

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em que 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 o prazo de vigência das novas concessões e permissões dos denominados “portos secos”, bem como prorrogando as concessões e permissões dessa natureza então em curso.

Primeiramente, reputo pertinente registrar que **o julgamento do presente feito foi iniciado em sessão do Plenário Virtual** realizada no período de 18 de dezembro de 2020 a 5 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 9.074/1995, incluído pelo art. 26 da Lei nº 10.684/03, a fim de assentar que “o prazo nele previsto seja entendido como o máximo permitido para as concessões e permissões dos portos secos, podendo o poder público fixar períodos menores”, dando por **prejudicada a ação** quanto ao § 3º do mesmo art. 1º da Lei nº 9.074/1995, também inserido pelo art. 26 da Lei nº 10.684/03.

O Ministro **Marco Aurélio** acompanhou meu voto quanto à prejudicialidade da ação, porém, relativamente ao § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995, julgou improcedente o pedido.

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

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

Desta feita, após me dedicar novamente ao estudo da matéria, **peço aos pares a devida vênia para rever meu posicionamento original**, o que faço pelos motivos que passo a expor:

1 – PRELIMINARES

1.1 - Das preliminares suscitadas pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União

Rejeito, inicialmente, as preliminares suscitadas pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União.

O argumento de que a presente ação direta consistiria em “ação de inconstitucionalidade **pro forma**”, pela suposta falta de convicção do Procurador-Geral da República quanto ao vício apontado na inicial, o que seria evidenciado pela “demora” no seu ajuizamento, não passa de mera conjectura e, portanto, é desprovido de relevância jurídica.

Ademais, a petição inicial é taxativa ao requerer a declaração de inconstitucionalidade da norma e indica, como parâmetro de controle, dispositivos da Constituição Federal, preenchendo, outrossim, todos os demais pressupostos do art. 3º da Lei nº 9.868/98.

É igualmente insubsistente a alegação de que esta ação direta seria “inapreciável sem o exame dos fatos” (fl. 145). A respeito, impende registrar que não mais se questiona a possibilidade de dilação probatória nas ações diretas de inconstitucionalidade, tanto que o art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/98 permite ao relator “requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, quando for o caso.

Desse modo, a eventual necessidade de análise de provas não constitui, por si só, óbice ao julgamento desta ação.

Também afasto a alegação de que estaríamos diante de lei de efeitos concretos, a impedir o conhecimento da ação. Primeiro porque, de acordo com a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, “*a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos*” (ADI nº 2.137-MC, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 15/5/00). Além disso, ainda que se tratasse de ato concreto, a jurisprudência da Corte, no julgamento da ADI nº 4.048/DF-MC, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 22/8/08, passou a admitir o controle concentrado tendo por objeto lei em sentido formal, independentemente do caráter geral ou específico, abstrato ou concreto das normas atacadas.

1.2 - Da ausência de prejuízo parcial da ação relativamente ao § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/95

O § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/95 tem o seguinte teor:

“§ 3º Ao término do prazo, as atuais concessões e permissões, mencionadas no § 2º, incluídas as anteriores à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, serão prorrogadas pelo

prazo previsto no § 2º.

Observo, de início, que a norma em questão **oferece ao menos duas possibilidades interpretativas**.

Uma primeira interpretação possível é a de que as concessões e permissões **já existentes** passariam a ter prazo de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, sendo prorrogáveis por mais 10 (dez) anos, o que equivaleria, na prática, **a uma dupla prorrogação dos contratos então em curso, redundando na sua continuidade por mais 35 (trinta e cinco) anos, a contar de 2003, de modo que tais concessões e permissões permaneceriam em pleno vigor até o ano de 2038.**

A segunda interpretação admitida pela norma é a de que **não haveria** uma dupla prorrogação das concessões e permissões em curso, mas, sim, uma única prorrogação **pelo mesmo prazo previsto as novas concessões e permissões**, do que se infere que **os contratos em curso seriam ampliados em 10 (dez) anos apenas.**

Nessa segunda hipótese, e apenas a título de ilustração, é possível cogitar que um contrato firmado às vésperas da entrada em vigor da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, poderia ter prazo de vigência de 10 (dez) anos e, posteriormente, com fundamento na nova redação do § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995, ser prorrogado pela Administração Pública por mais 10 (dez) anos, o que importaria na sua vigência ao menos até o ano de 2023.

Contudo, se esse mesmo contrato de concessão fosse precedido de obra pública, muito provavelmente teria um prazo de vigência maior, como autorizado pelo art. 9º, § 5º, do Decreto nº 1.910/96, de forma que, em sendo prorrogada sua vigência contratual por mais 10 (dez) anos, também com fulcro no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995, esse prazo facilmente superaria 2023.

Portanto, seja qual for a linha interpretativa que se adote, fato é que, no momento, **é juridicamente possível – e até mesmo muito provável – que a norma em questão continue apta a produzir seus efeitos**, mormente se se considerar que ela atinge uma multiplicidade de situações fáticas e que inúmeras circunstâncias podem dar azo, em cada caso concreto, ao diferimento da fluência do prazo contratual pactuado.

Desse modo, embora se trate de **norma transitória**, e mesmo tendo transcorrido mais de dezenove anos desde a sua edição, **não se pode inferir do mero decurso desse prazo a perda de utilidade na eventual declaração de sua inconstitucionalidade**, tendo em vista a

impossibilidade de se afirmar, *a priori* e com total segurança, que se exauriu por completo a eficácia jurídico-normativa do referido dispositivo legal.

Por essas razões, revendo meu posicionamento anterior, reconheço que **não se confirma** a prejudicialidade da ação, por perda do seu objeto, relativamente ao art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.074/1995, na redação dada pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003.

Passo, então, ao exame do mérito da ação.

2 - DO MÉRITO

No mérito, verifico que as inconstitucionalidades suscitadas pelo requerente são de duas ordens. A primeira, estampada no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95, diz respeito ao prazo de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por mais 10 (dez) anos, previsto para as novas concessões e permissões de “portos secos”, os quais o requerente considera excessivos e desarrazoados, mesmo para as outorgas precedidas de licitação, eis que se trataria de um período muito superior ao necessário para a amortização do investimento do concessionário ou do permissionário.

Em apoio à sua argumentação, o requerente traz à baila a justificativa da Presidência da República para o veto de dispositivo de idêntico teor, contido no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, segundo a qual:

“Cumpre observar que o prazo estipulado [de 25 anos, prorrogáveis por mais 10] é por demais dilatado, não atendendo ao interesse público, cabendo ressaltar que o prazo atual, de dez anos, é plenamente adequado aos investimentos realizados e à sua expectativa de retorno.” (grifos do original, fl. 161).

A segunda alegação de inconstitucionalidade concentra-se no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995, o qual, de acordo com o requerente, admitiria que “as concessões e permissões, incluídas as anteriores à Lei nº 8.987/1995, que já vinham sendo prorrogadas de forma sucessiva, te[nham] o prazo ampliado para 25 anos, podendo tal prazo ser prorrogado por mais 10 anos” (fls. 6/7), o que constituiria uma “patente violação ao princípio constitucional da licitação e um privilégio injustificado concedido às empresas que exploram esses serviços” (fl. 7).

