

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin: Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo i. Ministro Relator.

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

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

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

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

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

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

Eis a dicção da norma constitucional:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Dois são os posicionamentos colocados em perspectiva nessa demanda. Como defende a PGR, e vários autores de Direito Administrativo, o artigo 27 da Lei das Concessões Públicas seria inconstitucional, pois a redação do art. 175 exige prévia licitação para qualquer modalidade de contratação pela Administração, sendo a dispensa a exceção à regra. Além disso, assinala-se que o contrato administrativo teria natureza *intuitu personae*, restando impossível a alteração subjetiva da avença.

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

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

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

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

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

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

Prevista pelo artigo 37, inciso XXI do texto constitucional (“ *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações*

serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações "), a necessidade de prévia licitação para outorga da prestação de serviço público pelo poder concedente a particulares, por meio de concessão ou permissão vem densificada pela previsão do artigo 175 da Carta Magna, dispositivo acima citado.

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

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

E, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, comprehendo, em análise da dicção do artigo 175 do texto constitucional (“*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação , a prestação de serviços públicos*”), inexistir latitude hermenêutica a albergar a possibilidade de transferência da concessão como um negócio entre particulares, permitida pelo artigo 27 da Lei nº 8.987/95.

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

Como já asseverou o i. Ministro Relator, muitos doutrinadores concordam com a Procuradoria-Geral da República, autora da presente ação, ao visualizar na dicção do artigo 27 verdadeira burla ao princípio constitucional da licitação, quando permite que pessoa jurídica que não

participou do procedimento licitatório, ou dele não se sagrou vencedor, possa exercer e auferir lucro da exploração de serviço público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A despeito dos posicionamentos contrários, que comprehendem que se a Constituição não se manifestou expressamente contrária à possibilidade de transferência da concessão a outro particular, após a contratação precedida de procedimento licitatório, impedir referida negociação poderia

representar uma violação ao princípio da livre iniciativa, filio-me à corrente que não antevê no texto constitucional autorização para o tratamento de um contrato administrativo advindo de concessão de serviço público como mero ativo patrimonial da concessionária; ao revés, comprehendo que pode existir burla à licitação realizada para a contratação, pois a empresa que adquire a concessão não participou ou não foi a vencedora do certame licitatório, abrindo-se a possibilidade de direcionamento indevido do contrato, em evidente prejuízo ao interesse público.

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

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

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

“5. **Data maxima venia**, não se está a ater-se à gramaticalidade do texto constitucional na ênfase dada à expressão ‘**sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos**’.

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

7. E assim por quê?

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

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

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

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

(negrito no original)

Assim, a permissão para que o concessionário de serviço público possa promover a transferência da concessão a outra empresa, como se se tratasse de mera negociação entre entes privados, equivale à contratação direta pela Administração Pública, fora das hipóteses de dispensa legal, pois quem irá cumprir o contrato e auferir os valores derivados da outorga será particular que não se submeteu à concorrência pública ditada pelo texto constitucional.

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

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

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

Não se trata de realizar licitação para selecionar um adquirente para o contrato então em vigor, mas de cumprimento do princípio da licitação

prévia à contratação, pela Administração Pública, daquele a quem irá delegar a prestação do serviço público de sua titularidade.

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

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

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

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

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

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

(destaques no original)

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

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

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

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

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

É como voto.