

22/08/2023

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO**

**RELATORA** : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
**REDATOR DO ACÓRDÃO** : MIN. GILMAR MENDES  
**REQTE.(S)** : SOLIDARIEDADE  
**ADV.(A/S)** : ALYSSON SOUSA MOURAO E OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** : METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA  
**ADV.(A/S)** : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA

Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Decreto n. 65.574/2021 e Decreto n. 65.575/2021 do Estado de São Paulo. 3. Prorrogação antecipada, pelo prazo de 25 anos, da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara com a incorporação, na condição de novos investimentos, do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente. 4. Possibilidade. Estudo técnico que fundamente vantagem da prorrogação do contrato de parceira em relação à realização de nova licitação para o empreendimento. Demonstração de vantajosidade para a administração pública. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; e, no mérito, por maioria, julgar constitucional os Decretos n. 65.574 e n. 65.757, do Estado de São Paulo, nos termos do voto

**ADI 7048 / SP**

do Ministro Gilmar Mendes, redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Edson Fachin e Rosa Weber.

Brasília, Sessão Virtual de 11 a 21 de agosto de 2023.

Ministro **GILMAR MENDES**

Redator

*Documento assinado digitalmente*

18/10/2022

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO**

**RELATORA** : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
**REDATOR DO ACÓRDÃO** : MIN. GILMAR MENDES  
**REQTE.(S)** : SOLIDARIEDADE  
**ADV.(A/S)** : ALYSSON SOUSA MOURAO E OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** : METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA  
**ADV.(A/S)** : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA

**RELATÓRIO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 10.12.2021 pelo partido político Solidariedade contra o Decreto n. 65.574/2021 do Estado de São Paulo, pelo qual autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara, e o Decreto n. 65.575/2021, pelo qual aprovado o Regulamento da prorrogação da concessão. Tem-se nos atos impugnados:

**Decreto n. 65.574, de 18 de março de 2021**

*“Artigo 1º - Fica autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, que passa a incorporar, na condição de novos investimentos da concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019.*

**ADI 7048 / SP**

§ 1º - *Denomina-se Sistema BRT-ABC para efeito deste decreto, o conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal Bus Rapid Transit - BRT, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.*

§ 2º - *Denomina-se Sistema Remanescente, para efeito deste decreto, os serviços correspondentes as funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implementados na região compreendida entre os Municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.*

Artigo 2º - *A prorrogação mencionada no artigo 1º deste decreto observará as seguintes diretrizes:*

*I - adaptação à Lei federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2013;*

*II - reserva ao Poder Concedente, como poder regulatório, da competência de determinar à Concessionária a obrigatória adesão ao atual Sistema de Arrecadação e Bilhetagem ou a eventuais novos sistemas, respeitado, nesta última hipótese, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;*

*III - previsão no modelo econômico-financeiro das despesas com o Sistema de Arrecadação e Bilhetagem, em percentual da receita tarifária, sendo cabível reequilíbrio econômico-financeiro, em favor da Concessionária ou do Poder Concedente, caso tal despesa revele-se, a cada ano, respectivamente, maior ou menor do que o patamar estipulado;*

*IV - compartilhamento de receitas acessórias entre o Poder Concedente e a Concessionária;*

*V - possibilidade de subcontratação dos serviços de operação do transporte de passageiros no Sistema BRT ABC, no Sistema Existente e no Sistema Remanescente, desde que adotada disciplina contratual para assegurar que a subcontratação observe ao interesse público;*

*VI - adoção de indicadores de desempenho que incentivem a Concessionária a prestar o serviço adequado, definindo-se o percentual de dedução da receita de remuneração;*

**ADI 7048 / SP**

VII - adoção de regramento contratual sobre a proteção de dados pessoais dos passageiros, assegurando o respeito à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal nº 13.709/18);

VIII - adoção de mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro sem vinculação ao previsto no Plano de Negócios da Concessionária, em regra pela metodologia do fluxo de caixa marginal;

IX - adoção de Programa de Conformidade e Integridade (Compliance);

X - dever da Concessionária se constituir em SPE (Sociedade de Propósito Específico), como condição à assinatura do termo aditivo de prorrogação antecipada;

XI - alocação do risco de demanda integralmente à Concessionária, ressalvados os impactos decorrentes de eventos de risco do Poder Concedente;

XII - reajuste da tarifa de remuneração que preveja Fórmula Paramétrica adequada à realidade do projeto, sem previsão de repasse integral, no reajuste tarifário, da integralidade da variação com custo da mão de obra dos empregados da Concessionária, de modo a preservar os incentivos à adequada negociação;

XIII - inclusão de sistemática de aplicação de penalidades que reflita as características do projeto, e que incentive ao cumprimento das obrigações contratuais;

XIV - responsabilidade da Concessionária pelas desapropriações necessárias à implantação integral do projeto, sendo alocado ao parceiro privado o risco de variação dos custos previstos e do prazo para efetivação de tais providências;

XV - responsabilidade da Concessionária pelos riscos ambientais relacionados às obras previstas no projeto;

XVI - o prazo da prorrogação da concessão será de 25 (vinte e cinco) anos, contados da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.

Artigo 3º - Fica delegada à Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP a competência para detalhar em instrumento jurídico próprio as diretrizes específicas da prorrogação a que se refere este Decreto, bem como para assinar o respectivo termo aditivo.

