



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 229/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 218.476/2018

Excelentíssima Senhora Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal

[ação referida no parecer produzido na ADI 5684, rel. o Min. Dias Toffoli]

[Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, fruto da conversão da Medida Provisória 752, de 24 de novembro de 2016. Prorrogação antecipada de contratos de parceria no setor ferroviário. Flexibilização de condições específicas estabelecidas no contrato original para a prorrogação da concessão. Doação de bens públicos sem formalidades e sem possibilidade de fiscalização. Investimento fora do objeto de concessão. Afronta aos arts. 37–caput-XXI, 62–caput e 175–parágrafo único–IV da Constituição]

A **Procuradora-Geral da República**, com fundamento nos artigos 102–I–a–p, 103–VI e 129–IV da Constituição, no art. 46–parágrafo único–I da Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868/1999, propõe

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,

com pedido de medida cautelar, contra o art. 6.º–§2º–II, art. 25–§1.º e §§3.º a 5.º e art. 30–§2.º da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, fruto da conversão da Medida Provisória 752, de 24 de novembro de 2016, que estabelecem critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovia, promovem doação de

patrimônio público e permitem a execução, diretamente pelos concessionários, de investimentos fora do objeto de concessão.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (art. 3.º–parágrafo único da Lei 9.868/1999) e de peças relevantes à compreensão da controvérsia, em especial da manifestação da 3.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – 3.ª CCR, objeto do Ofício 170/2017/AC/3CCR, utilizada como base na elaboração desta ação direta.

I Objeto da Ação

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

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.

(...)

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.

§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.**

(...) §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.

(...)

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.**

(grifei)

Os dispositivos grifados contrariam os arts. 37–*caput* (eficiência, impessoalidade, moralidade e razoabilidade), 37–XXI (regra da licitação) e 175–parágrafo único–IV (manutenção de serviço adequado por concessionário ou permissionário de serviço público), todos da Constituição.

II Breve Contextualização

Os primeiros contratos de concessão de ferrovias foram firmados na década de 1990, após a Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA ter sido incluída no Programa Nacional de Desestatização (Decreto 473/1992). Referidos contratos foram modelados em momento de elevada incerteza, aguda crise fiscal e sem arcabouço e instituições regulatórias preexistentes¹.

Não obstante os benefícios iniciais dos contratos firmados durante o processo de desestatização, os contratos de concessão de rodovias e ferrovias no Brasil possuem vasto histórico de descumprimento de cláusulas contratuais, de dilapidação do patrimônio

¹ A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foi criada somente em 2001.

público² e de flagrante desrespeito ao interesse público. Esse processo corrosivo do modelo de concessão pode-se atribuir, entre outros de fatores: (i) às limitações dos contratos; (ii) à negligência das concessionárias e (iii) à fragilidade do processo licitatório.

A título exemplificativo dos problemas citados, vale lembrar ter o Tribunal de Contas da União identificado altos índices de inexecução nos contratos de concessões de rodovias da 2.^a Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Acórdão TCU-Plenário 3.237/2013)³. Quanto às ferrovias, a própria Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT apontou, em relatório final elaborado nos autos de processo de prorrogação antecipada do contrato com a América Latina Logística Malha Paulista – ALLMP (anexo), evidências de não prestação de serviço adequado pela referida concessionária, dentre elas:

- (i) a existência de encargos decorrentes de obrigações eventualmente não cumpridas no âmbito dos contratos de concessão e arrendamento vigentes, no montante aproximado de mais de R\$ 1 bilhão (Seção 4.2.3);
- (ii) a existência de 147 procedimentos administrativos de aplicação de penalidades instaurados em desfavor das concessionárias (Seção 4.2.4);
- (iii) o estado inadequado de conservação e manutenção da via permanente (Seção 4.5.1.2);
- (iv) a existência de trechos ferroviários sem tráfego e o desinteresse da concessionária na exploração comercial desses trechos (Seção 4.5.1.4); e
- (v) o baixo desempenho operacional da concessionária (Seção 4.5.1.5).

