Equilíbrio econômico-financeiro do contrato e prorrogação antecipada de concessões ferroviárias

Economic-financial balance of the contract and early extension of railway concessions

Supremo Tribunal Federal (STF)

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991 Distrito Federal

EMENTA: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 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. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.*

1. O parâmetro temporal e material estabelecido pelo inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017 não compromete, em tese, a adequação do serviço público, não se comprovando inconstitucionalidade da previsão legal de prorrogação antecipada do contrato.

2. A transferência de bens imóveis e móveis, operacionais ou não, nos termos da Lei n. 13.448/2017, deve ser precedida de inventário no qual especificados e referentes aos extintos contratos de arrendamento.

3. No § 4º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 se acolhe hipótese de deslocamento do bem a ser gerido pelo concessionário para dar continuidade ao serviço público concedido, preservando-se o domínio da União.

4. A disposição dos bens móveis mencionada no § 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 é interpretada como gestão do bem público afetado à atividade da concessionária, da forma que melhor atender ao interesse público e à prestação adequada do serviço concedido.

5. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes.

6. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, **confirmando os termos da medida cautelar indeferida, em julgar improcedente a ação**, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelos interessados, o Dr. Arthur Cristóvão Prado, Advogado da União; pelo amicus curiae Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários — ANTF, o Dr. Beto Ferreira Martins Vasconcelos; pelo amicus curiae Associação Brasileira da Indústria Ferroviária — Abifer, o Dr. Felipe de Paula; pelo amicus curiae Associação Brasileira do Agronegócio — ABAG, o Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon; pelo amicus curiae Estado de São Paulo, o Dr. Waldir Francisco Honorato Junior, Procurador do Estado; e, pelo amicus curiae Estado do Pará, a Dra. Viviane Ruffeil Teixeira Pereira, Procuradora do Estado. Sessão Virtual de 27.11.2020 a 4.12.2020.

Brasília, 7 de dezembro de 2020.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora

Relatório

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Procuradora-Geral da República, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do § 2º 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, decorrente da conversão da Medida Provisória n. 752, de 24.11.2016.

Nas normas impugnadas se estabelece:

> *Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.*
>
> § 2º *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 3 (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.*
>
> § 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 contratos em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública. […]*
>
> § 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.*
>
> § 6º *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. […]*
> § 2º *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.*

2. A autora argumenta que os dispositivos impugnados configurariam contrariedade ao *caput* e ao inc. XXI do art. 37 e ao parágrafo único e ao inc. IV do art. 175 da Constituição da República.

Assinala que, "*em novembro de 2016, o Governo publicou a Medida Provisória 752, que, segundo a Exposição de Motivos Interministerial 306/2016 MPMTPA, tem por objetivo 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. 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*".

Assevera a inconstitucionalidade material do inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n.13.448/2017 porque "*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*".

Argumenta que, "*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".

Acrescenta que "*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*".

Afirma a inconstitucionalidade dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, pois, "*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.* […] *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*".

Alega que o § 1º do art. 25 e o § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448/2017 são incompatíveis com a Constituição da República porque "*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*".

Anota 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 observadas as regras da licitação*".

Para demonstrar o cumprimento dos requisitos exigidos para o deferimento da medida cautelar, a autora argumenta que 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".

Requer medida cautelar para suspender-se a eficácia das normas impugnadas até o julgamento final desta ação direta.

No mérito, pede seja declarada a inconstitucionalidade material do inc. II do § 2º do art. 6º, do § 1º e dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448, de 5.6.2017.

3. Em 24.8.2018, o Ministro Dias Toffoli, então Relator, adotou o rito do art. 10 da Lei n. 9.868/1999 (e-doc. 52).

4. Em 11.9.2018, ao prestar as informações requisitadas, a Câmara dos Deputados informou que "*a Medida Provisória n. 752/2016, que deu origem à Lei 13.448/2017, foi processada nesta Casa dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie, conforme se pode aferir da ficha de tramitação, cuja consulta pode ser realizada no Portal da Câmara dos Deputados na* web" (e-doc. 78).

5. Nas informações prestadas, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas:

> *Especificamente em relação ao apontado art. 6, § 2º, inc. II da Lei 13.448/2017 que trata da prorrogação antecipada, há que se esclarecer que não há, no ponto, inovação por parte da Lei 13.448/2017, uma vez que a referida modalidade encontra ao menos duas previsões na legislação regente, quais sejam: no art. 1º, § 1º, inciso III c/c* caput *e § 1º da Lei 12.783/2013 (Lei que dispõe sobre as concessões de geração. Transmissão e distribuição de energia elétrica) e no art. 57 da Lei nº 12.815/2013 (Lei que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias). Trata-se, em verdade, de instrumento vantajoso para a Administração Pública na medida em que possibilita a realização imediata de novos investimentos, sem a necessidade de se aguardar o final da vigência das concessões, desonerando dessa forma os notoriamente combalidos cofres públicos que, de outro modo, não teriam condições de financiar investimentos na já precária infraestrutura de transportes.* […] *Quanto à alegada inconstitucionalidade do art. 25, §§ 3º, 4º e 5º da Lei 13.448/2017, que se concretizaria mediante 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, importante destacar que tal previsão normativa não pressupõe, de forma alguma, descontrole pelo Poder Concedente acerca do patrimônio público, conforme muito bem esclarecem as informações prestadas pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, as quais, no ponto, passamos a transcrever:* […]

> *Destarte, sendo certo que a sistemática patrimonial até então adotada mostrou-se ineficiente, busca-se com os novos dispositivos legais não a doação de bem público sem qualquer formalidade, mas sim a reversão dessa realidade mediante a adoção de novas e melhores práticas de preservação patrimonial.*
>
> *Acerca da alegada incompatibilidade dos arts. 25, § 1º e 30, § 2º da Lei 13.448/2017 com o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, é preciso que se esclareça que a licitação não constitui um fim em si mesma, mas sim um procedimento cuja condução se destina à obtenção da proposta que melhor atenda aos anseios da Administração.* […]
>
> *Pois bem, dentro desse espaço no qual se admitem exceções legalmente estabelecidas é que trabalha a Lei 13.448/2017 no que tange à contrapartida econômica no âmbito das prorrogações antecipadas, eis que eventual investimento a ser realizado em malha de interesse da administração constituirá mera contrapartida da concessionária (obrigação de fazer), que substituirá a outorga (obrigação de pagar), a qual seria recolhida aos cofres públicos da União* (e-doc. 79).

