

17/08/2021

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 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 o 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, **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 S. Excelência, o 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.”

ADI 2946 / DF

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

ADI 2946 / DF

Sem embargo, a Lei n. 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de 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 essa 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**. 3ª Ed.; São Paulo: Editora Atlas, 1999, pág. 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 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, tenho que **essa tese não merece prosperar**. Primeiro, porque a premissa da natureza personalíssima dos contratos administrativos não resiste a um exame mais rigoroso, do qual resulta que 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 os 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

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 o 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 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 e, 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, n. 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 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 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. Vol. 23. Março/abril 2016).

E prosseguem esses autores, dizendo:

“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. Vol. 23. Março/abril 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 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)

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 as 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 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, vol. 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, vol. 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).

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 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.**

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, nº 41, maio2005).

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 a sua regularidade jurídica e fiscal, bem como a sua capacidade técnica e a 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 do 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 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 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).

(...)”

E se é admitida a alteração objetiva, 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” (**Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCGP. 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 se pode defender a existência de 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 a sua sujeição ao regime jurídico administrativo, com todas as derrogações e prerrogativas que lhes são próprias.**

Importa registrar, ainda, que art. 78, inc. 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, dentre 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, 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 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 a sua vedação absoluto.

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, de relatoria do Ministro 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 18/04/2007, publicado no DOU de 23/04/2007).

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 mesmo, 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 da premissa da natureza *intuito personae* dos contratos administrativos, **refletia a concepção de que a substituição do contratado – ou sua reorganização empresarial – sempre tem um propósito escuso ou fraudulento, o que, deveras, não procede.**

Como já mencionado, sob a ótica 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, **em 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**, tenho que ela **pode e deve** ser privilegiada.

Com efeito, não se pode olvidar que a Constituição da República, nos arts. 1º, inciso IV, e 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 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, com vistas à satisfação das necessidades materiais elementares da sociedade, em setores sensíveis e vitais ao desenvolvimento do país e mediante a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada.

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, dentre outros, os quais 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 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 são demandados com enorme capilaridade social; requerem constante atualização e inovação tecnológica; sofrem impacto das oscilações econômicas e da evolução social e cultural; estão sujeitos às

ADI 2946 / DF

vulnerabilidades de mercado (inclusive, do mercado internacional); e, para a continuidade de sua prestação, em condições satisfatórias, não prescindem da flexibilidade e da agilidade inerentes à vida empresarial.

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:

“No 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:

No 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 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 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 os seus diretores, equilibrar as 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 aceção 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 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 se em 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, **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 a sua interconexão com variados fatores (econômicos, políticos e sociais), que se sujeitam a constantes alterações no decorrer da execução contratual.

Nas concessões públicas, o objeto contratual – que é 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:

“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)

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 consórcio de empresas, que se associam para concorrer o 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

ADI 2946 / DF

providenciada a sua regular constituição e registro, podendo, ainda, se assim previsto no edital, ser constituída sociedade de propósito específico (arts. 19, § 1º, e 20 da Lei nº 8.987/95). No primeiro caso, tem-se a 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, vinculados 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, que tem 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 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 a 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 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, 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 vincula 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 5.991, em que 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 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, a sua prestação satisfatória ou adequada.

Ao que me parece, as transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado

ADI 2946 / DF

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 prosseguir à frente dos empreendimentos concedidos, já que a retomada dos serviços pela Administração pode se mostrar demasiadamente onerosa para o poder público concedente e 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 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

ADI 2946 / DF

que a concessionária vencedora da licitação não mais ostenta condições de continuar executando as obras e serviços concedidos.” (e-Doc. 31)

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 ao 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, 338 (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

ADI 2946 / DF

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 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 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 é 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:

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

ADI 2946 / DF

seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Para esses autores,

“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 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 28/09/2021, 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 artigo 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.”

Regulamentando esse dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/93 enumera, nos 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 **a 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 11.079/2004, 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 9.427/1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia

ADI 2946 / DF

elétrica; a Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações; e a Lei nº 11.182/2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil, incumbindo-lhe da concessão da infraestrutura aeroportuária e para 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**. O 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

ADI 2946 / DF

com este ou aquele particular, **a seu bel prazer**, o que pode dar margem para atuação movida por razões ilegítimas ou desleais.

Vale registrar, outrossim, que a Lei nº 12.349/2010, 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 12.349/2010, 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

“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**. 35ª 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 140989, Primeira Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 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 da 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:

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, 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, que é a 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, inc. 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 à 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 no sentido de

ADI 2946 / DF

privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.

Cito, por exemplo, a medida cautelar na ADI 5.841, em que 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, Relator p/ acórdão 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

ADI 2946 / DF

licitar. Vide:

“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 4.829/DF, de relatoria da Ministra 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 – SERPRO. SERVIÇOS ESTRATÉGICOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. ASSEPRO 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 INVIOLABILIDADE 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 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(a) Min(a) Rosa Weber, publicado no DJe 12/4/21)

ADI 2946 / DF

Na ADI 5.942, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a 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 12.351/2010), 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).

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; (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 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 nº 5.942, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, publicado no DJe de 8/2/21) – Grifei.

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.

ADI 2946 / DF

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 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 qualquer 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 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 razão em sua ponderação. A licitação esgota as suas finalidades com a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Os 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 § 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, **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.

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 a sua modificação subjetiva**, seja pela substituição do contratado, seja em razão da 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:

“(…) 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.

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 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 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)

E prossegue o autor, esclarecendo:

“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)

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-finaceira 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 constituindo um fim sem si mesmo. Nesse sentido, adverte Rafael Vêras de Freitas:

“(…) 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, 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 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, inexistente 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, de 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, 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, como 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 regido 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).

Nesse contexto, **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, cuja finalidade é a 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, é livre para decidir sobre os 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 tem em um dos polos uma entidade estatal.

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 13.334/2016, 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 S. Excelência, o Ministro Gilmar Mendes, no sentido de 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 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, **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

ADI 2946 / DF

contratual a um concorrente; e, finalmente, (v) que **não há indícios** de cartelização.

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

É como voto.

Revisado