

COMPLEMENTO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** ajuizada pelo **Procurador-Geral da República**, por meio da qual se questiona o **art. 26 da Lei nº 10.684/03, o qual inseriu os §§ 2º e 3º no art. 1º da Lei nº 9.074/95**, estipulando prazo de vigência mais dilatado para as concessões e permissões dos denominados “portos secos”, bem como prorrogando as concessões e permissões já em curso.

Primeiramente, reputo pertinente registrar que o **juízo do feito foi iniciado em sessão do Plenário Virtual** realizada no período de **18 de dezembro de 2020 a 05 de fevereiro de 2021**.

Naquela ocasião, apresentei voto em que julgava **parcialmente procedente o pedido** para conferir **interpretação conforme ao § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95**, incluído pelo dispositivo impugnado, para assentar que o prazo nele previsto deveria ser entendido como o prazo máximo permitido para as concessões e permissões dos “portos secos”, dando por prejudicada a ação quanto ao § 3º do mesmo art. 1º da Lei nº 9.074/95.

O Ministro **Marco Aurélio** acompanhou meu voto quanto à prejudicialidade parcial da ação, porém, relativamente ao § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95, julgou **improcedente** o pedido.

Segundo entendimento de S. Excelência, *“o prazo fechado estabelecido no ato atacado, a afastar a discricionariedade da Administração Pública para modificar o contrato, assegura a estabilidade do arcabouço normativo, considerado o transcorrer do tempo, ante o vultoso investimento, viabilizando até mesmo a continuidade e a qualidade do serviço”*, motivo pelo qual seria impróprio permitir à Administração Pública estipular termo final menor.

Por sua vez, o Ministro **Alexandre de Moraes** declarou-se impedido.

Antes de finalizada a sessão virtual, entendi por bem **pedir destaque**, objetivando reexaminar o caso à luz dos argumentos expostos pelo eminente Ministro **Marco Aurélio**, além daqueles externados por integrantes deste Plenário em outras oportunidades.

Então, após uma reanálise aprofundada, **reformulei totalmente o voto** para, afastando a prejudicialidade parcial da ação, julgar **procedente em parte o pedido** a fim de **conferir interpretação conforme ao art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.074/1995, acrescidos pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003**,

para que:

I - relativamente ao aludido § 2º, (i) o prazo de outorga (e de sua eventual prorrogação) seja entendido como o prazo máximo (ou o prazo-limite), devendo o Administrador Público definir, em cada caso concreto, o prazo de duração contratual (e, se for o caso, o de sua prorrogação), podendo esses prazos, inclusive, serem inferiores aos fixados pela norma; e (ii) somente sejam prorrogados os contratos de concessão ou permissão precedidos de licitação;

II - com relação ao referido § 3º, (i) a prorrogação não decorra direta e automaticamente da lei, devendo ser formalizada, em cada caso, mediante aditivo contratual, se subsistir interesse público na continuidade da avença, o que deve ser devidamente averiguado e justificado pelo Administrador Público; (ii) eventual prorrogação observe o prazo máximo (prazo-limite) de 10 (dez) anos, podendo ser realizada, no caso concreto, por prazo menor se assim entender conveniente e oportuno o Administrador Público; e, por fim, (iii) somente sejam prorrogados os contratos de concessão ou permissão precedidos de licitação e que, à época da edição da norma, ainda não se encontravam extintos nem vigoravam por prazo indeterminado.

Além disso, propus a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para permitir que o poder público promova, **no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses contados da data da publicação da ata de julgamento**, as licitações de todas as concessões ou permissões cuja vigência esteja amparada nos dispositivos mencionados e que estejam em desacordo com a interpretação ora conferida, **findo o qual os respectivos contratos ficarão extintos de pleno direito**.

Esse posicionamento foi apresentado na sessão do Plenário Virtual de **02 a 13 de setembro de 2022**, quando retomado o julgamento do feito, oportunidade em que **acompanharam o meu voto na íntegra** os Ministros **Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Nunes Marques**.

Já o Ministro **Edson Fachin** abriu **nova divergência ao reconhecer a inconstitucionalidade das normas questionadas por incompatibilidade com os arts. 37, caput e inc. XXI, e 175, caput, da CF**, na mesma linha do posicionamento defendido por ocasião do julgamento da ADI nº 2.946, também de minha relatoria.

O argumento central de S. Excelência, o Ministro **Edson Fachin**, é o de que a extensão dos prazos das concessões de “portos secos”, inclusive o das concessões anteriores à Lei nº 8.987/95 - seja por 35 anos, seja por 10 anos - representa grave afronta à obrigatoriedade da licitação pública e

aos princípios da moralidade e igualdade que ela preserva. Parte-se da permissão de que a exigência constitucional de licitação prévia para a concessão de serviços públicos é regra absoluta e inflexível e que os dispositivos impugnados “operaram reserva de mercado, em desacordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade que embasam a conduta administrativa”.

Seguiram o voto divergente do Ministro **Edson Fachin** as Ministras **Cármen Lúcia** e **Rosa Weber** e o Ministro **Ricardo Lewandowski**.

Diante desse resultado, o julgamento foi suspenso para proclamação do resultado em sessão presencial.

A meu ver, **duas questões devem ser observadas nesta ocasião**.

O placar de julgamento parece sugerir que os votos proferidos não são suficientes para a formação de maioria. Entretanto, analisando o caso com mais calma, verifico terem sido proferidos **cinco votos pela procedência parcial, um voto pela improcedência e quatro votos pela procedência**, razão pela qual, impedido de votar o Ministro **Alexandre de Moraes**, penso que **deve prevalecer, na qualidade de voto médio, o entendimento pela procedência parcial do pedido**, porquanto esse entendimento se traduz em posição intermediária, situada entre a constitucionalidade da norma, como defendido a princípio pelo Ministro **Marco Aurélio**, e a sua inconstitucionalidade, conforme propugnado pelo Ministro **Edson Fachin**. Além disso, os votos pela procedência total contém a procedência parcial, o que resulta em 9 (nove) votos pela procedência na parte em que o Relator julga procedente o pedido.

Fixadas essas premissas, a segunda questão que se coloca é a da modulação dos efeitos da decisão.

Nesse ponto, considerando que a norma está em vigor há quase **20 (vinte) anos, reafirmo a proposta levada ao Colegiado na última sessão virtual**, qual seja, a de conferir ao julgado efeitos *pro futuro* para o fim específico de permitir que o poder público promova, **no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses contados da data da publicação da ata de julgamento**, as licitações de todas as concessões ou permissões cuja vigência esteja amparada nos dispositivos mencionados e que estejam em desacordo com a interpretação ora conferida, **findo o qual os respectivos contratos ficarão extintos de pleno direito**.

No caso em apreço, simplesmente não modular os efeitos da decisão me parece temerário porque poderia, em tese, ensejar a interrupção imediata da operação de alguns (ou de vários) “portos secos”, causando prejuízo social e econômico inestimáveis, como o risco de

desabastecimento, a retenção e o perecimento de mercadorias em trânsito, atrasos nas entregas etc, o que lesaria igualmente fornecedores, transportadores e consumidores finais num período de extrema carestia e muitas dificuldades. Por outro lado, uma proposta diferente (e mais específica) dependeria de informações técnicas e fáticas detalhadas, as quais inexistem nos autos até o momento.

É o voto.