

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, nos moldes delineados pelo art. 27, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05.

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.”

Tal dispositivo está sendo questionado frente ao art. 175 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 8.987/95, **vide**:

“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. ”

O art. 27 da Lei nº 8.987/95 dispõe sobre a possibilidade de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, tendo como única exigência a anuência prévia do poder concedente, sem necessidade de novo procedimento licitatório.

Há duas situações a serem analisadas na presente ação. Primeiramente, é a transferência da concessão e, nessa hipótese, razão jurídica assiste ao Autor. A segunda situação é acerca da transferência do controle societário,

não existindo, no meu sentir, neste caso, qualquer inconstitucionalidade a ser declarada.

Explico.

### Da transferência da concessão

Na transferência da concessão, há a substituição da concessionária por pessoa jurídica diversa na relação jurídica contratual.

A Constituição da República, no seu art. 175 supracitado, prevê a exigência de licitação para a concessão ou permissão na prestação de serviços públicos, não fazendo ressalva para as hipóteses de transferência de concessões já concedidas. Este Supremo Tribunal Federal já afirmou que

“Este advérbio (‘sempre’), enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvida 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 pelo Poder Público” (RE nº 140989/RJ, Relator o Ministro **Octavio Gallotti**, Primeira Turma, DJ de 27/8/93).

Não obstante, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 em apreço traz uma exceção a essa regra, exigindo apenas a anuência da Administração Pública, quando atendidos os requisitos previstos no § 1º do art. 27, para que possa ocorrer a transferência do objeto anteriormente licitado.

De fato, quem venceu a licitação foi o concessionário, e não um terceiro estranho que não participou do certame, e se participou, não logrou ser vencedor. Permite-se, portanto, por vias transversas, que terceiro venha a adquirir a condição de concessionário de serviço público sem ter participado previamente do respectivo procedimento licitatório. Nesse aspecto, **Benedicto de Tolosa Filho** defende:

“Não é verossímil que, transcorrida a concorrência, firmado contrato, alguns meses depois, ou até mesmo dias, possa o titular dessa outorga transferi-la para outrem a seu talante. A outorga da concessão de serviços públicos não pode dar ao concessionário maior poder que detém o poder concedente, que para entregar um serviço público em concessão está atrelado ao princípio da licitação. Ninguém

pode dar o que não tem” (TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Lei das concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada.** Rio de Janeiro : Aide, 1995. p. 90).

Assim, a exigência de licitação para a transferência da concessão decorre, em primeiro lugar, da própria Constituição Federal, que exige expressamente ser a concessão precedida de licitação (art. 175, CF/88).

Com efeito, a exigência constitucional é no sentido da obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório prévio para a concessão de serviços públicos a particulares. Desse modo, logicamente, tal exigência se estende à eventual transferência a terceiros de tal exploração.

Essa transferência da concessão e, portanto, do objeto anteriormente licitado, para pessoa jurídica diversa, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95, ainda que com a anuência da Administração Pública, ofende diretamente os princípios norteadores da licitação.

Esse também é o posicionamento doutrinário de **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)

**Maria Sylvia Di Pietro** , na esteira do pensamento dominante na teoria jurídica, 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” (DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo** . 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 279).

E ainda:

“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 processo licitatório, 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. (DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Parcerias na Administração Pública**. 3ª ed., Ed. Atlas, 1999, p. 105).

Ressalte-se, ademais, que, como bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, o dispositivo questionado discrepa da própria lei, pois o art. 26 do mesmo diploma, ao dispor sobre a subconcessão de serviço público, estabelece expressamente a exigência de licitação, na forma de concorrência.

**Vide :**

“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.”

No mesmo sentido é o magistério de **Diógenes Gasparini**:

“Para essa operação, regulada pelo art. 27 não é exigida concorrência, basta que o interessado atenda às ‘exigências de

capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço' e se comprometa a 'cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor'.

Essa transação em termos tão simples é, no mínimo, contraditória, na medida em que é exigida a concorrência para a subconcessão, que é o menos em relação à transferência [...] (GASPARINI, Diógenes.

**Direito administrativo brasileiro** . 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 619).

Não há que se falar, ademais, na necessidade de continuidade da prestação do serviço público como fundamento para a constitucionalidade do dispositivo em voga. Isso porque se ocorrerem fatos supervenientes capazes de macular a garantia de continuidade do contrato, o poder concedente tem o dever legal de buscar a solução mais adequada dentre aquelas estabelecidas nas leis que regem a matéria, tal como a intervenção (art. 32), a extinção da concessão (art. 35) e a encampação (art. 37).

É, portanto, inconstitucional o art. 27 na parte em que determina a possibilidade de transferência da concessão, sem necessidade de licitação, por ofensa do art. 175 da Constituição da República.

### **Da transferência do controle societário**

A segunda hipótese prevista pelo artigo ora impugnado trata da transferência do controle societário da concessionária. Em outras palavras, não é a concessão que é transferida à pessoa jurídica diversa, mas somente a mudança dos detentores do poder controlador da mesma empresa vencedora do certame.

A pessoa jurídica vencedora do procedimento licitatório continuará à frente do contrato, ainda que seus acionistas majoritários não estejam mais no controle das atividades. Assim, a própria pessoa jurídica vencedora da licitação continuará com os encargos e direitos decorrentes da concessão.

A transferência do controle acionário não modifica ou interrompe as atividades da pessoa jurídica. Esse também é o posicionamento doutrinário de **Celso Antônio Bandeira de Mello** :

“Faleceriam razões para impedir que acionistas detentores do controle acionário pudessem dispor de suas ações. O fato de serem representativas do capital de empresa concessionária não deve ser

razão para que fiquem gravadas de indisponibilidade durante o prazo da concessão se a alienação delas não prejudica o interesse público nem ofende princípio jurídico algum a ser preservado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo** . 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 680)

Não se trata, portanto, de hipótese de nova concorrência, a ensejar novo procedimento licitatório.

Desnecessário, dessa forma, procedimento licitatório para legitimar a mudança de controle societário da concessionária, tendo em vista que são mantidas todas as cláusulas e condições do respectivo contrato de concessão.

### **Conclusão**

Por essas razões, **julgo parcialmente procedente o pedido** formulado nesta ação direta para **declarar a inconstitucionalidade da expressão “da concessão”** contida no **caput** art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Por razões de segurança jurídica e em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, proponho, Senhores Ministros, a modulação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade.

O artigo impugnado está em vigência desde 1995. São, portanto, vinte e seis anos de aplicabilidade destas disposições, e, nesse lapso temporal, podem ter ocorrido diversas transferências de concessão, fundamentadas no art. 27 da Lei nº 8.987/95.

Assim, para evitar prejuízos aos usuários desses serviços públicos, **proponho 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 .**

É como voto.