6. Nas informações prestadas, o Senado Federal sustentou a validade constitucional das normas questionadas e enfatizou que

> *o tema foi extensamente debatido com a sociedade e entre os parlamentares. A Comissão Mista recebeu 87 emendas parlamentares, o que mostra a disposição dos parlamentares em influir, estudar e discutir o tema da lei atacada. Foram realizadas cinco audiências públicas pela Comissão Mista para buscar mais subsídios sobre o tema, quatro no Congresso Nacional e uma em Curitiba, de que participaram representantes de setores da sociedade civil como a Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos, a Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias, bem como representantes do Ministério Público Federal, do Tribunal de Contas da União, da ANTT e da INFRAERO, por exemplo. Em resumo, houve uma ampla e irrestrita participação da sociedade no debate e, ao fim, foi tomada a decisão que os representantes da população brasileira entendiam a melhor possível sobre o tema. Por todo o exposto, e face à aprovação no Poder Legislativo de texto legal, mesmo com opção que o requerente reputa menos adequada, o texto da lei deve ser considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a observância dos princípios e regras constitucionais, a separação dos Poderes, bem como preservando-se a presunção de constitucionalidade das leis e a legitimidade da opção aprovada pela mais legítima representação democrática* (e-doc. 89).

7. A Advocacia-Geral da União manifestou-se nos seguintes termos:

> *Administrativo. Lei nº 13.448/2017. Prorrogação antecipada de concessões de rodovias e ferrovias. Ausência de* fumus boni iures. *A possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão está prevista tanto na Constituição Federal, como em diversas leis específicas. Estabelecimento de condições legais para a prorrogação antecipada. O conceito de serviço adequado deflui de inúmeros requisitos legais e não apenas do artigo 6º, § 2º da lei. Exigência de aporte de investimento e de estudos técnicos que comprovem que a prorrogação é mais benéfica do que nova licitação. Ausência de ofensa ao Texto Constitucional. A possibilidade de transferências de bens visa resguardar o equilíbrio financeiro do contrato e a prestação do serviço público. Ausência de*

periculum in mora. *Manifestação pela improcedência do pedido cautelar formulado pela autora* (e-doc. 85).

8. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento da medida cautelar e, no mérito, pela procedência do pedido:

MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 13.448, DE 5 DE JUNHO DE 2017, FRUTO DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 752, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2016. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATOS DE PARCERIA NO SETOR FERROVIÁRIO. FLEXIBILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS ESTABELECIDOS 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 E 175 PARÁGRAFO ÚNICO IV DA CONSTITUIÇÃO. PRESENÇA DO* FUMUS BONI JURIS *E DO* PERICULUM IN MORA. *NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR.*

1. A flexibilização dos critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovias notoriamente ineficazes, com alteração substancial dos ajustamentos originais, afronta os princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade.

2. A transferência de bens operacionais e não operacionais de forma não onerosa às concessionárias, sem qualquer condicionante que preserve o interesse público, configura doação de bem público sem formalidade. A medida legaliza a significativa dilapidação do patrimônio público já ocorrida e permite que novas sejam realizadas sem possibilidade de fiscalização administrativa.

3. A permissão de realização de investimentos pelas concessionárias em malhas de interesse da Administração Pública possibilita a realização de obras diretamente pela concessionária, sem se submeter às regras da contratação pública.

4. Embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175, parágrafo único, essa prorrogação não pode ser 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.

5. O fumus boni juris *está na incompatibilidade dos dispositivos impugnados com os ditames constitucionais que norteiam a Administração Pública. O* periculum in mora *decorre dos danos irreparáveis ou de difícil reparação 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. Os dispositivos impugnados nesta ação direta devem ser suspensos, para que não sejam aplicados nos processos de prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovia que já estão em curso.*

> *Parecer pela concessão da medida cautelar e, no mérito, pela procedência do pedido, nos termos formulados na petição inicial* (e-doc. 104).

9. Foram admitidos como *amici curiae*: Minas Gerais, Pará, Estado de São Paulo, Associação Nacional dos Transportes Ferroviários — ANTF, Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base — ABDIB, Associação Brasileira da Indústria Ferroviária — ABIFER, Associação Brasileira de Agronegócio — ABAG, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo — FIESP, Confederação Nacional do Transporte — CNT, Associação de Preservação da Memória Ferroviária — APMF, Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais – FIEMG e Frente Nacional pela Volta das Ferrovias — Ferrofrente.

10. Na sessão de julgamento ocorrida em 20.2.2020, o Plenário deste Supremo Tribunal, por maioria de votos, vencidos o Ministro Edson Fachin e o Ministro Marco Aurélio, 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).

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradora-Geral da República contra o disposto no inc. II do § 2º do art. 6º, §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448, de 5.6.2017, conversão da Medida Provisória n. 752, de 24.11.2016. Nela se estabelecem diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria do Programa de Parcerias de Investimento, nos termos da Lei n. 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal por alegada

ofensa ao *caput* e ao inc. XXI do art. 37 e ao inc. IV do parágrafo único do art. 175 da Constituição da República.

2. Liberei o caso para análise da medida cautelar pela necessidade de apreciação, pelo Plenário deste Supremo Tribunal, do requerimento formulado para suspender os efeitos das normas impugnadas.

3. A medida cautelar foi indeferida, por maioria de votos, em acórdão com 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).

Assegurado o contraditório formal e colhidas manifestações legalmente estabelecidas, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir o imperativo constitucional de conferir-se celeridade processual, com o conhecimento e julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal. No mesmo sentido, por exemplo, ADI n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 1º.3.2013.

