



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Ad Processo nº 2073301-14.2021.8.26.0000

Relator(a): **MARREY UINT**

Órgão Julgador: **3ª Câmara de Direito Público**

Agravante: Alcenil Salviano da Silva

Agravados: Governador do Estado de São Paulo e outros

I - **Fls. 88/91:** Vistos.

Trata-se de pedido de reconsideração do despacho inicial que indeferiu a liminar pleiteada no agravo de instrumento interposto por Alcenil Salviano da Silva, tirado contra decisão copiada a fls. 381/382, prolatada pelo MM. Juiz Adriano Marcos Laroca, que, em Ação Popular, indeferiu pedido liminar de suspensão do contrato lavrado entre o Governo de São Paulo e a empresa METRA, prorrogado por novo período e com a ampliação de seu objeto.

E, como antes já indicado, o Agravante afirma haver legítimo risco de dano na manutenção da prorrogação proposta, que, para além de ultrapassar o limite global de concessão instituído pela Lei de Parcerias Público-Privadas, inclui parcela de objeto não licitado que, em seu entender, extrapola o escopo do contrato originário, afligindo



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assim o dever de licitar e os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa.

Embora este Relator, em primeiro momento, tenha afinado com a legitimidade formal dos atos administrativos adotados com o objetivo de manutenção do serviço de transporte coletivo no Estado de São Paulo (a fim de evitar solução de continuidade), fato é que, em avanço criterioso ao conteúdo do artigo 175 da CF e à lei de regência e princípios informativos do direito administrativo, bem como em contraste à legislação estadual, não é possível que se realize prorrogação do contrato de parceria público-privada por período superior ao limite legal estabelecido no artigo 5º, I, da Lei nº 11.079/2004, suprimindo a realização de procedimento licitatório próprio.

Cumprido notar que, em breve histórico, a empresa privada Metra - Sistema Metropolitano de Transportes Ltda. possui a concessão de uso do sistema viário de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, derivada de contrato administrativo lavrado em 1997 (Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997), sob a égide da então Lei Geral de Licitações nº 8.666/1993 e, em específico, da Lei de Concessões nº 8.987/1995.

De acordo com esta última, e a fim de que restasse superado o cenário anterior à Constituição Cidadã, no qual se realizava concessão sem procedimento licitatório e sem prazo determinado, foram incluídas determinações legais cogentes a fim de tanto extinguir parcerias em conflito com o espírito da CF/88, quanto assegurar a concorrência pública pelos serviços ofertados ao mercado privado, na modalidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

licitação. Ainda que não tenha em seu bojo indicado expressamente o prazo máximo de vigência dos contratos de concessão, é explícita a finalidade da Lei de Concessões de regular o poder/dever do Estado para celebrar parcerias com o setor privado, adstringindo-o ao menos às disposições acordadas no momento da contratação:

[Lei nº 8987/95]

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.

(...)

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

*I - o objeto, metas e **prazo da concessão**; (...).*

(grifos nossos)

Nessa égide, a própria Lei de Licitações veda expressamente a celebração de contrato administrativo por tempo indeterminado:

[Lei nº 8.666/1993]

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

*§ 3º. **É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.***

(grifos nossos)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, com a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas, (Lei 11.079/2004), esta englobou em seu conceito o dos contratos de concessão com tarifa direta e contraprestação pública, a saber:

[Lei nº 11.079/2004]

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Por isso, e embora já vigente o contrato de concessão celebrado inicialmente por 25 anos, a ele deve se aplicar a regulamentação global constante do artigo 5º, I, da Lei 11.079/2004, a fim de que não se estenda de maneira desproporcional no tempo:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

*I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), **nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (...).***

(grifos nossos)

Em vigência por período superior a 20 anos, a concessão alcançará seu prazo inicial em 2022, aos 25 anos, e, portanto, o contrato poderia ser prorrogado, observadas suas disposições internas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apenas por mais 10 anos.