**ADI 7048 / SP**

*Artigo 4º - A EMTU/SP atuará como representante do Poder Concedente junto à Concessionária.*

*Artigo 5º - Ficam revogados os Decretos 59.271 e 59.272, ambos de 7 de junho de 2013.*

*Artigo 6º - Fica extinta a Área 5, que passa a integrar o escopo da prorrogação de que trata este decreto.*

*Artigo 7º - As atuais permissões a título precário concedidas às empresas Auto Viação ABC. LTDA., Auto Viação Triângulo LTDA., Empresa Auto Ônibus Santo André LTDA. - E.A.O.S.A., Empresa Expresso São Bernardo do Campo LTDA., Empresa Urbana Santo André LTDA., Mobibrasil Transporte Diadema LTDA., Empresa de Transporte Publix LTDA., Rigras Transportes Coletivos e Turismo LTDA., Trans Bus Transportes Coletivos LTDA., Transportes Coletivos Parque das Nações LTDA., Tucuruvi Transportes e Turismo LTDA., Viação Imigrantes LTDA., Viação Ribeirão Pires LTDA., Viação São Camilo LTDA., Viação Riacho Grande LTDA., e VIPE - Viação Padre Eustáquio LTDA., extinguir-se-ão automaticamente em até 360 (trezentos e sessenta) dias a contar da data da celebração do termo aditivo de prorrogação antecipada, com a assunção das atividades pelo novo prestador.*

*Artigo 8º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário”.*

**Decreto n. 65.575, de 18 de março de 2021**

*Artigo 1º - Fica aprovado o Regulamento da Prorrogação Antecipada da Concessão dos serviços públicos de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus, no âmbito do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, realizada com base na Lei Estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, compreendendo o corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, o Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e o Sistema Remanescente, definidos no Decreto que autorizou a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, anexo ao presente decreto.*

*Artigo 2º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir da celebração do respectivo*

**ADI 7048 / SP**

*Termo Aditivo ao Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o Decreto nº 59.272, de 7 de junho de 2013. Palácio dos Bandeirantes, 18 de março de 2021”.*

(...)

**CAPÍTULO I**

**Do Objetivo**

*Artigo 1º - Este Regulamento tem por objetivo disciplinar a Prorrogação Antecipada da Concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus compreendendo:*

*I - O Sistema Existente: integrado pelo corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, conforme autorizado pelo Decreto nº 40.606, de 29 de dezembro de 1995 e a Linha Diadema/Brooklin;*

*II - O Sistema Remanescente: os serviços correspondentes as funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implementados na região compreendida entre os Municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.*

*III - O Sistema BRT ABC: o conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal Bus Rapid Transit - BRT, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.*

*Parágrafo único - Os Sistemas estão inseridos na Área de Operação dos serviços objeto da concessão, que compreende os municípios de Diadema, São Caetano do Sul, São Bernardo do Campo, Santo André, São Paulo, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra, todos integrantes da Região Metropolitana de São Paulo - RMSP.*

*Artigo 2º - O Sistema Existente do corredor metropolitano São Mateus/Jabaquara constitui-se por:*

*I - Sistema Viário com 33km, sendo 30km de via segregada e 3km de via compartilhada percorrendo os Municípios de São Paulo, Diadema, Santo André, Mauá e São Bernardo do Campo, compreendendo também o ramal de ligação do Terminal de São*

**ADI 7048 / SP**

*Bernardo do Campo ao Terminal de Ferrazópolis;*

*II - Nove Terminais de Integração assim distribuídos: a) Jabaquara; b) Diadema; c) Piraporinha; d) São Bernardo do Campo; e) Ferrazópolis; f) Santo André Oeste; g) Santo André Leste; h) Sonia Maria; i) São Mateus;*

*III - Sistema Viário com aproximadamente 12 km de extensão, constituindo um ramal de interligação do Terminal Diadema ao Terminal Brooklin;*

*IV - Equipamentos: trólebus existentes, veículos auxiliares, maquinário e ferramentas, todos não reversíveis ao final da concessão;*

*V - Infraestrutura constituída por pontos de parada e seus abrigos distribuídos ao longo do corredor, grades, passarelas áreas de estocagem e de fuga, jardins, sistemas de sinalização, captação e escoamento de águas pluviais, bem como edifícios de apoio localizados na Rua Joaquim Casemiro, 290, Bairro Planalto, São Bernardo do Campo SP, incluindo oficinas, garagens, pátios de estacionamento e os equipamentos neles existentes.*

*Artigo 3º - O Sistema Remanescente integra as linhas alimentadoras e complementares inseridas na área de Operação dos serviços objeto da concessão, definidas pelos procedimentos operacionais e gerenciais especificadas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 4º - O Sistema BRT ABC, que se integrará ao sistema metroferroviário da Região Metropolitana de São Paulo - RMSP, compreende um corredor com cerca de 17,3 km de extensão no trecho Terminal Sacomã-Terminal São Bernardo do Campo, abrangendo 20 paradas, sendo estas Rua do Grito, Albino de Moraes, Alcatís, Almirante Delamare, Goiás, CEU Meninos, Cerâmica, Estrada das Lágrimas, Jd. São Caetano, Vila Império, Instituto Mauá, Rudge Ramos, Afonsina, Fundação do ABC, Vila Vivaldi, Winston Churchill, Senador Vergueiro, Abrahão Ribeiro, Aldino Pinotti e MetrÓpole, contemplando 3 (três) terminais, sendo Terminal Sacomã, Terminal Tamanduateí e Terminal São Bernardo do Campo.*

**CAPÍTULO II**

**Da Concessão**

*Artigo 5º - O objeto da presente concessão compreende os*

**ADI 7048 / SP**

*serviços correspondentes:*

*I - às funções de operação de transporte urbano de passageiro e as funções de manutenção e conservação da infraestrutura e do sistema viário do Sistema Existente e Sistema BRT ABC;*

*II - à função de operação de transporte urbano do Sistema Remanescente;*

*III - à implantação da infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de corredor exclusivo de ônibus e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de frota e demais ações necessárias para permitir a adequada operação do Sistema BRT ABC; e*

*IV - à operação dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros do Sistema BRT ABC, com todas as suas paradas, no trecho Terminal Sacomã-Terminal São Bernardo do Campo, compreendendo a prestação de serviços relativos às funções de operação e manutenção do corredor, com o funcionamento adequado dos pontos de parada, dos terminais, do CCO, do controle de acesso de passageiros e dos validadores de créditos de viagem, incluindo vigilância operacional, pessoal e patrimonial em parâmetros compatíveis com a demanda.*

