

## VOTO - VISTA

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Solidariedade, contra o Decreto n. 65.574/2021, do Estado de São Paulo, que autorizou a prorrogação antecipada, pelo prazo de 25 anos, da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara, executado pela empresa METRA, com a incorporação, na condição de novos investimentos, do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente, e o Decreto n. 65.575/2021, que aprovou o regulamento da Concessão do Serviço de Transporte Coletivo dos Sistemas Corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT-ABC e Sistema Remanescente.

A relatora, Ministra Cármen Lúcia, encaminhou voto no sentido de: *“a) conhecer a presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; b) julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo; c) modular os efeitos da decisão para assegurar a persistência dos atos administrativos praticados com base nos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 pelo prazo de doze meses, a contar da data em que concluído o julgamento desta ação, período em que o Estado de São Paulo deverá assumir diretamente ou licitar os serviços de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT/ABC e Sistema Remanescente”*.

Entendeu Sua Excelência que os Decretos impugnados, ao prorrogarem antecipadamente o prazo de vigência da concessão do serviço de transporte e, especialmente, modificarem o objeto do contrato de concessão, violaram os princípios constitucionais da prévia licitação para contratar com a administração pública, da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, além do art. 175 da Constituição Federal.

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre a questão controvertida.

Acompanho a eminente Relatora quanto ao conhecimento da ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No mérito, peço vênia à Ministra Cármen Lúcia para divergir.

No caso, resta saber se a prorrogação antecipada (ou prorrogação mediante contrapartida), promovida pelos decretos impugnados, ocorreu dentro dos limites constitucionais explicitados no julgamento da ADI n. 5.991, de modo a garantir vantagem para a administração, ou implicou alteração de objeto do contrato de concessão, configurando burla ao princípio da prévia licitação administrativa.

Sobre a matéria, tive oportunidade de me manifestar, na ADI n. 5.991, também de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que analisou a constitucionalidade do art. 6º, § 2º, II, art. 25, § 1º e §3º a §5º, e art. 30, §2º, da Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, ao estabelecer os critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovia. Por oportuno, rememoro os principais pontos levantados naquela ocasião.

#### **“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." (ADI n. 5.991, Rel. Min. Cármen Lúcia, )



Ou seja, a prorrogação antecipada, em abstrato, é uma medida constitucional, observados os requisitos legais bem delimitados no acórdão da ADI n. 5.991.

Sendo a prorrogação antecipada juridicamente possível, é necessário verificar se os Decretos paulistas (n. 65.574/2021 e n. 65.757/2021), que promoveram a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão do serviço de transporte coletivo do corredor metropolitano São Mateus /Jabaquara, atendem aos princípios constitucionais e legais que delimitam o novo instituto.

#### **IV – Prorrogação antecipada do contrato de concessão do serviço de transporte coletivo do corredor metropolitano São Mateus/Jabaquara pelos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021, do Estado de São Paulo**

Como já mencionado, a prorrogação antecipada de contratos administrativos está prevista de forma esparsa em nossa legislação.

No caso dos contratos de concessão de transporte coletivo, existe a Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017 – que institui diretrizes gerais para a adequação e modernização dos contratos de parcerias celebrados pela Administração Federal nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, objeto da ADI n. 5.991 – e a Lei n. 16.933, de 2019, do Estado de São Paulo – que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria.

Os Decretos estaduais n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021, do Estado de São Paulo, objetos desta ação direta, com base na legislação federal e estadual referidas, determinaram a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU n. 020/1997, firmado com a Concessionária Metra, que explora o transporte intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara. Como contrapartida para a prorrogação antecipada, a concessionária incorporou, na condição de novos investimentos, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente (antiga Área 5 da RMSF), linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação original.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, entendeu que a incorporação das duas novas áreas de concessão não poderiam ser compreendidas como novos investimentos , para fins de contrapartida pela prorrogação,

implicando, na verdade, alteração do objeto do contrato. Nesse ponto, peço vênua à douta relatora para divergir.

