



Paulo José dos Santos Marques

**TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA ADI
2946**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação do Professor
Gabriel Kaique Castro de
Mello.**

SÃO PAULO

2024

Agradecimentos

Agradeço à minha mãe, Cleonice Marinho, por ser meu alicerce nesse mundo e o motivo de toda a minha perseverança e dedicação. Agradeço também ao meu pai, José Paulo, por me apoiar nos momentos mais difíceis.

Agradeço às minhas irmãs, Julia e Juliane, por estarem ao meu lado tanto nos dias leves e descontraídos quanto nos momentos desafiadores, quando tudo parece desmoronar. Agradeço, em especial, à minha sobrinha, Lívia, por sempre ouvir atenciosamente a leitura do meu trabalho inacabado.

Sou grato ao Professor Gabriel Mello, pela sua extraordinária diligência durante a orientação, tornando possível o desenvolvimento dessa pesquisa. Sou grato também à tutora Lívia Fontenele, por me ajudar a aproveitar as aulas ao máximo e se fazer presente durante todo o processo de escrita da monografia.

Agradeço aos meus mentores e mentoras Clio Radomysler, Boris Calazans e Francisco Sampaio por sempre se demonstrarem dispostos e interessados em me auxiliar no desenvolvimento do trabalho. Especialmente, agradeço à Laura Arantes e ao Ivan de Franco, por me guiarem à Escola de Formação Pública.

Agradeço à Mariana Vilella, ao Yasser Gabriel e ao André Rosilho, que integraram o grupo de discussão dos relatórios parciais e me ajudaram desde o início a desenvolver a pesquisa.

Por fim, agradeço aos meus amigos Everton, Danniell, Erick e Emily, pelos momentos de amizade e descontração.

RESUMO: Esta monografia se propõe a analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2946. Nesse caso, discutiu-se sobre a constitucionalidade da transferência de concessão. Na presente pesquisa, analisam-se, considerando a diferenciação entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas, as relações entre as manifestações dos amici curiae e os votos dos ministros pertencentes à corrente vencedora. Objetiva-se identificar as convergências e divergências entre os posicionamentos, além de estabelecer o grau de incidência e coesão entre eles. Em outras palavras, almeja-se verificar como os argumentos dos interessados se vinculam às fundamentações dos ministros, considerando a diferenciação entre as argumentações de cunho pragmático e aquelas estritamente jurídicas.

Palavras-chave: Transferência de Concessão; ADI 2946; Consequencialismo; Concessão Pública; Transferência do Controle Acionário; Modificação Subjetiva do Contrato de Concessão.

Lista de Abreviaturas

ABCR – Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias

ABDIB – Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base

ABIAPE – Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

PGR – Procuradoria Geral da República

PR/DF – Procuradoria do Distrito Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
1.1	TEMA	7
1.2	METODOLOGIA.	10
1.3	CATEGORIZAÇÃO INDUTIVA.....	11
1.4	FORMAÇÃO E ESTRUTURA DAS CATEGORIAS E SUBCATEGORIAS INDUTIVAS 12	
1.5	CRITÉRIOS UTILIZADOS NA CATEGORIZAÇÃO	14
1.6	ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS E NÃO-CONSEQUENCIALISTAS	16
2	RECONSTRUÇÃO DA AÇÃO	18
2.1	CRONOLOGIA	18
2.2	PETIÇÃO INICIAL.....	21
2.3	CONGRESSO NACIONAL E ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	23
3	MANIFESTAÇÕES DOS AMICI CURIAE	25
3.1	A RELEVÂNCIA DO AMICUS CURIAE.....	25
3.2	POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS	28
3.3	AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS MAIS RELEVANTES	31
3.4	OUTRAS HIPÓTESES JURÍDICAS.....	33
	3.4.1 <i>Natureza dos Contratos</i>	34
	3.4.2 <i>Interpretação</i>	35
	3.4.3 <i>Mutabilidade dos Contratos</i>	36
	3.4.4 <i>Processo Licitatório</i>	38
3.5	ARGUMENTOS DOS AMICI CURIAE	39
4	CORRENTE VENCEDORA	41
4.1	POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS	41

4.1.1	<i>As Possíveis Consequências Práticas Mais Relevantes</i>	43
4.2	OUTRAS HIPÓTESES JURÍDICAS.....	45
4.2.1	<i>Natureza dos Contratos</i>	46
4.2.2	<i>Interpretação.....</i>	49
4.2.3	<i>Mutabilidade dos Contratos</i>	50
4.2.4	<i>Processo Licitatório</i>	51
4.3	FUNDAMENTOS DOS MINISTROS	53
5	APROXIMAÇÃO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES E A CORRENTE VENCEDORA.....	56
5.1	ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS	56
5.2	ARGUMENTOS NÃO-CONSEQUENCIALISTAS.....	59
5.2.1	<i>Existem Outras Hipóteses Jurídicas.....</i>	59
5.2.2	<i>Os Contratos de Concessão Não São Intuitu Personae ...</i>	60
5.2.3	<i>A Interpretação Deve Ser Sistemática</i>	62
5.2.4	<i>A Mutabilidade Contratual Possibilita a Modificação Subjetiva</i>	62
5.2.5	<i>A Exigência de Prévia Licitação Foi Atendida.....</i>	63
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
7	REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2946, devido à inegável notoriedade, foi discutida por juristas de todo o país. Em razão disso, ela pôde ser analisada sob diferentes perspectivas e em momentos distintos, isto é, durante e após o julgamento. Desse modo, em virtude da pluralidade de posicionamentos, conferiu-se à temática considerável complexidade.

Por exemplo, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2021), em exposição feita após o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, uma decisão no sentido de improcedência significaria a submissão do Supremo Tribunal Federal (STF) aos interesses do poder econômico. Sob seu entendimento, é inviável à Suprema Corte defender, simultaneamente, a Constituição Federal (CRFB/88) e a possibilidade de transferência direta de concessão, nos moldes do art. 27 da Lei 8987/95¹. Afinal, a cessão de contrato nessa hipótese, sob sua perspectiva, representa evidente afronta à exigência de prévia licitação, prevista no art. 175, caput, da CRFB/88².

Em sentido contrário, de acordo com Carlos Ari Sundfeld (2021), a decisão pela procedência se demonstra inconcebível do ponto de vista prático e jurídico. Conforme sua concepção, todo o programa brasileiro de concessões seria prejudicado, considerando a redução dos investimentos privados no setor, a limitação à flexibilidade dos concessionários, elemento crucial no enfrentamento de crises, e a instauração de um cenário de insegurança jurídica. Dessa forma, evidenciam-se os prováveis reflexos negativos de uma decisão que acolha a demanda.

¹ 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.

² 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.

Ademais, sob seu entendimento, uma declaração de inconstitucionalidade nos termos do primeiro voto do Min. Dias Toffoli carece de sentido. Afinal, transferir um contrato previamente licitado não é equivalente a conceder uma concessão sem o devido processo licitatório. Portanto, para este autor, a cessão de contrato não desrespeita a obrigação de prévia licitação.

Após a decisão, a discussão sobre o tema se intensificou ainda mais. Afinal, para muitos administrativistas brasileiros, o STF havia priorizado a praticidade em sua decisão, em detrimento da proteção aos princípios constitucionais. Nesse contexto, passou-se a questionar se a Suprema Corte, em razão das prováveis consequências práticas da decisão pela procedência, havia decidido em sentido contrário à defesa do princípio licitatório.

Segundo Jacintho Arruda (2024), contrário a essa visão, o STF, ao decidir pela improcedência, apresenta sólida fundamentação estritamente jurídica, não se limitando à análise de possíveis efeitos no mundo fático. Sob esse ponto de vista, não existe oposição entre o direito e a racionalidade econômica no caso em questão. Logo, conforme o autor, não se verifica obstáculo constitucional à transferência de concessão e a decisão pela improcedência dispõe de sólido alicerce jurídico.

A fim de explorar essa discussão sob outras perspectivas, faz-se nessa monografia análise comparativa entre as manifestações dos amici curiae e a corrente vencedora na ADI 2946. Com esse objetivo, considerando a divisão entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas, realiza-se a reconstrução dos argumentos dos interessados e das fundamentações dos ministros mediante o uso de categorias indutivas. Com isso, efetua-se análise comparativa, isto é, a aproximação e correlação dos resultados.

O objetivo, portanto, é descobrir como se deu a relação entre as manifestações dos interessados e os votos dos ministros, considerando a distinção entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas. Por consequência, será possível estabelecer os pontos de convergência e divergência entre ministros e amici curiae e identificar se as mesmas consequências práticas que preocupam os interessados foram consideradas

nas fundamentações da corrente vencedora. Outrossim, será possível verificar a relação de incidência entre argumentos de cunho pragmático e aqueles estritamente jurídicos.

Com o intuito de adentrar nesse debate e obter o resultado esperado, optou-se pelo estudo de caso, a ser desenvolvido mediante a Teorização Fundamentada em Dados (TFD). Em síntese, os posicionamentos dos amici curiae e dos ministros foram reconstruídos, analisados e, posteriormente, comparados por meio de categorias indutivas. Essa relação é desenvolvida na próxima seção desse trabalho, intitulada “metodologia”.

Após isso, realiza-se a reconstrução do caso, com o intuito de apresentar o contexto em que se desenvolveu a ADI 2946. Para tal fim, fez-se análise geral da Ação no tempo, além de evidenciar o posicionamento de importantes agentes institucionais identificados nos autos. Desse modo, por intermédio das exposições presentes na Petição Inicial, no Acórdão, nas manifestações da Advocacia Geral da União (AGU), da Procuradoria Geral da República (PGR), e do então Presidente do Congresso Nacional e em outros documentos das peças processuais, procedeu-se à reconstrução do caso.

Nas seções “Manifestações dos Amici Curiae” e “Corrente Vencedora”, examinam-se as argumentações dos interessados e as fundamentações dos ministros com base na estrutura formulada com as categorias indutivas. Nesse sentido, identificam-se nas manifestações e no acórdão duas categorias principais, a primeira se estabelece como “Possíveis Consequências Práticas” e é um reflexo dos argumentos consequencialistas presentes nas argumentações e fundamentações. A segunda é nomeada “Fundamentos Jurídicos” e expressa os argumentos não-consequencialistas, originando-se dela cinco subcategorias, sendo elas: “Outras Hipóteses Jurídicas”, “Natureza dos Contratos”, “Interpretação”, “Mutabilidade Contratual” e “Processo Licitatório”.

Por fim, após analisar as argumentações dos Amici Curiae e as fundamentações dos ministros, parte-se para a comparação entre os resultados das duas análises. Obtém-se, com essa aproximação, as semelhanças e as diferenças nos posicionamentos. Com isso, torna-se

possível descobrir, por exemplo, se os ministros possuem as mesmas preocupações que os interessados em relação às possíveis consequências práticas da decisão ou se ambos concordam ou discordam acerca dos aspectos formais da relação constituída nos contratos de concessão.

1.2 Metodologia.

Optou-se pelo *estudo de caso*, método propício para se obter o resultado esperado, tendo em vista o percurso inicial do caso à pesquisa³ e a necessidade de se aprofundar em um fenômeno, observando-o a partir de diferentes fontes e perspectivas. Ademais, utilizou-se da Teorização Fundamentada em Dados (TFD) como ferramenta metodológica para a criação das categorias indutivas e da estrutura necessária para realizar a análise comparativa.

Essas etapas serão detalhadas nas seções seguintes. Inicialmente, explica-se como foi realizada a categorização indutiva. Após isso, analisa-se a estrutura comparativa formada pelas categorias e subcategorias indutivas. Em seguida, os critérios utilizados no desenvolvimento das categorias e subcategorias são elucidados. Por fim, a diferenciação entre argumentos consequentialistas e não-consequentialista é abordada em detalhes, com o fim de explicitar o seu significado e a sua aplicabilidade na pesquisa.

³ MACHADO, Maíra Rocha (Org.) Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 364. “Essas duas possibilidades de percurso – da pesquisa ao caso e do caso à pesquisa – apostam nas intuições iniciais, nos interesses e na sensibilidade intelectual humana no momento da escolha do objeto de pesquisa.”

1.3 Categorização Indutiva

O método de análise utilizado se deu pela categorização indutiva, isto é, pela formulação de categorias e subcategorias mediante exame do material empírico. Optou-se por essa metodologia com o fim de estabelecer um vínculo direto e consistente entre os dados e a abstração. Desse modo, a Teorização Fundamentada em Dados (TFD) se demonstrou ideal para essa pretensão, afinal ela se constitui como um instrumento metodológico que possibilita a produção de teorias a partir de observações de campo⁴.