Antes de proceder à análise individualizada dos dispositivos impugnados, entendo pertinente, entretanto, estabelecer algumas premissas que nortearão o exame de constitucionalidade vindicado nos autos.

Começo, então, por demonstrar que a **regra constitucional da obrigatoriedade de prévia licitação para a delegação da prestação de serviços públicos a particulares não é absoluta e inflexível**, como pode parecer à primeira vista, mas, sim, sujeita aos **contornos** e **às restrições estipuladas pelo legislador ordinário**.

Com efeito, a regra da obrigatoriedade de prévia licitação para a contratação com o poder público decorre de dois dispositivos constitucionais, a saber: o art. 37, inciso XXI, e o art. 175, *caput*.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição impõe à Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de licitar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, **ressalvados, contudo, os casos previstos na legislação**. Vide:

“Art. 37 (...)

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

Nessa esteira, a licitação se consubstancia em procedimento administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública seleciona a melhor proposta entre as oferecidas, em igualdade de condições, por aqueles que tiverem interesse em com ela contratar. Seu propósito primordial é possibilitar à Administração Pública a seleção da proposta mais vantajosa, resguardando, ao mesmo tempo, o tratamento isonômico dos licitantes e a impessoalidade na escolha administrativa.

Conforme já decidido pela Corte,

“[a] licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está

voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentalizar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração” (ADI nº 3.070, Rel. Min. **Eros Grau**, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2007).

Ademais, não é exagero afirmar que a licitação previne condutas ímprobas por parte do administrador, que fica impedido de contratar com este ou aquele particular, a seu bel prazer, o que pode dar margem à atuação movida por razões ilegítimas ou desleais.

Vale registrar, outrossim, que a Lei nº 12.349/2010, ao dar nova redação ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993, acrescentou a essa dupla finalidade uma terceira – e não menos importante no tange às concessões de serviços públicos –, que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Quer-se dizer, com isso, que as licitações, além de buscarem a melhor proposta para a Administração, resguardando a isonomia e a impessoalidade e prevenindo eventuais condutas imorais por parte do administrador, podem e devem ser utilizadas com fins regulatórios, visando à concretização de outros valores constitucionais igualmente relevantes, como a preservação ambiental e o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Nas palavras de **Lena Barcessat**,

“a utilização do poder de compra do Estado, através das licitações sustentáveis com a finalidade de regulação social, desde que respeitadas as normas e princípios constitucionais, está longe de ferir o princípio da igualdade, nem tampouco prejudica a competitividade (...). Se escolhas de produtos, por razões de conveniência e oportunidade são aceitas, com muito

mais razões há de se aceitar as escolhas motivadas na necessidade de conservação e de preservação do meio ambiente (regulação social), que constitui um dever do Estado, não apenas uma mera faculdade” (Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações sustentáveis. In SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

Observa-se, assim, que a licitação possui finalidades bem específicas, não constituindo ela própria um fim em si mesma. Trata-se de uma espécie de **garantia institucional** e, como tal, objetiva

“em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 554).

Como muito bem explicado pelo Ministro **Gilmar Mendes**, por ocasião do julgamento da ADI nº 2.946, de minha relatoria:

“(…) a licitação foi alçada ao texto contitucional na função de garantia institucional relacionada sobretudo à impessoalidade e à moralidade, mas também a outros valores constitucionais relevantes, como a isonomia e a eficiência.

Não são poucas as implicações decorrentes desse modelo. A principal é a liberdade de conformação conferida ao legislador ordinário. Embora vinculado ao núcleo da garantia constitucionalmente tutelado, resta-lhe ainda amplo campo normativo na concretização dos valores eleitos pelo Poder Constituinte.

Basta observar que tanto o art. 37, inciso XXI, quanto o art. 175, ambos da Constituição Federal, remetem à legislação federal o regramento do instituto da licitação, inclusive as hipóteses de dispensa e inexibilidade. Confira:

(...)

Portanto, na interpretação de normas legais conformadoras da garantia institucional da licitação, é necessário observar, como critério basilar, o amplo campo criativo aberto ao legislador, à luz dos valores constitucionais tutelados pela garantia.

Esse pressuposto não consiste em novidade na jurisprudência deste Tribunal, que tem interpretado, por exemplo, as hipóteses de dispensa de licitação instituídas pelo legislador não à luz de modelo fechado, mas, sim, tendo em vista os valores constitucionais assegurados pela garantia institucional da licitação.”

Um segundo ponto digno de nota é que a própria Constituição, no citado art. 37, inciso XXI, remete à legislação federal a disciplina do dever de licitar e, ao fazê-lo, **expressamente autoriza que se estabeleça, por lei, as hipóteses de dispensa ou de inexibibilidade de licitação.**

E não é por outro motivo que a Lei nº 8.666/93, ao instituir as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentado o comando constitucional em questão, de fato, enumerou os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível (arts. 17, 24 e 25).

Especificamente no que concerne aos serviços públicos, a Constituição preconiza, em seu art. 175, que sua prestação indireta por particulares, sob regime de concessão ou permissão, depende **sempre** de licitação. Transcrevo o teor da norma constitucional:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Referido dispositivo constitucional explicita que os serviços públicos são titularizados pelo Estado – sendo, por isso mesmo, impossível à

iniciativa privada prestá-los por direito próprio – e remete ao legislador ordinário a competência para estabelecer as balizas normativas do regime jurídico das concessões e permissões de serviço público.

Nesse mister, foram editadas a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime geral das concessões e permissões, e a Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogação de concessões e permissões de determinados serviços públicos indispensáveis ao desenvolvimento nacional, incluindo as “estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas” (art. 1º, inc. VI), apelidadas de “portos secos”.

Além dessas, há inúmeros outros diplomas legais setoriais que normatizam as concessões e permissões de serviços públicos em segmentos econômicos específicos, a exemplo da Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e da Lei nº 11.182/05, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil, incumbindo-lhe a concessão da infraestrutura aeroportuária e a exploração comercial de serviços aéreos.

Parece decorrer do disposto no art. 175 da Constituição, acima transcrito, que **a licitação seria sempre – e em qualquer circunstância – obrigatória**. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar, mesmo antes da edição da Lei nº 8.987/95:

“[o] advérbio 'sempre', enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão à prévia licitação, toda vez que não se trate de exploração direta do serviço do Poder Público” (RE nº 140.989, Primeira Turma, Rel. Min. **Octávio Gallotti**, DJ de 27/8/93).

A regra constitucional, de fato, é a observância do dever de licitar para a outorga inicial da prestação de serviços públicos a particulares. Todavia, **esse dever constitucional se concretiza em conformidade e nos limites estabelecidos pela legislação ordinária**.