Os atacados decretos estaduais, Decreto nº 65.574/2021, que “autoriza a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara”, e o Decreto nº 65.575/2021, que “aprova o Regulamento da prorrogação da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara”, subvertem tal ordem do sistema nacional licitatório, procedendo à prorrogação desproporcional e injustificada dos serviços, deferidos à prestadora sem qualquer atributo de dispensa/inexigibilidade. Ao final do período de concessão proposto, a empresa estará na operação do objeto público por 50 anos consecutivos.

Eis os dispositivos:

[Decreto nº 65.574/2021]

Artigo 2º - A prorrogação mencionada no artigo 1º deste decreto observará as seguintes diretrizes:

(...)

XVI - o prazo da prorrogação da concessão será de 25 (vinte e cinco) anos, contados da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.

[Decreto nº 65.575/2021 – Anexo]

Artigo 6º - O prazo da concessão, resultante da prorrogação antecipada, será de 25 (vinte e cinco) anos contados da data da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.

Parágrafo único - O prazo previsto no “caput” deste artigo poderá ser prorrogado se necessário para assegurar a continuidade do serviço público, na hipótese em que houver estudo ou licitação em andamento, sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tempo hábil para sua conclusão antes do encerramento do prazo contratual ou, a exclusivo critério do Poder Concedente, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Dessa maneira, ainda que fosse possível a princípio indicar a legitimidade formal dos atos, derivada da presunção de legalidade administrativa, como inclusive fez a decisão de Primeira Instância e este Relator no despacho inicial, tornou-se evidente o descompasso entre as medidas adotadas pelo Poder Executivo Estadual e o regramento licitatório nacional, o que impõe a suspensão da eficácia dos Decretos nº 65.574/2021 e nº 65.575/2021, e da prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997.

Nesse sentido, jurisprudências análogas ao caso debatido nos autos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULAS 282 E 356/STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. **CONTRATO DE PERMISSÃO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR LONGO PRAZO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. (...)**

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça assevera que A prorrogação do contrato de permissão por longo prazo, fundamentada na necessidade de se organizar o procedimento licitatório, não pode ser acolhida para justificar a prorrogação efetuada, visto que trata de suposto direito econômico das empresas que não podem se sobrepor ao preceito constitucional que obriga a licitar e visa garantir e resguardar o interesse público da contratação precedida de licitação (AgRg no AREsp 481.094/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Marques, Segunda Turma, DJe 21/5/2014).

5. Prevalece neste Sodalício a compreensão de que o art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95 não se aplica às hipóteses de permissão, mas apenas aos casos de concessão de serviço público. Precedentes.

6. Agravo interno da Auto Lotação Ingá Ltda. a que se nega provimento.

(Aglnt no REsp 1896286/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL. **TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. LICITAÇÃO. NECESSIDADE.** INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. ABRANGÊNCIA MUNICIPAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS N. 283 E 284/STF. LITISCONSORTES. NECESSIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DIREITO LOCAL. SÚMULA N. 280/STF. **PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS PRECÁRIOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.** DESCABIMENTO. (...)

VI - **O entendimento da instância a quo, acerca da necessidade de procedimento licitatório, in casu, encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a administração deve promover licitação para novas concessões de serviços públicos, não sendo razoável a indefinida prorrogação de contratos de caráter precário - AgRg no REsp n. 1.358.747/RJ, Rel. Mins. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 30/9/2015.**

VII - Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e negar-lhe provimento.

(AREsp 1351077/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019)

(grifos nossos)

Não fosse isso, há ainda a grave questão referente à ampliação de seu objeto, para além daquele inicialmente contratado, pois se inclui “a concessão de dois novos modais, consistentes na exploração de 85 linhas de ônibus intermunicipais e a construção, instalação e operação de um BRT (bus rapid transit), que ligará o ABC à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Capital”.

