

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em face do art. 6.º, §2º, II, art. 25, §1º e §3º a §5º, e art. 30, §2º, da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, a qual estabelece critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovia.

A autora sustenta que os dispositivos citados violam os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial os princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 37, *caput* e inciso XXVI, da CF/88), bem como o dever de manutenção de serviço público adequado (art. 175, inciso IV e parágrafo único, da CF/88).

Em breve síntese, sustenta-se que são incompatíveis com os ditames constitucionais que norteiam a Administração Pública os pontos da Lei 13.448/2017 que: (i) flexibilizam os critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovias notoriamente ineficazes, alterando substancialmente os ajustamentos originais; (ii) transferem bens operacionais e não operacionais de forma não onerosa às concessionárias, sem qualquer condicionante que preserve o interesse público e sem possibilidade de fiscalização; e (iii) permitem a realização de investimentos pelas concessionárias em malhas de interesse da Administração Pública sem que sejam observadas as regras da licitação.

Na Sessão de 20.2.2020, o Plenário, por maioria, indeferiu o pedido de medida cautelar, nos termos do bem-lançado voto da Relatora, a Eminente Ministra Cármen Lúcia. Incluído o feito em pauta desta Sessão Virtual para julgamento de mérito, Sua Excelência vota pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, confirmando os termos da medida cautelar indeferida.

I – Breves considerações sobre a relação entre Estado Regulador e a crise do serviço público

Nos últimos anos, diversos setores econômicos regulados têm passado por mudanças legislativas que transformam elementos essenciais de contratos de concessão de serviço público. Essas mudanças objetivam adaptar contratos firmados na década de 1990 a transformações sociais, econômicas e tecnológicas que não puderam ser antecipadas pelo Poder

Concedente. A respeito desse fenômeno, o professor **Floriano de Azevedo Marques Neto** destaca que:

“Uma tendência regulatória que não se resume ao setor ferroviário, corresponde à criação de incentivos para atração de novos investimentos. (...) É nessa linha que se coloca uma série de medidas regulatórias, como substituição de sanção por investimentos, política tarifária que considere os investimentos realizados e a performance e a prorrogação antecipada de concessões por investimentos”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Dinâmica da Regulação: Estudos de caso da Jurisprudência Brasileira*. Belo Horizonte, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 112)

Na sua essência, a edição superveniente de legislações que alteram cláusulas de contratos de serviços regulados em andamento é um fenômeno representativo da relação paradoxal que se estabelece entre, de um lado, a adoção de um modelo norte-americano de Estado Regulador e, de outro, a manutenção de institutos tradicionais do Direito Administrativo ainda arraigados na tradição latina de serviço público.

Não é de hoje que a doutrina aponta que os movimentos de liberalização e privatização implicaram uma crise da velha noção de *publicatio* e, por conseguinte, a necessidade de se repensar a rigidez de alguns institutos clássicos do Direito Administrativo.

Como destaca o eminente professor **Miguel García**, da Universidade de Salamanca, em obra dedicada ao tema, “ *o processo de liberalização deu lugar à utilização de um novo modo de provisão de serviços públicos, que constitui meio de intervenção alternativo ao serviço público tradicional e que se marca no conceito mais amplo de regulação* ” (tradução livre). (GARCÍA, Miguel Ángel Sedín. *Regulación y servicios públicos*. Editora Comares, Granada, 2003, p. 5).

Esse novo modo de provisão é caracterizado pela necessidade de permanente abertura dos setores econômicos à chamada “ *diuturna reconfiguração do ambiente regulado* ”, malgrado o caráter estático dos institutos afetos à noção de serviço público. (ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório*. 2ª ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 10)

Essas advertências teóricas são importantes para que fique claro que, a despeito da relevância do controle de constitucionalidade das leis de serviço

público, o dinamismo dos setores regulados torna extremamente difícil que respostas definitivas sejam dadas pelo Legislador ou mesmo pelo Judiciário em um plano jurídico abstrato.