*Artigo 6º - O prazo da concessão, resultante da prorrogação antecipada, será de 25 (vinte e cinco) anos contados da data da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Parágrafo único - O prazo previsto no 'caput' deste artigo poderá ser prorrogado se necessário para assegurar a continuidade do serviço público, na hipótese em que houver estudo ou licitação em andamento, sem tempo hábil para sua conclusão antes do encerramento do prazo contratual ou, a exclusivo critério do Poder Concedente, para recomposição do equilíbrio econômico financeiro.*

*Artigo 7º - Os serviços e demais atividades operacionais a serem executados são classificados em:*

*I - delegados;*

*II - não delegados; e*

*III - complementares.*

*Artigo 8º - São serviços delegados, de competência específica da*

**ADI 7048 / SP**

*Concessionária, passíveis de subcontratação, segundo disciplina a ser estabelecida no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão:*

*I - serviços correspondentes às funções operacionais que compreendem o atendimento da demanda de passageiros do Sistema Existente, do Sistema Remanescente e do Sistema BRT ABC, em conformidade com padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM ou pela Empresa Metropolitana dos Transportes Urbanos - EMTU/SP e no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão;*

*II - serviços de implantação da infraestrutura do Sistema BRT ABC; e*

*III - serviços correspondentes às funções de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura no Sistema Existente e no Sistema BRT ABC, incluindo a manutenção preventiva e corretiva dos veículos visando a segurança e o conforto dos usuários, em conformidade com padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM ou pela Empresa Metropolitana dos Transportes Urbanos - EMTU/SP e no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 9º - São serviços não delegados aqueles de competência exclusiva do Poder Público, não compreendidos no objeto da concessão, tais como:*

*I - policiamento ostensivo de trânsito, preventivo e repressivo; e*

*II - fiscalização e autuação de infrações relativas a: a) veículo e frota; b) documentação; c) motorista; d) tarifas; e) regras de circulação, estacionamento, paradas, itinerários e horários.*

*Artigo 10 - São serviços complementares aqueles considerados como convenientes, mas não essenciais, para manter o serviço adequado em toda a extensão dos Sistemas, podendo ser prestados por terceiros que não a Concessionária, compreendendo, entre outros, os serviços de atendimento ao usuário de objetos achados e perdidos e os serviços de segurança e vigilância.*

*Artigo 11 - Para a execução dos serviços delegados a Concessionária deverá implantar sistemas automatizados de controle, compatíveis e atualizados segundo padrões estabelecidos pelo Poder*

**ADI 7048 / SP**

*Concedente e as diretrizes técnicas e econômico-financeiras do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, que permitam a efetiva gestão e integração das operações durante todo o período da concessão.*

*Parágrafo único - Os sistemas de controle a que se refere o 'caput' deste artigo deverão permitir amplo acesso aos serviços delegados.*

**CAPÍTULO III**

*Responsabilidades da Concessionária*

*Artigo 12 - São deveres da Concessionária, durante todo o prazo da concessão, além daqueles previstos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e na legislação aplicável:*

*I - dispor de frota com especificação mínima definida no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, equipamentos, acessórios, recursos humanos e materiais de modo a permitir a perfeita execução dos serviços;*

*II - acionar todos os recursos à sua disposição a fim de garantir a fluidez do tráfego e o padrão de serviço adequado;*

*III - executar todos os serviços, controles e atividades relativos à concessão, com zelo, diligência e economia, utilizando a melhor técnica aplicável a cada uma das tarefas desempenhadas, respeitando as regras estabelecidas pelo Poder Concedente;*

*IV - executar todos os serviços, programas de gestão e treinamento a seus empregados, com vistas a melhorias destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários;*

*V - adotar providências necessárias à garantia do patrimônio dos Sistemas e a segurança dos usuários;*

*VI - responder perante o Poder Concedente e terceiros por todos os atos e eventos de sua competência;*

*VII - submeter à aprovação do Poder Concedente o perfil de circulação alternativo que pretenda adotar quando da realização de eventuais obras que obriguem a interrupção de faixa do Corredor;*

*VIII - divulgar adequadamente, ao público em geral e ao usuário em particular, a ocorrência de situações excepcionais, realização de obras e adoção de procedimentos especiais de operação;*

*IX - elaborar e implementar procedimentos de atendimento a*

**ADI 7048 / SP**

*situações de emergência, mantendo disponíveis, para tanto, recursos humanos e materiais;*

*X - zelar pela proteção do meio ambiente e atender à legislação vigente;*

*XI - acatar medidas determinadas pelos responsáveis investidos de autoridade, em caso de acidentes ou situações anormais à rotina;*

*XII - responder pelo correto comportamento e eficiência de seus empregados e agentes, bem como de suas contratadas, providenciando o uso de uniforme nas funções e condições em que forem exigidos, o porte de crachá indicativo de suas funções, instruindo-os a prestar apoio à ação da autoridade;*

*XIII - cumprir determinações legais relativas à legislação trabalhista e de segurança e medicina do trabalho em relação a seus empregados;*

*XIV - retificar, nos prazos estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, os serviços sob sua responsabilidade, executados com vícios ou defeitos;*

*XV - fornecer ao Poder Concedente todos e quaisquer documentos e informações pertinentes ao objeto da concessão, facultando à fiscalização a realização de auditorias;*

*XVI - prestar contas da gestão dos serviços ao Poder Concedente e aos usuários, nos termos definidos no Termo Aditivo e na legislação vigente;*

*XVII - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;*

*XVIII - responder por eventuais desidias e faltas quanto às obrigações decorrentes da concessão, nos termos estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão;*

*XIX - manter o Poder Concedente informado sobre toda e qualquer ocorrência não rotineira.*