Esta é evidenciada no seguinte dispositivo:

[Decreto nº 65.574/2021]

*Artigo 1º - Fica autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/ Jabaquara, que **passa a incorporar, na condição de novos investimentos da concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019.***

*§ 1º - Denomina-se **Sistema BRT-ABC** para efeito deste decreto, o conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal Bus Rapid Transit - BRT, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.*

*§ 2º - Denomina-se **Sistema Remanescente**, para efeito deste decreto, os serviços correspondentes as funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implementados na região compreendida entre os Municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.*

(grifos nossos)

Ora, é notória a existência de outras empresas no ramo do transporte público coletivo potencialmente capacitadas para realização do objeto aditado, tanto no que concerne à assunção das linhas de ônibus intermunicipais quando da instalação, construção e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

operação de BRT intermunicipal.

Em reanálise liminar, quer dos decretos debatidos, quer das Atas dos Conselhos Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas – CGPPP e Diretor do Programa Estadual De Desestatização – CDPED que abordaram a questão (disponíveis no sítio eletrônico www.parcerias.sp.gov.br), não exsurge qualquer justificativa administrativa técnica e palpável para escolha solitária da empresa Metra - Sistema Metropolitano de Transportes Ltda., não sendo de todo, como já dito, inexigível ou dispensável a licitação, inclusive quanto ao objeto aditado.

A própria lei que estabelece as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU (Lei nº 12.587/2012), citada no bojo dos decretos estaduais diante da necessidade de adequação aos seus termos do serviço concedido, é categórica ao reiterar o princípio geral de oferta pública à licitação das concessões:

Art. 10. A contratação dos serviços de transporte público coletivo será precedida de licitação e deverá observar as seguintes diretrizes:

I - fixação de metas de qualidade e desempenho a serem atingidas e seus instrumentos de controle e avaliação;

II - definição dos incentivos e das penalidades aplicáveis vinculadas à consecução ou não das metas;

III - alocação dos riscos econômicos e financeiros entre os contratados e o poder concedente;

IV - estabelecimento das condições e meios para a prestação de informações operacionais, contábeis e financeiras ao poder concedente; e

V - identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.

(grifos nossos)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aliás, já em sua manifestação primeva no processo originário (fls. 319/323 daquele), o Ministério Público Estadual demonstrou grave discordância em relação aos atos adotados pela Administração Estadual:

“(…), os elementos de convicção apresentados com a inicial autorizam o deferimento da tutela liminar postulada, considerando-se ambos os requisitos a saber: o fumus boni iuris e o periculum in mora.

O cancelamento do contrato de construção do monotrilho VLT da linha 18 Bronze do Metrô, sua substituição sem estudo técnico e estudo de impacto financeiro pelo BRT, a sua concessão, assim como de outras linhas intermunicipais à empresa concessionária METRA sem licitação prévia, claramente são atos lesivos à legalidade e à moralidade administrativas a forjar de forma firme a plausibilidade do Direito invocado.

O resultado prático será um monopólio do transporte público na região.

(…)

Além disto, e **o que mais preocupa, foi embutido no aditamento ao contrato, proposta de concessão à Metra da implantação do BRT e de exploração de 85 linhas da área 5 da RMSP, sob argumento de que seria para reequilíbrio econômico do contrato prorrogando.** Ocorre que o artigo 7º, § 1º da Lei nº 16.933/19 dispõe que caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento, e em nenhum momento prevê a concessão de outros serviços para tal fim.

Como podemos observar, **houve alteração do objeto, ou seja, concessão, por via oblíqua, sem licitação”.**

(grifos nossos)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mais, e como bem lembrado pelo Agravante, a suspensão da prorrogação não causa prejuízo imediato à Administração ou ao interesse público, pois ainda há prazo até o efetivo encerramento da concessão celebrada em 1997 e, no que tange à ampliação dos serviços, existe urgência quanto à interrupção de medidas açodadas de concessão de objeto não licitado, as quais, se não adotadas de imediato, aí sim podem gerar prejuízos à Administração.

Assim, e reconsiderando o despacho de fls. 79/83, **defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que reste suspensa a eficácia dos Decretos Estaduais nº 65.574/2021 e nº 65.575/2021 e a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997.**

II - Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo* a presente decisão;

III - Cumpra-se o disposto no art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil;

IV - Cumpridas as determinações, ou esgotados os prazos, tornem conclusos.

Int.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

MARREY UINT
Relator