A despeito desse contexto, desde 2015 o Governo Federal vem empreendendo esforços com vistas à prorrogação desses contratos de concessão. Em junho de 2015, lançou a segunda etapa do Programa de Investimento em Logística do Governo Federal – PIL 2015, relativa aos modais de transporte rodoviário, ferroviário, portuário e aeroportuário, orientado à modernização da infraestrutura de transportes do país e à retomada do crescimento da economia. O programa contempla um conjunto de projetos que contribuiriam para o desenvolvimento de um sistema de transporte moderno e eficiente, mediante a realização de parcerias estratégicas com o setor privado.

Em novembro de 2016, o Governo publicou a Medida Provisória 752, que, segundo a Exposição de Motivos Interministerial 306/2016 MP MTPA, tem por objetivo

2 A dilapidação do patrimônio público foi muito bem retratada pela 3ª CCR em representação apresentada ao Tribunal de Contas da União contra a União, a ANTT e a América Latina Logísticas S/A (anexo).

3 TC 006.351/2013-1, TCU-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, sessão de 27 nov 2013.

*“reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável”*⁴. Em breve síntese, a medida provisória disciplina o mecanismo de prorrogação contratual e estabelece os institutos de prorrogação antecipada e de relicitação de contratos de parceria, aplicáveis aos contratos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal.

III Inconstitucionalidade Material

3.1 A inconstitucionalidade do art. 6.º-§2.º-II da Lei 13.448/2017

Os contratos de concessão de ferrovias firmados na década de 1990, de forma geral, tinham por objeto a exploração e o desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de cargas na malha concedida, obrigando a prestação de serviço adequado pelo concessionário ou permissionário. Segundo os contratos vigentes, o serviço, para ser adequado, além de atender aspectos relativos ao cumprimento das metas de produção e segurança, deve se dar de forma regular, contínua, eficiente, segura, atual, genérica, cortês e com modicidade de tarifas, ao longo de todo o prazo de duração da concessão⁵.

4 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf, acessado em 11 de junho de 2018.

5 Tomando como exemplo o Contrato de Concessão para a Exploração e o Desenvolvimento do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Carga na Malha Paulista (disponível em http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html, acessado em 11 de junho de 2018):

5.1. DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

A CONCESSIONÁRIA deverá atingir, nos três primeiros anos, os níveis mínimos de produção anual abaixo discriminados, medidas em toneladas.kilômetro-úteis, devendo prover os investimentos necessários ao atingimento de tais metas: (...).

Parágrafo 1.º – A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais de produção de transporte que deverão ser pactuadas com a CONCESSIONÁRIA para cada quinquênio subsequente. Para servir de subsídio ao estabelecimento de tais metas, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar à CONCEDENTE as projeções de demanda de transporte ferroviário, devidamente consubstanciadas por estudos específicos de mercado.

(...) 5.2. DA SEGURANÇA DO SERVIÇO

A CONCESSIONÁRIA obedecerá às normas de segurança vigentes para a prestação do serviço objeto da CONCESSÃO e para a operação e a manutenção dos ativos a ela vinculados.

A segurança do serviço oferecido será avaliada precipuamente pela frequência da ocorrência de acidentes, medida pelo seguinte índice: número de acidentes/milhão de trens.kilômetro.

(...) Parágrafo 3.º – **A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais, pactuadas com a CONCESSIONÁRIA, relativas à segurança do serviço por ela oferecido, para cada quinquênio**

A MP 752/2016, posteriormente convertida na Lei 13.448/2017, previu a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias existentes, mediante a inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual original e o atendimento de determinadas condições.

Em suma, as regras estabelecidas impõem, por um lado, uma condição objetiva genérica, ao dispor que o mecanismo só se aplica a contratos cuja vigência esteja entre 50% e 90% do prazo originalmente previsto, e, de outra parte, condições objetivas específicas para os contratos de concessão de rodovias e ferrovias, distintamente. No caso das rodovias, baseado na execução de obras obrigatórias e, no tocante às ferrovias, na prestação de serviço adequado, assim considerado o cumprimento de metas de produção e/ou segurança por determinado período.