Entendo que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da norma, **não compete ao Supremo Tribunal Federal perquirir o mérito da 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, a 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 tal qual delineado na Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, na Lei Estadual n. 16.933, de 2019, do Estado de São Paulo e nos decretos estaduais impugnados.

A partir das premissas aqui fixadas, é possível concluir que os decretos impugnados são compatíveis com os princípios constitucionais da Administração Pública que regem a prorrogação das concessões, sob as seguintes balizas: **exigência de licitação prévia** e da **vinculação ao instrumento convocatório**; prorrogação por prazo não superior ao originalmente admitido; **discricionariedade da prorrogação**, e **vantajosidade da prorrogação antecipada para a administração**.

A vantajosidade da prorrogação, no entanto, parece ser o ponto de divergência entre meu voto e o voto da relatora, razão pela qual irei nele me aprofundar.

No caso concreto, o Estado de São Paulo apresenta memoriais no qual afirma que as medidas questionadas foram *“fundamentadas na legislação de regência e em robustos estudos técnicos e financeiros, significaram evidente economia de recursos orçamentários e manifesta melhoria na qualidade do serviço público prestado à população”*.

Como manifestei em meu voto na ADI n. 5.991, entendo caber aos órgãos e entidades técnicas envolvidas no processo de análise dos pedidos de prorrogação antecipada, examinar a conveniência e a oportunidade da prorrogação, levando em conta, inclusive, a adequação e a qualidade do serviço prestado.

Assim como a lei federal, a lei estadual condicionou a decisão da administração a *“ estudo técnico que fundamente vantagem da prorrogação*

*do contrato de parceira em relação à realização de nova licitação para o empreendimento” (art. 7º).*

O decretos estaduais que prorrogaram antecipadamente a concessão com a empresa METRA parecem ter atendido ao requisito em questão.

Conforme Nota Técnica do Departamento de Monitoração da Qualidade Operacional – DMQ (NT-DMQ-003/2022), foram realizados diversos estudos técnicos que apontaram a vantajosidade para administração diante da contrapartida proposta, especialmente considerando o histórico e a qualidade do serviços de transporte prestados na região. Para melhor clareza, transcrevo o seguinte trecho:

“A análise de pertinência da qualificação, para além dos requisitos insculpidos na legislação, contou com a apreciação institucional, operacional e jurídica de órgãos da EMTU/SP, da Secretaria dos Transportes Metropolitanos – STM e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – PGE-SP, que gerou um conjunto de documentos tais como: IT-CTC-489/2019, IT-DMQ-030/2019, Parecer GAJ-083/2019, Parecer CJ/STM nº 064/2019.

Ao passo em que a Coordenadora de Transportes Coletivos – CTC /STM reconheceu, para fins de qualificação, ‘a adequação do Contrato de Concessão em análise, dada a natureza do vínculo contratual (contrato de concessão) e a atividade delegada (transporte público coletivo sobre pneus)’, também ressaltou a compatibilidade da proposta diante das políticas públicas em vigor, em especial o Plano Integrado de Transportes Urbanos – PITU 2025.

Após esse ato, o processo foi remetido à apreciação da EMTU/SP, que converge no entendimento pela qualificação do Contrato. Do ponto de vista operacional e em cotejo com as demais políticas públicas invocadas (PPA 2016-2019, Plano de Expansão da STM e Política Estadual de Mobilidade Metropolitana), pontua-se pela necessidade de se avaliar o impacto dos novos investimentos propostos sobre as permissões precárias da Área 5 da RMSP e do próprio corredor ABD.

No tocante às permissões, em vista das dificuldades de licitar aquelas linhas em regime de concessão e da pior avaliação em termos de qualidade operacional (05 licitações realizadas desde 2005 sem sucesso) ponderou para que os estudos contemplassem eventual redesenho das linhas intermunicipais, na condição de alimentadoras e complementares dos novos sistemas troncais em operação, desde que juridicamente viável.