Essa realidade implica que o próprio âmbito de cognição dessa Suprema Corte em discussões como a posta na presente ADI é naturalmente limitado, já que não é dado a nós, julgadores, antever todas as possibilidades de aplicação *in concreto* do diploma jurídico subjacente, seja pela elevada *expertise* técnica que a matéria demanda, seja pela natural incapacidade de antecipação das transformações possíveis.

Nesse aspecto, como ressalta com clareza o ilustre professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Madrid **Gaspar Ariño Ortiz** deve-se entender que, “ *na moderna regulação dos serviços públicos, distinguem-se o regime legal teórico e a prática regulatória, sendo que o regime legal não define com precisão soluções definitivas sobre os múltiplos conflitos que a realidade oferece* ”. (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico : Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629).

Isso implica que, em casos como o que ora estamos analisando, a interpretação da norma deve ser acompanhada do senso de que “ *tão importante como o papel do legislador é o papel dos reguladores encarregados de sua aplicação* ” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico : Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629).

II – Prorrogação antecipada de contratos de concessão

Embora não tenha sido inaugurado na legislação discutida nesta ADI, o instituto prorrogação antecipada é relativamente recente em nosso ordenamento jurídico.

Atualmente, ele encontra previsão em apenas três legislações setoriais a nível federal: (*i*) na Lei 12.783/2013, que versa sobre os contratos de concessão do serviço público de energia elétrica (art. 12); (*ii*) na Lei 12.815 /2013, em dispositivo específico que dispõe sobre contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei 8.033/1996 e ainda (*iii*) na Lei 13.448/2017, objeto desta ADI, que trata sobre a prorrogação antecipada dos contratos de concessão nos setores rodoviários e ferroviários.

A partir de uma sistematização doutrinária desse fenômeno, é possível conceituar a prorrogação antecipada como modalidade de prorrogação de concessão prevista em legislação superveniente à celebração do contrato que autoriza o Poder Público a precipitar o termo final do pacto inicialmente acordado, fazendo com que o efeito de uma prorrogação prevista para momento futuro surta efeitos desde logo.

Essa definição ombreia com outras previstas na doutrina recente. Nas palavras de **Mário Saadi** e **Raul Dias Dos Santos Neto**, trata-se de prorrogação que se coloca “ *quando ainda há relativo distanciamento temporal entre o momento da vida contratual em que ela é realizada e a data em que o contrato efetivamente expiraria* ” e “ *tendo como contrapartida da concessionária a realização de investimentos originalmente não previstos no contrato de concessão, de maneira a assegurar justamente a mencionada adequação* ”. (SAADI, Mário. SANTOS NETO, Raul Dias. Prorrogação Antecipada de Prazo de Contratos de Concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 27. Novembro-Dezembro 2016).

No mesmo sentido, **Rafael Verás** aduz que a prorrogação antecipada terá lugar nas hipóteses em que “ *o poder concedente, ao invés de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão* ” (VERÁS, Rafael. As prorrogações e a relicitação de que trata a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. *Coluna Direito do Estado*. Ano 2017. Num 364. 12.06.17).

A prorrogação antecipada não se confunde com outras modalidades de prorrogação. Ela difere da chamada prorrogação emergencial, que é aquela que garante a continuidade da prestação do serviço público a título precário. Também não equivale à chamada prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro, situação em que o prazo contratual é ampliado para garantir a recomposição da relação entre tarifa e encargos da concessão. Ademais, também se distancia da prorrogação comum, já que esta se realiza ao final do prazo inicialmente previsto em cláusula do contrato de concessão original.

A principal controvérsia que surge em torno do tema está relacionada à extemporaneidade da autorização legislativa dessa prorrogação. A aptidão

da lei de produzir efeitos sobre contratos em andamento suscita dúvidas sobre eventual ofensa aos princípios constitucionais da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório.

O STF, de certo modo, chega tarde a essa discussão, que é de extrema relevância para os setores de infraestrutura.

O Tribunal de Contas da União (TCU) já se debruçou sobre a constitucionalidade da prorrogação antecipada, reconhecendo a validade do instituto nos contratos de concessão de arrendamento portuário (TC 024.882/2014-3) e de distribuição de energia elétrica (TC 003.375/2015-9) e ainda nos próprios contratos de parceria de setor ferroviário (TC 009.032/2016-9), em julgamento recente, de novembro de 2019.