O processo de categorização foi fragmentado em quatro etapas distintas. A primeira ocorreu mediante a imersão nos dados, ou seja, na leitura cuidadosa e repetida das manifestações dos amici curiae e dos votos dos ministros. Realizou-se, posteriormente, a codificação aberta⁵, oportunidade em que os dados foram desmembrados em partes menores e receberam rótulos indicando seu significado, formando assim os primeiros códigos. Em seguida, houve o agrupamento dos conceitos gerados em categorias e subcategorias mais abrangentes, de acordo com as semelhanças e padrões apresentados, além de se considerar a diferenciação entre “argumentos consequentialistas e não-consequentialistas”. Por fim, na quarta e última etapa, procedeu-se com o refinamento das categorias e subcategorias elaboradas. Nesse momento, foram exaustivamente revisadas, com o fim de estabilizá-las em uma estrutura coerente.

Posteriormente, com a determinação de todas as categorias e subcategorias provenientes das análises das manifestações dos amici curiae e dos votos dos ministros, tornou-se viável realizar a aproximação entre as argumentações dos interessados e as fundamentações presentes na corrente vencedora. Afinal, os mesmos pontos utilizados como base para a formulação das categorias e subcategorias indutivas foram identificados e analisados sob

⁴ MACHADO, Maíra Rocha (Org.) *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 391

⁵ *Ibid.* p. 406

a óptica de ambos os agentes, ou seja, dos amigos da Suprema Corte e dos ministros.

Em suma, a análise comparativa entre as manifestações dos amici curiae e os votos dos ministros consiste na aproximação entre os conteúdos de categorias e subcategorias idênticas baseadas em perspectivas distintas. Dessa forma, fez-se a comparação entre as visões dos interessados e dos ministros em relação aos principais tópicos da ADI 2946 expressas em suas declarações.

Na seção seguinte, será analisada a forma como as categorias e subcategorias foram estruturadas. Afinal, para realizar a análise comparativa, é necessário estabelecer uma estrutura coerente e baseada em conceitos sólidos. Desse modo, apresenta-se, passo a passo, como foi realizada a estruturação.

1.4 Formação e Estrutura das Categorias e Subcategorias Indutivas

As categorias e subcategorias formuladas mediante análise das manifestações dos amici curiae e dos votos dos ministros, dividem-se em dois grupos. O primeiro é representado pela categoria "Possíveis Consequências Práticas" e em seu conteúdo estão presentes os argumentos consequentialistas expostos pelos interessados e pelos ministros. Desse modo, são extraídas de sua análise quais foram os argumentos de cunho pragmático utilizados, a maneira como se relacionam e o seu grau de incidência na Ação.

O segundo grupo é composto pela categoria "Fundamentos Jurídicos" e, devido à sua complexidade e extensão, optou-se por analisá-la por intermédio do desenvolvimento de subcategorias. Nesse sentido, o seu conteúdo é examinado nesta ordem: "Outras Hipóteses Jurídicas", "Natureza dos Contratos", "Interpretação", "Mutabilidade Contratual" e "Processo Licitatório". Dessa forma, evidencia-se, com o exame dessas subcategorias, quais foram os fundamentos estritamente jurídicos utilizados, a forma como se relacionam e o seu grau de incidência na Ação.

Além do mais, para se estabelecer uma estrutura comparativa eficiente, geraram-se indagações exemplificativas em relação às categorias e subcategorias. Com isso, estabeleceu-se, de forma sintética e abstrata, o posicionamento dos agentes analisados em relação a cada tema correspondente a uma categoria específica. Por fim, isso possibilitou uma aproximação mais direta e inteligível. Observa-se abaixo a representação dessa estrutura:

Categorias e Subcategorias	Questionamentos
Possíveis Consequências Práticas	Quais as possíveis consequências práticas de uma decisão pela inconstitucionalidade?
Outras Hipóteses Jurídicas	Existem outras previsões legais/jurisprudenciais para a modificação subjetiva do contrato?
Natureza dos Contratos de Concessão	Os contratos de concessão possuem natureza Intuitu Personae?
Intepretação	Qual método de interpretação deve ser aplicado?
Mutabilidade dos Contratos de Concessão	A mutabilidade dos contratos de concessão justifica a possibilidade de modificação subjetiva?

O Processo Licitatório	A obrigatoriedade de prévia licitação já foi atendida?
-------------------------------	---

Verificam-se na tabela as categorias e subcategorias indutivas e os questionamentos correspondentes. De certo, essa estrutura representa a forma como as manifestações dos amici curiae e os fundamentos da corrente vencedora foram analisados. Dessa maneira, em ambas as hipóteses, as mesmas categorias foram examinadas e as mesmas perguntas foram respondidas.

Portanto, a análise comparativa, em parte, fez-se pela compreensão de como essas categorias foram abordadas e de como as perguntas foram respondidas pelos diferentes agentes analisados. Por fim, foram identificadas as semelhanças e as diferenças entre os pontos vista, com o objetivo de se estabelecer a relação e o grau de influência entre as manifestações dos amici curiae e os votos dos ministros.

A seguir, uma breve explicação acerca dos critérios utilizados na formulação das categorias e subcategorias. Com o fim de elucidar o processo de desenvolvimento desses elementos. Desse modo, torna-se evidente a maneira como se realizou a análise do caso em questão, assim como fora realizada a sua reconstrução.

1.5 Critérios Utilizados na Categorização

Inicialmente, formulou-se a categoria relacionada aos argumentos consequentialistas. Com esse fim, consideraram-se os posicionamentos baseados nas possíveis consequências práticas decorrentes de uma decisão pela procedência. Desse modo, as argumentações alicerçadas nos possíveis efeitos práticos da declaração de inconstitucionalidade foram consideradas nesse momento.

Posteriormente, partiu-se para a análise dos fundamentos jurídicos, examinados mediante análise de cinco subcategorias. A primeira a ser analisada é a “Outras Hipóteses Jurídicas”. Para sua formulação, consideraram-se as hipóteses de modificação subjetiva mencionadas pelos agentes analisados com o intuito de exemplificar a aceitação do direito brasileiro em relação às possibilidades de cessão do contrato e transferência do controle acionário. Assim sendo, nessa subcategoria, analisou-se as hipóteses de step-in rights, recuperação judicial e outras alternativas a serem melhor trabalhadas em seções futuras.

Ademais, respeitando a vontade argumentativa dos agentes, não se consideraram, na formulação dessa categoria, outras hipóteses jurídicas apresentadas para exemplificar ou reforçar outras argumentações. Por exemplo, os amici curiae citam a ADI 5991 que, embora seja uma outra hipótese jurídica de modificação subjetiva, foi exposta com intuito de exemplificar a mutabilidade dos contratos de concessão, não a aceitação do direito brasileiro em relação às possibilidades de alteração subjetiva. Logo, foram consideradas “outras hipóteses jurídicas” aquelas expressamente apresentadas com o intuito de representarem essa aceitação.

Após isso, analisou-se a natureza dos contratos de concessão. Afinal, a discussão acerca do suposto caráter intuitu personae desses contratos foi um dos tópicos centrais da ADI 2946. Dessa forma, analisaram-se todas as argumentações relacionadas a essa concepção, de maneira a constituir uma ampla compreensão sobre os posicionamentos expostos pelos agentes.

No mesmo sentido, analisaram-se todas as considerações acerca da interpretação utilizada pelo requerente, da mutabilidade contratual das concessões públicas e do procedimento licitatório. Todos esses aspectos representam temas centrais da ADI, sendo utilizadas para reconstruir as argumentações dos amici curiae e as fundamentações dos ministros. Portanto, foram esses os critérios utilizados na formulação das categorias e subcategorias indutivas.

Realizada a exposição acerca dos critérios utilizados no processo de categorização, parte-se para a próxima e última seção da metodologia. A

diferença entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas será desenvolvida nessa etapa. Assim sendo, será possível evidenciar como essa diferenciação será considerada na pesquisa.

1.6 Argumentos Consequencialistas e Não-Consequencialistas

No processo de criação das categorias indutivas, assim como no momento de aproximação entre os argumentos dos amici curiae e dos fundamentos da corrente vencedora, utilizou-se da ideia de “argumentos consequencialistas e não-consequencialistas”. Esse capítulo tem por objetivo explicitar como essa diferenciação foi realizada. Desse modo, pretende-se trazer transparência a essa conceituação, assim como evidenciar como ela foi utilizada no desenvolvimento das categorias e da estrutura para a realização da análise comparativa.

Na presente pesquisa, considerou-se como consequencialistas, os argumentos alicerçados nas possíveis conseqüências práticas decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido, essa definição muito se aproxima do conceito de “argumento de conseqüência” proposto por Ricardo Lobo Torres (2010), consistindo em um posicionamento baseado na observação dos prováveis reflexos práticos de uma decisão jurídica.

Em contraposição, reconheceu-se como fundamento jurídico os posicionamentos não expressamente baseados nas possíveis influências da decisão sobre a realidade concreta. Sob essa ótica, é um raciocínio jurídico não-consequencialista, por exemplo, afirmar a possibilidade de modificação subjetiva dos contratos de concessão, em razão de não serem personalíssimos. Dessa forma, são argumentos jurídicos não assentados nos possíveis impactos à realidade concreta.

Essa diferenciação conceitual está presente tanto na análise das manifestações dos amici curiae quanto no exame dos votos dos ministros. Nesse contexto, os argumentos consequencialistas são representados pela categoria “Possíveis Conseqüências Práticas”, enquanto os não-

consequencialistas representam as demais subcategorias. Portanto, percebe-se tal divisão na estrutura da análise comparativa.

Feita a apresentação da metodologia utilizada, inicia-se a etapa de contextualização. Com esse fim, realiza-se a reconstrução da ação no tempo. Desse modo, na próxima seção, observa-se os principais encaminhamentos da ADI 2946, assim como as manifestações de importantes agentes institucionais.

2 RECONSTRUÇÃO DA AÇÃO

A reconstrução da ação foi realizada em três etapas, na primeira, nomeada “cronologia”, recria-se, sob uma perspectiva geral, os principais trâmites da ADI 2946. Nessa seção, reflete-se sobre o momento anterior à Ação e se discorre sobre alguns aspectos de seu andamento. Por fim, aprecia-se as conclusões do julgamento.

Na segunda etapa, é feita a análise da Petição Inicial. Com isso, a partir da apresentação do raciocínio exposto pela Procuradoria da República no Distrito Federal (PR/DF) e pela Procuradoria Geral da República (PGR) aprofunda-se um pouco mais no debate presente na Ação. Dessa forma, é possível compreender as motivações que acarretam na ADI 2946.

Por fim, na terceira e última etapa, examinam-se as manifestações da Advocacia Geral da União (AGU) e da presidência do Congresso Nacional. Por intermédio da análise de seus posicionamentos, proporciona-se visão mais abrangente acerca da matéria discutida. Portanto, mediante essas reconstruções, estabelece-se sólida contextualização.

2.1 Cronologia

A discussão acerca da possibilidade de transferência do contrato de concessão antecede, e muito, a ADI 2946. Afinal, o Projeto de Lei 179/90, que resultou na “Lei de Concessões”, suscitou o debate sobre a mesma temática. Na época, o projeto proposto pelo então senador Fernando Henrique Cardoso continha em seu texto vedação clara à cessão do contrato de concessão. No fim, entretanto, ela foi suprimida por emendas apresentadas após a análise do Senado.

Nas emendas, a possibilidade de modificação subjetiva do contrato foi considerada fundamental para se atender o interesse público. De acordo com

o então Senador Louremberg Nunes Rocha⁶, a transferência de concessão constitui-se como instrumento essencial para evitar fraudes, garantir a continuidade dos serviços públicos e observar os princípios constitucionais. Desse modo, após a tramitação nas duas casas do Poder Legislativo, gerou-se o dispositivo posteriormente impugnado.

Em 2003, a Procuradoria Geral da República (PGR) entrou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2946. De acordo com a Petição Inicial, o art. 27 da Lei 8987/95 representa afronta à exigência de prévia licitação, prevista no art. 175, caput, da Constituição Federal (CRFB/88). Logo, para o requerente, a possibilidade de transferência de concessão apenas com a anuência da administração pública configura-se como evidente desrespeito ao princípio licitatório.

Entretanto, o julgamento só foi incluído em pauta dezoito anos depois, em 2021. Em seção virtual, dia 16 de agosto de 2021, o Min. Relator Dias Toffoli julgou o pedido parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade da expressão “da concessão” contida no caput do art. 27 da Lei 8987/95⁷. Ademais, propôs modulação de efeitos, estipulando o prazo de dois anos para a realização das licitações de todas as concessões que tenham sido transferidas. Na mesma oportunidade, o Min. Alexandre de Moraes acompanhou o voto do Min. Relator e o Min. Gilmar Mendes pediu vista. Dessa maneira, iniciou-se o julgamento.