(...)

Após referendado o Parecer pela Procuradoria Geral do Estado, foi proferido o Despacho GS nº 65/2019, de lavra do Ilmo. Secretário dos Transportes Metropolitanos, declarando a qualificação do Contrato para fins de Lei Estadual nº 16.933/2019 e determinado à EMTU a instauração do devido processo administrativo responsável pelos estudos relativos à viabilidade técnica, econômica e jurídica da proposta de prorrogação antecipada.”

Especificamente em relação às questões técnicas envolvendo a prorrogação antecipada na forma proposta, destaca:

“A Área 5 da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP é composta pelos municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul, sendo a única região operacional do transporte coletivo metropolitano de passageiros sobre pneus da RMSP que não ocorreram interessados nas diversas licitações realizadas desde o ano de 2005, permanecendo, portanto, sob o regime de permissão há décadas.

A idade média da frota enquanto permissionários a título precário era extremamente elevada, sendo a maior dentre todas as regiões da RMSP. Essa situação em que os ônibus estavam com idade elevada, provoca diversos impactos na operação, tais como um alto índice de quebra dos veículos, o que leva a um índice de cumprimento de viagens reduzido, sendo o principal prejudicado a população usuário desses serviços.

Quando avaliamos os impactos para os usuários: a falta de viagens por veículos em má condição, provoca superlotação. Além disso, por conta da idade elevada da frota nessa região, as condições de conforto eram afetadas pela ocorrência de goteiras no interior dos veículos, ausência de ar-condicionado, entre outras coisas.

O Sistema Remanescente é e era composto por 97 linhas intermunicipais, com a pior avaliação no índice de Qualidade do Transporte – IQT, (...).

Essa situação compromete consideravelmente o padrão de qualidade dos serviços e de racionalização do sistema. Apesar de todos os esforços da Administração Pública para o aperfeiçoamento dos serviços e para a solução das não conformidades, a precariedade dos instrumentos- permissões a título precário e a não efetivação de uma concessão nessa área, trazia incentivos inadequados para contornar essa situação, seja porque as multas aplicadas não cumprem

o objetivo de corrigir as falhas e prevenir novas infrações, seja, ainda, pela dificuldade de se estabelecer um padrão de serviço para todos os operadores em regime precário e de qualidade a todos os usuários.

Em suma, **para a Área 05 a circunstância é negativa de modo geral** : ao Poder Concedente, pelas dificuldades já relatadas em termos de fiscalização e regulação dos serviços; aos operadores precários por ensejar verdadeira assimetria regulatória; por fim, aos passageiros por não usufruir do serviço adequado considerando a dissonância de qualidade quando comparado com os serviços prestado pelas concessionárias da RMSP, operadoras das Áreas 01 a 04, do Corredor São Mateus/Jabaquara e sua extensão Diadema/Morumbi.

Desde o ano de 2005 por 5 vezes tentou-se realizar a licitação para concessão da Área 5 da RMSP, conforme podemos ver no breve histórico abaixo.

(...)

O **insucesso das licitações se explica pela concorrência dos sistemas estruturados presentes na Área 5**, que conta com a rede estrutural o Corredor São Mateus/Jabaquara, e sua extensão Diadema/Morumbi, a Linha 10 – Turquesa da CPTM, Linha 2 – Verde do Metrô e o Expresso Tiradentes, operado pela SPTrans, ligando o bairro do Sacomã ao Parque Dom Pedro II e no futuro, o Sistema BRT ABC, ligando o município de São Bernardo do Campo, no Paço Municipal, a São Paulo nas estações Tamanduatei e Sacomã da Linha 2 – Verde do Metrô e, por fim, um transporte municipal bem organizado, que acaba por limitar/inviabilizar o desempenho operacional do transporte intermunicipal (metropolitano) por ônibus.