Apesar de não estar em discussão nesta ADI a validade *in totum* do instituto da prorrogação antecipada, para contribuir com o debate e garantir melhor sinalização ao legislador ordinário, entendo necessário que esta Suprema Corte se dedique, nesta ocasião, a discutir a validade do instituto e os seus limites perante a ordem constitucional.

Essa tarefa afigura-se relevante até mesmo para que a segurança jurídica sobre a matéria não repouse somente nos pronunciamentos do órgão de controle externo, que certamente aprecia a questão sob outra ótica.

III – A prorrogação de contratos de concessão na jurisprudência do STF.

O texto constitucional contempla expressamente a possibilidade de prorrogação das concessões de serviço público no inciso I do parágrafo único do seu artigo 175, ao prever que: “ *a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos*” e “ *o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação* ”.

Não há maiores controvérsias acerca da constitucionalidade, em tese, da ampliação do prazo de vigência dos contratos de concessão e permissão de serviço público. A polêmica surge, como dito, de autorizações legislativas extemporâneas que passam a prever novas hipóteses de prorrogação não contempladas expressamente na avença original.

Ressalte-se que, nesses casos, não é a lei que determina de imediato a prorrogação do contrato. E nem poderia a norma jurídica em abstrato fazê-lo, sob pena de violação do próprio princípio da separação dos poderes. Como adverte com clareza o professor **Marçal Justen Filho** “ *a decisão por*

*estender o prazo de vigência de um contrato de concessão (...) é ato de gestão administrativa, de modo que cabe à Administração Pública e não ao Poder Legislativo, exercer um juízo (devidamente motivado) acerca da prorrogação, ou não do contrato” (JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administração Contemporâneo*. São Paulo, v. 4, n. 23, 2016, p. 109-111).*

Em face dos parâmetros estabelecidos na doutrina e na jurisprudência desta Corte, é possível delimitar alguns pressupostos e requisitos necessários para a validade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão.

a) Contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado

Em primeiro lugar, resta claro que qualquer modalidade de prorrogação só pode ocorrer no âmbito de contratos administrativos de prestação de serviço público que estejam vigentes e que tenham sido originariamente licitados.

Desse limite decorre **a inconstitucionalidade de leis que autorizem a prorrogação antecipada dos contratos de concessão não licitados**, ainda que esses contratos tenham sido celebrados antes da vigência da Constituição Federal de 1988.

Tal entendimento, além de decorrer da própria exegese constitucional, foi firmado na jurisprudência do STF a partir do julgamento da ADI 3.521 /PR. Neste caso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei do estado do Paraná que permitia a prorrogação de concessões e permissões de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros que haviam sido firmadas sem licitação e que, à época da edição da norma estavam vencidas ou vigoravam por prazo indeterminado. (ADI 3.521, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 16.3.2007).

Outros precedentes das Turmas deste Tribunal espelham tal entendimento: ARE 869.007 ED-AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 26.5.2017; ARE 724.396/RS-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.9.2015; ARE 807.715/PE-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe 27.3.2015; AI 811.212/RS-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ 1º.2.2010.

Assim, a lei que prevê a hipótese de prorrogação em qualquer modalidade só será constitucional se sua incidência estiver limitada a contratos previamente licitados pelo Poder Público.

b) Previsão da prorrogação no edital de licitação e no contrato original

Em segundo lugar, só é admissível a prorrogação de contratos de concessão se o pacto original já contiver previsão nesse sentido, exigência esta que também se estende ao edital de licitação correlato.