*XX - aderir ao atual Sistema de Arrecadação e Bilhetagem ou a eventuais novos sistemas, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão; XXI - elaborar e manter Programa de Conformidade e Integridade (Compliance);*

*XXII- responsabilizar-se integralmente pelas desapropriações necessárias às obras de implantação do Sistema BRT ABC; e*

**ADI 7048 / SP**

*XXIII - elaborar e implementar procedimentos que assegurem o atendimento à Lei Geral de Proteção de Dados.*

**CAPÍTULO IV**

*Das Responsabilidades de Poder Concedente*

*Artigo 13 - Incumbe ao Poder Concedente:*

*I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua prestação;*

*II - modificar unilateralmente as disposições regulamentares do serviço para melhor adequação ao interesse público, respeitadas as disposições contidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão;*

*III - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas da concessão;*

*IV - fixar e rever as tarifas públicas;*

*V - estimular a eficiência do serviço e a modicidade das tarifas;*

*VI - zelar pela boa qualidade do serviço, receber e apurar queixas e reclamações dos usuários;*

*VII - estimular a racionalização e melhoria do serviço;*

*VIII - estimular a associação de usuários para defesa de seus interesses relativos ao serviço, inclusive para sua fiscalização;*

*IX - intervir na prestação do serviço, retomá-lo e extinguir a concessão, nos casos e nas condições previstas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e legislação pertinente;*

*X - aplicar as penalidades legais e contratuais;*

*XI - fiscalizar o estado de conservação da frota, da infraestrutura e demais equipamentos vinculados à prestação dos serviços;*

*XII - fiscalizar o cumprimento das normas, regulamentos e procedimentos de execução dos planos de manutenção, operação e obras; e*

*XIII - executar auditorias periódicas com o objetivo de verificar o estado de conservação do viário, da frota e avaliar os recursos técnicos utilizados.*

**CAPÍTULO V**

*Dos Direitos e Obrigações do Usuário*

*Artigo 14 - São direitos e obrigações dos usuários:*

**ADI 7048 / SP**

*I - receber e utilizar os serviços adequadamente;*

*II - pagar a tarifa na forma estabelecida;*

*III - receber do Poder Concedente e da Concessionária informações para a defesa de interesses individuais e coletivos relativos aos serviços prestados;*

*IV - obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas as normas do Poder Concedente;*

*V - levar ao conhecimento do Poder Concedente e da Concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento referentes ao serviço prestado;*

*VI - comunicar as autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela Concessionária na prestação dos serviços; e*

*VII - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.*

**CAPÍTULO VI**

*Da Fiscalização dos Serviços Concedidos e das Sanções Administrativas*

*Artigo 15 - Estão sujeitos à fiscalização os serviços constantes no presente Regulamento.*

*§ 1º - A base para a fiscalização dos serviços a que se refere o caput deste artigo será o conjunto de fatores de avaliação que definem o padrão de serviço adequado, a saber: qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança.*

*§ 2º - As regras para a quantificação e aferição dos fatores a que se refere o parágrafo anterior serão definidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e seus respectivos Anexos.*

*Artigo 16 - No exercício da fiscalização, o Poder Concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária. Parágrafo único - A fiscalização do serviço será feita por intermédio da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU/SP e pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM, ou por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta designado pelo Poder Concedente, ou mesmo por terceiros contratados para esta finalidade.*

**ADI 7048 / SP**

*Artigo 17 - A inobservância das regras previstas neste Regulamento e nas demais normas aplicáveis sujeita a Concessionária às sanções administrativas, legais e contratuais.*

**CAPÍTULO VII**

*Da Receita*

*Artigo 18 - Constitui receita da Concessionária:*

*I - remuneração tarifária, composta pelo produto da grade tarifária de remuneração pelos passageiros para o Sistema Remanescente, somado à tarifa de remuneração definida contratualmente para os Sistema Existente e Sistema BRT ABC, ambos definidos contratualmente e em conformidade à Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 - Lei de Mobilidade Urbana;*

*II - receitas alternativas ou complementares auferidas diretamente ou indiretamente pela Concessionária através da exploração ou execução de serviços não integrantes do objeto da concessão, tais como aquelas oriundas de serviços de publicidade, aluguel de espaços comerciais, edificação de empreendimentos nos terminais e a prestação de outros serviços complementares e outros projetos associados à concessão e/ou aos bens integrantes, desde que estas atividades não sejam vedadas pela lei nem comprometam a segurança da operação e os padrões de qualidade dos serviços;*

*III - outras receitas desde que aprovadas pelo Poder Concedente.*

*Artigo 19 - A Concessionária poderá oferecer, mediante anuência do Poder Concedente, os créditos e as receitas decorrentes do contrato a ser firmado, como garantia de financiamento a ser obtido para a execução dos investimentos que se façam necessários à prestação dos serviços delegados, compra de veículos, acessórios e equipamentos, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação de serviço.*

*Artigo 20 - A tarifa de remuneração, os critérios e a periodicidade de sua atualização e as condições de sua revisão serão estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 21 - A tarifa pública, paga pelos usuários, será definida exclusivamente pelo Poder Concedente.*

**CAPÍTULO VIII**

**ADI 7048 / SP**

*Das Disposições Gerais*

*Artigo 22 - A operação do Sistema Existente pressupõe a continuidade dos serviços prestados pela Concessionária, e independem de qualquer ratificação ou anuência do Poder Concedente, observados os requisitos de frota exigidos Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 23 - A implantação do Sistema BRT ABC e início da operação do Sistema BRT ABC e Sistema Remanescente se dará observados os planos, trâmites, prazos e fases previstas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 24 - Extinta a concessão, retornam, imediatamente, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados ao serviço concedido, transferidos à Concessionária ou por ela implantados, durante o período da concessão.*