Assim sendo, aplicam-se às concessões e permissões de serviços

públicos as normas estabelecidas na Lei nº 8.666/93, no que não conflitar com os ditames da Lei nº 8.987/95, ou com a legislação setorial específica. É o que prescrevem os arts. 14 e 124, respectivamente:

Lei nº 8.987/95

“Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

Lei nº 8.666/93

“Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei no que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto” (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

De tudo isso decorre que, **mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível.** Ao contrário. O quadro jurídico-normativo acima resumidamente delineado, apesar de não exaurir a matéria, é suficiente para demonstrar que **os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo, portanto, ao legislador ordinário ampla liberdade quanto à sua conformação.**

E em se tratando de serviços públicos, essa conformação legislativa se dá à vista das peculiaridades inerentes à realidade complexa e dinâmica das concessões e permissões, das características e exigências próprias de cada setor econômico envolvido, bem como da relevância dos contratos dessa natureza para viabilizar o contínuo desenvolvimento social e econômico do país, justificando-se a existência de um regime jurídico diferenciado e mais adequado a tais modalidades contratuais.

É sob essas premissas interpretativas e atento à realidade peculiar e dinâmica das concessões e permissões de serviços públicos, bem como à natureza especialíssima dessas contratações que examinarei as inconstitucionalidades suscitadas nos presentes autos.

Insurge-se a parte requerente **contra os prazos estipulados pela norma** para a vigência das novas concessões e permissões de portos secos e para a sua prorrogação, de 25 (vinte e cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente, por considerá-los excessivos.

Recordo, a princípio, que prescreve o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, a lei disporá sobre

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

Parece-me bastante claro que esse comando constitucional **confere ao legislador ordinário competência para que estabeleça, dentre outros, os prazos para os diversos tipos de concessão ou de permissão, sempre que entender necessário**. Essa advertência final é de extrema importância, uma vez que, a rigor, não existe obrigatoriedade de que a lei defina tais prazos.

Também me parece relevante ressaltar a **imperatividade com que o citado § 2º prescreve o prazo para as concessões e permissões “portos secos”**. Diz a norma, *ipsis litteris*, que o prazo das concessões e permissões de que trata o inciso VI do art. 1º da Lei nº 9.074/95 “**será de vinte e cinco anos**”. Ou seja, **a considerar o seu sentido literal, a norma estipula, diretamente, o prazo de duração do contrato, retirando do Poder Executivo qualquer discricionariedade** para estabelecer prazos menores nos editais de licitação e respectivos contratos, ainda que, comprovadamente, sejam mais adequados ao caso concreto.

Apesar de tal ponto não ter sido objeto de questionamento pelo Procurador-Geral da República, entendo de suma importância esclarecer, até mesmo para evitar incongruências no raciocínio que aqui se expõe, que **o legislador deveria ter se limitado a estipular os prazos-limite para as concessões de “portos secos”, deixando ao Poder Executivo o poder-dever de decidir o prazo contratual específico de cada contrato**, em conformidade com as peculiaridades de cada projeto concessório.

Como muito bem salienta Marçal Justen Filho, o prazo estabelecido para cada concessão constitui “fator fundamental para definição da viabilidade financeira e cálculo da taxa de retorno do investimento” (**Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 204). Em

sendo assim, a **fixação do prazo de duração contratual não pode se dar livremente, sem qualquer critério, ao mero alvedrio do legislador ou do gestor público.** Afinal, esse prazo

“(..) deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimento, menos receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86).

Portanto, o Poder Legislativo pode definir em lei os prazos máximos (ou prazos-limite) para as concessões ou permissões, mas não lhe é permitido, diretamente, fixar um prazo contratual aplicável a toda a qualquer concessão ou permissão, de forma invariável e inflexível, como aparentemente fez o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95, com redação dada pelo art. 26 da Lei nº 10.684/03.

Nessa linha de inteligência, penso que **o prazo de 25 (vinte e cinco), previsto nesse dispositivo, para ser interpretado em conformidade com a Constituição, deve ser entendido como o prazo máximo (ou o prazo-limite) da outorga dos “portos secos”.**

O mesmo raciocínio vale para o prazo da prorrogação estipulado pela norma, o qual **não é, necessariamente, de 10 (dez) anos em todo e qualquer caso, mas pode chegar a 10 (dez) anos, critério do Administrador, sendo esse, portanto, o prazo máximo (ou o prazo-limite) para a prorrogação.**

Feitas essas considerações preliminares indispensáveis, passo ao questionamento do requerente, com as reformulações necessárias: **é excessivo o prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por até 10 (dez) anos, previsto para os “portos secos”?**

Usualmente, **tem-se admitido que as concessões de serviço público tenham um prazo de duração maior do que os contratos administrativos em geral,** considerando o vulto dos investimentos empregados e a necessidade de preservação da continuidade do serviço público.

Nesse sentido, escreveu a Ministra **Cármem Lúcia,** em obra que dedicou ao tema:

“reconheceu-se, sempre, que o vulto dos investimentos para a prestação dos serviços públicos concedidos aliado à necessidade de estabilidade do usuário, do concessionário e da própria entidade concedente impõe a imperatividade de um período mais alargado de vigência da concessão. Essa a lição, dentre outros, de Jèze, por exemplo, para quem ‘La necesidad de estabilidad la experimentan la Administración, el público y el concesionario’” (**Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 57).

Ainda assim, no Direito brasileiro, **não mais se admitem as concessões e permissões perpétuas**, sendo que **a legislação em vigor rejeita até mesmo aquelas pactuadas por prazo indeterminado** (arts. 18, inciso I, e 23 da Lei nº 8.987/1995).

Ademais, quando a Constituição de 1988 determinou, no **caput** de seu art. 175, que a outorga de concessões ou permissões de serviços públicos a particulares fosse feita “sempre através de licitação”, estabeleceu uma sistemática de prestação indireta desses serviços que pressupõe, necessariamente, a possibilidade de alternância de concessionários e permissionários, mediante a periódica realização de licitações.

A ideia de alternância do particular contratado é consectário lógico da regra da obrigatoriedade de prévia licitação e tem íntima conexão com os princípios da isonomia e da impessoalidade, cuja promoção se renova a cada certame licitatório, aberta que fica a outorga a novos e distintos pretendentes e, potencialmente, a propostas igualmente (ou ainda mais) vantajosas para a Administração Pública e/ou para os usuários dos serviços concedidos.

Nesse sentir, cumpre ao legislador, ao estabelecer os prazos máximos de determinadas concessões ou permissões (e das respectivas prorrogações), levar em conta tanto o vulto dos investimentos indispensáveis para a implementação e a execução do projeto concessório, como também os riscos envolvidos no desempenho do projeto concessório, a rentabilidade esperada do serviço concedido, a modicidade das tarifas e o custo relacionado ao respeito aos direitos dos usuários, a necessidade de continuidade do serviço, a estabilidade das relações entre poder concedente, concessionárias e usuários, e, ainda, a oportunidade de aferição de lucro razoável por parte de concessionários e

permissionários.