Isso porque, como a prorrogação antecipada tem o condão de apenas antecipar os efeitos de um prolongamento contratual comum, ela naturalmente pressupõe uma possibilidade preestabelecida de prorrogação comum prevista no contrato e no respectivo edital. Como bem destaca **Felipe Montenegro Viviani Guimarães** em estudo específico sobre o tema:

“ se o edital de licitação e/ou a minuta de contrato que o acompanha não previam, originalmente, a possibilidade de prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), tal espécie de prorrogação não pode ser realizada com base em posterior autorização legal, sob pena de burla ao princípio da isonomia e ao instituto jurídico da licitação pública ”. (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 191)

Assim, não é compatível com o ordenamento jurídico a prorrogação realizada a partir de lei superveniente ou mesmo de aditivo contratual quando não há previsão original da possibilidade da prorrogação comum da avença.

c) Discricionariedade da Administração Pública

Em terceiro lugar, a lei que prevê a prorrogação antecipada deve sempre submeter a possibilidade dessa prorrogação a uma decisão discricionária e motivada da Administração Pública, na figura do Poder Concedente. A lei superveniente, assim, não pode diretamente garantir o direito de prorrogação ao particular, sob pena de violação dos princípios constitucionais da eficiência, isonomia e publicidade. Como bem destacado nas lições da **Eminente Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha** :

“N ão se pode cogitar, por certo, de ter sido deixado arbítrio ao administrador concedente para prorrogar, ou não, a concessão, conforme os seus caprichos, humores ou qualquer outra condição inteiramente subjetiva, por ser isso absolutamente incompatível com os princípios que regem a Administração Pública”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público* . 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 61-62)

Essa limitação decorre da própria jurisprudência desta Corte, no sentido de que o contratado não possui direito subjetivo à renovação do prazo da concessão, sendo certo que a lei autorizadora é apenas um fundamento apto a ensejar uma decisão da Administração Pública de prorrogá-lo ou não.

Sobre esse ponto, vale ressaltar as considerações do **eminente Min. Dias Toffoli** no julgamento do RMS 34.203, em que se discutia o direito de prorrogação de contrato de produção de concessão de usina hidrelétrica perante o regime da Lei 9.074/1995, quando se pontuou que: *“ 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 ”.* (RMS 34.203, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 20.3.2018)

d) Vantajosidade

Por fim, sendo a prorrogação antecipada uma subespécie daquilo que a doutrina cunhou de “prorrogação por interesse público”, o princípio da eficiência demanda que o Poder Concedente coteje as relações de custo-benefício entre a realização do alongamento contratual ou a realização de um novo procedimento licitatório.

Desse modo, além de discricionária, a decisão da Administração Pública de realizar a prorrogação antecipada dos contratos deve sempre refletir o critério da vantajosidade. Esse requisito decorre diretamente do texto constitucional, ainda que a lei específica setorial não o preveja expressamente.

No caso específico da prorrogação antecipada, mesmo diante da autorização legislativa reputada como válida, o Poder Concedente terá sempre que examinar, em cada concessão *in concreto* , qual a conveniência

e oportunidade da Administração Pública em realizar a prorrogação *vis a vis* a promoção de um novo procedimento licitatório.

A esse respeito, são clarívidentes as considerações do professor **Egon Bockman Moreira** para quem “ *a decisão é privativa da Administração Pública, que não está obrigada a rescindir, nem a fazer novas licitações, nem a prorrogar os contratos* ”, de modo que “ *a Administração Pública deve examinar e comparar as três possibilidades e adotar a mais eficiente, em vista das alternativas que o cenário econômico lhe autorizar* ”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. R *evista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919).

Esse exame se dá principalmente a partir da elaboração de Análises de Impacto Regulatório (AIR) pelos órgãos da Administração Pública, projetando os possíveis cenários alternativos para atração de investimentos, com base em critérios como modicidade tarifária, eficiência, modernização da infraestrutura e qualidade e universalidade da prestação do serviço.

Assim, com base nos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais explorados neste voto, entendo que **a constitucionalidade da previsão legal da prorrogação antecipada** depende (i) que o contrato a ser prorrogado tenha sido previamente licitado; (ii) que o edital de licitação e o contrato original autorizem a prorrogação; (iii) que a decisão de prorrogação seja discricionária da Administração Pública e (iv) que tal decisão seja sempre lastrada no critério da vantajosidade. É a partir desses critérios que será discutida a constitucionalidade da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, objeto desta ADI.

IV – Prorrogação antecipada dos contratos de ferrovia

A Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, discutida na presente ADI, é resultante da conversão da Medida Provisória 752/2016, que instituiu diretrizes gerais para a adequação e modernização dos contratos de parcerias celebrados pela Administração Federal nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário.