Após essa movimentação, foram muitos os pedidos de ingresso como *amicus curiae*. Sendo eles formulados pelos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro (24/08/2021), conjuntamente, além dos Estados de Alagoas, Mato Grosso, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins e Distrito Federal (23/09/2021), pelo Estado do Rio Grande do Sul (29/09/2021), bem como pela Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base (ABDIB) (03/09/2021), pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) (29/09/2021),

⁶ Citado na Manifestação AGU, p.03 presente no documento 12 das peças processuais

⁷ Certidão de julgamento, presente no documento 30 das peças processuais

pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) (20/10/2021) e pela Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (ABIAPE) (05/12/2021). Entretanto, apenas os amici curiae ABDIB, ABCR, BNDES e ABIAPE tiveram seus pedidos excepcionalmente deferidos, os demais foram considerados intempestivos⁸.

O julgamento retornou na sessão virtual de 8 a 18/10/2021, com a apresentação do voto-vista divergente do Min. Gilmar Mendes. Na ocasião, o ministro sustentou posicionamento contrário à inconstitucionalidade, votando pela improcedência do pedido. Em seu voto, compreendeu as hipóteses previstas no art. 27 da Lei 8987/95 como exemplos de conformação da exigência de licitação prévia feita pelo legislador ordinário.

Nota-se mudança significativa no andamento da ação após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes e dos pedidos de ingresso como amicus curiae. Afinal, posteriormente, dia 09 de dezembro de 2021, o Ministro Relator Dias Toffoli reconsiderou seu voto, sendo novamente acompanhado pelo Min. Alexandre de Moraes. Dessa forma, a Ação começou a pender à improcedência.

Logo após, com o voto dos demais ministros, consolidou-se o entendimento pela improcedência do pedido. Nesse contexto, os Min. Nunes Marques, André Mendonça, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso acompanharam o voto do Min. Relator. No fim, restaram-se vencidos os votos dos Min. Edson Fachin, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski⁹.

Agora, após feita a contextualização geral, realiza-se análise da Petição Inicial com o fim de explorar o mérito da ADI 2946. Por conseguinte, será possível compreender as motivações do requerente e discorrer sobre as argumentações apresentadas em prol da declaração de inconstitucionalidade. Portanto, na próxima seção, aprofundam-se as reflexões acerca da

⁸ Despacho, presente no documento 53 das peças processuais

⁹ Verificar seção virtual da ADI 2946 no site do STF

transferência de concessão e sua suposta inadequação à Constituição Federal (CRFB/88).

2.2 Petição Inicial

Em novembro de 1988, a Procuradoria da República no Distrito Federal (PR/DF) solicitou à Procuradoria Geral da República uma propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ocasião, foi reportada a suposta inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 8987/95, segundo a PR/DF o dispositivo representa afronta à exigência de prévia licitação prevista no art. 175, caput, da CRFB/88. Dessa forma, deu-se início à ADI 2946¹⁰.

No pedido, afirma-se a necessidade de se interpretar o dispositivo constitucional referenciado de modo a lhe conferir máxima efetividade. E, segundo o requerente, o princípio a ser defendido é o da isonomia, considerando sua centralidade no processo licitatório. Sob tal ótica, o fim último da licitação é garantir a todos, ou melhor, aos interessados na concessão e aptos para a concorrência, a possibilidade de participação no processo de outorga de obra ou serviço público. Portanto, torna-se crucial resguardar esse objetivo.

Nessa perspectiva, a transferência de concessão realizada somente com a anuência do poder público desrespeita o princípio licitatório. Afinal, nessa hipótese, não há procedimento licitatório, a cessão do contrato a terceiro é feita sem concorrência. Desse modo, segundo essa visão, o tratamento isonômico é transgredido.

Ademais, de acordo com a Procuradoria Geral da República (PGR) na cessão de contrato de concessão gera-se a necessidade de novo processo licitatório. Para a PGR, com a alteração do contrato, o vínculo jurídico criado na licitação de outorga inicial termina. Logo, cria-se a necessidade de se estabelecer uma relação jurídica diversa, sendo assim, justifica-se a

¹⁰ Ver Petição Inicial presente no documento 02 das peças processuais.

necessidade de uma nova licitação nas hipóteses de modificação subjetiva previstas no dispositivo impugnado.

No ajuizamento da ADI, a PGR, em conformidade ao exposto na solicitação da PR/DF, expõe perspectivas em prol da declaração de inconstitucionalidade. Com esse fim, menciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1998)¹¹, afinal, segundo o seu entendimento, a anuência da administração pública não é o suficiente para legitimar outorga de serviço ou obra pública. Enfim, para ele, a transferência de concessão representa evidente burla ao princípio licitatório.

De acordo com o Ministro, a transferência de concessão é uma afronta à licitação e ao princípio constitucional da isonomia. Sob sua ótica, isso se evidencia pela ausência de disputa em igualdade de condições na assunção do contrato. Dessa maneira, quando o terceiro, selecionado pela concessionária, assume a concessão sem participar de disputa, o princípio licitatório é desrespeitado.

Com idêntico objetivo, cita-se uma comparação feita pela Dra. Yedda Pereira entre os institutos da cessão e da subconcessão, previsto no art. 26 da Lei 8987/95¹². Para a Doutora, é contraditória a exigência de licitação prévia na hipótese de subconcessão, enquanto na transferência de contrato, uma hipótese mais complexa e relevante, não há a mesma obrigatoriedade. Dessarte, mediante essa correlação, afirma-se ser ilógica a não realização de prévia licitação na transferência de concessão.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo, 1998. 10^o Edição, p. 47. Citado na Petição Inicial, documento 02 das peças processuais.

¹² Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

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

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

Por fim, a PGR afirma estarem presentes tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora* em sua requisição, ou seja, entende o direito requisitado como provável e a possível demora para a decisão como capaz de ensejar danos irreparáveis. Com essa constatação, solicita formalmente medida cautelar com efeitos *ex nunc*. Dessa maneira, finaliza-se o pedido.

Como forma de expandir as perspectivas em relação ao debatido na ADI 2946, na próxima seção examina-se as manifestações do Congresso Nacional e da AGU. Afinal, ambos os agentes institucionais chegaram a conclusões antagônicas à expressa pela PGR. Desse modo, ao explorar suas argumentações, expande-se a compreensão acerca da temática em discussão.

2.3 Congresso Nacional e Advocacia Geral da União

Nos dias 14/08/2003 e 05/11/2003, respectivamente, o Congresso Nacional e a Advocacia Geral da União (AGU) posicionaram-se em relação à ADI 2946. Ambos se demonstraram a favor da constitucionalidade do artigo impugnado pela PGR¹³. Desse modo, em suas manifestações, observa-se perspectivas destoantes das contidas na Petição Inicial, sendo elas, majoritariamente, baseadas na doutrina.

Para defender a constitucionalidade da transferência de concessão, nos termos do art. 27 da Lei 8987/95, a AGU faz menção ao Professor Luiz Alberto Blanchet¹⁴. De acordo com o autor, o dispositivo pode ser compreendido, sob a possibilidade do comprometimento da prestação adequada dos serviços públicos, como uma hipótese de dispensa de licitação. Além disso, sob seu entendimento, os critérios estabelecidos para a obtenção da anuência do poder público são suficientes para evitar possíveis burlas.

¹³ Petição (102898/2003) e Manifestação - AGU, respectivamente, presentes nos documentos 08 e 12 das peças processuais.

¹⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos, 2ª edição, Curitiba, Juruá, 1999, p. 150-151. Citado na Manifestação - AGU, presente no documento 12 das peças processuais.

Portanto, para a AGU, não se verifica incompatibilização entre o dispositivo impugnado e a Constituição Federal (CRFB/88).

Ademais, o Congresso Nacional, em sua manifestação, para afirmar a possibilidade de modificação subjetiva do contrato de concessão, cita Marçal Justen Filho¹⁵. Segundo o administrativista, a transferência de concessão não encontra óbice na natureza do contrato, afinal, embora concebido como personalíssimo, ele não se assemelha àqueles característicos do direito privado. Logo, para ele, é inviável, no âmbito do direito público, em razão do princípio da impessoalidade, promover um tipo de preferência absoluta da administração em prol de um sujeito em específico.

Desse modo, tanto para a AGU quanto para o Congresso Nacional, as possibilidades de modificação subjetiva previstas no dispositivo impugnado não representam afronta aos preceitos constitucionais. Segundo suas manifestações, a transferência de concessão sem prévia licitação se justifica diante da necessidade de se manter a prestação do serviço adequado e não tem o caráter *intuitu personae* como obstáculo. Enfim, embora tenham apresentado outros argumentos, esses são capazes de representar o posicionamento que defendem, isto é, a plena constitucionalidade do dispositivo.

Com a contextualização estabelecida, mediante análise da Petição Inicial e das argumentações do Congresso Nacional e AGU, parte-se para análise das manifestações dos *amici curiae*. No próximo capítulo, realiza-se exame aprofundado da discussão por intermédio dos argumentos dos interessados. Portanto, inicia-se o desenvolvimento da primeira etapa essencial para a análise comparativa.

¹⁵ FILHO, Marçal Justen. Concessões de Serviços Públicos. Dialética, 1997. Pág. 285 e 286. Citado na Petição (102898/2003).

3 MANIFESTAÇÕES DOS AMICI CURIAE

Com o fim de desenvolver a contextualização, inicialmente, será discutida a importância do amicus curiae nos processos em geral. Além disso, a sua relevância será analisada também sob o ponto de vista do caso, considerando as suas especificidades. Desse modo, nessa seção, espera-se explicitar o valor dos amici curiae, a sua influência nos julgamentos e discorrer sobre a sua participação, particularmente, na ADI 2946.

Após isso, parte-se para análise da primeira categoria, ou seja, das possíveis consequências práticas do caso. Nessa oportunidade, examinam-se os argumentos consequentialistas presentes nas manifestações dos amici curiae. Ademais, representam-se, por intermédio de uma tabela, as consequências com maior incidência nas manifestações, demonstrando qual o provável efeito no mundo fático mais preocupante sob a ótica dos interessados.

Posteriormente, analisa-se a categoria “Fundamentos Jurídicos”. Este estudo é feito mediante o exame de cinco subcategorias, sendo elas: “Outras Hipóteses Jurídicas”, “Natureza dos Contratos”, “Interpretação”, “Mutabilidade Contratual” e “Processo Licitatório”. Depois da análise individualizada, apura-se, conjuntamente, as conclusões obtidas. Para isso, utiliza-se da estrutura de perguntas e respostas formulada por meio das categorias indutivas.

Com isso, têm-se os resultados relacionados aos argumentos consequentialistas e não-consequentialistas expressos pelos interessados. Ademais, verifica-se o grau de incidência de cada argumento dentre os utilizados pelos amici curiae. Dessa forma, finaliza-se a análise individualizada das Manifestações dos Amici Curiae.

3.1 A relevância do Amicus Curiae

As manifestações dos amici curiae representam importante instrumento processual, com elas é possível compreender a temática em

debate sob diferentes pontos de vista, não se limitando aos dos indivíduos diretamente relacionados ao processo. Para tanto, os interessados apresentam perspectivas distintas e inovadoras, responsáveis por aprofundar a discussão. Desse modo, suas argumentações possuem o potencial de influenciar significativamente no andamento de um julgamento.

Em regra, por sua expertise e representatividade, os *amici curiae*, com seus posicionamentos, podem agregar na resolução da temática. Com isso, suas argumentações passam a fazer parte da *ratio decidendi*¹⁶ do julgamento, tornando-se parte do poder vinculante do precedente, assim como previsto no art. 489, V e VI, do Código de Processo Civil (CPC). Logo, ganham relevância que transcende a tese geral e abstrata fixada na decisão.

Nesse contexto, para se compreender todos os aspectos relevantes de uma decisão, isto é, todas as características que a tornam vinculante, é necessário analisar o caminho até a decisão. Então, faz-se imprescindível o exame das manifestações dos *amici curiae* e as relações de influência desenvolvidas entre as suas argumentações e os votos dos ministros. Assim sendo, realiza-se essa aproximação na presente pesquisa.

Ademais, as manifestações dos *amici curiae* deferidas na ADI 2946 imbuem-se de relevância superior à tradicional. Afinal, foram deferidas em meio a um notável número de indeferimentos, além de as suas admissões serem consideradas excepcionais, em razão da sua representatividade e relevância diante do caso. Desse modo, consideram-se todas as manifestações dos *amici curiae* deferidas como inegavelmente pertinentes à resolução do caso.