*Artigo 25 - No prazo de 12 (doze) meses antes do término da concessão, ou, imediatamente, no caso de extinção antecipada do Contrato, para assegurar a continuidade dos serviços, o Poder Concedente constituirá Comissão de Desmobilização, a ser composta pelo Poder Concedente, pela Concessionária, por um auditor independente e pelo futuro operador dos serviços objeto deste Contrato, caso já contratado e não venha a ser o próprio Poder Concedente, para estabelecer um Programa de Desmobilização Operacional.*

*Artigo 26 - A Empresa Metropolitana de São Paulo - EMTU/SP disciplinará no que couber, a aplicação deste Regulamento.*

*Artigo 27 - A Concessionária poderá propor ao Poder Concedente a revisão das normas e procedimentos de que trata este Regulamento, com vistas ao aprimoramento dos serviços oferecidos aos usuários, responsabilizando-se por todos os custos delas decorrentes e desde que observadas e mantidas as disposições contidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Parágrafo único - A implementação das normas e procedimentos referidos no caput deste artigo somente ocorrerá após a aprovação do Poder Concedente”.*

**ADI 7048 / SP**

3. O autor afirma que “a ação direta de inconstitucionalidade aqui tratada volta-se contra os Decretos ns. 65.574 e 65.575, de 18-03-2021, do Governador do Estado de São Paulo - estes apoiados na Lei Estadual n. 16.933/2019 -, que ora se sustenta violarem, frontalmente, os artigos 37, caput e inciso XXI, e 175, caput, da Constituição Federal. Isto porque beneficiam uma única empresa, a Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda. - com um contrato de 25 (vinte e cinco) anos, SEM LICITAÇÃO, ao custo de quase R\$ 23.000.000.000,00 (vinte e três bilhões de reais) -, que passará a operar sozinha o Corredor ABD (como é conhecido o Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara). Na verdade, é relevante dizer, os Decretos em questão ampliarão em quase 700% (setecentos por cento) o número de linhas deste Corredor ABD”.

Argumenta que “a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO, como reza, expressamente, o caput do artigo 175 da Carta de 1988. A referida licitação, obrigatória, em tais casos, tem por escopo assegurar a ‘igualdade de condições a todos os concorrentes’ e é regra impositiva a ser observada pela Administração Pública que há de obedecer, criteriosamente, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como dispõe o artigo 37, caput e inciso XXI, da CF/88”.

Acentua que, “no caso, maior ofensa se percebe, a partir do inescandível propósito dos Decretos em comento—que é o de beneficiar uma empresa somente, não se sabe por qual razão, para operar todo o sistema de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara (conhecido como Corredor ABD), incluindo Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente -, aos princípios da impessoalidade e da moralidade”.

Assevera que “se prestigiou, exclusivamente, SEM LICITAÇÃO (!!), por meio de uma prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal (segundo os Decretos que ora se imputa serem inconstitucionais), uma empresa que já atuava fortemente no sistema desde 1997,

**ADI 7048 / SP**

*que ficou 20 anos lá operando precariamente, e que já fora antes beneficiada por uma prorrogação por mais cinco anos, que findaria no ano que vem (2022) e que agora foi 'engolida' por esta prorrogação, sendo por isto que se afirma tratar de uma prorrogação antecipada".*

Pontua que *"em especial em se observando que a execução de todo o sistema de que cuidam os Decretos em tela por uma única empresa tem levado ao pagamento, como se disse, pelo Governo de SP, de indenizações a outras empresas que já atuavam no sistema (e com licitação, muitas delas), e que agora tem visto serem os seus respectivos contratos serem rescindidos unilateralmente pelo Governo de SP".*

3. O autor requer, em sede cautelar, a suspensão da eficácia dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Estado de São Paulo. No mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade desses atos.

4. Em decisão de 10.3.2022, adotei o rito previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/1999.

5. Em suas informações, o Governador de São Paulo defendeu, preliminarmente, que *"a análise dos decretos estaduais impugnados evidencia sua natureza de atos normativos de efeitos concretos, a impedir o conhecimento da ação".*

Acrescentou que *"o próprio fato de a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 20/97 já ser objeto de apreciação pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, através dos meios processuais adequados para tanto, demonstra a absoluta inadequação da discussão desta mesma matéria por meio da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, que se volta a atos normativos de efeitos evidentemente concretos, como mero subterfúgio para, mediante nova medida processual, buscar questionar, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, a política pública adotada pelo Estado de São Paulo".*

**ADI 7048 / SP**

Assinalou que “os Decretos estaduais nº 65.574 e nº 65.575, de 18 de março de 2021, não possuem natureza primária, ou seja, não introduzem, de forma autônoma, inovação na ordem jurídica, mas configuram típico ato normativo secundário, editados com fundamento na Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, que estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos serviços de competência do Estado”.

No mérito, observou que:

a) “a edição dos decretos impugnados e a consequente prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997 foram medidas administrativas baseadas na Lei estadual nº 16.933/19 e na própria Lei estadual de Concessões (Lei estadual nº 7.835/92), tendo sido fundamentadas em uma série de análises técnicas dos modais de transporte adequados, em análises econômicas de viabilidade e de vantajosidade entre as alternativas (licitar ou prorrogar) e em pareceres jurídicos elaborados ao longo de dois anos, os quais demonstraram que tal medida seria benéfica ao interesse público, conforme demonstrado na Nota Técnica DMQ-003/2022, emitida pela EMTU/SP”;

b) “em razão da prorrogação antecipada objeto dos decretos ora impugnados, a Concessionária METRA incorporou, na condição de novos investimentos da concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente (antiga Área 5 da RMSP), composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação”;

c) “o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Segunda Turma (RMS 34.203/DF), já analisou demanda na qual se discutia a aplicação da Lei federal nº 12.783/2013, que, versando sobre os contratos de concessão do serviço público de energia elétrica, possibilitou prorrogações independentemente de previsão em edital ou contrato”;

d) “a prorrogação antecipada é um instituto que decorre do caráter especial,

**ADI 7048 / SP**

*estabelecido pela própria Constituição Federal, tanto dos contratos de concessão de serviço público quanto de suas prorrogações, ante as complexidades econômicas, técnicas e financeiras inerentes a estes negócios de grande vulto e prazo, além das constantes necessidades sociais que, cada vez mais, dependem da prestação de serviços públicos por parceiros privados, mormente quando tais serviços são prestados em sistemas e de forma integrada, como o caso dos serviços albergados no Contrato de Concessão EMTU/SP nº 20/97”;*