Com o advento da Lei de Conversão da Medida Provisória 752/2016 (Lei 13.448/2017), o serviço adequado (contratualmente definido como aquele que atende às “condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”) ficou reduzido ao cumprimento das metas de produção e segurança, por apenas três anos nos últimos cinco anos de execução contratual (portanto, em curtíssimo intervalo de tempo); ou, alternativamente, somente da meta de segurança por apenas quatro anos nos últimos cinco anos de vigência do contrato, contados, em ambos os casos, da data da proposta de antecipação da prorrogação para esse fim.

Os requisitos objetivos previstos na Lei 13.448/2017 foram mais brandos em relação aos previstos na medida provisória, acentuando ainda mais o desrespeito à obrigação de adequada prestação do serviço. De acordo com o Parecer nº 1/2017-CMMPF 752/2016⁶, da Comissão Mista, que aprovou os termos do Projeto de Lei de Conversão – PLC 3/2017 da citada Lei, a medida se justificaria como forma de permitir o maior número de prorrogações

subsequente.

(...) 9.1 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

(...) VIII) **Prestar serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários, sem qualquer tipo de discriminação e sem incorrer em abuso de poder econômico, **atendendo às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;**
(grifei)

⁶ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=41C61DC19BB81B30C01D723624B3F5DD.proposicoesWebExterno1?codteor=1543585&filename=Tramitacao-MPV+752/2016 (acessado em 12 de junho de 2018)

possíveis; logo, sem qualquer preocupação com a suficiência das condições objetivas para fins de avaliação da adequação da prestação dos serviços ofertados. Confira-se:

No capítulo sobre prorrogações antecipadas, realizamos um total de quatro aperfeiçoamentos. **Primeiro, alteramos a exigência de cumprimento de metas para participar de prorrogações antecipadas no setor ferroviário, modificando as metas de segurança que deveriam ter sido cumpridas, de cinco anos em cinco para quatro anos em cinco. Isto permite ampliar o número de concessões elegíveis à prorrogação antecipada. Espera-se, com a medida, um maior impacto positivo sobre o investimento, especialmente em ferrovias.**

(grifei)

Vê-se, portanto, que os parâmetros que foram definidos para aferição das condições estabelecidas para fins de prorrogação antecipada – em particular dos contratos de ferrovias –, em verdade, esvaziam a obrigação de prestação de serviço adequado previamente prevista nos contratos originais.

Adicionalmente, as condições objetivas definidas na referida lei também impõem limitação à análise da execução dos contratos de concessão de ferrovias a menos de um terço do período já executado. Tais circunstâncias inviabilizam uma apreciação mais acurada sobre o regular cumprimento dos contratos, durante todo o período da vigência contratual, o que deve ser feito diretamente pelo órgão regulador do setor, no caso, a ANTT.

Nesse contexto, verifica-se que a edição da MP 752/2016, e, consequentemente, de sua Lei de Conversão (Lei 13.448/2017), em verdade, se fez necessária para criar condições distintas das contratuais para a realização da prorrogação. Afinal, 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 adequado⁷:

CLÁUSULA TERCEIRA – DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Em havendo interesse manifesto de ambas as partes, o presente contrato poderá ser prorrogado até o limite máximo total de 30 anos, a exclusivo critério da CONCEDENTE.

Parágrafo 1º – Até 60 meses antes do termo final do prazo contratual, a CONCESSIONÁRIA deverá manifestar seu interesse na prorrogação contratual, encaminhando pedido à CONCEDENTE que decidirá, impreterivelmente, sobre o mesmo até 36 meses antes do término deste contrato.