A legislação deve ser compreendida dentro de um contexto maior de formulação de políticas públicas do Programa de Parceria de Investimentos (PPI) do Governo Federal, voltadas a conferir maior competitividade e dinamicidade aos setores logísticos.

Especificamente no setor ferroviário, estudos desenvolvidos a partir de 2015 por ocasião da segunda etapa do Programa de Investimento em Logística apontaram que a prorrogação antecipada de contratos como o da Malha Paulista, firmado pela União com a Ferrobahia no ano de 1999, teria o condão de atrair investimentos essenciais para a modernização da malha logística.

Essa opção revelou-se adequada principalmente pelo fato de os contratos de concessão ferroviária firmados na década de 1990 originalmente não preverem obrigações nem gatilhos de investimentos ao longo da concessão. Os deveres de aportes de recursos nesses pactos, ainda hoje vigentes, são restritos ao momento inicial da execução do acordo.

Tal modelagem estática e formal é bastante inadequada para a operacionalização de contratos de longo prazo, já que a natural indeterminação dos contratos de concessão congrega deveres de investimentos contínuos, em especial diante do desenvolvimento de novas tecnologias.

É nesse contexto que o Governo Federal chegou à conclusão de que as prorrogações antecipadas teriam o potencial de ensejar investimentos mais rapidamente do que a realização de novas licitações após o fim do prazo das concessões atualmente em vigor.

Do ponto de vista do controle de constitucionalidade da norma, **não compete ao Supremo Tribunal Federal perquirir o mérito decisão administrativa de prorrogação dos contratos vis a vis a realização de novos procedimentos licitatórios em situações concretas**. As avaliações nesse sentido devem ser desempenhadas pelo próprio Poder Concedente, em alinhamento com os órgãos de controle da Administração Pública.

A atuação do Judiciário, ao seu turno, deve estar adstrita ao exame de compatibilidade do quadro legal aos preceitos constitucionais, análise que aqui se desenvolve em um plano abstrato de validação do instituto da prorrogação antecipada qual delineado na Lei 13.448, de 5 de junho de 2017.

A partir das premissas fixadas neste voto, é possível concluir que a norma impugnada é compatível com os princípios constitucionais da Administração Pública que regem a prorrogação das concessões, sob as seguintes balizas.

Do ponto de vista da **exigência de licitação prévia** e da **vinculação ao instrumento convocatório**, observa-se que o legislador cuidou de restringir

a possibilidade de prorrogação antecipada aos casos em que tanto a versão original do contrato quanto o respectivo edital de licitação já autorizavam a prorrogação.

O próprio conceito de “prorrogação antecipada”, prevista no art. 4º, inciso II, da lei, pressupõe a autorização prévia do instrumento convocatório, ao expressar que o instituto corresponde à “ *alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original* ” (grifo nosso).

Ademais, a norma impugnada esclarece que a prorrogação antecipada não pode resultar em um alongamento de prazo superior ao previsto originalmente no pacto, de modo que irá ocorrer apenas “ *por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato* ” (art. 5º, § 3º). Isso corrobora a tese de que, da forma como concebido, o instituto equivaleria a uma precipitação de prorrogação já avençada originalmente.

No que concerne à **discricionariedade da prorrogação**, o mesmo art. 4º, inciso II, aduz que a prorrogação será feita “ *a critério do órgão ou da entidade competente* ”. Já o art. 5º, § 1º, mais uma vez, ressalta que as prorrogações comuns ou antecipadas dos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário “ *estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente* ”.

Assim, fica claro que a lei discutida não criou hipótese de prorrogação impositiva, mas apenas abriu margem para o alongamento do prazo no interesse da administração. Esse aspecto do diploma normativo ecoa a jurisprudência do STF no sentido de que não há direito líquido e certo do contratado a qualquer modalidade de prorrogação.

Por fim, verifica-se que a legislação também instituiu salvaguardas e mecanismos de controle da decisão administrativa voltados a garantir a **vantajosidade das prorrogações antecipadas**.