*e) “seria contrário ao princípio da moralidade e da eficiência se o Estado, ciente da possibilidade legal prevista na Lei estadual nº 16.933/19, e consubstanciado em justificativa técnica e/ou financeira válida, demonstrando a existência de maior vantagem ao interesse público na decisão de prorrogar antecipadamente contrato de concessão vigente, mediante a inclusão de novos investimentos, decidisse aguardar o término do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 20/97 e correr o risco de uma nova licitação, deixando de disponibilizar antecipadamente a melhoria do serviço público à população”.*

**6. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar:**

*“Decretos nº 65.574/2021 e 65.575/2021 do Governador do Estado de São Paulo, que autorizam ‘a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019’ e aprovam ‘o Regulamento da prorrogação da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019’. Alegada violação aos artigos 37, caput e inciso XXI; e 175, caput, da Constituição. Preliminar. Do caráter secundário dos decretos impugnados. Ausência de fumus boni iuris. O dever de licitar, previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal não é absoluto, uma vez que tal dever convive com a possibilidade de se promover a prorrogação antecipada do prazo de vigência de contratos de concessão, cabendo à Administração Pública acolher, em cada caso, com motivação e transparência, a*

**ADI 7048 / SP**

*possibilidade do elastecimento do prazo contratual sem a necessidade de nova licitação. Não é possível concluir que as normas estaduais impugnadas teriam sido editadas com o propósito de favorecer, indevidamente, uma única empresa. Ademais, não cabe a essa Corte Suprema, em sede de controle abstrato, perquirir o mérito decisão administrativa de prorrogação de contratos versus a realização de novos procedimentos licitatórios em situações concretas. Ausência de periculum in mora. Manifestação pelo indeferimento do pedido cautelar”.*

7. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo não conhecimento da ação:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETOS 65.574/2021 E 65.575/2021, AMBOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL POR ÔNIBUS E TRÓLEBUS NO CORREDOR METROPOLITANO SÃO MATEUS/JABAQUARA, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL 16.933/2019. ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. ALEGAÇÃO DE FAVORECIMENTO INDEVIDO À EMPRESA ESPECÍFICA. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO. 1. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto regulamentar, por se tratar de ato normativo secundário, não sindicável pela via do controle concentrado de constitucionalidade. 2. Inviável proceder-se, em controle concentrado de constitucionalidade, à análise de fatos e provas. — Parecer pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade”.*

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos 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).

18/10/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO

VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto o Decreto n. 65.574/2021 do Estado de São Paulo, pelo qual autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara, e o Decreto n. 65.575/2021, no qual aprovado o Regulamento da prorrogação da concessão. Tem-se nos atos impugnados:

Decreto n. 65.574, de 18 de março de 2021

*“Artigo 1º - Fica autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, que passa a incorporar, na condição de novos investimentos da concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019.*

*§ 1º - Denomina-se Sistema BRT-ABC para efeito deste decreto, o conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal Bus Rapid Transit - BRT, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.*

*§ 2º - Denomina-se Sistema Remanescente, para efeito deste decreto, os serviços correspondentes as funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implementados na região compreendida entre os Municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.*

**ADI 7048 / SP**

*Artigo 2º - A prorrogação mencionada no artigo 1º deste decreto observará as seguintes diretrizes:*

*I - adaptação à Lei federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2013;*

*II - reserva ao Poder Concedente, como poder regulatório, da competência de determinar à Concessionária a obrigatória adesão ao atual Sistema de Arrecadação e Bilhetagem ou a eventuais novos sistemas, respeitado, nesta última hipótese, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;*

*III - previsão no modelo econômico-financeiro das despesas com o Sistema de Arrecadação e Bilhetagem, em percentual da receita tarifária, sendo cabível reequilíbrio econômico-financeiro, em favor da Concessionária ou do Poder Concedente, caso tal despesa revele-se, a cada ano, respectivamente, maior ou menor do que o patamar estipulado;*

*IV - compartilhamento de receitas acessórias entre o Poder Concedente e a Concessionária;*

*V - possibilidade de subcontratação dos serviços de operação do transporte de passageiros no Sistema BRT ABC, no Sistema Existente e no Sistema Remanescente, desde que adotada disciplina contratual para assegurar que a subcontratação observe ao interesse público;*

*VI - adoção de indicadores de desempenho que incentivem a Concessionária a prestar o serviço adequado, definindo-se o percentual de dedução da receita de remuneração;*

*VII - adoção de regramento contratual sobre a proteção de dados pessoais dos passageiros, assegurando o respeito à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal nº 13.709/18);*

*VIII - adoção de mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro sem vinculação ao previsto no Plano de Negócios da Concessionária, em regra pela metodologia do fluxo de caixa marginal;*

*IX - adoção de Programa de Conformidade e Integridade (Compliance);*

*X - dever da Concessionária se constituir em SPE (Sociedade de Propósito Específico), como condição à assinatura do termo aditivo de prorrogação antecipada;*

*XI - alocação do risco de demanda integralmente à Concessionária, ressalvados os impactos decorrentes de eventos de*

**ADI 7048 / SP**

*risco do Poder Concedente;*

*XII - reajuste da tarifa de remuneração que preveja Fórmula Paramétrica adequada à realidade do projeto, sem previsão de repasse integral, no reajuste tarifário, da integralidade da variação com custo da mão de obra dos empregados da Concessionária, de modo a preservar os incentivos à adequada negociação;*