É evidente que nessa complexa ponderação de interesses tão distintos, **a Constituição confere ao legislador uma ampla margem de discricionariedade para a definição de balizas temporais a serem observadas pelo administrador público, em cada caso concreto.**

Conforme tenho defendido, a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal não pode ser excessivamente ampliada a ponto de absorver todos os impasses surgidos no contexto da República, os quais devem ser solucionados, prioritariamente, pelos órgãos e autoridades aos quais a Constituição atribui, precipuamente, os poderes de legislar e administrar. O princípio majoritário e a separação dos poderes são elementos que gravitam em torno da jurisdição constitucional, impondo ao Poder Judiciário, em determinados casos, o exercício de deferência em relação às decisões políticas dos demais poderes.

É certo, então, que o legislador, ao estipular o prazo de vigência de concessões e permissões de “portos-secos”, exerce sua competência de forma preponderante, cabendo ao Poder Judiciário intervir apenas em **caráter excepcional** e, mesmo assim, caso algum preceito constitucional se mostre nitidamente contrariado.

Em hipóteses como a presente, o controle de constitucionalidade deve obstar a adoção *ex ante*, pelo legislador, de prazos contratuais rígidos e peremptórios que retirem completamente do administrador público a possibilidade de sopesar, em cada caso, as circunstâncias fáticas subjacentes; ou, ainda, **deve se limitar a coibir eventuais exageros ou desvios, tais como a fixação de prazos manifestamente excessivos e/ou visivelmente insignificantes**, sob pena de substituir-se a Corte Constitucional no papel que foi destinado ao Poder Legislativo.

No caso em apreço, o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95, inserido pela Lei nº 10.684/03, como já dito, estabelece o **prazo máximo** de 25 (vinte e cinco) anos, com a possibilidade de sua **prorrogação por até mais 10** (dez) anos, para a concessão dos “portos-secos”.

De acordo com o Decreto nº 4.543/2002, os “portos secos” são “recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro” (art. 11), os quais “não poderão ser instalados na zona primária de portos e aeroportos alfandegados” (§ 1º). Constituem-se, assim, em espaços destinados ao armazenamento ou movimentação de bens e mercadorias, importados ou exportados, com estrutura para realizar serviços a cargo da Receita

Federal, como o processamento do despacho aduaneiro de importação e de exportação, situados em zona secundária (isto é, fora de zona primária dos portos e aeroportos), preferencialmente próximos às regiões produtoras e consumidoras, permitindo a redução de custos, o aumento da eficiência em tais operações e a desobstrução do fluxo de cargas em portos e aeroportos. Sua instalação, dependendo das exigências do poder público, que podem envolver, inclusive, a realização de obra pública, poderá exigir investimentos de vulto considerável, a demandar muitos anos para sua amortização.

Em sendo assim, ao menos em tese, **é razoável – e até perfeitamente justificável – eventual concessão de “porto seco” pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por até mais 10 (dez) anos**, tendo em vista o vulto dos investimentos a serem realizados e outras condicionantes contratuais de caráter econômico-financeira, o que demanda um prazo mais dilatado para sua amortização.

Some-se a isso que os prazos ora questionados **não destoam daqueles assinalados para a outorga de outros serviços públicos**. Basta verificar, por exemplo, que a mesma Lei nº 9.074/95 estipula que as concessões de geração de energia elétrica terão prazo máximo de 35 anos (art. 4º, §§ 2º e 9º) e as de transmissão e distribuição dessa energia terão prazo limite de 30 anos (art. 4º, § 3º).

Por sua vez, a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, conhecida como a Lei dos Portos, prescreve o prazo máximo de 25 anos para a exploração, mediante autorização, das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado (art. 8º), enquanto remete ao instrumento contratual o prazo da concessão de Porto Organizado, permitindo prazo de vigência ainda maior para essa categoria (art. 5º, inc. I).

Nesse contexto, ao contrário do alegado na inicial, **reputo razoáveis e proporcionais os prazos estipulados pelo legislador no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.074/1995**.

E mais: revendo as razões do veto ao art. 61 do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 66/2002, cujo teor era idêntico ao do dispositivo em apreço, verifico que **referido veto se deu, preponderantemente, por razões de interesse público**, e não por vício de inconstitucionalidade, como pretende fazer crer o requerente. Logo, não é de se estranhar que em um momento posterior não tenha havido – **como, de fato, não houve** – novo veto presidencial ao Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 107/2003, que culminou na edição do art. 26 da Lei nº 10.864/2013, aqui examinado.

Na espécie, aparentemente, a superveniência de uma conjuntura técnica, social e, sobretudo, econômica diversa propiciou a **tomada de decisão política diametralmente oposta à anterior**, resultando na edição do dispositivo impugnado, o que é, em tudo, legítimo e democrático.

Por último, registro que só se pode cogitar de inconstitucionalidade da prorrogação contratual por burla à regra da obrigatoriedade de licitação se a lei **não prever a possibilidade de tal prorrogação (hipótese em que concessão inevitavelmente se extingue pelo advento do termo contratual, fazendo-se necessária nova licitação), ou, ainda, se o contrato de origem não tiver sido precedido de licitação (caso em que o vício da contratação original macula também a prorrogação)**.

Como dito, a regra constitucional é a de que os contratos de concessão sejam precedidos de licitação, **evento que, conseqüentemente, também condiciona a regularidade da sua prorrogação**, na hipótese de existir, **como ocorre no caso**, expressa autorização legal para tanto.

Numa breve pesquisa de jurisprudência, é possível identificar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que privilegiam a escolha legislativa, **ainda que restritiva do certame licitatório**, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia institucional da licitação.

Cito, por exemplo, a medida cautelar na ADI nº 5.841, na qual a Corte decidiu ser dispensável a licitação para a alienação do controle de empresas estatais, bastando para tanto a adoção de procedimento público competitivo:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 9.188/2017. REGIME ESPECIAL DE DESINVESTIMENTO DE ATIVOS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO E DA MORALIDADE OU DE FRAUDE À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE LEI PARA EXTINÇÃO DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 5624/DF-MC. AUSÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624/DF-MC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que seria dispensável a realização de processo de licitação pública para alienação de controle de empresas estatais, bastando, para

tanto, a adoção de procedimento público competitivo. 2. A cláusula de dispensa de licitação pública prevista no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 é constitucional e o Decreto 9.188/2017, que regulamenta aquele dispositivo legal, instituiu procedimento público simplificado competitivo que atende aos imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativa. 3. Medida cautelar indeferida. (ADI nº 5.841-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. do ac. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, publicado no DJe de 21/5/21).