Como discutido acima, ainda que a legislação aplicável contemple autorização genérica da prorrogação, é sempre um ônus do Poder Concedente avaliar, a partir de um processo administrativo hígido, a vantagem de se obterem investimentos imediatos não previstos no contrato original, concedendo o alongamento do prazo do contrato de concessão em vez de se realizar um novo procedimento licitatório.

A insurgência da PGR, na condição de autora desta ADI, deve ser compreendida dentro deste aspecto de priorização do requisito da vantajosidade.

A autora sustenta que o art. 6º, §2º, inciso II, da norma impugnada teria flexibilizado a exigência de serviço adequado para a prorrogação das concessões ferroviárias. Referido dispositivo estabelece que, para que os contratos de ferrovia possam ser prorrogados, é necessário que se comprove:

Art. 6º, § 2º, II – “quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos”.

De acordo com o *Parquet*, ao estabelecer tais critérios de qualidade, a lei impugnada “estabeleceu novo conceito – mais brando – de serviço adequado e ainda impôs uma limitação temporal extremamente permissiva para sua aferição”. Ainda de acordo com a parte autora, tais requisitos teriam sido fixados “com a finalidade de sanear contratos vigentes notoriamente ineficazes, que não lograram expandir nem melhorar a qualidade do serviço de transporte de carga ferroviária no país” (eDOC 1, p.11).

Partindo de uma interpretação sistemática da norma, com foco nos parâmetros constitucionais estabelecidos neste voto, entendo que o argumento não merece prosperar.

De plano, não compete ao Judiciário rever o critério de discricionariedade do legislador no que atine ao grau de qualidade do serviço refletido nos critérios estabelecidos no art. 6º, § 2º, inciso II, da norma impugnada.

Ademais, verifica-se que os critérios temporais de cumprimento das metas de produção e segurança contemplados no dispositivo questionado são apenas requisitos mínimos e não por si sós suficientes para obtenção da prorrogação antecipada.

Tais critérios devem ser conjugados com os depois previstos na lei, tais como a “avaliação prévia e favorável do órgão regulador acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos

serviços ” (art. 8º, § 2º), bem como a observância dos “ *parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimento, a serem pactuados entre as partes* ” (art. 9º, inciso II).

Cabe, portanto, aos órgãos e entidades técnicas envolvidas no processo de análise dos pedidos de prorrogação antecipada, como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o Ministério da Infraestrutura (MInfra) e o PPI, examinar, no curso desse processo, a conveniência e a oportunidade da prorrogação, levando em conta, inclusive, a adequação e a qualidade do serviço prestado.

Ressalte-se que, além dessa avaliação feita pelo Poder Executivo, o art. 11 da Lei 13.448/2017 previu que, após a realização de consulta pública sobre as prorrogações, o Poder Executivo irá encaminhar ao Tribunal de Contas da União (TCU) os estudos técnicos sobre a prorrogação e os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de prestação adequada dos serviços de que trata o art. 6º da lei.

A lei, portanto, estabeleceu um interessante mecanismo de diálogo institucional que facilita a atuação do órgão de controle externo, inclusive de maneira prévia à assinatura do aditivo contratual.

Aplicando-se o referido dispositivo, destaca-se que, em novembro de 2019, o TCU chancelou a celebração de termo aditivo da prorrogação antecipada do contrato de concessão da Ferrovia Malha Paulista, concluindo que essa prorrogação seria oportuna do ponto de vista do interesse público.

Reforço, mais uma vez, que o papel desta Corte não se confunde com o exame dos atos administrativos concretos de prorrogação. Contudo, em um plano abstrato de cognoscibilidade, percebe-se que os requisitos fixados pelo diploma normativo para a prorrogação antecipada refletem os princípios da licitação, da eficiência e da moralidade administrativa, previstos no art. 37, *caput*, da CF.

V – Transferência não onerosa de bens operacionais no setor ferroviário

A parte autora também suscita a inconstitucionalidade da lei no ponto em que ela permite a transferência de bens operacionais e não operacionais da União de forma não onerosa às concessionárias. O *Parquet* defende que essa transferência estaria sendo feita sem qualquer contrapartida e sem

garantias mínimas de preservação do interesse público. Transcrevem-se os dispositivos impugnados:

“Art. 25. O órgão ou a entidade competente é autorizado a promover alterações nos contratos de parceria no setor ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, inclusive por meio de prorrogações ou relicitações da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados.

