vencedora do certame licitatório, abrindo-se a possibilidade de direcionamento indevido do contrato, em evidente prejuízo ao interesse público.

Um ponto ressaltado nos votos que me antecederam diz respeito à caracterização ou não do contrato administrativo de concessão do serviço público como *intuitu personae*, a possibilitar ou vedar a alteração subjetiva do particular que celebra avença com o Poder Público.

Compreendo, contudo, que a questão não se centra especificamente na pessoa jurídica nominalmente considerada, mas sim na violação ao princípio da licitação pela contrariedade ao aspecto concorrencial da contratação, quebrando a isonomia necessária à concessão dos serviços públicos.

Esse ponto foi bem ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, no Parecer ofertados nos autos:

“5. **Data maxima venia**, não se está a ater-se à

ADI 2946 / DF

gramaticalidade do texto constitucional na ênfase dada à expressão '**sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos**'.

6. O que se quer – e assim há de se reconhecer **diretriz prevalente** no tema em discussão – é estabelecer que **toda prestação de serviço público**, quando o poder público não há (*sic*) promova diretamente, aconteça '**sempre através de licitação**'.

7. E assim por quê?

8. Porque se ao particular, pela concessão ou permissão oferece-se a prestação do serviço público, **este deverá obtê-lo num certame igualitário com seus concorrentes, igualmente particulares**, certame cujo desfecho, inerente à disputa, propicia melhor atendimento à demanda pública, pelo que deve primar o governante.

9. Ora, se no quadro **derivado** da '**transferência** da concessão' ou da **transferência** do controle societário da concessionária', que é a previsão do questionado artigo 27, da Lei 8987/95, substituir-se a obrigatoriedade do certame, **pela simples anuência do poder público**, abre-se o flanco para que se contemple quem se furtou do certame, daí porque pertinentes as ponderações que reproduzimos nos **itens 5 e 6** da petição a **fls. 3/6**.

10. E, se adentrarmos ao necessário quadro da ponderação, por certo que a preservação, **sempre**, do procedimento licitatório supera a continuidade dos serviços, que é o ponto realçado pelos que, de nós, diferentemente pensam.

11. Os valores de que é escudo o procedimento licitatório, **que se revelam na isonomia e na moralidade**, por certo alçam-se bem acima da **permanência** na prestação do serviço que, no caso de transferência, não comprometerá dita prestação, sendo capaz, tão somente, de ocasionar retardo."

(negrito no original)

Assim, a permissão para que o concessionário de serviço público possa promover a transferência da concessão a outra empresa, como se se

ADI 2946 / DF

tratasse de mera negociação entre entes privados, equivale à contratação direta pela Administração Pública, fora das hipóteses de dispensa legal, pois quem irá cumprir o contrato e auferir os valores derivados da outorga será particular que não se submeteu à concorrência pública ditada pelo texto constitucional.

Por um lado, o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 permite a livre negociação entre as empresas mesmo passado pouco tempo da contratação, em evidente burla ao procedimento licitatório e violação também ao direito das empresas que, apesar de habilitadas, não lograram êxito em sagrar-se vencedoras do certame.

De outra sorte, mesmo que se considere que os contratos de concessão de serviços públicos tem, via de regra, longa duração e estão sujeitos às incertezas da passagem do tempo e às modificações tecnológicas, a mera submissão à autorização pela Administração concedente do serviço, observados os requisitos do §1º do artigo 27 ora em debate, não tem o condão de afastar a preferência constitucional pela realização de concorrência pública na forma da licitação prévia para a contratação.

Com a devida vênia, não compreendo que o artigo 175 do texto constitucional e o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 operem em distintos âmbitos da contratação pública, aquele antes da formalização do contrato, este último durante a execução contratual, sendo dispensável, durante a vigência do contrato, a realização de nova licitação na hipótese de transferência da própria concessão.

Não se trata de realizar licitação para selecionar um adquirente para o contrato então em vigor, mas de cumprimento do princípio da licitação prévia à contratação, pela Administração Pública, daquele a quem irá delegar a prestação do serviço público de sua titularidade.

Os argumentos favoráveis à constitucionalidade do dispositivo ora em análise centram-se na vantajosidade econômica para a Administração, ao admitir a negociação da concessão de modo a possibilitar a continuidade da prestação do serviço adequado. Contudo, essa presunção, de que a transferência da concessão seja melhor para os

ADI 2946 / DF

administrados que a realização de nova licitação, não encontra amparo constitucional.

Compreendo que a Constituição optou expressamente pela realização de certame licitatório sempre que o Poder Público decida conceder a prestação de serviço público, de modo a concretizar os princípios da isonomia, moralidade e eficiência, para além da economia de ordem financeira que a contratação direta poderia gerar.

Em se tratando de contratos longos, submetidos às incertezas econômicas, como se pode afirmar que a possibilidade de livre negociação privada do contrato pode ser mais vantajosa que a realização de concorrência pública aberta a diversos potenciais contratantes, que podem oferecer propostas mais atrativas, também do ponto de vista tecnológico e de promoção do desenvolvimento sustentável, que aquela anteriormente contratada e que não poderá ser concretizada pela empresa então responsável?