Do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade

4. Pela Lei n. 13.448/2017, foram estabelecidas normas para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovias. Na edição da Medida Provisória n. 752, convertida na lei impugnada, foram expostos os motivos da decisão adotada, como consta do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados:

> *5. É essencial a existência de uma lei específica para dar segurança jurídica para incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário. Hoje o Poder Concedente tem se deparado com alguns questionamentos quanto à possibilidade de alteração contratual das concessões públicas. Órgãos públicos têm questionado o interesse público de renovações contratuais ordinárias ou antecipadas como alternativa a novas licitações; usuários, por sua vez, apresentam dúvidas quanto aos mecanismos de reequilíbrios possíveis de serem adotados e os agentes públicos e concessionárias estão inseguros quanto à legitimidade ativa na condução desses processos. Entendemos que as soluções desses itens estão adequadamente endereçadas na presente medida.*

6. A proposição estabelece que, desde que originalmente admitida a prorrogação nos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário, o poder público poderá determinar a realização de investimentos não previstos inicialmente nos contratos, estando assegurado o equilíbrio da equação econômico-financeira para as partes. Em adição, a presente Medida Provisória, em seu art. 3º, prevê que os contratos prorrogados deverão ainda ser ajustados às melhores práticas regulatórias, incorporando avanços tecnológicos e dando ainda maior foco à qualidade dos serviços prestados. Desta forma, as agências reguladoras terão melhores condições de exigir e fazer cumprir os níveis de serviço contratualizados, assim como os investimentos obrigatórios previstos, utilizando-se de mecanismos que desestimulem inexecuções ou atrasos das suas obrigações.

7. A prorrogação, desde que já não tenha sido realizada, poderá ocorrer uma única vez — por período igual ou inferior ao prazo originalmente fixado ou admitido no contrato — e estará sujeita ao cumprimento de condicionantes objetivas por parte da concessionária para ser elegível. As prorrogações antecipadas, por sua vez, somente poderão ocorrer nos contratos cujo prazo de vigência, no momento da manifestação da parte interessada, corresponder a mais de 50% e a menos de 90% do originalmente estipulado. Nas concessões rodoviárias, será também exigido que a concessionária tenha executado no mínimo 80% das obras obrigatórias exigíveis até o momento da manifestação. Já no setor de ferrovias, as concessionárias deverão prestar níveis de serviço adequados nos anos anteriores à prorrogação, o que se traduz no cumprimento de metas de produção e de segurança. Em adição, a prorrogação do contrato dependerá de avaliação qualitativa prévia e favorável do órgão ou entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços. Com isso, busca-se incentivar a adequada execução dos contratos e evitar a prorrogação de concessões que não estejam atingindo requisitos mínimos de investimento, qualidade e segurança.

8. As prorrogações no setor ferroviário deverão ser norteadas pela adoção de obrigações de disponibilização de capacidade mínima de transporte para terceiros, de forma a se garantir o acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, mediante compartilhamento, e por parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimentos, a serem pactuados entre as partes.

9. Além disso, de modo a ensejar transparência e clareza no processo de prorrogação, evitando dúvidas e eventuais comportamentos oportunistas, o termo aditivo de prorrogação deverá conter cronograma para os novos investimentos e incorporar, nos contratos, mecanismos mais claros que desestimulem seu descumprimento. Ademais, previamente às prorrogações, o órgão ou entidade competente deverá apresentar estudo técnico que demonstre a vantagem da medida frente à realização de nova licitação para o empreendimento nas novas condições desejadas, do qual deverão constar também elementos como estimativas dos custos e das despesas operacionais, projeções de demanda, avaliação econômico-financeira, diretrizes ambientais, quando exigíveis, e o valor de outorga a ser pago pela prorrogação, quando for o caso.

10. A esse respeito, o texto inova ao determinar que os estudos elaborados em cada prorrogação sejam submetidos a consulta pública e posteriormente ao Tribunal de Contas da União. Busca-se, com isso, incrementar a governança e a transparência do procedimento de prorrogação das concessões, garantindo-se a preservação do interesse público por meio de análise criteriosa das alternativas adotadas para cada caso (Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-752-24-novembro-2016-783938-exposicaodemotivos-151447-pe.html>. Acesso em 10.6.2019).

5. A previsão da prorrogação contratual antecipada é nova para o setor ferroviário. Entretanto, essa providência foi prevista em 2013, no marco regulatório do setor portuário e de renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, respectivamente, no art. 57 da Lei n. 12.815 e no inc. III do § 1º do art. 1º da Lei n. 12.783.

A prorrogação de contrato de concessão ordinária ocorre quando, previsto no ato contratual originário e atendidos os requisitos nele estabelecidos, o contrato tem a sua duração alongada no limite temporal firmado, a critério do poder concedente, que define as condições técnico-administrativas e econômico-financeiras necessárias à prorrogação, facultando-se ao contratado aceitar ou não os novos termos.

6. Nos termos previstos nos arts. 4º e 6º da Lei n. 13.448/2017, a prorrogação antecipada para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal pode ocorrer pela inclusão de investimentos não previstos em instrumento contratual vigente de concessão rodoviária ou ferroviária e, em especial, para o setor ferroviário, no contrato de parceria cujo prazo de vigência, na data da manifestação da parte interessada, esteja entre cinquenta e noventa por cento do prazo originariamente estipulado.

Rafael Wallbach Schwind afirma sobre o tema que, "*com a prorrogação antecipada, permite-se a realização imediata de investimentos em estruturas públicas, mas sem o emprego de recursos públicos*" (*A prorrogação dos contratos de arrendamento portuário*. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 106, dezembro de 2015, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em 10.6.2019).

Rafael Veras de Freitas expõe que a prorrogação antecipada pode ser mais vantajosa para o Poder Público porque "*(i) possibilita a realização de novos investimentos, de forma imediata, em infraestruturas públicas, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões; (ii) tais investimentos serão realizados, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou, tampouco, de aumento de tarifário; e (iii) os bens que forem incorporados à prestação do serviço público serão revertidos ao patrimônio público*" (As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. In: *Direito do Estado*, 2017, n. 364).