Ademais, consoante já decidiu a Corte na ADI nº 2.452/SP, razões econômicas e políticas são aptas a legitimar as restrições à regra geral de licitar. Vide:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ARTIGO 24, § 2º, DA LEI Nº 9.361, DE 5 DE JULHO DE 1996, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE VEDA A PARTICIPAÇÃO, COMO PROPONENTE À AQUISIÇÃO DE AÇÕES DE PROPRIEDADE DAQUELE UNIDADE FEDERATIVA NO CAPITAL DAS CONCESSIONÁRIAS DE ELETRICIDADE, DE TODA E QUALQUER EMPRESA ESTATAL ESTADUAL, EXCLUÍDAS AS DO PRÓPRIO ESTADO. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. RAZÕES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E JURÍDICAS JUSTIFICAM AS RESTRIÇÕES CONTIDAS NO ATO NOMATIVO QUESTIONADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JUGADA IMPROCEDENTE. Vedação à aquisição pelos demais Estadomembros de ações de propriedade do Estado de São Paulo no capital das concessionárias de eletricidade paulistas. Razões econômicas e políticas legitimam a restrição contida no preceito impugnado. A limitação mencionada afasta possível tensão nas relações entre as unidades federativas envolvidas. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI nº 2.452/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, publicado no DJ de 17/9/10).

Esse mesmo entendimento foi reafirmado recentemente pelo

Plenário da Corte no julgamento da ADI nº 4.829/DF, Rel. Min. **Rosa Weber**, cuja ementa transcrevo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 67 DA LEI Nº 12.249/2010, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 5.615/1970 (LEI DO SERPRO). CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVO INCLUÍDO POR EMENDA PARLAMENTAR. QUESTÃO JÁ DECIDIDA NO JULGAMENTO DA ADI 5127. SERVIÇO NACIONAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS – SERPRO. SERVIÇOS ESTRATÉGICOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. ASSEPRO NACIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 22, XXVII, E 246 DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 2º, 37, XXI, E 173, CAPUT e § 4º, DA CF. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LEGALIDADE. LIVRE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. RESTRIÇÕES FUNDADAS NA SOBERANIA NACIONAL, NA INVIOABILIDADE DO SIGILO E NA SEGURANÇA DA SOCIEDADE E DO ESTADO. ARTS. 1º, I, 5º, XII E XXXIII, E 170, I, DA CF. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA. 1. Em 15.10.2015, no julgamento da ADI 5127, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, afirmou, forte no princípio da segurança jurídica, a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento. 2. Ao versar hipótese de dispensa de licitação, o art. 67 da Lei nº 12.249/2010 observa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da Constituição da República). 3. A modificação operada na redação do art. 22, XXVII, da CF pela EC nº 19/1998 não trouxe alteração substancial ao seu conteúdo, na fração de interesse, a

afastar a alegada violação do art. 246 da Carta Política. Precedentes: ADI 3090 (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.10.2007), ADI 1975 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 14.12.2001) e RE 487475 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06.8.2010). 4. Ao especificar hipótese de dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos, o art. 67 da Lei nº 12.249/2010, lei em sentido formal e material, atende à exigência dos arts. 2º, 5º, II, e 37, caput e XXI, da CF, observados os postulados da separação de Poderes e da legalidade. O Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações. Precedentes: ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.9.2010) e ADI 5942 (Redator p/ acórdão Ministro Luiz Fuz, DJe 08.02.2021). 5. Os postulados constitucionais da inviolabilidade do sigilo de dados pessoais (art. 5º, XII e XXXIII, da CF) e da soberania nacional (arts. 1º, I, e 170, I, da CF) reclamam a imposição de restrições ao tratamento de dados pessoais, por entidades privadas, para fins de segurança pública, defesa nacional ou segurança da informação do Estado e dos administrados. 6. Os arts. 170, parágrafo único, e 173, caput, da CF autorizam o legislador a restringir o livre exercício de atividade econômica para preservar outros direitos e valores constitucionais, destacando-se, no caso de serviços estratégicos de tecnologia da informação contratados pela União, os imperativos da soberania, da segurança nacional e da proteção da privacidade de contribuintes e destinatários de programas governamentais. Interesse público a legitimar decisão do legislador no sentido da prestação de serviços estratégicos de tecnologia da informação com exclusividade por empresa pública federal criada para esse fim. 7. Inocorrência de vulneração aos arts. 2º, 22, XXVII, 37, XXI, 173, caput e § 4º, e 246 Constituição da República. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI nº 4.829, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, publicado no DJe de 12/4/21).

Na ADI nº 5.942, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de as empresas públicas adotarem procedimentos simplificados e alternativos à licitação, no contexto da transferência da concessão e da cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha da produção (art. 29 da Lei nº 9.478/96 e art. 31 da Lei 12.351/10),

de modo a assegurar-lhes competitividade de mercado. Confira:

“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. NORMAS GERAIS. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS PELA PETROBRÁS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DELEGADA PELA LEI 9.478/99. PROCESSO SELETIVO DE CESSÃO DE DIREITOS CONSTITUI ATIVIDADE ESPECÍFICA DA COMPANHIA, CUJA SUBMISSÃO ÀS REGRAS DA LEI 13.303/16 PODERIA COMPROMETER SEU CARÁTER COMPETITIVO. DECRETO Nº 9.355/2018. CF/88, ARTS. 2º; 5º, II; 22, XXVII; 37, CAPUT, E XXI; 48, CAPUT, E V; 84, IV; 173, § 1º, III. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO. 1. A Constituição admite a possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas, ao permitir que a União delegue contratualmente a realização de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, 'observadas as condições estabelecidas em lei' (177, §1º), e autorize ou conceda por prazo determinado essa pesquisa e lavra, assim como o aproveitamento dos potenciais 'na forma da lei' (176, §1º), à Petrobras e a outros agentes econômicos, que poderão ser ceder ou transferir essa delegação, desde que a União anua previamente (176, §3º). 2. O Decreto 9.355/2018 estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A., na forma estabelecida na legislação a que remete - sabidamente a Lei 9.478/1997 e a Lei 12.351/2010, que tratam da transferência do contrato de concessão e, especificamente, da cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção. 3. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção foi regulamentada pelo artigo 31 da Lei 12.351/2010, que não exigiu procedimento licitatório,

estabelecendo as condições de (i) prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP; (ii) preservação do objeto contratual e de suas condições; (iii) atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iv) exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

4. A cessão de direitos tem como objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, que se apresentam indispensáveis à autossuficiência da indústria do petróleo e à atratividade do setor brasileiro para novos investidores, como explica a doutrina especializada (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. Revista de Direito Administrativo - RDA. 2005, p. 433-436).

5. A transferência do contrato de concessão, por sua vez, está disciplinada no artigo 29 da Lei 9.478/96, que, mais uma vez, não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo como condições (i) a preservação de seu objeto e as condições contratuais; e (ii) o atendimento dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP pelo novo concessionário.

6. A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico. Precedente: ADI 3273, Relator Min. Carlos Brito, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007.

7. As operações de cessão de concessões e partilhas constituem negócios jurídicos vinculados à atividade preponderante da Petrobras sociedade de economia mista que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e que exerce suas atividades econômicas em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, consoante estabelece a lei de regência.