⁷ Tomando como exemplo, novamente, o Contrato de Concessão para a Exploração e Desenvolvimento do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Carga na Malha Paulista (disponível em http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html, acessado em 11 de junho de 2018)

Parágrafo 2º – A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que **não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado.**

Parágrafo 3º – A partir da manifestação de interesse da CONCESSIONÁRIA, verificada sua conveniência e oportunidade pela CONCEDENTE, esta definirá as condições técnico-administrativas e econômico-financeiras necessárias à prorrogação do contrato. (grifei)

As condições específicas exigidas pela Lei 13.448/2017 alteraram, portanto, exatamente os critérios e conceitos que, nos termos do contrato vigente, constituem condicionantes para a concessionária pleitear a prorrogação contratual na forma originalmente pactuada. Como dito, a lei estabeleceu novo conceito – mais brando – de serviço adequado⁸ 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. A norma, dessa forma, fere o núcleo do princípio da eficiência, definido por José dos Santos Carvalho Filho como “*a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir desperdícios de dinheiro público*”, o que, segundo o autor, “*impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional*”⁹. Desrespeita, ainda, o princípio da razoabilidade, no aspecto desenvolvido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a

8 A propósito, confira-se a manifestação do titular da Secretária de Infraestrutura HidroFerrovia, consignada em audiência pública realizada pela Comissão Mista que analisou a referida medida provisória, em 15 de março de 2017:

Ou seja, das 8 cores, tons ou perspectivas que definem a expressão “serviço adequado”, o Poder Executivo criou a possibilidade de que seja adotada apenas uma. **Mesmo diante de um notório cenário de ineficiência na exploração de ferrovias no país, o texto contém uma característica que pode ser considerada restritiva.** Observo que o Princípio da Eficiência não está apenas na definição de “serviço adequado”. Trata-se de um princípio Constitucionalmente estabelecido. **Que princípios e premissas foram essas adotadas pelo Poder Executivo e que, ao final, restringiram tanto o conceito de “serviço adequado”?** Não consigo imaginar. Relembro que se trata de expressão relevante para os usuários de serviços públicos. (grifei)

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 31.

que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.¹⁰

A relativização dos termos contratuais originalmente pactuados demonstra convivência com concessionárias que não cumprem suas obrigações contratuais, com consequências nefastas para a correta execução dos seus termos e flagrante ofensa ao interesse público. Observe-se que, não fosse a edição da Lei 13.448/2017, no seu exercício de fiscalização, a ANTT teria dificuldades de atestar que essas concessionárias prestam serviço adequado, segundo os termos contratuais. Afinal, como já dito, vários são os problemas relacionados à execução dos contratos de concessão de ferrovias, tais como: desativação ou abandono de trechos ferroviários; lesão ao patrimônio público; inexecução ou execução inadequada de obras de recuperação, manutenção e conservação da via; não atendimento e baixa qualidade na prestação do serviço.

Pode-se ver que as condições específicas estabelecidas na Lei 13.448/2017 foram definidas sem a generalidade e a abstração intrínsecas às leis – pois visou a prorrogação de contratos vigentes – e sem maior preocupação com a sua suficiência para fins de avaliação da regular prestação do serviço adequado. Os requisitos objetivos para a prorrogação antecipada favorecem concessionárias que não lograram, no últimos anos, executar corretamente e com eficiência o contrato de concessão. A edição de ato que beneficia o interesse particular na prorrogação de contrato, em detrimento do interesse público na prestação de serviço eficiente e adequado, ofende os princípios da impessoalidade e, paralelamente, da moralidade.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “*para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público e, não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros*”¹¹. Para o autor, o tratamento discriminatório positivo vulnera não apenas o princípio da impessoalidade, mas também o da moralidade¹²:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense aos preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de

10 *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 111.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 21.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 22.

conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. (...)

A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, *caput*. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí, violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. **Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.**
(grifei)

Nesse ponto, causa espécie a alegação da Comissão Mista, no Parecer nº 1/2017-CMMPF 752/2016, de que a medida provisória seria necessária para assegurar ao concessionário a manutenção dos direitos de propriedade sobre os ativos por mais tempo, evitando que a incerteza quanto à compensação ao final leve os concessionários a reduzir sua atividade de investimento na proximidade do fim da concessão¹³. Os princípios da moralidade e da impessoalidade também são vulnerados, aqui, pela edição de ato normativo com o mero intuito de incentivar concessionária a cumprir fielmente o contrato até o final do prazo de concessão. Afinal, o dever de prestar serviço adequado (Constituição, art. 175—parágrafo único—IV) e de fazer os investimentos necessários para tanto é obrigação dos concessionários independentemente de haver ou não possibilidade de prorrogação dos contratos.