Inicialmente, os pedidos, por terem sido realizados após a inclusão do processo em pauta, foram todos considerados intempestivos. Em razão disso, dia 05 de outubro de 2021, o Min. Relator Dias Toffoli os indeferiu¹⁷.

¹⁶ Elemento que compõe o precedente e que opera a eficácia vinculante às decisões judiciais, a razão que enseja à decisão

¹⁷ Despacho, presente no documento 53 das peças processuais.

Desse modo, na oportunidade, os pedidos da ABDIB e ABCR, já realizados na época, também foram indeferidos.

Entretanto, dia 30 de novembro de 2021, houve reconsideração desses indeferimentos, além da aceitação do BNDES como *amicus curiae*. O Min. Dias Toffoli justificou a reconsideração em razão da incontestável relevância econômica e social da Ação, além dos pedidos terem sido formulados poucos dias depois da nova liberação do feito para a pauta e antes da sua inclusão no calendário do plenário presencial¹⁸. Posteriormente, também foi deferido o pedido da ABIAPE. Assim sendo, consolidaram-se os *amici curiae* com os pedidos deferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2946.

Além disso, é importante ressaltar a relevância dos *amici curiae* aceitos no processo. Afinal, todos estão significativamente vinculados ao setor brasileiro de concessões. Por exemplo, a ABDIB, no momento do pedido, representava mais de cento e vinte empresas públicas e privadas responsáveis por desenvolver projetos de infraestrutura¹⁹. Ao seu turno, a ABCR corresponde à quarenta e sete empresas concessionárias de serviços públicos relacionados à operação, manutenção e conservação de rodovias, pontes e túneis²⁰. Em conformidade, a ABIAPE representa titulares de concessões do setor elétrico. Desse modo, os interessados estão diretamente conectados com o setor brasileiro de concessões.

No mesmo sentido, destaca-se o BNDES, criado com o objetivo de ser o “principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal”²¹. O órgão está vigorosamente relacionado à estruturação dos projetos de desestatização e de parceria com o setor privado. Isso se torna evidente com sua participação tanto no Programa Nacional de Desestatização (PND) quanto no Programa de Parcerias e Investimentos (PPI). Logo, a sua

¹⁸ Despacho, presente no documento 62 das peças processuais.

¹⁹ Manifestação ABDIB, p.02, presente no documento 33 das peças processuais

²⁰ Manifestação ABCR, P. 02. Presente no documento 47 das peças processuais

²¹ Manifestação BNDES, p.09, presente no documento 60 das peças processuais.

relação com o sistema de concessões se salienta diante dos demais interessados.

Enfim, ao compreender a sua função e o contexto relacionado ao caso concreto, fica evidente a importância dos amici curiae nos processos em geral e a sua capacidade de influência na ADI 2946, em específico. Com esse pressuposto estabelecido, dirige-se à análise da primeira categoria, relacionada aos argumentos consequentialistas. Desse modo, no próximo capítulo reflete-se sobre os argumentos de cunho pragmático expostos pelos amici curiae.

3.2 Possíveis Consequências Práticas

É consenso entre os amici curiae a compreensão da modificação subjetiva do contrato, nos termos do art. 27 da Lei 8987/95, como uma importante ferramenta de gestão contratual²². Sob essa ótica, a possibilidade de transferência da concessão, seja feita direta ou indiretamente, ganha novos contornos interpretativos, afinal, passa a ser concebida como uma ferramenta vital na relação constituída entre concessionário e administração pública. Desse modo, centralizam-se, nas manifestações, argumentos consequentialistas em defesa desse instrumento.

Nesse contexto, as concessionárias seriam extremamente prejudicadas pelas consequências práticas decorrentes da declaração de inconstitucionalidade. Segundo os amici curiae, em decorrência da insegurança jurídica instaurada após a decisão, as análises de crédito seriam afetadas. Logo, muitos projetos poderiam ser inviabilizados pela falta de investimento, causada pelo cenário de instabilidade jurídica²³.

O BNDES, por exemplo, expressou preocupação nesse sentido em sua manifestação. De acordo com o interessado, diante da mera possibilidade da

²² Manifestação ABDIB, p. 08, presente no documento 33 das peças processuais

²³ Ibid. p. 16.

declaração de inconstitucionalidade, devido ao voto do Min. Dias Toffoli (16/08/2021), a análise de crédito do projeto de construção e operação da Linha 6 Metrô de São Paulo foi prejudicada²⁴. Desse modo, enfatiza-se a capacidade de impacto da decisão sob a perspectiva econômica.

Além disso, conforme as manifestações, uma decisão pela procedência acarretaria na desvalorização das empresas prestadoras de serviço público²⁵. Afinal, do ponto de vista mercadológico, ao se impossibilitar a transferência de concessão, subtrai-se dos contratados, um importante instrumento de gestão contratual. Devido a essa supressão, o valor agregado à empresa diminuiria significativamente. Portanto, ressalta-se ainda mais a influência do julgamento no mercado.

Para além dos impactos já mencionados, a decisão pela inconstitucionalidade da cessão de concessão influiria negativamente na atuação da administração pública. De acordo com os amici curiae BNDES²⁶ e ABDIB²⁷, o poder concedente, em um cenário semelhante ao caso da Linha 6 do Metrô de São Paulo, sem a possibilidade de transferência do contrato de concessão, precisaria lidar com gastos extraordinários, tanto na realização de um novo processo licitatório quanto no pagamento de indenizações e de reequilíbrios não concedidos ou concedidos parcialmente. Assim sendo, o impacto financeiro não se limitaria aos concessionários, se estendendo à própria administração.

Adicionalmente, os usuários de serviço público certamente também seriam prejudicados. No precedente supracitado, o contratado encontrava-se incapaz de executar as suas obrigações, isto é, a empresa, nessa situação, não podia garantir a manutenção do serviço adequado. Utilizou-se, nessas circunstâncias, da transferência de concessão para se possibilitar a continuidade da prestação. Dessa forma, sem a possibilidade de modificação

²⁴ Manifestação BNDES, p.19, presente no documento 60 das peças processuais.

²⁵ Manifestação BNDES, p. 18, presente no documento 60 das peças processuais.

²⁶ Ibid. p. 19

²⁷ Manifestação ABDIB, p.09, presente no documento 33 das peças processuais.

subjetiva e considerando a morosidade própria do procedimento licitatório, os contribuintes também seriam prejudicados com o não oferecimento do serviço em tempo útil.

Outrossim, em razão da modulação de efeitos proposta pelo Min. Relator Dias Toffoli, a insegurança jurídica apresenta-se, em todas as manifestações, como uma das prováveis consequências negativas da declaração de inconstitucionalidade. Segundo os interessados, uma decisão nesse sentido representaria verdadeira catástrofe, considerando o longo período de vigência da norma impugnada. Portanto, os amici curiae, sem exceção, preocupam-se com essa possibilidade e expõem justificativas contrárias ao posicionamento do Ministro.

De início, realizam-se apontamentos relacionados à presunção de constitucionalidade das normas e a preservação dos atos jurídicos perfeitos. Conforme os interessados, todas as transferências de concessão, amparadas no art. 27 da Lei 8987/95, estavam alicerçadas em parâmetros legais legítimos e tinham sua integridade afirmada por uma norma jurídica presumidamente constitucional. Desse modo, requerer novas licitações de contratos cedidos com base em uma legislação vigente seria violar atos jurídicos perfeitos²⁸.

Como forma de explicitar o valor da segurança jurídica, comprovando a necessidade de assegurá-la, os interessados apresentam hipóteses legais capazes de garantir sua conservação em detrimento de outros princípios. Por exemplo, são citadas as possibilidades de convalidação, conversão e saneamento, medidas para possibilitar a manutenção de um ato administrativo inválido. De maneira semelhante, os artigos 147²⁹ e 148³⁰ da

²⁸ Manifestação ABDIB, p. 20, presente no documento 60 das peças processuais

²⁹ Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público

³⁰ Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do [art. 147 desta Lei](#), e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Lei 14.133/21, possibilitam, com fim de resguardar a segurança jurídica, a manutenção de um contrato mesmo quando constatada irregularidade no procedimento licitatório. Logo, fica evidente a importância de se evitar a insegurança jurídica.

Em suma, as preocupações dos interessados giram em torno, necessariamente, da perda de um instrumento necessário à administração de crises, do prejuízo às análises de crédito, da possível desvalorização das empresas, do desgaste financeiro aos cofres públicos, do risco à continuidade e adequação do serviço público e da grave violação à segurança jurídica. Após essas conclusões, com o intuito de estabelecer o grau de incidência dos argumentos consequentialistas utilizados pelos interessados, elaborou-se uma tabela na próxima seção.

3.3 As Possíveis Consequências Práticas Mais Relevantes

Na representação abaixo, identificam-se quais amici curiae refletiram sobre determinado efeito concreto. Com isso, foi possível determinar o grau de incidência de cada argumento consequentialista apresentado. Portanto, identificaram-se quais as consequências práticas mais preocupam os amici curiae.

Preocupações	ABDIB	ABCR	BNDES	ABIAPE
Prejuízo à Análise de Crédito	X		X	
Desvalorização das Empresas			X	

Gerenciamento de Crises	X	X	X	X
Risco à Continuidade e Adequação do serviço	X	X	X	X
Desgaste financeiro aos Cofres Públicos	X		X	X
Insegurança Jurídica	X	X	X	X

Observa-se que as preocupações referentes à insegurança jurídica, risco à continuidade e adequação do serviço público e à perda de instrumento capaz de gerenciar crises possuem o maior grau de incidência nas manifestações. Visto que as três foram citadas por todos os amici curiae. Em sequência, seguem as preocupações referentes ao desgaste financeiro aos cofres públicos, o prejuízo às análises de crédito e a desvalorização das empresas.

Foram identificadas as bases dos argumentos consequencialistas utilizados pelos amici curiae, assim como o seu grau de incidência nas manifestações. Por conseguinte, analisam-se, na próxima seção, os argumentos não-consequencialistas. Logo, a partir desse momento, inicia-se a análise das subcategorias dos fundamentos jurídicos.

3.4 Outras Hipóteses Jurídicas

Embora o art. 27 da Lei 8987/95 tenha sido alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, existem outras hipóteses jurídicas semelhantes e validadas pelo direito brasileiro. Com o fim de reforçar essa ideia, os amici curiae referenciam outras hipóteses jurídicas de modificação subjetiva dos contratos. Desse modo, apresentam outras leis e entendimentos jurisprudenciais com objetivos análogos ao do dispositivo impugnado.

Este é o caso, por exemplo, do *step-in rights*³¹. Previsto no art. 27-A da Lei 8987/95, possibilita os financiadores ou seguradoras assumir a gestão do contrato na hipótese de inadimplemento do contratado. Portanto, em uma situação prejudicial ao interesse público, permite-se a transferência do controle acionário, sem a realização de novo processo licitatório.

Ademais, os amici curiae também fazem menção à possibilidade da recuperação judicial³². Nessa hipótese, é permitida à empresa transferir o contrato de concessão sem realização de prévia licitação. Desse modo, mais uma vez, é apresentada uma hipótese jurídica diversa de modificação subjetiva do contrato.

Por fim, no setor elétrico a alteração do contratado passou a ser alternativa à extinção do contrato. Essa possibilidade é prevista no art. 4º - C da Lei 9074/95, de acordo com o dispositivo o concessionário, o permissionário e o autorizatário de serviços e instalação de energia elétrica estão autorizados a apresentar plano de transferência do controle societário como alternativa à extinção da outorga.

³¹ Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

³² Manifestação ABDIB, P. 11, presente no documento 33 das peças processuais.

3.4.1 Natureza dos Contratos

Ao considerar os contratos de concessão personalíssimos, cria-se impedimentos às modificações subjetivas. Afinal, nessa hipótese, não seria possível realizar a alteração do contratado. Desse modo, ao debater sobre a natureza dos contratos de concessão, os interessados apresentam argumentos para assentar concepção contrária à suposta natureza intuitu personae dos contratos de concessão.

Os amici curiae defendem que a suposta essência personalíssima dos contratos de concessão advém de um direito já superado. Com efeito, exploram a origem dessa compreensão, advinda da França, onde foi utilizada com o objetivo de estabelecer um vínculo do Estado com os aspectos subjetivos do concessionário. Portanto, constituía-se como uma forma de legitimar a discricionariedade estatal em prol de um indivíduo em específico.

Entretanto, esse intuito não pode ser alcançado diante do direito brasileiro. Afinal, o processo licitatório necessário para a outorga de serviço ou obra pública aos particulares, em regra, pressupõe a escolha do concessionário mediante concorrência e análise de critérios objetivos pré-estabelecidos. Dessa maneira, as características pessoais do licitante não são consideradas, afastando o caráter intuitu personae.