Aquele autor acrescenta que "*tal modalidade de extensão do prazo dos contratos de concessão: (i) predica autorização legislativa, que materialize o interesse público subjacente à antecipação dos investimentos, em razão do princípio da legalidade administrativa; (ii) deve ser limitada ao período em que o concessionário terá para amortizar os novos investimentos realizados, estando totalmente desvinculada*

do prazo previsto para eventual prorrogação contratual; (iii) de acordo com o novel diploma, depende de prévia alteração no respectivo instrumento contratual ou no instrumento contratual original" (*As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo*. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017, p. 180).

No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 34.203, Relator o Ministro Dias Toffoli, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal decidiu ser "*incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual*" (DJe 20.3.2018).

7. De se enfatizar, entretanto, que, na espécie em exame, não há pedido de declaração de inconstitucionalidade da prorrogação antecipada de concessão ferroviária. Tem-se na petição inicial e no pedido formulado:

> *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.* […]
>
> *Pede-se, portanto, a concessão de medida cautelar, até por decisão monocrática do eminente relator,* ad referendum *do Plenário, a fim de se suspender eficácia dos arts. 6º, § 2º, II, 25,* § 1º *e §§ 3º a 5º e 30, § 2º da Lei 13.448/2017 até o julgamento final desta ação direta.*
>
> *Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade material dos arts. 6º, § 2º, II, 25,* § 1º *e §§ 3º a 5º e 30, § 2º da Lei 13.448/2017* (fls. 11 e 15, e-doc. 1 — grifos nossos).

8. Conquanto seja de ciência geral que, na ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir é aberta e que os argumentos nos quais se baseia o pedido de declaração de inconstitucionalidade não vinculam o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 5.180-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 13.6.2018), para o julgamento do pedido restringe-se o órgão julgador ao pedido apresentado na ação, nos termos do art. 141 do Código de Processo Civil, como se tem, por exemplo, no precedente seguinte:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO* ÚNICO DE DECLARAÇÃO *DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A*

> *CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente* (ADI n. 2.182, Relator o Ministro Marco Aurélio, de que fui Redatora para o acórdão, Plenário, DJe 10.9.2010).

9. 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).

Análise do inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017

10. Na norma impugnada se estabelece:

> *Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.*
> § 2º *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.*

A autora alega "*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*" (fl. 7, e-doc. 1).

11. No inc. I do parágrafo único do art. 175 da Constituição da República, prevê-se que a lei disporá sobre as condições para a prorrogação dos contratos de concessão.

No inc. XII do art. 23 da Lei n. 8.987/1995, dispõe-se que as condições para a prorrogação devem ser disciplinadas no contrato de concessão, configurando-se cláusula essencial, marcada pela discricionariedade da Administração Pública e na supremacia do interesse público.

Joel de Menezes Niebuhr discorre sobre a prorrogação contratual:

> *A Administração não está obrigada a prorrogar os contratos de prestação de serviços contínuos, ainda que dentro das hipóteses e nas situações autorizadas pela Lei nº 8.666/93.*
>
> *Isso porque, como dito, a validade da prorrogação depende das vantagens propiciadas por ela. Ora, a análise das vantagens ou desvantagens da prorrogação equivale à análise da sua conveniência e da oportunidade, o que toca ao núcleo da discricionariedade, uma vez que os agentes dispõem de margem de liberdade para realizar tal juízo. Registre-se que os agentes administrativos não agem com liberdade absoluta.*
>
> *Se a prorrogação for manifesta e objetivamente vantajosa, aos agentes administrativos não cabe pura e simplesmente recusá-la, em detrimento do interesse público. De toda maneira, a prorrogação, além de discricionária, é ato bilateral, que depende da vontade do contratado. À Administração não é permitido impor ao contratado a prorrogação de contrato* (*Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 774).

Na norma se dispõe sobre a contratação de termo predefinido, firmado a partir de licitação, cabendo à Administração Pública avaliar, excepcionalmente, com base nos parâmetros legais de atendimento ao interesse público, a conveniência e a oportunidade da prorrogação.

12. Este Supremo Tribunal reconhece inserir-se a prorrogação do prazo contratual no espaço de discricionariedade da Administração Pública. A ela cabe analisar e concluir sobre a oportunidade e a conveniência da prorrogação, observados os limites legais e sempre em consonância com os princípios e normas constitucionais:

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, QUE DETERMINOU A NÃO PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. 2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Segurança denegada* (MS n. 26.250, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 11.3.2010).

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação. Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração. Segurança denegada* (MS n. 24.785, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 3.2.2006).

Reconhecido é que prorrogação indefinida do contrato é burla às determinações legais e constitucionais quanto à licitação obrigatória para adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos.

13. Na Lei n. 13.448/2017 são estabelecidas diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos — PPI, nos termos da Lei n. 13.303/2016 para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal.

As seguintes ferrovias foram qualificadas no Programa de Parcerias de Investimentos — PPI no Decreto federal n. 9.059, de 25.5.2017:

> *Art. 2º Ficam qualificados no âmbito PPI, nos termos da Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016, os seguintes empreendimentos públicos federais no setor ferroviário:*
> *I — América Latina Logística Malha Paulista ALLMP — Malha Paulista;*
> *II — MRS Logística Malha Sudeste;*
> *III — Ferrovia Centro Atlântica FCA Malha Centro-Leste;*
> *IV — Estrada de Ferro Vitória a Minas EFVM;*
> *V — Estrada de Ferro Carajás EFC.*

Redesenhou-se o instituto da prorrogação dos contratos de concessão qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos — PPI nos setores rodoviários e ferroviários (Lei n. 13.448/2017), previstas duas hipóteses: "*(i) prorrogação de contratos na iminência do término de seu prazo original; (ii) prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos"* (ISTAMATI, Gisela Barroso. Considerações sobre prorrogação do contrato de concessão no setor ferroviário. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; ELEOTERO, Hebert Comunello; DAVILA, Daniela Peretti (Org.). *Aspectos do direito ferroviário*: uma visão através do contencioso. São Paulo: Verbatim. p. 134).

Quanto aos contratos de concessões ferroviárias é extenso o período contratual pela natureza jurídica do serviço prestado e o volume de investimentos realizados.