*XIII - inclusão de sistemática de aplicação de penalidades que reflita as características do projeto, e que incentive ao cumprimento das obrigações contratuais;*

*XIV - responsabilidade da Concessionária pelas desapropriações necessárias à implantação integral do projeto, sendo alocado ao parceiro privado o risco de variação dos custos previstos e do prazo para efetivação de tais providências;*

*XV - responsabilidade da Concessionária pelos riscos ambientais relacionados às obras previstas no projeto;*

*XVI - o prazo da prorrogação da concessão será de 25 (vinte e cinco) anos, contados da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 3º - Fica delegada à Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP a competência para detalhar em instrumento jurídico próprio as diretrizes específicas da prorrogação a que se refere este Decreto, bem como para assinar o respectivo termo aditivo.*

*Artigo 4º - A EMTU/SP atuará como representante do Poder Concedente junto à Concessionária.*

*Artigo 5º - Ficam revogados os Decretos 59.271 e 59.272, ambos de 7 de junho de 2013.*

*Artigo 6º - Fica extinta a Área 5, que passa a integrar o escopo da prorrogação de que trata este decreto.*

*Artigo 7º - As atuais permissões a título precário concedidas às empresas Auto Viação ABC. LTDA., Auto Viação Triângulo LTDA., Empresa Auto Ônibus Santo André LTDA. - E.A.O.S.A., Empresa Expresso São Bernardo do Campo LTDA., Empresa Urbana Santo André LTDA., Mobibrasil Transporte Diadema LTDA., Empresa de Transporte Publix LTDA., Rigras Transportes Coletivos e Turismo LTDA., Trans Bus Transportes Coletivos LTDA., Transportes*

**ADI 7048 / SP**

*Coletivos Parque das Nações LTDA., Tucuruvi Transportes e Turismo LTDA., Viação Imigrantes LTDA., Viação Ribeirão Pires LTDA., Viação São Camilo LTDA., Viação Riacho Grande LTDA., e VIPE - Viação Padre Eustáquio LTDA., extinguir-se-ão automaticamente em até 360 (trezentos e sessenta) dias a contar da data da celebração do termo aditivo de prorrogação antecipada, com a assunção das atividades pelo novo prestador.*

*Artigo 8º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário”.*

**Decreto n. 65.575, de 18 de março de 2021**

*Artigo 1º - Fica aprovado o Regulamento da Prorrogação Antecipada da Concessão dos serviços públicos de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus, no âmbito do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, realizada com base na Lei Estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, compreendendo o corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, o Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e o Sistema Remanescente, definidos no Decreto que autorizou a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, anexo ao presente decreto.*

*Artigo 2º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir da celebração do respectivo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o Decreto nº 59.272, de 7 de junho de 2013. Palácio dos Bandeirantes, 18 de março de 2021.*

**CAPÍTULO I**

**Do Objetivo**

*Artigo 1º - Este Regulamento tem por objetivo disciplinar a Prorrogação Antecipada da Concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus compreendendo:*

*I - O Sistema Existente: integrado pelo corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, conforme autorizado pelo Decreto nº 40.606, de 29 de dezembro de 1995 e a Linha Diadema/Brooklin;*

**ADI 7048 / SP**

*II - O Sistema Remanescente: os serviços correspondentes as funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implementados na região compreendida entre os Municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.*

*III - O Sistema BRT ABC: o conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal Bus Rapid Transit - BRT, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.*

*Parágrafo único - Os Sistemas estão inseridos na Área de Operação dos serviços objeto da concessão, que compreende os municípios de Diadema, São Caetano do Sul, São Bernardo do Campo, Santo André, São Paulo, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra, todos integrantes da Região Metropolitana de São Paulo - RMSP.*

*Artigo 2º - O Sistema Existente do corredor metropolitano São Mateus/Jabaquara constitui-se por:*

*I - Sistema Viário com 33km, sendo 30km de via segregada e 3km de via compartilhada percorrendo os Municípios de São Paulo, Diadema, Santo André, Mauá e São Bernardo do Campo, compreendendo também o ramal de ligação do Terminal de São Bernardo do Campo ao Terminal de Ferrazópolis;*

*II - Nove Terminais de Integração assim distribuídos: a) Jabaquara; b) Diadema; c) Piraporinha; d) São Bernardo do Campo; e) Ferrazópolis; f) Santo André Oeste; g) Santo André Leste; h) Sonia Maria; i) São Mateus;*

*III - Sistema Viário com aproximadamente 12 km de extensão, constituindo um ramal de interligação do Terminal Diadema ao Terminal Brooklin;*

*IV - Equipamentos: trólebus existentes, veículos auxiliares, maquinário e ferramentas, todos não reversíveis ao final da concessão;*

*V - Infraestrutura constituída por pontos de parada e seus abrigos distribuídos ao longo do corredor, grades, passarelas áreas de estocagem e de fuga, jardins, sistemas de sinalização, captação e escoamento de águas pluviais, bem como edifícios de apoio localizados*

**ADI 7048 / SP**

*na Rua Joaquim Casemiro, 290, Bairro Planalto, São Bernardo do Campo SP, incluindo oficinas, garagens, pátios de estacionamento e os equipamentos neles existentes.*