Ademais, segundo os amici curiae, o vínculo entre administração pública e contrato é gerado pela seleção da proposta mais vantajosa, não pela pessoa do contratado. Para reforçar essa concepção, trazem entendimento semelhante de José Cretella Júnior³³ e de Hely Lopes Meirelles³⁴. Sob essa ótica, o concessionário não representa elemento insubstituível do contrato de concessão.

³³ CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de direito administrativo, vol. III: teoria do ato administrativo. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93. Citado na Manifestação ABDIB, p. 18, presente no documento 33 das peças processuais.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.23. Ibid.

Outrossim, os interessados defendem a autonomia da vontade como base dos contratos personalíssimos. Afinal, nesses contratos, o importante é o atendimento ao desejo de contratar determinada pessoa, não sendo relevantes os critérios norteadores dessa vontade, mesmo quando ilógicos e totalmente subjetivos. Logo, respeita-se a escolha pelo contratado em detrimento das outras demandas.

Em contraste, nos contratos administrativos, impera a tutela do interesse público. Afinal, fora as exceções, pouco importa a vontade do Estado em contratar determinado sujeito em razão de suas características subjetivas, devendo prevalecer o princípio da impessoalidade. Dessa forma, os contratos de concessão demonstram-se, essencialmente, contrários à natureza *intuitu personae*.

Enfim, para os interessados, os contratos de concessão não possuem natureza personalíssima. Por consequência, a possibilidade de transferência, seja ela direta ou indireta, seria viável no âmbito do direito brasileiro. Diante disso, não se pode defender a impossibilidade de cessão em razão do suposto caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos.

3.4.2 Interpretação

Segundo os interessados, a hermenêutica utilizada na interpretação do art. 175 da CRFB/88 foi problemática, considerando o significado obtido. De acordo com eles, a interpretação foi literal e isolada, produzindo divergências com a lógica do texto constitucional. Afinal, ao se considerar a passagem do artigo “sempre através de licitação” como absoluta, desconsideraram-se, por exemplo, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Nesse contexto, os *amici curiae* defendem a interpretação sistemática, isto é, uma interpretação que preze pela coerência de todos os preceitos legais. Sob essa perspectiva, a obrigatoriedade de prévia licitação para a outorga de obras ou serviços públicos deve ser interpretada sob à luz das possibilidades de sua relativização. Portanto, para os amigos da Suprema Corte, o art. 27 da Lei 8987/95, quando interpretado de maneira a respeitar

a coerência do ordenamento jurídico, enquadra-se como uma possível relativização dessa obrigatoriedade.

Para além disso, há breve menção à liberdade do legislador ordinário, nos moldes do art. 37, XXI, da CRFB/88³⁵. Este dispositivo concede ao legislador autonomia para, quando houver necessidade pública latente, possibilitar a concessão de um serviço ou obra pública a um particular sem a realização de licitação prévia. Logo, percebe-se, no próprio texto constitucional, uma ressalva ao princípio da licitação.

Enfim, conforme os amici curiae, a modificação subjetiva do contrato, assim como prevista no art. 27 da Lei 8987/95, quando interpretada sistematicamente, não representa afronta ao art. 175, caput, da CRFB/88. Sob essa ótica, o dispositivo legal pode até mesmo ser compreendido como uma hipótese de inexigibilidade³⁶. Portanto, a cessão de contrato e transferência do controle acionário sem prévia licitação encontra respaldo em uma interpretação capaz de considerar todas as relativizações presentes no ordenamento jurídico.

3.4.3 Mutabilidade dos Contratos

Conforme as manifestações dos amici curiae, os contratos de concessão, em razão do longo período de vigência que possuem, são considerados incompletos³⁷. Sob essa ótica, diante da impossibilidade de se prever *ex ante* quais ajustes serão necessários para lidar com as

³⁵ 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.

³⁶ Manifestação ABDIB, p. 16, presente no documento 33 das peças processuais.

³⁷ Manifestação ABDIB, p. 7-8, presente no documento x das peças processuais.

contingências e determinações futuras, desenvolvem-se mecanismos para lidar com imprevisibilidades capazes de ameaçar a execução contratual. Dessa forma, as possibilidades de modificação subjetiva previstas no dispositivo impugnado constituem-se como mecanismos dessa natureza.

Ademais, os contratos de concessão também são considerados relacionais. Segundo os interessados, em virtude dos inúmeros fatores capazes de intervir na relação contratual, possibilita-se, durante a execução, o trabalho cooperativo entre as partes em prol de soluções que resguardem os seus interesses. Assim sendo, verifica-se a mutabilidade na essência dos contratos de concessão.

De maneira a corroborar com essa visão, os amici curiae citam a ADI 5991³⁸. Nesse precedente, o regime de prorrogação antecipada dos contratos de concessão do setor ferroviário teve a sua constitucionalidade reafirmada. Com esse fim, a Min. Cármen Lúcia defendeu em seu voto a possibilidade de alteração dos contratos de concessão com o objetivo de viabilizar sua adequação às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço. Logo, depreende-se mais uma vez, a conformidade desse tipo de contrato às modificações após sua celebração.

Nesse contexto, as hipóteses de cessão do contrato e transferência do controle acionário, como previstas no art. 27 da Lei 8987/95, configuram-se como possibilidades de alteração indispensáveis para enfrentar determinadas situações. De acordo com os interessados, em muitas hipóteses, quando os concessionários estão em uma situação precarizada, somente com a cessão do contrato pode-se garantir o fim da relação contratual. Portanto, essa possibilidade se demonstra compatível à natureza das concessões públicas.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5991, Tribunal Pleno. Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 07 dez.2020. Manifestação ABCR, p. 13-14, citado no documento 47 das peças processuais.

3.4.4 Processo Licitatório

De acordo com os interessados, a cessão da concessão ocorre em momento posterior à realização do processo licitatório, isto é, na transferência de concessão pressupõe-se a licitação como já realizada. Afinal, o contrato a ser cedido foi formado por intermédio da licitação, sem a sua realização não seria possível a outorga do serviço ou obra pública à particular e nem a seleção da proposta mais vantajosa. Logo, a possibilidade de modificação subjetiva do contrato nos termos do art. 27 da Lei 8987/95 ocorre posteriormente ao procedimento licitatório.

Ademais, segundo os amici curiae os dispositivos incidem em hipóteses distintas. Chegam nessa conclusão após analisarem os textos dos artigos 175, caput, da CRFB/88 e 27 da Lei 8987/95. Sob essa ótica, a exigência do dispositivo constitucional se aperfeiçoa no fim do certame, com a seleção da proposta mais vantajosa e o estabelecimento do vínculo contratual entre concessionário e poder concedente. Desse modo, não se é possível falar em desrespeito ao princípio licitatório na transferência direta ou indireta de concessão.

Conforme essa visão, não há propósito na realização de um novo processo licitatório. Segundo os interessados, todos os objetivos da licitação, no momento de cessão, já foram atendidos. Sendo eles a delegação do serviço ou obra pública e a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, a realização de uma nova licitação não atenderia a nenhum objetivo.

Outrossim, a cessão de concessão e/ou transferência do controle acionário além de não representarem afronta à licitação, demonstram-se como capazes de conservar os seus efeitos. Afinal, nos dois casos não há alteração do contrato e nem criação de novo vínculo para o poder concedente, ou seja, mantém-se o resultado do procedimento licitatório. Desse modo, o art. 27 da Lei 8987/95 pode ser considerado uma proteção às finalidades da licitação.

3.5 Argumentos dos Amici Curiae

Os amici curiae apresentam sólida argumentação estritamente jurídica. Por exemplo, trazem em suas manifestações muitas outras hipóteses jurídicas que preveem a modificação subjetiva do contrato, como o step-in rights e a recuperação judicial. Além disso, por intermédio da doutrina e do direito comparado, posicionam-se contrários ao caráter intuitu personae dos contratos concessão. Desse modo, os interessados apresentam exemplos legislativos, jurisprudência e doutrinários para justificar suas concepções.

No mesmo sentido, os interessados também discorrem sobre a interpretação utilizada na fundamentação da ADI, sobre a mutabilidade dos contratos de concessão e sobre o processo licitatório. Segundo eles, a hermenêutica utilizada pelo requerente foi indevida, a mutabilidade justifica a possibilidade de modificação subjetiva e a exigência de prévia licitação, no momento de transferência, já foi atendida. Logo, os amici curiae apresentam também sólidos argumentos não-consequencialistas.

Abaixo, com o fim de estabelecer sistematização para posterior confronto entre perspectivas, representa-se os resultados obtidos por meio de uma tabela:

Categorias e Subcategorias	Resultados
Outras Hipóteses Jurídicas	Existem previsões legais/jurisprudenciais para a modificação subjetiva do contrato.
Natureza dos Contratos de Concessão	Os contratos de concessão não possuem natureza intuitu personae.

Intepretação	Deve-se aplicar a interpretação sistemática.
Mutabilidade dos Contratos de Concessão	A mutabilidade dos contratos de concessão justifica a possibilidade de modificação subjetiva.
O Processo Licitatório	No momento de transferência, a exigência de prévia licitação já foi atendida.

Mediante a verificação da representação acima, percebe-se a compreensão dos amici curiae em relação a cada uma das subcategorias analisadas. Em todas, é reforçado o entendimento acerca da constitucionalidade da transferência de concessão. Desse modo, após essas conclusões, dirige-se à análise das fundamentações da corrente vencedora.

4 CORRENTE VENCEDORA

Inicialmente, parte-se para análise da primeira categoria, ou seja, das possíveis consequências práticas do caso. Nessa oportunidade, examina-se os argumentos consequencialistas presentes nas fundamentações da corrente vencedora. Ademais, representam-se, por intermédio de uma tabela, as consequências com maior incidência nos votos, demonstrando qual o provável efeito no mundo fático mais considerado pelos ministros.

Posteriormente, analisa-se a categoria “Fundamentos Jurídicos”. Este estudo é feito mediante o exame de cinco subcategorias, sendo elas: “Outras Hipóteses Jurídicas”, “Natureza dos Contratos”, “Interpretação”, “Mutabilidade Contratual” e “Processo Licitatório”. Depois da análise individualizada, apura-se, conjuntamente, as conclusões obtidas. Para isso, utiliza-se da estrutura de perguntas e respostas formulada por meio das categorias indutivas.

Com isso, têm-se os resultados relacionados aos argumentos consequencialistas e não-consequencialistas utilizados pelos ministros. Além disso, observa-se o grau de incidência de cada argumento dentre os utilizados nas fundamentações dos ministros. Desse modo, finaliza-se a análise individualizada dos votos da corrente vencedora.

4.1 Possíveis Consequências Práticas

Nas fundamentações da corrente vencedora, tal como nas manifestações dos amici curiae, a cessão do contrato e a transferência do controle acionário são compreendidas como um instrumento de gestão contratual. Em virtude disso, nas fundamentações dos ministros também são expostas prováveis consequências da impossibilidade de uso dessa ferramenta. Desse modo, em seus votos, é possível extrair algumas preocupações com os possíveis reflexos práticos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Como forma de elucidar essa compreensão, percebem-se nos votos dos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Nunes Marques e Alexandre de Moraes, citações ao emblemático caso da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo. Por conseguinte, o precedente é utilizado pelos ministros para elucidar a importância da possibilidade de transferência de concessão e o quão gravoso seria a inviabilidade de seu uso. Logo, são demonstradas as possíveis consequências práticas, majoritariamente, por intermédio da apresentação desse caso.

Por exemplo, mediante esse precedente, entende-se a possibilidade de modificação subjetiva do contrato como um meio viável para lidar com possíveis crises. Nessa lógica, o art. 27 da Lei 8987/95 possibilita a adequação dos concessionários frente às vicissitudes inerentes à execução do contrato de concessão, permitindo a continuidade do serviço público adequado. Portanto, a depender da situação, ele pode se configurar como uma ferramenta essencial para o cumprimento das obrigações contratuais.

Ademais, em conformidade com essa concepção, são expostas as possíveis consequências práticas da indisponibilidade da opção de alteração subjetiva diante de um contexto de crise. Sem exceção, verificam-se nos votos dos ministros preocupações com os potenciais reflexos da decisão nesse cenário hipotético. Nesse sentido, são expressas reflexões que giram em torno da impossibilidade de se manter a prestação do serviço adequado, da morosidade e dos altos custos para a realização de uma nova licitação e do prejuízo à relação estabelecida entre setores público e privado.

Ao analisar os votos da corrente vencedora identificam-se também receios em relação à segurança jurídica. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a exigência de prévia licitação para a transferência do contrato representaria um abalo à relação entre administração pública e iniciativa privada. Para o Ministro, uma decisão nesse sentido promoveria a insegurança jurídica³⁹.