A prorrogação antecipada, nesses termos, ofende, ainda, a regra da licitação e o princípio da competitividade, afastando potenciais interessados em prestar o serviço. A lei impugnada insere elemento de incerteza no mercado, comprometendo o ambiente concorrencial saudável das licitações pelos contratos de concessão de ferrovias, em um cenário econômico já bastante desfavorável para a realização de investimento no desenvolvimento da infraestrutura de transporte. A observância do princípio da competitividade, em que se deve assegurar a igualdade de oportunidade a todos os interessados na licitação, permitiria que a Administração contratasse a melhor proposta para a

¹³ Segundo o Parecer nº 1/2017-CMMPF 752/2016:

A prorrogação antecipada teria, na verdade, dois impactos complementares sobre o investimento. Primeiro, em troca da antecipação da prorrogação, o concessionário se comprometeria com um programa de investimentos, no caso das ferrovias, inexistente à época da assinatura do contrato. Segundo, assegurando a manutenção dos direitos de propriedade sobre os ativos por mais tempo, o concessionário ganha a certeza de que irá poder se beneficiar ele próprio dos lucros esperados com tal investimento. A incerteza quanto à compensação ao final da concessão sempre gera uma tendência a que os concessionários reduzam sua atividade de investimento quanto mais próximo do final da concessão, quando os ativos poderão ser revertidos à União no caso de não prorrogação. Ora, dada a situação macroeconômica atual e as carências logísticas, a ocorrência desse fenômeno da contenção do investimento no período final das concessões ferroviárias seria desastrosa para o País. Apenas a medida provisória em análise pode impedir que essa tendência natural se materialize.

prestação do serviço público concedido – finalidade que, por óbvio, não é atingida pela prorrogação antecipada de contrato ineficiente.

Importante ressaltar que não se argui, aqui, a inconstitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada em si. O que se defende é que, embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175–parágrafo único–I, essa prorrogação não pode ser permitida – muito menos realizada – em desacordo com os ditames constitucionais que norteiam a Administração Pública e que informam os seus atos, em particular, a eficiência, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, previstos no art. 37–*caput*, bem como com a regra da licitação.

Resta, portanto, caracterizada a inconstitucionalidade do art. 6.º–§2.º–II da Lei 13.448/2017.

3.2 A inconstitucionalidade do art. 25–§§3.º a 5.º da Lei 13.448/2017

Concomitantemente aos contratos de concessão do serviço de transporte público ferroviário de cargas, as concessionárias firmaram contrato de arrendamento dos ativos operacionais (móveis e imóveis) com a RFFSA, assumindo a responsabilidade pela guarda, segurança, conservação e manutenção desses bens.

A existência de obrigações contratuais destinadas à preservação do patrimônio público não foi suficiente para evitar o histórico de dilapidação retratado pela 3.ª CCR em representação apresentada ao Tribunal de Contas da União em face da União, da ANTT e da América Latina Logísticas S/A (anexo).

A Lei 13.448/2017 previu, porém, a extinção dos contratos de arrendamento, com a respectiva transferência não onerosa dos bens operacionais e não operacionais ao contratado, sem exigir sequer prévio inventário dos bens transferidos. Conferiu ao contratado, ainda, a possibilidade de dispor e de se desfazer de tais bens livremente, sem qualquer condicionante que preserve o interesse público. Assim dispõem os §§3.º a 5.º do art. 25 da lei:

§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.
(grifei)

É certo que o §6.º do art. 25 prevê que, 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”*.