8. A empresa estatal pode se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, nos termos estabelecidos pela legislação setorial, desde que não configure alienação do controle e que observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a Ordem Econômica, mercê do entendimento consagrado por esta Corte quanto à alienação

do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, sem autorização legislativa e prévio procedimento licitatório (Precedentes: ADI 5624 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5.846 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 6029 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5924 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019). 9. A inexistência de licitação quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos não se equaliza com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas, antes coaduna-se às especificidades desse tipo de operação, de modo que não há que se falar em inovação por decreto ou violação à separação de poderes, afastando as alegações de violação aos artigos 2º; 5º, II; 48, V; e 84, IV, da CRFB. 10. Ação conhecida e julgado improcedente o pedido” (ADI nº 5.942, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do ac. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/20, publicado no DJe de 8/2/21 – grifos nossos).

No caso dos autos, a autorização legal para a prorrogação da vigência dos novos contratos de concessão, antes de ferir, **por si só e em todo caso**, a exigência constitucional da obrigatoriedade de licitação, **nos casos em que os contratos foram originalmente licitados**, parece caminhar em direção à eficiência (art. 37) na prestação adequada dos serviços públicos (art. 175, parágrafo único, IV), servindo também ao propósito de preservar a continuidade desses serviços, **muitas vezes, em condições mais vantajosas que as eventualmente resultantes de um novo certame**.

Ademais, a obrigatoriedade de licitar, constante do art. 175 da Constituição, é devidamente atendida com o certame levado a cabo para a outorga inicial dos serviços, cujos efeitos jurídicos são observados no aditamento para dilação da sua vigência. É dizer, o aditamento contratual para a prorrogação da vigência da concessão não dá início a uma relação jurídico-contratual nova, mas apenas prolonga a relação então existente com o concessionário, preservando o mesmo objeto contratual, as mesmas obrigações e, principalmente, a mesma equação econômico-financeira.

Por essas razões, em relação ao § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995,

incluído pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003, penso ser suficiente conceder-lhe interpretação conforme à Constituição, para que **(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 menores que os fixados pela norma; e (ii) somente sejam prorrogados os contratos de concessão ou permissão efetivamente precedidos de licitação.**

2.2 – Do art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.074/1995

Finalmente, procedo à análise do art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.074/1995, também incluído pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003.

Como já adiantei em tópico anterior, a norma em questão oferece ao menos duas possibilidades interpretativas. A primeira delas é justamente a sustentada na inicial, segundo a qual a norma impugnada daria margem à prorrogação das concessões então vigentes por 35 (trinta e cinco) anos. A outra interpretação, diversamente, propugna que haveria tão somente a prorrogação dessas concessões pelo mesmo prazo 10 (dez) anos estipulado pelo § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995.

Embora essa não seja a questão central discutida, creio conveniente deixar assentado o sentido e alcance da norma atacada, antes de passar ao exame de sua compabilidade constitucional.

Colhe-se do processo legislativo que culminou na promulgação da Lei nº 10.864/2013 o seguinte parecer do Deputado Prof. Luizinho:

“Da mesma forma, no caso das EADIs, cujos contratos vencem a partir do próximo mês, reivindica-se recuperar o texto da Medida Provisória nº 66, que não constava do meu texto original. Houve intensa solicitação nesse sentido, tendo o próprio Ministro Delfim Netto apresentado emenda ao Líder do PT a respeito. Estamos reproduzindo exatamente a redação da Medida Provisória nº 66”.

Por sua vez, o aludido Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 66/2002, que resultou na edição da Lei nº 10.637/2002, dispunha em seu art. 61:

“Art. 61. O art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, alterada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, fica acrescido dos seguintes parágrafos, renumerando-se o parágrafo único para § 1º:

‘Art. 1º (...)

§ 2º O prazo das concessões e permissões de que trata o inciso VI deste artigo será de 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogado por 10 (dez) anos.

§ 3º Ao término do prazo, as atuais concessões e permissões, mencionadas no § 2º, incluídas as anteriores à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, serão prorrogadas pelo prazo previsto no § 2º.’

(...)”

Referido dispositivo, no entanto, foi vetado, pelas seguintes razões:

“O referido artigo, que altera a redação do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, amplia o prazo de concessões e permissões relativas às estações adunaneiras e outros terminais alfandegados de uso público não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas, admitindo sua prorrogação por mais dez anos.

Por outro lado, prorroga, por mais dez anos, as atuais concessões e permissões.

Cumprе observar que o prazo estipulado é por demais dilatado, não atendendo ao interesse público, cabendo ressaltar que o prazo atual, de dez anos, é plenamente adequado aos investimentos realizados e à sua expectativa de retorno.

Além disso, a prorrogação do prazo das atuais concessões e permissões implica alterar aspecto fundamental do processo licitatório, que poderia ter outro resultado e outros participantes vigentes à época da licitação. Dessa forma, a prorrogação, hoje, resultaria injustificado privilégios aos atuais detentores dessas concessões e permissões.

Assim, o art. 61 não atende ao interesse público.”

Disso se pode inferir, claramente, que o intuito da norma em comento sempre foi o de **prorrogar os contratos de concessão dos denominados “portos secos”, em curso no momento de sua edição, por 10 (dez) anos apenas.**

Parece-me, inclusive, que essa é a interpretação mais razoável – e, por isso mesmo, mais condizente com a Constituição –, mormente se se considerar que até a edição da Lei nº 10.684/2003, a regra geral era a vigência desses contratos por 10 (dez) anos somente. Além disso, observa-se que é uma nota comum nas diversas leis que regulam concessões e permissões, quando há fixação de prazo máximo para sua vigência, possibilitarem a prorrogação contratual por período idêntico. Então, nesse ponto, a norma examinada não destoia do que ordinariamente se verifica em outras legislações.

Pois bem. Firmada a melhor interpretação da norma, entendo relevante consignar, como ponto de partida, que **a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão já vigentes não é, em si mesmo, problemática.**

Inclusive, a própria Lei nº 9.074/95 prevê, em seu art. 19, por exemplo, a **possibilidade** de a União “prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987/95”, “visando garantir a qualidade do atendimento dos consumidores a custos adequados”. Vide:

"Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei. (Vide Medida Provisória nº 579, de 2012) (Vide Lei nº 12.783, de 2013)

§ 1º Os pedidos de prorrogação deverão ser apresentados, em até um ano, contado da data da publicação desta Lei.

§ 2º Nos casos em que o prazo remanescente da concessão for superior a um ano, o pedido de prorrogação deverá ser apresentado em até seis meses do advento do termo final respectivo.

§ 3º Ao requerimento de prorrogação deverão ser anexados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa do interessado, bem como comprovação de regularidade e adimplemento de seus encargos junto a órgãos públicos, obrigações fiscais e previdenciárias e compromissos contratuais, firmados junto a

órgãos e entidades da Administração Pública Federal, referentes aos serviços de energia elétrica, inclusive ao pagamento de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição.

§ 4º Em caso de não apresentação do requerimento, no prazo fixado nos §§ 1º e 2º deste artigo, ou havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito, as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas.

§ 5º (VETADO)

Todavia, o art. 26 da Lei nº 10.689/03, ao alterar a redação do art. 1º da Lei nº 9.074/95, acrescentando-lhe o § 3º, não seguiu a lógica acima.