Gisela Barroso Istamati observa que "*em 1989 foram firmados os contratos de concessões ferroviárias com maior prazo, de 90 anos, prorrogáveis. Na década seguinte, nos anos 90, se mostrou como o período de muitas privatizações neste setor, com nove concessões, todas pelo período de 30 anos, prorrogáveis por igual período. Já nos anos 2000, houve duas concessões e ambas pelo período de 50 anos*" (Op. Cit. p. 134).

14. A autora sustenta que a exigência posta no inc. II do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017, apenas quanto à observância das metas de produção e segurança definidas em cada contrato para o cumprimento de serviço adequado, importaria em ofensa à eficiência e favorecimento de interesses particulares em detrimento do interesse público.

Aponta ausência de abstração e generalidade da norma impugnada, em contradição aos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Prescreve-se, na norma impugnada, além de outras condicionantes, dever-se comprovar a prestação de serviço adequado, consistente no cumprimento, pelo período antecedente de 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 quatro anos.

15. A definição legal de serviço adequado (§ 1º do art. 6º da Lei n. 8.987/1995) é "*o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*".

O serviço adequado é aquele que, quanto ao objeto contratado, atende os índices de cumprimento dos princípios legais considerando-se o serviço

prestado e a sua adequação aos critérios estabelecidos objetivamente, conforme as circunstâncias de cada caso.

No art. 8º da Lei n. 13.448/2017 se prevê:

> *Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação referida no art. 2º desta Lei, realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.*
> § 1º *Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput deste artigo:*
> *I — o programa dos novos investimentos, quando previstos;*
> *II — as estimativas dos custos e das despesas operacionais;*
> *III — as estimativas de demanda;*
> *IV — a modelagem econômico-financeira;*
> *V — as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;*
> *VI — as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;*
> *VII — os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso.*
> § 2º *A formalização da prorrogação do contrato de parceria dependerá de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidad*e e a adequação dos serviços.

Cabe, portanto, ao órgão ou à entidade competente realizar estudo técnico prévio para fundamentar, objetiva e expressamente, a vantagem da prorrogação do contrato de parceria e acolher, em cada caso, com motivação e transparência, a possibilidade do elastecimento do prazo contratual sem necessidade de nova licitação.

A prorrogação contratual, ao final do contrato ou a prorrogação antecipada, também deve ser submetida à consulta pública, com prazo de quarenta e cinco dias para manifestações (art. 10 da Lei n. 13.448/2017).

16. Na lei se prevê o controle da decisão administrativa de não se licitar e adotar-se a prorrogação. Para tanto, após o encerramento da consulta pública, encaminham-se ao Tribunal de Contas da União o estudo prévio, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de serviço adequado e o termo aditivo de prorrogação contratual para avaliação final da legitimidade e economicidade da solução aventada (art. 11 da Lei n. 13.448/2017).

No § 2º do art. 8º se prevê a exigência de avaliação prévia e favorável do órgão competente sobre "*a adequação dos serviços*" e no § 2º do art. 9º dispõe-se que as prorrogações, sem prejuízo das demais disposições, serão orientadas "*pelos parâmetros de qualidade dos serviços*".

A análise sobre a conveniência e a oportunidade da prorrogação antecipada do contrato de concessão pelo Poder Público considera a necessária exigência de elevação dos níveis de eficiência na prestação do serviço, pois pelo § 1º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017 — não questionado na presente ação — se impõe a inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente.

No art. 7º se estabelece que o termo aditivo de prorrogação do contrato conterá cronograma dos investimentos obrigatórios e a incorporação de mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos.

17. A condicionante legal prevista na norma impugnada não é fator isolado para o deferimento da prorrogação antecipada da concessão. Não há impedimento legal que o concessionário seja atestado positivamente quanto aos critérios do serviço adequado e não o seja quanto aos demais.

O parâmetro temporal estabelecido na lei para o cumprimento do serviço adequado é objetivo. O exame da constitucionalidade dessa exigência demanda análise e decisão sobre caso concreto, exorbitando os limites do controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Gisela Barroso Istamati expõe:

> *Atualmente, as discussões que envolvem a prorrogação dos contratos de concessão da ferrovia indicam, a exemplo da Audiência Pública n. 10/2016 da ANTT, que prorrogar pode ser a melhor alternativa, pois garante investimentos imediatos na malha ferroviária para destravar os gargalos logísticos. Todavia, este processo ainda está em andamento e por enquanto não sabemos qual a conclusão do Tribunal de Contas da União quanto à possibilidade de prorrogação.*
>
> *Assim, com este tópico, concluímos que em um juízo abstrato não é possível afirmar se é melhor licitar ou prorrogar um contrato de concessão. É necessário que seja feita uma análise considerando elementos técnicos e econômicos que demonstrem a vantagem de tal escolha* (Op. Cit. p. 138-139).

18. Assim, em tese, o parâmetro temporal e material estabelecido pela norma impugnada não compromete, em tese, a regra constitucional de garantia de serviço adequado para fins de prorrogação antecipada contratual.

Análise dos §§ 3º a 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017

19. Tem-se nas normas impugnadas:

> *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.*

Argumenta a autora que "*a falta de inventário dos bens transferidos sem ônus aos contratados, aliada à possibilidade de livre disposição do referido patrimônio, representa* […] *verdadeira doação de bem público sem qualquer formalidade e sem possibilidade de fiscalização*" (fl. 12, e-doc. 1).

20. Na formulação dos contratos de concessão atualmente vigentes, as empresas concessionárias celebraram contratos de arrendamento de bens com a Rede Ferroviária Federal S/A, criada em 1957 pela Lei n. 3.115/1957 e incluída no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto federal n. 473/1992, que teve por objetivo "*(i) unificar as ferrovias administradas pela União em uma empresa de economia mista, (ii) reduzir custos operacionais, (iii) criar a integração e economia de escala que permitisse recuperar o setor e (iv) aumentar a competitividade das ferrovias em relação às rodovias*" (DURÇO, Fabio Ferreira. *A regulação do setor ferroviário brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 11).

Nos termos dos §§ 3º a 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, normas impugnadas, a extinção dos contratos de arrendamento resultaria na transferência não onerosa dos bens móveis, operacionais e não operacionais, ao concessionário, conferindo-lhe a possibilidade de deles dispor, geri-los e substituí-los. Esses bens passam, portanto, a integrar o acervo cuidado no contrato de parceria firmado entre o ente do poder concedente e a concessionária.