§ 3º Nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo, as partes promoverão a **extinção dos contratos de arrendamento de bens vinculados aos contratos de parceria** no setor ferroviário, preservando-se as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos de arrendamento extintos na equação econômico-financeira dos contratos de parceria.

§ 4º Os bens operacionais e não operacionais relacionados aos contratos de arrendamento extintos serão transferidos de forma não onerosa ao contratado e integrarão o contrato de parceria adaptado, com exceção dos bens imóveis, que serão objeto de cessão de uso ao contratado, observado o disposto no § 2º deste artigo e sem prejuízo de outras obrigações.

§ 5º Ao contratado caberá gerir, substituir, dispor ou desfazer-se dos bens móveis operacionais e não operacionais já transferidos ou que venham a integrar os contratos de parceria nos termos do § 3º deste artigo, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços pactuadas contratualmente”.

Sobre esse ponto, convém esclarecer que, quando houve a desestatização do setor na década de 1990 e a extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), os bens antes pertencentes a essa empresa estatal passaram a ser objeto de contrato de arrendamento celebrado entre o Poder Concedente e os concessionários das ferrovias.

Assim, por ocasião da liberalização do setor, os agentes privados passaram a celebrar dois negócios jurídicos com o Poder Público: (i) o contrato de arrendamento, que outorgava o direito de uso desses bens; e (ii) o contrato de concessão ferroviária, que outorgava o direito de exploração do serviço por prazo determinado.

De acordo com as informações prestadas União (eDOC 79), o objetivo da lei impugnada nesta ADI foi o de “ *concentrar em um único instrumento contratual, o que permitirá uma uniformidade de tratamento jurídico, admitindo que o regramento aplicável aos bens arrendados, quando*

transferidos, possa aproveitar aos aprimoramentos regulatórios experimentados pelo contrato de concessão” (Edoc 79).

Mais do que uma mera mudança de forma, a lei buscou alterar a abordagem regulatória dos bens públicos no setor ferroviário. Isso porque o controle sobre os bens públicos reversíveis, quando estes são integrados no contrato de arrendamento, segue uma abordagem patrimonial, em que a detenção e a conservação de bens depreciados constituem o núcleo da proteção jurídica.

Com a possibilidade de integração dos bens no contrato de concessão, passa-se a um paradigma de controle funcional, em que o foco do controle estatal reside na instrumentalidade de tais bens para realização dos objetivos da concessão. Essa mudança permitirá que os concessionários implementem uma gestão mais eficiente dos bens, inclusive possibilitando a agregação de novas soluções tecnológicas na malha ferroviária.

Independentemente do mérito dessa opção de política pública, do ponto de vista estrito do controle de legalidade e constitucionalidade, não se vislumbra que a alteração legislativa tenha confrontado o texto constitucional.

Os § 3º e § 4º do art. 25 da lei consagram que serão preservadas as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos extintos dentro da equação econômica financeira dos contratos prorrogados, de modo que os bens antes objeto de arrendamento passarão a integrar o próprio contrato de parceria ou de concessão.

A aplicação dessa cláusula legal implica a vedação a qualquer possibilidade de doação de tais bens à titularidade privada. Como bem destacado pelo professor Marçal Justen Filho em parecer juntado aos autos sobre a questão:

“ O concessionário continuará responsabilizado pelo montante econômico correspondente à fruição dos bens . Não haverá a eliminação da obrigação de uma contrapartida pela posse dos bens originalmente a ele arrendado. Todos os valores ainda por vencer continuarão a ser considerados na relação entre encargos e vantagens inerentes ao contrato” . (eDOC 49, p. 13).

Desse modo, na realidade, a expressão “ *não onerosa* ” não designa uma transferência gratuita de bens, até mesmo porque, além de os valores atinentes à titularidade dos bens serem considerados para fins de equação

econômico-financeira do contrato, ao final da concessão, todos os bens móveis e imóveis necessários à prestação do serviço serão revertidos à União, conforme dispõe o § 6º do dispositivo discutido.