Como se vê o objeto para a Licitação do transporte de passageiros por ônibus metropolitanos da Área 5 **é residual**, contando com linhas de longa distância, viário ruim, congestionados e com demanda aquém do necessário para conferir a viabilidade econômico-financeira para o sucesso de uma licitação para a concessão autônoma.

Ademais, o futuro Sistema BRT ABC, ligando o município de São Bernardo do Campo, no Paço Municipal, a São Paulo nas estações Tamanduatei e Sacomã da Linha 2 – Verde do Metrô remodelará a rede de transporte da Área 05, implicando em necessária racionalização do sistema beneficiando a qualidade do transporte de passageiros, entretanto, corroborando para a **inviabilidade técnica da concessão autônoma para a Área 05** da RMSP.

Nesse contexto, **um contrato único** integrando o (i) Corredor São Mateus/Jabaquara, e sua extensão Diadema/Morumbi, (ii) a operação do transporte intermunicipal por ônibus da Área 5, após a devida racionalização, e (iii) a implantação e operação do futuro BRT ABC, ligando São Bernardo do Campo a Estação Tamanduatei/Sacomã **encontra fundamentação técnico-operacional, econômico-financeiro e jurídica**.” (destaquei)

Como conclusão, a Nota Técnica destaca:

“Com relação aos benefícios esperados, com a absorção da Área 5 da RMSP e a implantação do Sistema BRT ABC ao objeto Contrato de Concessão nº 20/1997, dentre outros, temos desde o tempo de percurso e distancia para as viagens intermunicipais dos municípios do ABC com a Capital e a redução da frota operacional utilizada na Área 5 em 17,5%, resultando num **sistema mais enxuto**, mais racionalizado, **integrado de forma a capitalizar com o conjunto**, traduzindo-se em **benefícios econômico-financeiros com redução de custos**, viabilidade de maior integração física e/ou tarifária, sem falar na regularização institucional da Área 5 da RMSP.

Sob o ponto de vista do sistema viário dos municípios que compõem a área de influência do empreendimento composto pelo Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara e sua extensão Diadema-Brooklin, do Sistema BRT ABC e do Sistema intermunicipal da Área 5, destacamos os **benefícios para o tráfego geral**, através do aumento da velocidade, redução dos congestionamentos e migração das viagens do modo individual para o coletivo, havendo uma significativa redução nas emissões de poluentes e de ruídos.

Assim, pelas razões de fato e de direito expostas, a área técnica da EMTU/SP justifica a viabilidade da inclusão da Área 05 e do Sistema BRT ABC ao objeto do Contrato de Concessão do Corredor São Mateus /Jabaquara, e sua extensão Diadema/Morumbi, considerando os diversos ganhos operacionais e demonstrando que a absorção da Área 05 (i) está em conformidade com a natureza do objeto do Contrato de Concessão original; e (ii) retrata a execução de serviços público insuscetível de exploração autônoma, considerando as evidências fáticas que se colocaram desde 2005, ante as infrutíferas tentativas de licitar a Área 5 da RMSP.”

Tendo em vista também esse quadro fático, não vejo violação ao princípio da licitação na prorrogação antecipada pelos decretos impugnados.

Entendo que a assunção de novas obrigações de fazer para investimento em malhas do interesse da Administração Pública não desfigura o objeto do contrato de concessão original. 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 novas obrigações.

Como destaquei ao votar a ADI n. 5.991, 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. Pelas razões detalhadas nos pareceres técnicos, parece ser clara a vantajosidade para a administração pública e para a sociedade paulista mediante a assunção de novos investimentos no sistema de transporte pela concessionária Metra.

Ante o exposto, peço vênia à relatora para **divergir** e votar pela constitucionalidade dos Decretos n. 65.574 e n. 65.757, do Estado de São Paulo.

Plenário Virtual - minuta do voto