21. Na petição inicial, a Procuradoria-Geral da República ressalta que "*a falta de exigência 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*" (fl. 12, e-doc. 1).

As normas dispõem sobre o deslocamento do acervo patrimonial para o contrato de concessão com o objetivo de concretizar as respectivas obrigações

e os valores atinentes à titularidade a serem considerados para preservar a equação econômico-financeira do contrato.

Essa matéria há de ser disciplinada pela autoridade reguladora competente para promover a extinção dos contratos de arrendamento e a incorporação dos bens ao contrato de concessão, nos termos do disposto no § 3º do art. 25 da Lei examinada.

Como antes anotado, o inventário desses bens terá de ser prévio. Nem haveria como se ter a eficiência do controle nem como cumprir a medida de reversão a ser adotada ao final dos contratos se não viesse a ser providenciado o inventário no momento da prorrogação antecipada contratual.

O prévio inventário dos bens móveis operacionais e não operacionais, objeto de transferência aos concessionários, atende aos princípios constitucionais garantidores da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da exigência de controle, obrigatório quanto a bens públicos.

Na espécie vertente, não há excepcionalidade a justificar a predominância do interesse privado em detrimento do interesse público, pelo que se evidencia indispensável a prévia inventariança dos bens a serem transferidos, como medida acauteladora para evitar qualquer prejuízo ou dilapidação do patrimônio público.

Nesse sentido o interesse público é diretriz a ser seguida pelo Estado-administrador e Estado-legislador, como leciona, por exemplo, Leonardo da Cunha Pereira:

> *Ao Estado cabe não somente a ordenação normativa do interesse público, mas também a soberana indicação do seu conteúdo. O interesse público constitui interesse de que todos compartilham. A finalidade dos atos administrativos deve vir informada pelo interesse público. A expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado escolheu como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade. Há uma aproximação terminológica entre interesse público e interesse geral. O interesse público não é a soma de interesses particulares, sendo certo que a Administração é competente para definir interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador. O interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução pelo administrador público. O interesse público inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação* (*A Fazenda Pública em juízo.* 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 32).

A transferência dos bens imóveis e móveis, operacionais ou não, nos termos das normas impugnadas, deve ser, pois, compreendida como devendo ser precedida de inventário no qual especificados e referentes aos extintos

contratos de arrendamento, o que, de resto, foi apontado pelo Tribunal de Contas da União.

Em caso da transferência de bens, não se tem apenas prorrogação do prazo contratual, mas o estabelecimento de novo instrumento jurídico, com cláusulas e condições distintas das originalmente ajustadas e que, ao final, serão amortizadas com base na cláusula do equilíbrio econômico financeiro da concessão.

22. Na parte final do § 3º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 se determina que, na extinção dos contratos de arrendamento, devem ser preservadas "*as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos de arrendamento extintos na equação econômico-financeira dos contratos de parceria*".

É de se anotar que no § 6º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 se explicita que "*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*".

Na dicção dos §§ 3º e 6º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, para que ocorra a absorção do ônus e assegure-se o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, devem, no momento da prorrogação contratual, ser considerados todos os bens móveis operacionais ou não operacionais a serem transferidos ao concessionário. De igual forma, para os bens imóveis que, embora continuem no domínio da União, com cessão de uso ao contratado, é garantida a reversão no término do contrato.

23. No acórdão proferido nos autos n. 009.032/2016-9, em 2.12.2019, no qual se expôs a análise dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da ferrovia Malha Paulista, o Tribunal de Contas da União recomendou à Agência Nacional dos Transportes Terrestres — ANTT a elaboração de inventário prévio dos bens a serem transferidos à concessionária:

> *98.* […] *Abordo agora sobre o melhor momento para a realização desse inventário: se previamente à assinatura do aditivo, tal qual sugerem a unidade técnica do TCU e o* Parquet *especializado, ou se até 18 meses após a celebração do aditivo, tal qual previsto na minuta do ajuste.*
>
> *99. A prática tem mostrado casos em que a realização intempestiva do inventário acarreta graves prejuízos à administração pública.*
>
> *100. A título de exemplificação menciono a disputa atualmente verificada por esta Corte de Contas entre concessionárias de telecomunicações e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que deixou de realizar tempestivamente o inventário dos*

bens nos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e agora vê as concessionárias exigirem indenizações exorbitantes, que ultrapassam os 121 bilhões de reais, sem a possibilidade de avaliar a procedência dos valores pleiteados. Tal matéria foi objeto do Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário (Relator Min. Benjamin Zymler), que teve seu recurso de reexame julgado pelo recente Acórdão 2.142/2019- TCU-Plenário (Relator Walton Alencar), cujo excerto transcrevo abaixo:

Ora, se não se sabe quais eram os bens reversíveis em 1998 competência legal expressa da Anatel não há como abater da indenização requerida pela concessionária o valor correspondente a alienações, desvinculações, onerações e substituições, muito menos exigir a reversão desses bens. E sem conhecer os pormenores das mutações desse patrimônio, não terá a agência reguladora condições de questionar a relação de bens reversíveis que vier a ser apresentada pelas concessionárias ao final da concessão, nem segurança para definir o percentual ainda não amortizado desses bens, o que favorece imensamente as empresas concessionárias.

101. A situação da Malha Paulista não difere da que descrevi acima, pois há elevada quantidade de bens passíveis de indenização, a serem apropriadamente avaliados por meio de inventário. Faz-se, portanto, imprescindível a realização desse inventário o quanto antes para evitar que, ao final da vigência do contrato, a concessionária venha a pleitear indenizações de ativos nas quais a ANTT não tenha condições de aferi-los.

102. Contudo, tanto no memorial apresentado (peça 275) como no painel técnico, a ANTT frisou sua preocupação em relação ao prazo necessário para a elaboração e aprovação do inventário, estimado em mais de 3 anos, o que, se condicionasse a assinatura do aditivo, acarretaria atrasos na consecução dos investimentos previstos, com consequente prejuízos financeiros e sociais, podendo até mesmo inviabilizar o negócio jurídico (a antecipação da prorrogação). Esses inconvenientes também foram reafirmados pela concessionária Rumo, em memorial acostado à peça 295, p. 1-7.