Enquanto o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.074/95, com redação dada pelo art. 26 da Lei nº 10.684/03, preceitua que o prazo das **novas** concessões e permissões de “portos secos” **pode ser** prorrogado por até dez anos, como visto, o § 3º do mesmo dispositivo legal, ora examinado, **afirma que as concessões e permissões dessa natureza, em curso no momento da edição da norma, “serão prorrogadas”**. Em outras palavras, da forma como fora redigido o § 3º, o dispositivo pode conduzir a uma interpretação que, **equivocadamente**, admite a prorrogação direta e automática dos contratos.

Nesse contexto, independentemente do prazo dessa prorrogação direta e automática – seja ele de 25 anos, prorrogável por mais 10 anos, como entende o requerente; ou de apenas 10 anos, como aqui se compreende – **a questão central e primeira a ser enfrentada é, a meu ver, a prorrogação das concessões em curso por força de lei.**

A prorrogação direta e automática dos contratos administrativos, **ainda que precedidos de licitação**, não encontra guarida no ordenamento constitucional, **devendo se considerar, para a continuidade da avença, as peculiaridades de cada contrato e o interesse da Administração Pública de renovar temporariamente os seus termos, bem como a anuência do contratado/concessionário.**

Como escreveu a Ministra **Cármen Lúcia** no estudo a que antes me referi, “a prorrogação não pode mascarar uma nova concessão, para cuja outorga há que se passar pelas fases obrigatórias inclusive de escolha impessoal da concessionária” (**op. cit.**, p. 60).

E exatamente por isso, **Alexandre Santos de Aragão** entende

“inconstitucional a sua prorrogação [das concessões e permissões] diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, exige-se que a prorrogação atenda a requisitos objetivos prefixados ou simplesmente seja instrumento de recomposição da equação econômico-financeira” (**Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, p. 579).

Esse entendimento tem sido reforçado pelo Supremo Tribunal Federal, o que se extrai, por exemplo, do julgamento da ADI nº 5.991, de relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, cujo objeto era lei que dispunha acerca do instituto da prorrogação antecipada de contratos de concessão. Na ocasião, a Ministra Relatora afirmou

“inserir-se a prorrogação do prazo contratual no espaço de discricionariedade da Administração Pública. A ela cabe analisar e concluir sobre a oportunidade e a conveniência da prorrogação, observados os limites legais e sempre em consonância com os princípios e normas constitucionais” (ADI nº 5.991/DF, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe de 10/3/21).

Na mesma direção foi o julgamento do RMS nº 34.203, de **minha relatoria**, em que se assentou a **inexistência de direito líquido e certo** da empresa Cemig Geração e Transmissão S.A. à **renovação da concessão** da Usina Hidroelétrica de Jaguará, haja vista que “a **discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo**”.

Transcrevo excerto voto condutor do acórdão, de minha lavra, em que explico a natureza de eventual cláusula de prorrogação contratual:

“É da essência da cláusula de prorrogação contratual a **voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público**, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de **discricionariedade administrativa**. Como acentua Joel de Menezes NIEBUHR, discorrendo acerca da prorrogação contratual:

‘A Administração **não está obrigada a prorrogar os contratos de prestação de serviços contínuos**, ainda que dentro das hipóteses e nas situações autorizadas pela Lei

nº 8.666/93. Isso porque, como dito, a validade da prorrogação depende das vantagens propiciadas por ela. Ora, a análise das vantagens ou desvantagens da prorrogação equivale à análise da sua conveniência e da oportunidade, o que toca ao núcleo da discricionariedade, uma vez que os agentes dispõem de margem de liberdade para realizar tal juízo. Registre-se que os agentes administrativos não agem com liberdade absoluta. **Se a prorrogação for manifesta e objetivamente vantajosa, aos agentes administrativos não cabe pura e simplesmente recusá-la, em detrimento do interesse público.**

De toda maneira, a prorrogação, além de discricionária, é ato bilateral, que depende da vontade do contratado. À Administração não é permitido impor ao contratado a prorrogação de contrato' (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.774 - grifei).

Essa natural discricionariedade na realização ou não da prorrogação contratual, que, como destacado por Joel de Menezes, cede apenas ao interesse público, **encontra razão de ser na própria finalidade da licitação.**

A exigência de licitação se dá, consoante prevê a Lei nº 8.666/93 (norma base de licitações e contratos), para 'garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável'.

Quando a lei se refere à licitação como forma de garantir a isonomia, **encontra-se pressuposta a igualdade de oportunidades e, portanto, a ocorrência PERIÓDICA de certames, o que define a delimitação temporal dos ajustes firmados com o Estado.** De igual modo, ao se referir à vantajosidade, quer a lei ressaltar que **o caráter competitivo que é estabelecido pela licitação é salutar ao interesse público, o que, novamente, traduz a intenção da legislação de criar mecanismos de renovação periódica da contratação.**

Por fim, ao dispor que a licitação tem por finalidade a 'promoção do desenvolvimento nacional sustentável', traçou a lei **o ideal** a ser alcançado com a contratação **e, de igual modo, com sua renovação.** Trata-se, resalte-se, de critério volátil, que pode sofrer modificação entre a data de formalização do ajuste

e a data de sua eventual prorrogação, o que pode, desse modo, também justificar a opção pela não prorrogação do contrato.

A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido – prazo contratual – cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a ‘promoção do desenvolvimento nacional sustentável’), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.”

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato de concessão de usina hidroelétrica. **Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida.** Recurso ordinário não provido. 1. **O contrato administrativo se encerra no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do contrato.** Nesse passo, é incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual. 2. **A discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo e, assim, está, inclusive, prevista nas sucessivas legislações relativas às concessões de energia elétrica (leis nº 9.074/95 e nº 12.783/13) e também no termo cujas cláusulas se questiona nos autos. (RMS nº 34.203, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, Dje de 20/3/18) - grifei.**

No mesmo sentido, cito também o seguinte precedente:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. **PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE**

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

Ato do Tribunal de contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação. Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração. Segurança denegada.” (MS nº 24.785, red. P/ ac. Min. **Joaquim Barbosa**, Tribunal Pleno, DJ 3/2/06) – grifei.

Nessa linha de inteligência, vislumbro a constitucionalidade da norma em apreço se lhe for conferida interpretação conforme a Constituição para deixar claro que **a prorrogação de contratos da Administração Pública não decorre direta e automaticamente da lei, inserindo-se, sim, no âmbito do exercício da discricionariedade administrativa**, conforme juízo de conveniência e oportunidade, **desde que exista lei que a autorize, esteja devidamente justificado pelo gestor o interesse público na continuidade da avença e haja anuência do contratado, devendo ser formalizada, em cada caso, por aditivo contratual.**

No mais, é pertinente aqui a mesma advertência constante do tópico anterior no sentido de que **o prazo de eventual prorrogação deve ser definido, a cada caso, pelo Administrador Público**, conforme as circunstâncias e peculiaridades do caso, podendo, inclusive, ser inferior a 10 (dez) anos, que é o prazo máximo (ou o prazo limite-limite) admitido pela norma.