³⁹ Acórdão, p. 97, presente no documento 84 das peças processuais

Em consonância, no voto do Ministro Nunes Marques, observam-se reflexões sobre os efeitos negativos de uma possível declaração de inconstitucionalidade. De acordo com ele, além da excessiva burocratização à atuação do poder público, a decisão poderia gerar riscos à segurança jurídica. Como resultado, isso poderia gerar prejuízos às negociações entre particulares e administração pública, diminuindo os investimentos privados no país.

Em síntese, todos os ministros exploraram em suas fundamentações prováveis consequências da decisão na realidade concreta. Enfim, cada um deles trouxe perspectivas acerca de quais seriam os impactos da declaração de inconstitucionalidade, analisando as hipóteses futuras de maneira cautelosa e embasada. Por fim, segundo os ministros, com a declaração de inconstitucionalidade, seriam prejudicadas a capacidade dos concessionários em lidar com cenários de crise, a continuidade de prestação de serviço adequado, a relação entre setores público e privado, o bem-estar dos cofres públicos e a segurança jurídica.

Portanto, para além dos argumentos não-consequencialistas, os ministros também fundamentaram no sentido a considerar os possíveis efeitos práticos da decisão. Para uma melhor elucidação desses posicionamentos, assim como foi realizada na análise das manifestações dos amici curiae, será apresentada abaixo tabela com os principais argumentos consequencialistas expostos, de maneira a considerar o seu grau de incidência e o ministro que os expressou.

4.1.1 As Possíveis Consequências Práticas Mais Relevantes

Na representação abaixo, identificam-se quais ministros, especificamente, refletiram sobre determinado efeito concreto. Com isso foi possível determinar o grau de incidência de cada argumento consequencialista. Portanto, identificaram-se quais consequências práticas mais consideradas nas fundamentações dos ministros.

Argumentos consequencialistas	Min. Dias Toffoli	Min. Gilmar Mendes	Min. Nunes Marques	Min. Alexandre de Moraes
Risco à Continuidade e Adequação do Serviço	X	X	X	X
Desgaste dos Cofres Públicos	X		X	
Gerenciamento de Crises	X	X	X	X
Insegurança Jurídica	X	X	X	
Relação entre setores Público e Privado prejudicada.	X	X	X	

Evidenciam-se, com a representação acima, os argumentos consequencialistas mais utilizados pelos ministros pertencentes à corrente vencedora. Os dois primeiros giram em torno do risco à adequação e continuidade do serviço público e da perda de um importante instrumento de

gestão contratual, necessário para enfrentar cenários de crise. Posteriormente, mencionados por três ministros, observam-se preocupações relacionadas à segurança jurídica e aos prejuízos ao relacionamento entre os setores público e privado. Por fim, expresso apenas por dois ministros, temos argumentos alicerçados nos possíveis desgastes aos cofres públicos na hipótese de declaração de inconstitucionalidade.

Foram identificadas as bases dos argumentos consequentialistas utilizados pelos ministros, assim como o seu grau de incidência nos votos. Por conseguinte, na próxima seção, analisam-se os argumentos não-consequentialistas. Dessa maneira, dirige-se à análise das subcategorias dos fundamentos jurídicos.

4.2 Outras Hipóteses Jurídicas

A corrente vencedora conseguiu explorar uma outra hipótese jurídica que prevê a possibilidade de modificação subjetiva dos contratos. Mais especificamente, trata-se de um precedente do Tribunal de Contas da União (TCU) em que se discorreu sobre a temática. Desse modo, buscou-se fundamentação em uma analogia com um caso semelhante.

O TCU, no Acórdão nº 634/07⁴⁰, decidiu pela possibilidade de realização da reorganização empresarial sem autorização prévia no edital do certame ou no contrato celebrado, sem que isso resultasse em rescisão contratual. Ademais, um dos pontos considerados para essa tomada de decisão foi a importância da reorganização como instrumento estratégico das empresas, tanto para lidarem com os desafios inerentes à iniciativa privada como também para se aprimorarem frente a um mercado altamente competitivo. Portanto, ressalta-se que nesse caso a modificação subjetiva foi permitida diante da ponderação de seu valor às empresas no mundo fático.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 634/2007. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. 18 abr. de 2007. Citado na pag. 27 no Acórdão, presente no documento 84 das peças processuais.

Para além do entendimento que tornou viável a execução da reorganização empresarial nos termos postos, concedeu-se nova lógica à sua aplicabilidade. Visto que antes, para que fosse possível a utilização desse instrumento, ele precisaria estar previsto no edital ou no contrato, mas agora, após a decisão, a proibição de seu uso precisa ser expressa. Desse modo, a possibilidade de sua utilização se tornou regra e a impossibilidade converteu-se em opção.

Ademais, o Ministro Dias Toffoli aponta ainda que o caso referenciado representou verdadeira evolução paradigmática. Afinal, ao decidir pela ampliação das possibilidades de ação do agente privado com o intuito de atender o interesse público, contraria-se a ideia que os interesses do contratado sempre estão em via contrária ou alheia aos da sociedade. Portanto, reafirma-se que a modificação subjetiva pode ser benéfica tanto para o concessionário quanto para os usuários de serviços públicos.

Em suma, os ministros utilizaram de um precedente do TCU para demonstrar a existência de outra hipótese jurídica que prevê a modificação subjetiva dos contratos.

4.2.1 Natureza dos Contratos

Segundo a corrente vencedora, o vínculo entre poder concedente e concessionário é gerado no processo licitatório com a seleção da proposta mais vantajosa. De acordo com o Ministro Dias Toffoli, conforme as diretrizes da Lei 8.666/93⁴¹, o importante para a administração, acima de tudo, é a seleção da proposta mais vantajosa, independente da identidade do

⁴¹ Ainda em vigor no momento de julgamento, esta Lei estabelecia normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

contratado⁴². Desse modo, afasta o suposto caráter *intuitu personae* dos contratos de concessão.

Ademais, os ministros exploram a perspectiva de alguns doutrinadores, a fim de consolidar essa visão. Sendo um deles Rafael Vêras de Freitas, que afirma “por meio desse procedimento, o Poder Público tem por objeto selecionar a ‘melhor proposta’, e não o ‘melhor contratado’.”⁴³ Citam também Floriano Azevedo Marques Neto e Caio Souza Loureiro⁴⁴, segundo esses autores, o vínculo é gerado com a seleção da proposta vencedora, e não com a escolha do contratado. Nesse sentido, o contratado pode ser substituído, afinal ele não se constitui como elemento central da relação jurídica.

Os ministros abordam também o art. 64, §2º, da Lei 8666/93, utilizando-o como exemplo legal da sobreposição da proposta mais vantajosa sobre a pessoa do contratado. Afinal, o artigo referenciado possibilita a contratação do segundo colocado no processo licitatório, quando o primeiro classificado se recusa a assinar o termo do contrato. Como resultado, nessa hipótese há a substituição do licitante e a conservação da proposta vencedora, indicando qual o objetivo mais essencial do processo licitatório.

Como forma de legitimar o posicionamento adotado, exploram também a origem francesa do suposto caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos. Segundo os ministros, mesmo na França, onde surgiu essa concepção, a obrigatoriedade de realização prévia de licitação tem limitado a possibilidade de consideração de elementos subjetivos na contratação de particulares. Nesse aspecto, demonstram que o direito francês parece avançar no sentido de permitir a transferência da posição contratual.

⁴² Acórdão, p. 20, presente no documento 84 das peças processuais.

⁴³ A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n.10, p. 75/101, jul./dez.2016. Acórdão, p. 21. Presente no documento 84 das peças processuais.

⁴⁴ Revista de Direito Administrativo contemporâneo, v. 23, mar. 2016. Ibid. p 21.

Ainda no âmbito internacional, conforme o Ministro Gilmar Mendes, na Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, em seu art. 43 n°1, alínea "d", estabeleceu-se a possibilidade de modificação subjetiva. Nessa hipótese, a concessão pode ser transferida em algumas circunstâncias sem a necessidade de realização prévia de licitação. Portanto, tanto na conjectura interna quanto no cenário internacional, o direito passa a compreender os contratos administrativos como passíveis de alterações subjetivas.

Além disso, os ministros discorrem sobre a maneira como o procedimento licitatório brasileiro é estruturado. Com esse fim, refletem acerca das etapas da licitação, enfatizando a divisão entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas. Sob a ótica dos ministros, essa separação expõe a vontade legislativa de impedir toda e qualquer influência do caráter subjetivo do contratado sobre a escolha da proposta mais vantajosa.

Em outras palavras, segundo os ministros, essa divisão afasta o caráter *intuitu personae* dos contratos de concessão. Afinal, ao determinar a verificação das condições de regularidade fiscal e jurídica dos licitantes em momento distinto da seleção das propostas, evidencia-se a vontade legislativa de separar os tipos de análise. Portanto, a seleção das propostas baseia-se somente em critérios objetivos e pré-estabelecidos, repelindo todo e qualquer tipo de influência baseada em aspectos pessoais do contratado.

Por fim, de acordo com a corrente vencedora, a necessidade de se constituir um consórcio ou uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar determinadas concessões exclui a possibilidade do contrato ser *personalíssimo*. Afinal, nessa situação, a figura do contratado é constituída posteriormente ao processo licitatório. Desse modo, na hipótese de constituição de consórcio ou SPE, assume o contrato pessoa jurídica diversa e alheia ao processo licitatório.

Em resumo, conforme os ministros pertencentes à corrente vencedora fundamentam em seus votos que os contratos de concessão não possuem caráter *intuitu personae*. Sendo a suposta natureza *personalíssima* dos

contratos de concessão contrária ao procedimento licitatório, como também já superada do ponto de vista doutrinário e do direito comparado. Portanto, a transferência de concessão não encontra nenhum obstáculo na natureza dos contratos administrativos.

4.2.2 Interpretação

De acordo com as fundamentações realizadas pelos ministros, o dever de licitar está condicionado às condições da realidade concreta, sendo necessário observá-la caso a caso. Com o objetivo de explicitar essa compreensão, são citados os artigos 14⁴⁵ da Lei 8987/95 e 124⁴⁶ da Lei 8666/93, afinal, ambos estabelecem critérios à prévia licitação, isto é, possibilitam a sua relativização diante de circunstâncias específicas. Portanto, embora a licitação prévia na hipótese de outorga de obra ou serviço público seja uma regra, ela não é absoluta.

No mesmo sentido, observam-se reflexões acerca dos artigos 175, caput, e 37, XXI, da CRFB/88. Estes dispositivos, apesar de estabelecerem a exigência de prévia licitação, não conferem os exatos contornos a essa obrigação. Enfatiza-se, nesse contexto, que o legislador ordinário possui ampla liberdade em conformar o dever de licitar às demandas do mundo fático. Dessa maneira, torna-se imprescindível interpretar o dever de licitar à luz das circunstâncias do caso.

Consolida-se esse entendimento com o exame de dois precedentes em que a exigência de prévia licitação sofreu relativizações. No primeiro caso,

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

ADI 5841⁴⁷, a realização de licitação pública para a alienação do controle de empresas foi considerada desnecessária. De forma semelhante, no segundo exemplo, ADI 2452⁴⁸, decidiu-se pela possibilidade de restrição à licitação por motivos econômicos e políticos. Logo, fica evidente a condicionalidade do princípio licitatório.

Enfim, após essas considerações, torna-se inequívoca a necessidade de interpretar o dever de licitar considerando todo entorno contextual e principiológico da norma. Sendo inviável uma interpretação literal e isolada. Desse modo, o disposto no art. 175, caput, da Constituição Federal não se propõe absoluto e inflexível, mas aberto a contornos a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário, assim como reforçado pelo ordenamento jurídico e pelos precedentes do STF.

4.2.3 Mutabilidade dos Contratos

Segundo as fundamentações da corrente vencedora, a mutabilidade dos contratos de concessão constitui-se como elemento fundamental para o concessionário cumprir as obrigações decorrentes da relação contratual. Afinal, esse tipo de contrato possui um longo período de vigência e a sua execução fica sujeita a inúmeros fatores imprevisíveis. Desse modo, somente com a possibilidade de modificar o contrato após a sua celebração confere-se a estabilidade necessária ao contratado.

Além disso, destaca-se nos votos as especificidades dos contratos de concessão, responsáveis por tornar a mutabilidade uma característica essencial. Embora os concessionários tenham uma série de privilégios, eles também enfrentam questões complexas, como a necessidade de adaptação às inovações tecnológicas, oscilações econômicas e transformações sociais e

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5841. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 21 dez. 2020. Citado na página 65 do Acórdão, presente no documento 84 das peças processuais.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2452. Relator: Ministro Eros Grau. 17 de set. 2012. Ibid. p. 75.

culturais. Assim, a mutabilidade surge como uma alternativa para os concessionários cumprirem suas obrigações com a administração pública e, ao mesmo tempo, se adaptarem aos desafios próprios do cenário empresarial.

