

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

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

Esta a norma impugnada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(...) o negócio jurídico que agora se realiza é entre pessoas de direito privado, com a mera anuência da Administração, se cumpridas todas as exigências do parágrafo único do art. 27. Para que nova licitação se fizesse necessária, preciso seria que a Administração motivadamente resolvesse o contrato então em curso. Mas nova licitação é sempre dispendiosa para quem tenha de fazê-la. Se o Estado obtém o mesmo resultado, com a mesma seriedade, com as mesmas exigências técnicas, com as mesmas exigências legais e após ter realizado a licitação, exigir nova licitação é não compreender a razão de ser da licitação. Afinal de contas fez-se licitação e, com ela, em princípio, obteve o concedente o melhor negócio” (e-doc. 10).

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

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

Anotou, ainda, que, *“antes de se efetivar a transferência prevista no preceito ora impugnado, houve a realização de prévia licitação para a celebração do contrato de concessão, na qual foram observadas as*

exigências previstas na Lei Federal nº 8.666/93, dentre as quais, a capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O Ministro Edson Fachin apresentou voto divergente, julgando procedente em parte o pedido para “ glosar a expressão “concessão” do

caput do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, por violação ao disposto no artigo 175 da Constituição da República”.

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

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

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

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

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

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

A concessão é a delegação da prestação do serviço público, *“ feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”* (inc. II, art. 2º) .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.”

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

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

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

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

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

Mas se o pretendente deverá “comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (parágrafo único, II, do art. 27 da Lei 8.987/995), como julgar a licitação? Vale dizer: como desigualar as propostas? Parece-me admissível contratar empresa que ofereça melhores condições do que as constantes do contrato em vigor. Mas isso pode ser impossível. Nesse caso há impossibilidade da transferência, e não da licitação. Deve ser extinta a concessão, e realizada licitação para uma nova concessão.

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

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

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

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

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

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

Surge, nesse passo, a questão sobre quem licita a subconcessão e a transferência de concessão, se o poder concedente ou o concessionário.

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

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

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

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

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

Conquanto não prevista no dispositivo que cuida das modalidades extintivas da concessão (arts. 35 a 39 da Lei n. 8.987/95), a transferência impõe todos os comportamentos administrativos previstos no caso de extinção. Apenas, o contrato não cessa; é transferido em seus termos e, tal como era antes, continuará a ser executado o seu objeto, como previsto, por outrem, que assume integralmente o lugar do concessionário. Não pode ocorrer a transferência nas hipóteses em que o motivo ensejaria a extinção da concessão, tais como interesse público, descumprimento do contrato de concessão, anulação, falência ou extinção da empresa e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. A transferência estabelece uma extinção amigável das obrigações entre o poder concedente e o concessionário, o que somente poderá ocorrer após a verificação de cumprimento e assunção de integral responsabilidade deste na parte do objeto da concessão por ele desempenhada.

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

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

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

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

18. Pelo exposto, pedindo venia ao Ministro Relator, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido para **dar interpretação conforme ao art. 27 da Lei n. 8.987/1995, assentando a necessidade de realização de**

licitação prévia à transferência da concessão, em observância ao art. 175 da Constituição da República.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/03/2022