VI – Realização de investimentos em malha de interesse da Administração Pública

Por fim, a PGR se insurge contra os arts. 25, § 1º, e 30, § 2º, da lei, que autorizam o Poder Concedente a pactuar com o concessionário a realização de investimentos em malha ferroviária de interesse da Administração Pública. Transcrevem-se os dispositivos:

“Art. 25. O órgão ou a entidade competente é autorizado a promover alterações nos contratos de parceria no setor ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, inclusive por meio de prorrogações ou relições da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados.

§ 1º O órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, admitida a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

De acordo com a PGR, tais dispositivos violariam duplamente o princípio constitucional da licitação, porque tal obrigação (i) altera substancialmente o objeto da concessão e (ii) transfere a obrigação de investimento do Poder Público para a concessionária, que poderá realizar tais investimentos diretamente.

A possibilidade de imposição de obrigações de investimento em malha de interesse da Administração Pública foi uma opção encontrada pelo Governo Federal para modernizar o desenho regulatório, garantindo que os investimentos decorrentes da prorrogação antecipada fossem efetivamente revertidos para a infraestrutura ferroviária.

A Secretaria do PPI justificou essa escolha apontando que a sistemática de investimentos nas malhas de interesse da administração “ *permite a retroalimentação do modal, com a conseqüente redução dos gargalos logísticos, a partir da utilização dos investimentos do setor nele próprio,*

considerando que a Administração poderia, como sempre fez, simplesmente recolher o valor de outorgas aos cofres da União” (eDOC 79 p. 45).

Não se nega que a solução buscada pela lei seja de fato inovadora. A lógica da norma é vincular a pactuação dos aditivos de prorrogação a obrigações de fazer voltadas a investimentos em malhas a serem definidas de acordo com a necessidade logística da estrutura ferroviária nacional.

O legislador preferiu garantir que o valor econômico decorrente das prorrogações fosse de fato canalizado para a reestruturação das ferrovias brasileiras, em vez de determinar eventualmente o pagamento de outorga pela prorrogação que seria destinado à União.

Tal preferência se deve às indiscutíveis dificuldades do setor ferroviário nacional, atualmente marcado por grandes problemas de atraso tecnológico e de baixa capacidade operacional. Uma saída para superar esse problema foi buscada no setor em 2018 com a criação do chamado “Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário” (FNDF), que era composto pelo bônus de outorga de trecho da Ferrovia Norte-Sul, com destinação às ferrovias do estado do Pará. Com exceção dessa iniciativa, porém, ainda são escassas as políticas públicas estruturais de destinação de investimentos à infraestrutura ferroviária.

Tendo em vista também esse quadro fático, não antevejo violação ao princípio da licitação no dispositivo supramencionado.

A assunção de novas obrigações de fazer para investimento em malhas do interesse da Administração Pública não desfigura o objeto do contrato de concessão ferroviária. Sendo o contrato de concessão um acordo bilateral que opera no interesse da Administração Pública, nada impede que, de forma acessória à obrigação principal de prestação adequada do serviço dentro da malha licitada, sejam também pactuadas obrigações não diretamente relacionadas ao empreendimento.

Também não reputo violado o princípio licitatório ante a transferência da obrigação de investimento do Poder Público. É que o preceito constitucional da licitação incide tão somente sobre contratações da Administração Pública com particulares, e não sobre aquelas havidas por agentes privados entre si, ainda que tais agentes sejam delegatários de serviço público.

Sem embargos da inexistência de vício constitucional na norma, é importante que o aplicador da política pública desenhada seja rigidamente controlado e fiscalizado, a fim de se garantir que a assunção dos compromissos de investimento em malha de interesse da Administração Pública seja opção tão ou mais vantajosa do que o recolhimento de outorga ou do que qualquer outra contraprestação que poderia ser imposta em favor do Poder Público.

VII – Dispositivo

Ante o exposto, acompanho a Eminente Ministra Relatora, e voto pela **improcedência** da ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 04/12/2027