Sob essa lógica, a modificação subjetiva do contrato é reflexo da mutabilidade dos contratos de concessão. Afinal, essa possibilidade se constitui como uma alternativa à caducidade do contrato, isto é, diante da impossibilidade de se cumprir as obrigações assumidas, o concessionário, em tese, pode recorrer ao disposto no art. 27 da Lei 8987/95. Dessa maneira, tanto a cessão de contrato quanto a transferência do controle acionário são compreendidas como possibilidades viabilizadas pela mutabilidade contratual.

4.2.4 Processo Licitatório

Para os ministros, as possibilidades viabilizadas pelo art. 27 da Lei 8987/95 não representam afronta ao processo licitatório, mas alternativas para a conservação de seus efeitos. No dispositivo impugnado estão previstas duas opções, a cessão da concessão e a transferência do controle acionário. A diferença entre elas consiste na forma que a modificação se estabelece, no primeiro caso o contrato em si é transferido para uma pessoa jurídica diversa, enquanto no segundo há a transmissão do poder de gestão para os sócios. Enfim, em ambos os casos, sob a ótica do poder concedente, preserva-se a relação jurídica consolidada no processo licitatório.

Ademais, segundo os ministros, a modificação subjetiva do contrato, em muitas hipóteses, demonstra-se como única opção viável e eficiente para a preservação do resultado do processo licitatório. Nesse sentido, ressalta-se o valor da possibilidade da transferência direta ou indireta como instrumento de gestão contratual, necessário para o enfrentamento de crises. Logo, a cessão de contrato e a transferência do controle acionário não devem ser automaticamente consideradas burlas ao procedimento licitatório,

considerando a possibilidade de representarem o completo oposto, isto é, a proteção aos resultados da licitação.

Nessa perspectiva, exigência de prévia licitação não só já foi atendida como também tem os seus efeitos preservados pela modificação subjetiva. Afinal, tanto a proposta mais vantajosa quanto os termos contratuais estabelecidos na licitação permanecem os mesmos. Desse modo, não há desrespeito às finalidades do procedimento licitatório, mas sim a sua continuidade.

Além disso, existem alegações acerca do âmbito de incidência dos artigos 175, caput, da CRFB/88 e art. 27 da Lei 8987/95. Segundo os ministros, os dispositivos são aplicados em momentos distintos da contratação. Nessa concepção, a exigência de prévia licitação estabelece-se na outorga de obra ou serviço público e a possibilidade de cessão da concessão ou transferência do controle acionário só é possível após a administração pública e o concessionário firmarem a relação jurídica. Assim sendo, não há conflito entre as possibilidades legais.

Aprofundando-se na reflexão acerca do processo licitatório, os ministros demonstram a conservação dos princípios norteadores da licitação nas hipóteses de modificação subjetiva, nos termos do art. 27 da Lei 8987/95. De acordo com eles, a transferência direta de concessão divide-se em duas etapas distintas, a primeira trata-se da negociação entre os particulares e a segunda refere-se à anuência da administração pública. Dessa maneira, em ambas as hipóteses as relações se desenvolvem de forma distinta.

Na etapa de negociação, não se verifica desrespeito à dinâmica dos contratos de concessão. Afinal, é uma relação jurídica entre dois agentes particulares, sendo mediada exclusivamente pelo direito privado. Portanto, nessa hipótese, não cabe a observação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, típicos do direito público.

De maneira consoante, na segunda etapa, não se constata a inobservância do princípio licitatório, muito pelo contrário, se estabelece a sua proteção. Visto que, com a definição e verificação de critérios para a

realização da alteração do contratado, almeja-se garantir a manutenção dos efeitos da licitação. Dessarte, no momento de anuência, o tratamento isonômico e impessoal efetuado no procedimento licitatório para a selecionar a proposta mais vantajosa tem os resultados resguardados pela administração pública.

Enfim, conclui-se que a exigência de prévia licitação, no momento de transferência da concessão, já foi atendida. Afinal, a outorga e a cessão ocorrem em ocasiões distintas da contratação. Ademais, não se verifica, na modificação subjetiva prevista no dispositivo impugnado, nenhuma espécie de afronta ao princípio licitatório, pelo contrário, observa-se uma possibilidade para resguardá-lo. Logo, nas hipóteses do art. 27 da Lei 8987/95, a obrigatoriedade de prévia licitação comprova-se atendida e não é, sob nenhum ângulo observável, violada.

4.3 Fundamentos dos Ministros

Os ministros, tal como os interessados, apresentam sólida fundamentação estritamente jurídica. Por exemplo, exploram, mediante precedente do TCU, a possibilidade de reorganização empresarial, outra hipótese jurídica de modificação subjetiva do contrato. Ademais, discorrem sobre a natureza dos contratos de concessão, concluindo, após extensa análise da doutrina e do cenário jurídico internacional, que eles não possuem caráter *intuitu personae*. Desse modo, os ministros encontram respaldo para as suas fundamentações na doutrina, no direito comparado e em precedentes.

Em consonância, os ministros também debatem sobre a interpretação utilizada na fundamentação da ADI, sobre a mutabilidade dos contratos de concessão e sobre o processo licitatório. Segundo a concepção da corrente vencedora, a interpretação do dispositivo deve considerar todo o entorno contextual e principiológico da norma, a possibilidade de modificação subjetiva do contrato é reflexo da mutabilidade contratual e a exigência de prévia licitação já foi atendida, afinal, a outorga e a cessão ocorrem em

momentos distintos da contratação. Portanto, os ministros apresentam sólida argumentação não-consequencialista.

Abaixo, com o fim de estabelecer sistematização para posterior confronto entre perspectivas, representa-se os resultados obtidos por meio de uma tabela:

Categorias e Subcategorias	Resultados
Outras Hipóteses Jurídicas	Verifica-se, no Acórdão 634/07 do TCU, outra hipótese jurídica de modificação subjetiva do contrato.
Natureza dos Contratos de Concessão	Os contratos de concessão não possuem natureza intuitu Personae.
Intepretação	Deve-se aplicar a interpretação capaz de considerar todo o entorno contextual e principiológico da norma.
Mutabilidade dos Contratos de Concessão	A possibilidade de modificação subjetiva dos contratos de concessão é reflexo da mutabilidade contratual.
O Processo Licitatório	No momento de transferência, a exigência de prévia licitação já foi atendida.

Por intermédio da observação da representação acima, verifica-se o entendimento dos ministros em relação a cada uma das subcategorias analisadas. Sem exceção, é reforçado o entendimento acerca da constitucionalidade da transferência de concessão. Assim sendo, após esses resultados, dirige-se para a aproximação entre as manifestações dos amici curiae e os votos dos ministros.

5 APROXIMAÇÃO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES E A CORRENTE VENCEDORA

Assim como realizado nas etapas anteriores, isso é, nas análises das argumentações dos amici curiae e das fundamentações dos ministros, inicia-se com a análise da primeira categoria. Nesse momento, examinam-se as relações entre os argumentos consequencialistas presentes nas manifestações dos interessados e nos votos dos ministros pertencentes à corrente vencedora. Ademais, são representadas por meio de uma tabela quais foram os argumentos de cunho pragmático e o seu grau de incidência. Desse modo, é possível analisá-los comparativamente de forma objetiva.

Após isso, analisam-se comparativamente os resultados obtidos nos exames das cinco subcategorias investigadas tanto nas manifestações dos amici curiae quanto nos votos ministros. Realiza-se a aproximação nessa ordem: "Outras Consequências Jurídicas", "Natureza dos Contratos", "Interpretação", "Mutabilidade Contratual" e "Processo Licitatório". Depois da análise comparativa individualizada, dirige-se ao confronto das conclusões.

Com isso, têm-se os resultados referentes às relações entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas utilizados pelos amici curiae e pelos ministros. Ademais, examinam-se os graus de incidência desses posicionamentos nas exposições dos agentes analisados. Dessa forma, conclui-se o objetivo do trabalho, ou seja, descobre-se como se deu a relação entre as manifestações dos interessados e os fundamentos dos ministros da corrente vencedora, considerando a diferenciação entre os argumentos de cunho pragmático e os estritamente jurídicos.

5.1 Argumentos Consequencialistas

Com a análise das argumentações dos amici curiae e das fundamentações dos ministros, verifica-se a utilização de argumentos consequencialistas por ambos os agentes. Sob esse pretexto, mediante aproximação, almeja-se compreender a maneira como esses posicionamentos se relacionam. Desse modo, realiza-se nessa seção o

confronto entre as manifestações dos interessados e os fundamentos da corrente vencedora.

Os amigos da Suprema Corte apresentam um extenso rol de argumentos consequentialistas. Segundo o exposto em suas manifestações, a decisão pela procedência resultaria em muitas consequências negativas. Sendo elas a perda de um importante instrumento de gestão contratual, o prejuízo às análises de crédito, a interrupção da prestação de serviço público adequado e o desgaste aos cofres públicos. Desse modo, de acordo com os amici curiae, a declaração de inconstitucionalidade acarretaria em efeitos desastrosos ao setor brasileiro de concessões.

Consoantemente, os ministros também apresentam argumentos de cunho pragmático em suas fundamentações, apesar de em quantidade inferior àquela observada nas manifestações dos amici curiae. De acordo com o disposto em seus votos, a declaração de inconstitucionalidade ocasionaria em uma gama de efeitos prejudiciais ao sistema brasileiro de concessões. Portanto, segundo os ministros, seriam prejudicadas a capacidade dos concessionários em lidar com cenários de crise, a prestação e adequação do serviço público, a relação entre setores público e privado, o bem-estar dos cofres públicos e a segurança jurídica.

Ademais, com a análise realizada, foi possível identificar o grau de incidência de cada argumentação. Em relação aos interessados, os argumentos consequentialistas mais utilizados alicerçaram-se nos riscos à continuidade e adequação do serviço público, na perda de um importante instrumento de gestão contratual e na possível instauração de insegurança jurídica. Desse modo, esses são os prováveis reflexos práticos mais evidenciados pelos amici curiae em suas manifestações.

Diante desse cenário, identifica-se o mesmo raciocínio nas fundamentações dos ministros. Afinal, dentre todos os argumentos consequentialistas utilizados, os baseados na descontinuidade do serviço público, na perda de uma ferramenta para a gestão de crises e a possível instauração de insegurança jurídica possuem o maior grau de incidência na fundamentação da corrente vencedora. Desse modo, as preocupações mais

latentes nas manifestações dos amici curiae foram consideradas nos votos dos ministros.

Essa conclusão foi representada na tabela abaixo, nela estão presentes, em ordem de incidência, todos os argumentos consequentialistas utilizados pelos interessados e ministros.

Amici Curiae	Ministros
Risco à Continuidade e Adequação do Serviço Público	Risco à Continuidade e Adequação do Serviço Público
Gerenciamento de Crises	Gerenciamento de Crises
Insegurança Jurídica	Insegurança Jurídica
Desgaste Financeiro aos Cofres Públicos	Relação entre setores Público e Privado
Prejuízo às análises de crédito	Desgaste aos Cofres Públicos
Desvalorização das Empresas	

Além disso, percebem-se também, algumas diferenciações acerca da base argumentativa. Enquanto os amici curiae realizam argumentações com base no prejuízo às análises de crédito e a desvalorização das empresas, os ministros refletem, de maneira menos específica, sobre a relação entre setores público e privado. Desse modo, torna-se evidente a relação entre os tipos de argumentação consequentialista utilizados pelos interessados e pelos ministros. Por fim, verifica-se também o nexos entre os seus níveis de incidência, sendo, em boa parte, consoantes.

Foram examinadas as relações existentes entre os argumentos consequencialistas expostos pelos amici curiae e pelos ministros. Conseqüentemente, na seção seguinte, analisa-se os argumentos não-consequencialistas. Desse modo, após essas conclusões, inicia-se na próxima seção a análise das subcategorias dos fundamentos jurídicos.

5.2 Argumentos Não-Consequencialistas

Realiza-se, agora, a aproximação dos argumentos não-consequencialistas. Respeita-se, nesse exame, a ordem de análise utilizada nos exames das manifestações dos amici curiae e nas fundamentações da corrente vencedora. Logo, inicia-se a análise comparativa pela subcategoria “Outras Hipóteses Jurídicas” e, na seqüência, analisa-se a “Natureza do Contrato”, a “Interpretação”, a “Mutabilidade Contratual” e o “Princípio Licitatório”.