A falta de inventário dos bens transferidos sem ônus aos contratados, aliada à possibilidade de livre disposição do referido patrimônio, representa, porém, verdadeira doação de bem público sem qualquer formalidade e sem possibilidade de fiscalização. Trata-se de patente maltrato à faceta econômica do princípio da moralidade, segundo a qual, nas palavras de Marçal Justen Filho: *“não é válido desenvolver atividade administrativa de modo a propiciar vantagens excessivas ou abusivas para os cofres públicos ou para os cofres privados”*¹⁴.

Vale lembrar que, embora não seja vedado à Administração fazer doação de bens públicos, essa possibilidade deve ser excepcional e sempre voltada para a satisfação do interesse público. É o que ensina José dos Santos Carvalho Filho:

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumprimamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituo pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal.¹⁵

A medida consagrada na Lei 13.448/2017 legaliza a significativa dilapidação do patrimônio público já ocorrida e permite que novas ainda sejam realizadas sem possibilidade de fiscalização administrativa. Afinal, se não há controle dos bens transferidos, no momento

14 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 1266.

da reversão à União ao final do contrato não será possível saber quais bens foram vendidos nem o quanto foi embolsado pelas concessionárias com a venda desses ativos.

Conclui-se, portanto, que, além de abrandar critérios para prorrogação antecipada de contratos ineficientes, a Lei 13.448/2017 beneficia concessionárias ao permitir o incremento do seu patrimônio privado com a livre disposição de patrimônio público, em patente desrespeito ao art. 37-*caput* da Constituição.

3.3 A inconstitucionalidade dos arts. 25-§1.º e 30-§2.º da Lei 13.448/2017

Para que os mecanismos de prorrogação e relicitação também sejam utilizados com a finalidade de solucionar questões operacionais e logísticas no setor ferroviário, a Lei 13.448/2017 prevê a possibilidade de realização de investimentos pelas concessionárias nas malhas de interesse da administração pública. É o que estabelecem os arts. 25-§1.º e 30-§2.º:

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.

§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 contratados 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.

(grifei)

A permissão para que a concessionária faça investimentos em malhas de interesse da União viola, porém, duplamente o dever de licitação imposto pela Constituição. Primeiro, porque essa nova obrigação contratual, travestida de mero equilíbrio econômico-financeiro, altera substancialmente o objeto da concessão. Segundo, porque transfere a obrigação de investimento do Poder Público para a concessionária, que poderá realizá-lo diretamente, com a consequente burla ao procedimento licitatório. Ou seja, o investimento, a princípio, uma obrigação do Poder Público, a ser executado diretamente ou por terceiro, mediante prévia

licitação, será efetuado, de outro modo, pela concessionária, sem se submeter às regras da contratação pública.

Trata-se, portanto, de afronta direta ao art. 37–XXI da Constituição, que impõe ao Estado a contratação de obra pública, como regra, mediante prévia licitação pública, de modo a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Diante de todo o exposto, conclui-se que não são compatíveis 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 observados as regras da licitação.

IV Pedido Cautelar

Estão presentes os pressupostos para concessão de medida cautelar. O *fumus boni juris* está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial. Já o *periculum in mora* decorre do fato de serem irreparáveis ou de difícil reparação os danos gerados aos cofres da União e à população, pela flexibilização de critérios que permitem a prorrogação antecipada de contratos ineficientes por mais trinta anos além do prazo contratual originalmente estabelecido, pela dilapidação do patrimônio público, bem como pela perda dos benefícios que a regra da licitação, com a observância dos princípios da competitividade e da igualdade, pode conferir ao setor ferroviário, de grande e atual importância para o desenvolvimento nacional e para a economia do país.

Pede-se, portanto, a concessão de medida cautelar, até por decisão monocrática do eminente relator, *ad referendum* do Plenário, a fim de se suspender a eficácia dos arts. 6.º–§2.º–II, 25–§1.º e §§3.º a 5.º e 30–§2.º da Lei 13.448/2017 até o julgamento final desta ação direta.

V Pedido

Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade material dos arts. 6.º-§2.º-II, 25-§1.º e §§3.º a 5.º e 30-§2.º da Lei 13.448/2017.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

RP