No tocante à inconstitucionalidade apontada, alega o requerente que a norma ora em exame importa “patente violação ao princípio constitucional da licitação e um privilégio injustificado concedido às empresas que exploram esses serviços”, ressaltando, em reforço, que muitas das concessões e permissões de “portos-secos”, vigentes à época, foram outorgadas sem licitação, posteriormente à Constituição de 1988, e acabaram se perpetuando mediante sucessivas prorrogações de duvidosa constitucionalidade.

Nesse ponto, o argumento da inicial é, em parte, irrepreensível. Vejamos:

Com a promulgação da Lei nº 9.074/1995, a qual, em seu art. 1º, inc. VI, passou a tratar dos “portos secos” como serviço público prestado mediante concessão ou permissão, foi editado o Decreto nº 1.910/1996, no qual ficou estabelecido o prazo limite de 10 (dez) anos para **as novas concessões ou permissões** (art. 9º, § 4º), podendo esse prazo ser estendido, no edital, nas concessões precedidas de obra pública, se fosse o

caso (art. 9º, § 5º).

Esse mesmo Decreto nº 1.910/1996 **prorrogou por dois anos** “as permissões outorgadas sem concorrência, em caráter precário e por prazo indeterminado, **anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.987, de 1995**, para prestação de serviços em terminais alfandegados de uso público, entrepostos aduaneiros de uso público, centrais aduaneiras interiores e depósitos alfandegados públicos” (art. 12).

Mais tarde, o Decreto nº 2.168/1997 autorizou “**a prorrogação por período de cinco anos do prazo previsto no caput do art. 12** do Decreto nº 1.910, de 1996” (art. 1º, IV), ampliando, mais uma vez, o período de vigência dos contratos sem licitação.

Em 2002, tentou-se prorrogar novamente o prazo de tais concessões, por meio de dispositivo de teor idêntico ao atacado na presente ação, contido no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 66/2002, vetado pelo Presidente da República por razões de interesse público, como mencionado anteriormente.

Frustrada aquela tentativa, em 2003, novo dispositivo foi inserido no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 107, resultando na edição do art. 26 da Lei nº 10.684/2003, objeto desta ação direta, o qual inseriu o § 3º ao art. 1º da Lei nº 9.074/1995, **determinando a prorrogação de todas as concessões e permissões em vigor, tenham sido ou não precedidas de licitação**.

De fato, o histórico das sucessivas prorrogações dos contratos de concessão de “portos secos” vigentes, inclusive os anteriores à Lei nº 8.987/95, sugere que, muito provavelmente, o principal escopo do § 3º, ora questionado, foi mesmo **o de prolongar, mais uma vez, tais contratos, tenham sido ou não precedidos de licitação**.

A toda evidência, estão acoimadas de inconstitucionalidade, por afronta ao art. 175 da Constituição, as concessões que **não foram precedidas de licitação** e, mesmo assim, **tiveram prazo de vigência contratual elástico**, perpetuando situação inadmissível frente à Constituição de 1988.

Aliás, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao **rechaçar a possibilidade de manutenção de outorgas vencidas, precárias, com prazo indeterminado, ou pactuadas sem licitação**, sob a égide da Constituição de 1988.

Nesse sentido, no RE 422.591/RJ, de **minha relatoria**, a Corte manteve, por unanimidade, a declaração de inconstitucionalidade de legislação do Município do Rio de Janeiro que prorrogava as permissões e

concessões de serviços de transporte coletivo de passageiros, independentemente de novo certame público. **Vide** a ementa do referido julgado:

“Recurso extraordinário – Ação direta de inconstitucionalidade de artigos de lei municipal – Normas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica – Comandos que, por serem dotados de abstração e não de efeitos concretos, permitem o questionamento por meio de uma demanda como a presente – Prorrogações que efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos – Ação corretamente julgada procedente – Recurso não provido.” (RE 422.591/RJ, Tribunal Pleno, **de minha relatoria**, julgado em 1º/12/2010, DJ de 11/3/2011).

De igual modo, na ADI nº 3.521, relator o Ministro **Eros Grau**, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a norma do Estado do Paraná que permitia a manutenção de contratos de concessão de serviços públicos vencidos, precários ou com prazo indeterminado, por ofensa ao disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 175, *caput* e parágrafo único, incisos I e IV, da Constituição, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE ‘SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA’. MANUTENÇÃO DE ‘OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO’ OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO xxi; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos

serviços públicos. Hipótese denão violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de ‘outorgas vencidas, com caráter precário’ ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- ‘[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná” (ADI nº 3.521/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28/9/2006, DJ de 16/3/2007).

Também na ADI nº 118-MC, redator para o acórdão o Ministro **Néri da Silveira**, o Tribunal concedeu medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivo da Constituição do Estado do Paraná que assegurava às empresas de transporte coletivo de passageiros, cujos contratos estivessem com prazo vencido ou a vencer, o direito de prorrogá-los ou renová-los sucessivamente, **independentemente de licitação**, com clara ofensa ao art. 175 da Constituição Federal. Eis a ementa daquele julgado:

“Ação de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Constituição do Estado do Paraná, par. 3. do art. 146. **Dispositivo que assegura, às empresas que já prestaram com tradição serviço de transporte coletivo de passageiros, por ato delegatório de qualquer natureza, expedido pelo estado do Paraná, e com prazo de vigência vencido ou por vencer, ‘o direito de dar continuidade aos mesmos serviços que vinham**

prestando, mediante prorrogações ou renovações das respectivas delegações', observados os incisos do par. 1. do mesmo art. 146. Hipótese em que se encontra satisfeito o requisito da relevância dos fundamentos do pedido. Esta, também, caracterizada a inconveniência para o serviço público de se manter eficaz a norma impugnada. Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final da ação, a vigência do par. 3. do art. 146 da constituição do estado do Paraná" (ADI nº 118/PR-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Aldir Passarinho**, Redator p/ Acórdão Min. **Néri da Silveira**, julgado em 25/10/1989, DJ de 3/12/1993).

Assim sendo, a leitura do § 3º **não pode, sob qualquer hipótese, induzir à conclusão de que concessões e permissões firmadas sem a realização de processo licitatório possam vir a ser prorrogadas, eis que inválidas desde o seu nascedouro.**

A interpretação de tal dispositivo em conformidade com a Constituição Federal demanda a invocação do princípio constitucional da licitação, de forma a condicionar as prorrogações ali autorizadas à existência de certame licitatório prévio à contratação original, obstando-se também a possibilidade de manutenção de outorgas vencidas, precárias, com prazo indeterminado.

Desta feita, conluo também ser o caso de conceder interpretação conforme à Constituição ao § 3º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995, incluído pelo art. 26 da Lei nº 10.684/2003, para que **(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 encontrassem extintos nem vigorassem por prazo indeterminado.**

3 – DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto pela **parcial procedência do pedido** formulado na presente ação direta para **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:

3.1 – 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;

3.2 – 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 encontrassem extintos nem vigorassem por prazo indeterminado.

Nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, proponho a **modulação dos efeitos da decisão**, 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.

É como voto.