A Constituição oferta a resposta, exigindo licitação prévia para a concessão do serviço público. Se, via de regra, a Carta Magna não oferta ao administrador a possibilidade de contratação direta para a contratação de serviços de magnitude tão relevante, não compreendo que o texto constitucional faculte ao concessionário a livre negociação da concessão para fazer figurar no polo contratual empresa que não participou ou não logrou êxito em vencer o certame licitatório.

O i. Relator consigna em seu voto que a necessidade de prévia anuência pelo poder concedente para a realização do repasse da concessão serve de anteparo à possibilidade de fraude, pois além dos requisitos previstos pelo artigo 27 (*“atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”*), deve o administrador atentar-se a outras condicionantes, como expôs em seu voto:

“Além disso, conforme também já destacado, a Administração Pública **pode e deve** proceder a um verdadeiro **controle de juridicidade do ato de transferência**, assegurando-

ADI 2946 / DF

se de que: (i) o objeto da concessão, por sua natureza e em razão de suas características particulares, **admite** a cessão; (ii) **inexiste norma legal vedando** a transferência da concessão ou do controle societário para aquele **contrato específico**; (iii) **inexiste cláusula contratual expressa proibindo** a cessão da concessão ou a transferência do controle acionário; (iv) o certame licitatório **não oferece óbice** à cessão da concessão; (v) a transferência da concessão ou do controle societário **não resulta de conluio** para a transmissão da posição contratual a um concorrente; e, finalmente, (v) que **não há indícios** de cartelização”.

(destaques no original)

Pedindo todas as vênias, se a constitucionalidade do dispositivo em comento for assentada por esta Corte, não visualizo espaço para exigências adicionais e mesmo discricionárias por parte da Administração Pública, além daquelas exigidas pelo §1º do artigo 27 da Lei das Concessões. Assim, insisto no ponto, não há garantias de que a melhor proposta objetivamente a ser obtida seja aquela que a empresa concessionária não logra êxito em cumprir e busca negociá-la como mais um ativo de seu patrimônio, sem foco necessariamente no interesse público. A garantia da concretização de todos os princípios constitucionais envolvidos na contratação pública ocorre por meio da licitação prévia para a contratação de quaisquer particulares interessados em se tornar concessionários de serviço público, nos termos do artigo 175 da Constituição da República.

Compreendo, evidentemente, dada a abertura à livre iniciativa que a Carta Magna promoveu na cooperação com a prestação de serviços públicos, a importância da manutenção de um ambiente próspero à atração de investimentos, em benefício da população. No entanto, faço a leitura das possibilidades do campo econômico à luz da Constituição, e não o contrário, pois compreendo que o texto constitucional deu relevância a diversos princípios, além daqueles de ordem econômico-financeira, na concretização do desenvolvimento nacional.

ADI 2946 / DF

De outra parte, a mudança no controle acionário da empresa concessionária, em se considerando que não há efetiva alteração subjetiva no contrato, pois a empresa vencedora do certame licitatório permanece a mesma, não tem o condão, em meu sentir, de violar a previsão constitucional, pois não se transfere a concessão em si para pessoa jurídica diversa.

Portanto, voto no sentido da procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de glosar a expressão “concessão” do *caput* do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, por violação ao disposto no artigo 175 da Constituição da República.

Em razão da longa vigência do dispositivo, e da grande repercussão sobre as concessões em plena execução, proponho, nos termos do artigo 27 da lei nº 9.868/1999, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, que a eficácia do presente julgado opere a partir do presente julgamento, vedando a realização de transferência de concessões fundadas no artigo 27 da Lei 8.987/95 sem prévia licitação a partir da presente data.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL
- BNDES

ADV.(A/S) : CRISTIANO CALDAS PINTO (129593/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA ESTRUTURA E
INDÚSTRIAS DE BASE - ABDIB

ADV.(A/S) : MARICÍ GIANNICO (213130 RJ OAB)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS
- ABCR

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/
SE, 357553/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS INVESTIDORES EM
AUTOPRODUÇÃO DE ENERGIA - ABIAPÉ

ADV.(A/S) : MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA (36464/DF,
177504/MG, 59384/RJ, 64481A/RS, 150585/SP)

ADV.(A/S) : ELENA LANDAU (140841/RJ)

ADV.(A/S) : VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO (58812/DF, 104227/RJ)

ADV.(A/S) : ANDRE LUIZ SOUZA DA SILVEIRA (16379/DF, 122655/RJ)

ADV.(A/S) : JESSICA BAQUI DA SILVA (51420/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "da concessão" contida no *caput* do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, propondo a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/98, para dar efeitos prospectivos à presente decisão, de modo que o poder público promova, no prazo máximo de 2 (dois) anos contados da data desta sessão de julgamento, as licitações de todas as concessões cuja transferência tenham sido efetivadas, com fundamento no referido dispositivo legal, no que foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021.

Decisão: (Processo destacado do Plenário virtual) Após os votos dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Gilmar Mendes e Nunes Marques, que conheciam da ação direta de inconstitucionalidade e julgavam improcedente o pedido formulado, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República; pelo interessado Presidente da República, o Ministro Bruno Bianco Leal, Advogado-

Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base - ABDIB, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR, o Dr. Orlando Magalhães Maia Neto; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia - ABIAPE, o Dr. André Silveira; e, pelo *amicus curiae* Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, o Dr. Saulo Benigno Puttini. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 9.12.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, que julgavam parcialmente procedente o pedido, nos termos de seus votos. Plenário, Sessão Virtual de 25.2.2022 a 8.3.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário