

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pela e. Ministra Cármen Lúcia. Apenas para expressar as premissas que conduziram às minhas conclusões na matéria, permito-me consignar que se trata de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 6º, § 2º, II, art. 25, § 1º e §§ 3º a 5º e art. 30, § 2º, da Lei n.º 13.448/2017, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 752/2016, que trata das diretrizes a serem aplicadas à prorrogação dos contratos de parceria em ferrovias.

A PGR argumenta, em apertada síntese, que “ os contratos de concessão de rodovias e ferrovias no Brasil possuem vasto histórico de descumprimento de cláusulas contratuais, de dilapidação do patrimônio público e de flagrante desrespeito ao interesse público ”, fatores que atribui às limitações dos contratos, à negligência das concessionárias e à fragilidade do processo licitatório.

Diante de tal cenário, a PGR questiona iniciativas do governo federal para prorrogação de tais contratos, como a norma objeto da presente ação. Em sua óptica, os dispositivos impugnados **i)** estabelecem critérios mais brandos para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovia (art. 6º, § 2º, II); **ii)** promovem doação de patrimônio público (art. 25, § 1º e §§ 3º a 5º) e **iii)** permitem a execução, diretamente pelos concessionários, de investimentos fora do objeto de concessão (art. 30, § 2º), em contrariedade aos princípios do art. 37, da Constituição da República.

Em sessão de julgamento ocorrida em 20.2.2020, o Plenário deste Supremo Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a medida cautelar requerida, recebendo o acórdão a seguinte ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. SETOR FERROVIÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO INC. II DO ART. 6º, DOS §§ 1º, 3º, 4º E 5º DO ART. 25 E DO § 2º DO ART. 30 DA LEI N. 13.448, DE 5.6.2017. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS . MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA” (DJ 6.7.2020).

Era o que cabia rememorar.

Tal como ressaltou a e. Ministra Relatora Cármen Lúcia, o objeto da presente ação circunscreve-se aos seguintes temas e normas legais: a) condicionantes para prorrogação antecipada da concessão ferroviária, que teriam sido atenuados pela Lei n. 13.448/2017 em decorrência da conversão em lei da medida provisória, pelo que a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT teria dificuldades de atestar que essas concessionárias prestam serviço adequado (inc. II do § 2º do art. 6º); b) extinção dos contratos de arrendamento, com a transferência não onerosa dos bens operacionais e não operacionais ao contratado, ausentes prévio inventário dos bens transferidos e formalidades legais (§§ 3º a 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017); c) autorização para o concessionário realizar investimentos em outros pontos de interesse público, não restrito à malha ferroviária concedida, a caracterizar investimentos cruzados (§ 1º do art. 25 e § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448/2017).

Passo a analisar as alegações de inconstitucionalidade quanto aos três itens impugnados.

a) Art. 6º, § 2º, II, da Lei n.º 13.448/2017

O dispositivo trata da possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias. Reproduzo seu teor:

“Art. 6.º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

§ 1.º A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontra-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.

§ 2.º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

(...)

II - quanto a 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 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.”

Sustenta-se que a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias foi prevista mediante a inclusão de investimentos não constantes do instrumento contratual original, bem como do atendimento de determinadas condições. Haveria, assim, uma condição objetiva genérica, ao dispor que a prorrogação só seria para os casos de contratos cuja vigência estivesse entre 50 e 90% do prazo originalmente previsto e, de outra parte, condições objetivas específicas para os contratos de concessão de rodovias e de ferrovias. Quanto a estas últimas, seria necessária a prestação de serviço adequado, considerando-se o cumprimento de metas de segurança ou produção por determinado período.

Após a conversão da MP em Lei, o requisito de serviço adequado seria atendido com o cumprimento de metas de produção e de segurança, nos três dos últimos cinco anos de execução do contrato. Para a PGR, portanto, haveria uma flexibilização dos requisitos, eis que serviço adequado contratualmente se define como sendo aquele que atende condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas. Alternativamente, bastaria apenas o cumprimento das metas de segurança por apenas quatro dos últimos cinco anos de vigência do contrato.

Assim, conforme a PGR, os requisitos da lei objeto da conversão foram mais brandos em relação aos previstos na MP, acentuando-se o desrespeito à obrigação de prestação adequada do serviço. A PGR sustenta que a MP 752/2016 e sua lei de conversão criaram condições distintas daquelas previstas em contrato para fins de prorrogação da concessão de ferrovias. No entender da PGR, *“ os contratos originais previam a possibilidade de sua prorrogação apenas se a concessionária não fosse reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e se atingisse e mantivesse a prestação de serviço adequado” (...)* *“a lei estabeleceu novo conceito – mais brando – de serviço adequado e ainda impôs uma limitação temporal extremamente permissiva para sua aferição. Isso tudo, 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”.*

Haveria, portanto, violação ao interesse público, na medida em que, conforme a PGR, *“ a relativização dos termos contratuais originalmente pactuados demonstra conivência com concessionárias que não cumprem suas obrigações contratuais, com consequências nefastas para a correta*

execução de seus termos”, além de dificultar a fiscalização exercida pela ANTT, diante da flexibilização dos critérios para aferição da adequação do serviço. Em síntese, a PGR afirma que embora a Constituição, no art. 175, parágrafo único, I, preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão, tal prorrogação não pode se dar sem respeito aos princípios constitucionais que regem os serviços públicos, em particular os dispostos no *caput* do art. 37 e a regra da licitação.

b) Art. 25, §§ 3º a 5º,

Tais parágrafos preveem a transferência não onerosa de bens operacionais e não operacionais ao contratado, sem prévio inventário, nos casos de extinção de contratos de arrendamento. Eis seu teor:

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.