103. Assim, ponderando esses prós e contras, penso que uma alternativa seria possibilitar que ele fosse realizado em até 18 meses após a assinatura do aditivo, tal qual sugere a ANTT, evitando com isso atrasar a realização dos investimentos e inviabilizar o aditivo, porém criar mecanismos que incentivassem a concessionária a realizá-lo tempestivamente.

104. Dessa forma, considero mais assertivo a este Tribunal determinar que, caso a ANTT opte por manter a obrigatoriedade da realização do inventário apenas após a assinatura do aditivo, que inclua mecanismo contratual apropriado para evitar atrasos na sua elaboração ou mesmo sua não execução.

105. Vislumbro, nesse sentido, a inclusão de cláusula na qual se preveja a glosa integral da base de ativos caso o inventário não venha a ser concluído no prazo previsto e o decorrente recálculo da modelagem econômico-financeira, procedendo-se à sua reinclusão tão somente após sua finalização e validação pela agência.

106. Com essa condição me parece melhor mitigado o risco da não realização do inventário dos bens, pois sua elaboração passa a ser interesse da concessionária, sob o risco de prejuízos financeiros de elevada monta.

107. Tenho, contudo, uma preocupação não abordada pela SeinfraPortoFerrovia e pelo MPjTCU, quanto a riscos na fidedignidade dos dados do inventário a ser realizado. Explico.

108. A empresa Rumo é concessionária de diversas malhas ferroviárias do país, em especial: Rumo Malha Paulista; Rumo Malha Norte e Rumo Norte-Sul.

> *109. Essas três concessões ferroviárias ganham relevância por possuírem características físicas similares (bitola larga), estarem em plena atividade, interconectarem-se e prestarem serviços umas às outras. Além disso, encontram-se atualmente em fase de expansão de seus ativos patrimoniais, mediante investimentos em obras e para aquisição de material rodante (vagões e locomotivas).*
>
> *110. Vislumbro, nesse cenário, risco de transmutação patrimonial, ou seja, contabilização, no inventário da Malha Paulista, de bens que seriam de propriedade de outras concessões (Malha Norte ou Norte-Sul), o que geraria acréscimo indevido do valor da indenização.*
>
> *111. Entendo que o retro mencionado Cadastro Ferroviário Nacional (CAFEN) mitiga apenas em parte esse risco, pois, sendo a própria concessionária a responsável por atualizar o sistema, não haveria, a priori, impedimentos a essa transmutação.*
>
> *112. Penso que a Agência Reguladora deve adotar os mecanismos de controle que considere pertinentes, necessários e suficientes à mitigação desse risco, sendo uma das possibilidades, ao seu alvedrio, prever que o inventário seja realizado concomitantemente para as três concessões mencionadas.*

Na parte dispositiva do acórdão, concluiu-se:

> *9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de assinar o aditivo para a prorrogação antecipada da Ferrovia Malha Paulista antes de adotar as seguintes providências:*
>
> […] *9.3.2. caso opte por manter a obrigatoriedade da realização do inventário apenas posteriormente à assinatura do aditivo, inclua, no termo aditivo, cláusula inibitória de atrasos na sua elaboração, a exemplo do mecanismo mencionado no parágrafo 105 do voto, que prevê a glosa integral da base de aditivos para que ela somente seja computada quando da realização do inventário definitivo de bens, que considere, na base de ativos, o saldo do montante de investimentos ainda não totalmente amortizados, com base no art. 36 da Lei 8.987/1995 (seção III do Voto).*

29. Anote-se que no § 4º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, ao se prever a transferência não onerosa ao contratado de bens móveis operacionais ou não operacionais, decorrente dos contratos de arrendamento extintos, não se configura, nem se poderia caracterizar, possibilidade de se isentar das formalidades legais doação de bem público.

Trata-se de deslocamento do bem a ser gerido pelo concessionário para dar continuidade ao serviço público concedido, mas com preservação do domínio pela União.

Essa interpretação é ratificada pelo disposto na parte final do § 6º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, na qual se prevê, ao final da concessão, a reversão dos bens móveis e imóveis à União, observado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A doação de bem público, embora não seja vedada pela Constituição da República, é excepcional e deve ser direcionada ao atendimento de interesse público comprovado, o que não ocorre na espécie.

Nesse sentido, por exemplo, 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 cumpridamente 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, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal* (*Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.266).

24. Quanto ao § 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017, ao contratado caberá gerir, substituir, dispor ou desfazer-se dos bens móveis, operacionais ou não, que tenham sido transferidos e passaram a integrar o contrato de parceria, nos termos do § 3º do mesmo artigo.

A atividade de gerir ou substituir o bem móvel, quando necessário, constitui atividade econômica a ser exercida pelo concessionário, regulada pelos riscos inerentes ao contrato de concessão. Entretanto, a utilização pela lei dos verbos "dispor ou desfazer-se" desses bens, objeto dos contratos de parceria firmados, há de ser prudente e cuidadosa.

A disposição dos bens móveis a que se refere o § 5º deve ser interpretada como gestão do bem público afetado à atividade da concessionária, da forma que melhor atender o interesse público e garantir a prestação adequada do serviço concedido. Não se trata, portanto, da errônea suposição de que poderia haver disposição do bem público, no sentido de aliená-lo, sem as formalidades legais.

Ausente, portanto, a alegada inconstitucionalidade dos §§ 3º ao 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017.

Análise do § 1º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448/2017

25. Transcrevem-se, ainda uma vez, as normas impugnadas:

> *Art. 25.* […]
> § 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.*
> *Art. 30.* […]
> § 2º *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.*

26. Anota a autora que "*a permissão para que a concessionária faça investimentos em malhas de interesse da União viola* […] *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*" (fl. 13, e-doc. 1).

Pelas normas impugnadas, os concessionários são autorizados, como contrapartida, a realizar investimentos em malha ferroviária própria ou nas de interesse da Administração Pública, substituindo-se a obrigação de pagar por obrigação de fazer: é o denominado investimento cruzado.