5.2.1 Existem Outras Hipóteses Jurídicas

Em relação à exploração de outras hipóteses jurídicas de modificação subjetiva dos contratos, os amici curiae, em comparação aos ministros, apresentam mais exemplos em suas argumentações. Apesar disso, em abstrato, ambos chegaram a mesma conclusão, isto é, demonstram a existência de outras alternativas semelhantes à transferência de concessão e já legitimadas pelo direito brasileiro. Portanto, o direito material e o entendimento jurisprudencial se encaminham no sentido de aceitar essa forma de alteração contratual.

Os interessados apresentaram em suas manifestações três exemplos de hipóteses jurídicas de modificação subjetiva dos contratos. Em suma, citaram o *step-in rights*, previsto no art. 27-A da Lei 8987/95, o art. 4º da Lei 9074/95 e a possibilidade de transferência de concessão no processo de recuperação judicial. Desse modo, aprofundaram-se nas possibilidades de modificação subjetiva do contrato previstas em outras conjecturas legais.

Os ministros, por outro lado, a fim de reforçar esse argumento em específico, apresentaram como outra hipótese jurídica a possibilidade de alteração subjetiva do contrato por intermédio da reorganização empresarial. Para isso, mencionaram precedente do Tribunal de Contas da União (TCU). Nesse aspecto, a corrente vencedora também demonstrou, com o exemplo acima, a existência de previsão jurídica para possibilidades semelhantes à cessão de concessão.

Logo, tanto a corrente vencedora quanto os interessados trouxeram exemplos de outras hipóteses jurídicas de modificação subjetiva validadas no direito brasileiro.

5.2.2 Os Contratos de Concessão Não São Intuitu Personae

As reflexões acerca da natureza dos contratos de concessão representam um dos tópicos centrais da discussão presente na ADI 2946. Em relação a esse aspecto, os interessados e ministros entram em consenso, ambos não compreendem os contratos de concessão como personalíssimos. Portanto, a alteração do contratado, tanto para os amici curiae quanto para os ministros, não encontra obstáculo na natureza dos contratos de concessão.

Os interessados desenvolvem extensa argumentação contrária ao suposto caráter intuitu personae dos contratos de concessão. Por exemplo, expõem reflexões baseadas na origem francesa dessa concepção, problematizando a divergência entre o intuito de seu desenvolvimento e as finalidades do processo licitatório brasileiro. Dessa maneira, para eles, o motivo dos contratos de concessão terem sido considerados personalíssimos na França está em desacordo com os objetivos da licitação no Brasil.

Além disso, utilizando-se da doutrina especializada, os amici curiae discorrem sobre o vínculo entre concessionário e poder concedente. Segundo seu entendimento, a relação jurídica é gerada com a seleção da proposta mais vantajosa e não pela escolha do contratado. Logo, na cessão de contrato, por haver mudança do concessionário, mas manutenção da proposta, não há necessidade de novo processo licitatório.

Ademais, para os interessados, enquanto a autonomia da vontade impera nos contratos personalíssimos, a tutela do interesse público rege os contratos administrativos. Sob essa ótica, observam-se contraposições, afinal, no primeiro caso verifica-se a prevalência da vontade em contratar determinado indivíduo, já na segunda hipótese prevalece o princípio da impessoalidade. Dessa maneira, são essencialmente antagônicos ao caráter *intuitu personae*.

No mesmo sentido, a corrente vencedora expõe seus fundamentos. De acordo com os ministros, a seleção da proposta mais vantajosa estabelece o vínculo entre poder concedente e concessionário. Com o fim de afirmar esse posicionamento, citam doutrinadores como Rafael Vêras de Freitas, Floriano Azevedo Marques Neto e Caio Souza Loureiro. Desse modo, fundamentam seus votos em concordância ao exposto pelos *amici curiae*.

Outrossim, os ministros apresentam disposição internacional favorável às suas fundamentações. Com esse fim, mencionam o direito francês e a Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Desse modo, mediante a utilização desses exemplos, evidenciam compreensão internacional contrária à natureza *intuitu personae* dos contratos de concessão.

Por fim, os ministros apresentam argumentos relacionados às especificidades do próprio processo licitatório. Nesse contexto, compreendem a divisão estabelecida entre etapas de habilitação e julgamento das propostas como vontade legislativa divergente da natureza personalíssima. Ademais, discorrem sobre a necessidade, em algumas hipóteses, dos concessionários constituírem consórcio ou Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o contrato. Desse modo, sob a perspectiva dos ministros, os contratos de concessão não possuem natureza *intuitu personae*.

5.2.3 A Interpretação Deve Ser Sistemática

Segundo as manifestações dos amici curiae e as fundamentações dos ministros, a interpretação do art. 175, caput, da CRFB/88 foi realizada de maneira literal e isolada pela PGR. Em razão disso, tanto os interessados quanto os ministros apresentam outra forma de interpretação, uma capaz de considerar todo entorno contextual e principiológico da norma. Desse modo, ambos os agentes compreendem a interpretação sistemática como a ideal nessa conjuntura.

Diante desse contexto, os interessados e os ministros refletem sobre a liberdade concedida ao legislador ordinário. Para isso, citam o art. 37, XXI, da CRFB/88, afinal, embora em seu texto esteja prevista a exigência de prévia licitação, não são definidos os contornos de sua incidência, possibilitando a atuação legislativa. Portanto, verifica-se a possibilidade de conformar o dever de licitar às demandas do mundo fático.

Enfim, percebe-se harmonia nas argumentações dos amici e fundamentação dos ministros. Segundo seus posicionamentos, a interpretação precisar ser sistemática, considerando todo o texto constitucional, inclusive às relativizações ao dever de licitar. Dessa maneira, o dispositivo impugnado, ao ser interpretado conforme esses critérios, não representa afronta a Constituição Federal (CFRB/88)

5.2.4 A Mutabilidade Contratual Possibilita a Modificação Subjetiva

Considera-se, tanto pelos amici curiae quanto pelos ministros, a possibilidade de modificação subjetiva do contrato de concessão como um reflexo da mutabilidade contratual. Nesse entendimento, em razão do longo período de vigência dos contratos de concessão, desenvolve-se mecanismos adaptativos para lidar com contingências e determinações futuras. Desse modo, a cessão de contrato e transferência de concessão seriam exemplos desses mecanismos.

5.2.5 A Exigência de Prévia Licitação Foi Atendida

Igualmente, para os amici curiae e ministros, a exigência de prévia licitação é atendida em ocasião anterior à cessão de contrato ou transferência do controle acionário. Sob a perspectiva de ambos os agentes analisados, a licitação se constitui como um pressuposto para a realização das hipóteses previstas no art. 27 da Lei 8987/95. Portanto, o procedimento licitatório e a modificação subjetiva nos moldes do artigo supracitado ocorrem em momentos distintos da contratação.

Ademais, em razão da manutenção do contrato nas possibilidades previstas no dispositivo impugnado, elas podem ser compreendidas como alternativas para conservar os resultados da licitação. Sob essa ótica, inverte-se a lógica proposta na ADI, afinal, ao invés de uma possível infração ao princípio licitatório, o art. 27 da Lei 8987/95 passa a ser compreendido como um dispositivo capaz de preservar os objetivos da licitação. Desse modo, conforme concluído após análise das manifestações dos amici curiae e dos votos dos ministros, o princípio licitatório não só já foi atendido no momento da transferência, como também é resguardado por ela.

Abaixo, tem-se a representação das argumentações dos amici curiae e dos ministros. Com essa sistematização, é possível confrontar diretamente as diferentes perspectivas apresentadas pelos agentes analisados. Portanto, verificam-se, em abstrato, as relações entre os posicionamentos dos interessados e dos ministros acerca dos argumentos estritamente jurídicos.

Categorias	Amici Curiae	Ministros
Outras Hipóteses Jurídicas	Existem previsões legais/jurisprudenciais para a modificação subjetiva dos contratos.	Verifica-se, no Acórdão 634/07 do TCU, outra hipótese jurídica de modificação

		subjetiva do contrato.
Natureza dos Contratos de Concessão	Os contratos de concessão não possuem natureza intuitu personae.	Os contratos de concessão não possuem natureza intuitu personae.
Interpretação	Deve-se aplicar a interpretação sistemática.	Deve-se aplicar interpretação capaz de considerar todo o entorno contextual e principiológico da norma.
Mutabilidade dos Contratos de Concessão	A mutabilidade dos contratos de concessão justifica a possibilidade de modificação subjetiva dos contratos.	A possibilidade de modificação subjetiva dos contratos de concessão é reflexo da mutabilidade contratual.
O Processo Licitatório	A obrigatoriedade de prévia licitação já foi atendida.	A exigência de prévia licitação já foi atendida.

Evidencia-se, nos resultados obtidos, o alinhamento entre os posicionamentos não-consequencialistas expostos pelos amici curiae e pelos ministros pertencentes à corrente vencedora. De certo, apresentam conclusões harmônicas e com fundamentações semelhantes. Logo, nesse aspecto, depreende-se uma forte adesão dos argumentos do amici curiae nas considerações dos ministros.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa pesquisa, objetivou-se analisar a relação entre as manifestações dos amici curiae e as fundamentações da corrente vencedora, considerando a distinção entre argumentos consequencialistas e não-consequencialistas. Com esse propósito, realizou-se a reconstrução do caso mediante categorias e subcategorias indutivas. Dessa forma, foi possível examinar comparativamente as argumentações dos interessados e os votos dos ministros.

Inicialmente, constata-se a utilização de argumentos consequencialistas tanto pelos interessados quanto pelos ministros. Diante desse cenário, ambos os agentes analisados expressaram reflexões acerca das possíveis consequências práticas decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, foi possível confrontar as argumentações e estabelecer convergências e divergências entre elas.

Com a aproximação entre os argumentos de cunho pragmático utilizados pelos amici curiae e pelos ministros, verifica-se verdadeira harmonia entre eles. Afinal, tanto os interessados quanto os ministros apresentam argumentos consequencialistas alicerçados nas mesmas possíveis consequências práticas. Por conseguinte, ambos os agentes analisados refletiram, em suas manifestações e em seus votos, sobre os mesmos prováveis efeitos concretos de uma decisão pela procedência.

Nesse contexto, ao identificar o grau de incidência entre as argumentações consequencialistas utilizadas, salienta-se a consonância entre os interessados e a corrente vencedora. Por exemplo, as três consequências práticas mais evidenciadas nas manifestações dos amici curiae e nos votos dos ministros são idênticas. Logo, tanto os interessados quanto os ministros, expressaram, principalmente, argumentos consequencialistas baseados nos possíveis efeitos da decisão na continuidade e adequação do serviço público, na gestão de crises e na segurança jurídica.

Logo, as consequências práticas referenciadas por todos os amicus curiae foram também ponderadas pela corrente vencedora. Entretanto,

outros pontos, não tão presentes nas manifestações, sequer foram considerados. Esse é o caso, por exemplo, das argumentações baseadas no possível prejuízo às análises de crédito e na desvalorização das empresas. Essas reflexões foram expostas somente pela ABDIB e pelo BNDES e não foram expressamente consideradas por nenhum ministro pertencente à corrente vencedora. Portanto, os argumentos consequencialistas de maior incidência nas manifestações dos amici curiae fizeram-se presentes nos votos dos ministros, enquanto os com menor incidência não foram considerados.

Em relação aos argumentos não-consequencialistas, isto é, os estritamente jurídicos, observa-se uma incidência muito maior em comparação aos consequencialistas. Isso se verifica quando analisado o conjunto de argumentos expresso nas manifestações dos amici curiae e nos votos dos ministros. Logo, evidencia-se a presença dos argumentos não-consequencialistas em maior quantidade, além de apresentarem desenvolvimento mais extenso e detalhado.

Além disso, com a análise comparativa, percebe-se um alto grau de concordância entre os amici curiae e os ministros. Afinal, acerca das categorias e subcategorias examinadas, embora apresentem especificidades em suas fundamentações, tanto os interessados quanto os ministros chegaram, em abstrato, nas mesmas conclusões. Portanto, salienta-se verdadeiro alinhamento entre o exposto nas manifestações dos amigos da Suprema Corte e o fundamentado pela corrente vencedora.

7 REFERÊNCIAS

ARRUDA, Jacintho. SILVA, José Victor Pallis. Mitos e verdades sobre as transferências de concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 69-93, abr./jun. 2024.

Carlos Ari Sundfeld. Et al. É constitucional transferir contratos de concessão. JOTA. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>. Acesso em 19 nov. 2024.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.) Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-423.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Et al. Transferência de concessão é inconstitucional. Grupo Prerrogativas. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional/>. Acesso em 20 nov. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Tributário Atual, 2010, 439-463.