(...)

§3.º 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.

§4.º 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 §2.º deste artigo e sem prejuízo de outras obrigações.

§5.º 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 §3.º deste artigo, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços pactuadas contratualmente.

§6.º Ao final da vigência dos contratos de parceria, todos os bens móveis e imóveis necessários à execução dos serviços contratados e vinculados à disponibilização de capacidade, nos volumes e nas

condições pactuadas entre as partes, serão revertidos à União, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cabendo indenização no caso da parcela não amortizada do investimento.

A PGR aduz que, ao preverem a extinção de contratos de arrendamento com a conseqüente transferência não onerosa dos bens operacionais e não operacionais ao contratado, sem exigência de prévio inventário dos bens transferidos, houve desrespeito ao interesse público.

A dispensa de inventário tornaria a hipótese espécie de doação de bens públicos sem qualquer formalidade ou fiscalização, com violação do princípio da moralidade. Em suma, a PGR argumenta que ao permitir o incremento do patrimônio privado das concessionárias com livre disposição de patrimônio público há desrespeito ao art. 37, *caput*, da Constituição.

c) Art. 25, § 1º e ao art. 30, § 2º

Os dispositivos permitem investimentos em malhas de interesse da União, como se vê de seu teor:

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 relances da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados.

§1.º 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 contratos em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.

(...)

Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário.

(...)

§2.º Os valores apurados com base no *caput* deste artigo poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.”

A PGR sustenta que, ao permitir que a concessionária faça investimentos em malhas de interesse da União há violação ao dever de licitar. Primeiro porque essa nova obrigação contratual alteraria o objeto da concessão. E, em segundo lugar, porque a obrigação de investimento seria transferida do Poder Público para a concessionária, em afronta ao art. 37, XXI, CF, que impõe a exigência de licitação pública.

Os argumentos da PGR, portanto, cingem-se à contrariedade aos princípios constitucionais da eficiência, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, nos termos do art. 37, CRFB, bem como à regra da licitação, prevista no inciso XXI do mesmo dispositivo. Haveria, também violação ao art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição, que trata de manutenção de serviço adequado por concessionário ou permissionário de serviço público.

Tal como sublinhou a e. Ministra Relatora, é preciso reconhecer que a prorrogação indefinida do contrato representa burla às determinações legais e constitucionais quanto à licitação obrigatória para adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos.

Nesse sentido, peço respeitosa vênia à e. Ministra Cármen Lúcia para manifestar divergência. Reputo existente violação aos princípios que regem a administração pública, insculpidos no art. 37, CRFB. Com efeito, haure-se, do cotejo dos dispositivos impugnados e da leitura constitucionalmente adequada dos princípios do art. 37, *caput*, sensíveis discrepâncias, seja por violação ao princípio da eficiência, seja por desrespeito ao princípio da impessoalidade.

A redução do prazo e o abandono dos requisitos para avaliação da adequação do contrato, operada pelo § 2º do art. 6º da Lei n.º 13.448/2017, conflita com os princípios constitucionais do art. 37, CRFB. Os princípios da eficiência e do interesse público demandam que, para melhor prestação do serviço ao administrado, o contrato possa ser avaliado na inteireza do seu prazo de vigência. De outro lado, abrandar os requisitos para prestação de serviço adequado, reduzindo-os aos critérios de produção e de segurança, desprezando, portanto, a avaliação das condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas também permite verificar aparente violação dos princípios do art. 37, CRFB, notadamente eficiência e impessoalidade.

Ademais, também não se coaduna com os princípios da impessoalidade e da eficiência o entrave ao poder fiscalizatório da ANTT. Nesse sentido, anotam Cássio Roberto dos Santos Andrade, Valmir Peixoto Costa e Raquel Alkmim Figueiredo Mendonça que tal dispositivo teria “ *abonado o inadimplemento contratual ocorrido, já que o § 2º do art. 6º mitigou a análise do cumprimento dos contratos a menos de um terço do período executado. Esvaziou, destarte, a obrigação da Agência Nacional de Transportes Terrestres de aferir a prestação adequada do serviço na extensão do contratado, conforme explicitado pelo art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Carta Maior. De fato, à luz do interesse público, só se pode renovar aquilo que vem atendendo, satisfatoriamente, as metas do serviço concedido* ”. (*Federalismo e Política de Transporte Ferroviário. Renovação Antecipada dos Contratos de Concessão. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5991*. In: **Federalismo (S)em Juízo** . SCAFF, Fernando Facury (coord.). 1. ed – São Paulo: Noeses, 2019. p. 788).

Do mesmo modo, a flexibilização dos requisitos para renovação das concessões, nos moldes da Lei n.º 13.448/2017, mitiga a possibilidade de participação de mais interessados e viola, ainda, o princípio da competitividade e a regra da licitação, que têm assento constitucional e que permite à Administração a contratação da melhor proposta.

Friso que não se trata de impugnar a possibilidade de prorrogação das concessões de serviços públicos. Discute-se, na presente ação direta, a constitucionalidade de dispositivos que estão em desacordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade e que embasam a conduta administrativa.

Com efeito, a exigência contida no inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017, no ponto em que versa sobre a observância das metas de produção e segurança definidas em cada contrato para o cumprimento de serviço adequado, importa em ofensa à eficiência e favorecimento de interesses particulares em detrimento do interesse público.

Ante o exposto, homenageando conclusões diversas, peço vênias para divergir e julgo procedente o pedido, de modo a declarar a inconstitucionalidade dos art. 6º, § 2º, II, art. 25, § 1º e §§ 3º a 5º e art. 30, § 2º, da Lei n.º 13.448/2017, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 752 /2016, por violação ao art. 37, CRFB.

É como voto.