Esse tipo de outorga também está previsto no inc. IX do art. 24 da Lei n. 10.233/2001, não impugnada nesta ação direta:

> *Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:*
> *IX — autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas (Redação dada pela Lei nº 13.448, de 2017).*

27. Em análise à consulta formulada quanto ao art. 57 da Lei n. 12.815/2013 (Lei dos Portos), pela qual se prevê a realização de novos investimentos em contratos de prorrogação antecipada, o Tribunal de Contas da União emitiu parecer favorável sobre o tema:

> *17. Voltando ao núcleo do tema, observa-se que a exegese do multicitado art. 57 da Lei nº 12.815/2013 mostra-se compatível com o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência no sentido de que a prorrogação contratual não constitui direito adquirido do contratado, sendo decisão discricionária da Administração Pública, sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade e às seguintes condições: i) a possibilidade de prorrogação deve ter constado do edital de licitação e do termo do contrato original, a bem dos princípios da isonomia e da impessoalidade; e ii) sua efetivação não é automática, pois demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação.*

> *18. Outrossim, diante da juridicidade da prorrogação dos contratos de arrendamento portuário, não se vislumbram óbices legais à antecipação temporal da implementação dessas prorrogações, condicionada à realização de investimentos previamente aprovados pela Administração.*
> *A antecipação de investimentos cuja amortização seria inviável apenas no prazo contratual remanescente foi um dos mecanismos previstos pelo novo marco legal para impulsionar o processo de modernização e ampliação de oferta de serviços portuários, ao lado das licitações de novos arrendamentos e de autorizações de novos terminais privativos.*
> *19. No caso específico de que ora se trata, o benefício ao interesse público devido à antecipação das prorrogações no tempo reside essencialmente na realização, pelos atuais arrendatários, de novos investimentos no curto prazo, após a devida anuência do poder concedente. A assunção de tal obrigação pelos contratados deve ser entendida, então, como uma condição qualificadora da prorrogação contratual antecipada.*
> *20. Diante de todo o exposto, entende-se que a disposição transitória estipulada no art. 57 da novel lei portuária é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, inclusive no plano constitucional, sem que se vislumbre a ocorrência de vícios formais ou materiais de constitucionalidade* (TCU/RACOM n. 024.882/2014-3, Relatora a Ministra Ana Arraes, Tribunal Pleno, julgamento em 2.9.2015).

28. As melhorias na infraestrutura ferroviária realizadas por investimentos cruzados, na malha concedida ou em outras de interesse da Administração Pública, serão realizadas pelo particular com recursos privados. Ao poder concedente compete avaliar, autorizar e aprovar a realização desses novos investimentos restritos à infraestrutura ferroviária brasileira para que estejam em conformidade com o interesse público, destinatário final e essencial da prestação do serviço público.

29. Embora o instituto da antecipação da prorrogação contratual previsto na Lei n. 13.448/2017 não tenha sido impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, não se pode deixar de advertir que os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição da República devem sempre nortear o procedimento de avaliação da conveniência e da oportunidade de prorrogação da concessão pública, assim como a elaboração dos termos aditivos de prorrogação do contrato, sob pena de nulidade dos provimentos administrativos pela mácula de inconstitucionalidade que os acometeria.

Daí ressai que o aditivo de prorrogação não deve ampliar o objeto do contrato de concessão, ainda que a pretexto de atender ao interesse público, sob pena de se vulnerar o princípio da licitação, previsto no art. 175 da Constituição da República.

E sobre a imutabilidade do objeto da concessão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

> […] *igualmente imutável é o próprio objeto material da concessão, isto é, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a modalidade técnica genérica segundo a qual será prestado. Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação de modificá-la para geração de energia atômica, se o concedente desejar a mudança dos sistemas de geração de energia* (*Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 741).

30. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes.

Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano, por exemplo, lecionam:

> […] *os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo — e de todas as evoluções das necessidades sociais relacionadas ao seu objeto experimentadas durante esse longo período —, seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. Como dito, são pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações* e *direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicados na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a aprimorar-se por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito)* (Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, a. 9, n. 34, abr./jun. 2011. Publicação trimestral. p. 180).

O investimento cruzado está compreendido na autonomia política do ente federado, ao qual compete avaliar a vantagem ou não da substituição da outorga pelo pagamento em dinheiro sobre novos investimentos na infraestrutura da malha ferroviária brasileira.

Em parecer trazido aos autos, Marçal Justen Filho assinala que "*essa solução é ainda mais apropriada em vista da configuração da malha ferroviária como uma indústria de rede. Existe uma potencial inter-relação entre as diversas concessões, na medida em que o serviço é prestado de modo contínuo sobre infraestruturas objeto de concessões diversas. Em muitas hipóteses, a execução de certas obras no âmbito de infraestrutura de uma determinada concessão é relevante para o atendimento de interesses de outra concessionária. Lembre-se que, em muitos casos, o transporte de carga se inicia no âmbito de uma concessão e se prolonga na circunscrição de outra.*

Isso envolve uma pluralidade de soluções gerenciais e jurídicas que não encontram paralelo em outras espécies de concessão" (fl. 55, e-doc. 107).

31. A Advocacia-Geral da União observou que "*constitui alternativa ímpar, pois, sem recorrer a recursos do erário, inaugura-se um ciclo de retroalimentação positiva modal de transporte ferroviário, permitindo a superação de gargalos de infraestrutura específicos sem desfiguração do objeto das concessões originalmente pactuadas*" (fl. 18, e-doc. 85).

No investimento cruzado, não se tem alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequar-se às necessidades mutáveis do interesse público.

Cuida-se de medida política com o objetivo de propiciar a integração da rede ferroviária que ultrapassa os limites específicos de cada concessão, garantir maior agilidade na execução de obras nas malhas ferroviárias e incrementar investimentos na deficitária malha ferroviária brasileira.

32. Também neste ponto, não se demonstra inconstitucionalidade a tisnar a norma do § 1º do art. 25 e no § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448/2017.

33. Pelo exposto, **confirmando os termos da medida cautelar indeferida, voto no sentido de julgar improcedente a ação.**