*Artigo 3º - O Sistema Remanescente integra as linhas alimentadoras e complementares inseridas na área de Operação dos serviços objeto da concessão, definidas pelos procedimentos operacionais e gerenciais especificadas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 4º - O Sistema BRT ABC, que se integrará ao sistema metroferroviário da Região Metropolitana de São Paulo - RMSP, compreende um corredor com cerca de 17,3 km de extensão no trecho Terminal Sacomã-Terminal São Bernardo do Campo, abrangendo 20 paradas, sendo estas Rua do Grito, Albino de Moraes, Alcatís, Almirante Delamare, Goiás, CEU Meninos, Cerâmica, Estrada das Lágrimas, Jd. São Caetano, Vila Império, Instituto Mauá, Rudge Ramos, Afonsina, Fundação do ABC, Vila Vivaldi, Winston Churchill, Senador Vergueiro, Abrahão Ribeiro, Aldino Pinotti e Metrópole, contemplando 3 (três) terminais, sendo Terminal Sacomã, Terminal Tamanduateí e Terminal São Bernardo do Campo.*

**CAPÍTULO II**

**Da Concessão**

*Artigo 5º - O objeto da presente concessão compreende os serviços correspondentes:*

*I - às funções de operação de transporte urbano de passageiro e as funções de manutenção e conservação da infraestrutura e do sistema viário do Sistema Existente e Sistema BRT ABC;*

*II - à função de operação de transporte urbano do Sistema Remanescente;*

*III - à implantação da infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de corredor exclusivo de ônibus e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de frota e demais ações necessárias para permitir a adequada operação do Sistema BRT ABC; e*

*IV - à operação dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros do Sistema BRT ABC, com todas as suas paradas, no trecho Terminal Sacomã-Terminal São Bernardo do Campo,*

**ADI 7048 / SP**

*compreendendo a prestação de serviços relativos às funções de operação e manutenção do corredor, com o funcionamento adequado dos pontos de parada, dos terminais, do CCO, do controle de acesso de passageiros e dos validadores de créditos de viagem, incluindo vigilância operacional, pessoal e patrimonial em parâmetros compatíveis com a demanda.*

*Artigo 6º - O prazo da concessão, resultante da prorrogação antecipada, será de 25 (vinte e cinco) anos contados da data da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Parágrafo único - O prazo previsto no 'caput' deste artigo poderá ser prorrogado se necessário para assegurar a continuidade do serviço público, na hipótese em que houver estudo ou licitação em andamento, sem tempo hábil para sua conclusão antes do encerramento do prazo contratual ou, a exclusivo critério do Poder Concedente, para recomposição do equilíbrio econômico financeiro.*

*Artigo 7º - Os serviços e demais atividades operacionais a serem executados são classificados em:*

- I - delegados;*
- II - não delegados; e*
- III - complementares.*

*Artigo 8º - São serviços delegados, de competência específica da Concessionária, passíveis de subcontratação, segundo disciplina a ser estabelecida no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão:*

*I - serviços correspondentes às funções operacionais que compreendem o atendimento da demanda de passageiros do Sistema Existente, do Sistema Remanescente e do Sistema BRT ABC, em conformidade com padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM ou pela Empresa Metropolitana dos Transportes Urbanos - EMTU/SP e no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão;*

*II - serviços de implantação da infraestrutura do Sistema BRT ABC; e*

*III - serviços correspondentes às funções de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura no Sistema Existente e no*

**ADI 7048 / SP**

*Sistema BRT ABC, incluindo a manutenção preventiva e corretiva dos veículos visando a segurança e o conforto dos usuários, em conformidade com padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM ou pela Empresa Metropolitana dos Transportes Urbanos - EMTU/SP e no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 9º - São serviços não delegados aqueles de competência exclusiva do Poder Público, não compreendidos no objeto da concessão, tais como:*

- I - policiamento ostensivo de trânsito, preventivo e repressivo; e*
- II - fiscalização e autuação de infrações relativas a:*
  - a) veículo e frota;*
  - b) documentação;*
  - c) motorista;*
  - d) tarifas;*
  - e) regras de circulação, estacionamento, paradas, itinerários e horários.*

*Artigo 10 - São serviços complementares aqueles considerados como convenientes, mas não essenciais, para manter o serviço adequado em toda a extensão dos Sistemas, podendo ser prestados por terceiros que não a Concessionária, compreendendo, entre outros, os serviços de atendimento ao usuário de objetos achados e perdidos e os serviços de segurança e vigilância.*

*Artigo 11 - Para a execução dos serviços delegados a Concessionária deverá implantar sistemas automatizados de controle, compatíveis e atualizados segundo padrões estabelecidos pelo Poder Concedente e as diretrizes técnicas e econômico-financeiras do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, que permitam a efetiva gestão e integração das operações durante todo o período da concessão.*

*Parágrafo único - Os sistemas de controle a que se refere o 'caput' deste artigo deverão permitir amplo acesso aos serviços delegados.*

**CAPÍTULO III**

**Responsabilidades da Concessionária**

*Artigo 12 - São deveres da Concessionária, durante todo o prazo*

**ADI 7048 / SP**

*da concessão, além daqueles previstos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e na legislação aplicável:*

*I - dispor de frota com especificação mínima definida no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, equipamentos, acessórios, recursos humanos e materiais de modo a permitir a perfeita execução dos serviços;*

*II - acionar todos os recursos à sua disposição a fim de garantir a fluidez do tráfego e o padrão de serviço adequado;*

*III - executar todos os serviços, controles e atividades relativos à concessão, com zelo, diligência e economia, utilizando a melhor técnica aplicável a cada uma das tarefas desempenhadas, respeitando as regras estabelecidas pelo Poder Concedente;*

*IV - executar todos os serviços, programas de gestão e treinamento a seus empregados, com vistas a melhorias destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários;*

*V - adotar providências necessárias à garantia do patrimônio dos Sistemas e a segurança dos usuários;*

*VI - responder perante o Poder Concedente e terceiros por todos os atos e eventos de sua competência;*

*VII - submeter à aprovação do Poder Concedente o perfil de circulação alternativo que pretenda adotar quando da realização de eventuais obras que obriguem a interrupção de faixa do Corredor;*

*VIII - divulgar adequadamente, ao público em geral e ao usuário em particular, a ocorrência de situações excepcionais, realização de obras e adoção de procedimentos especiais de operação;*

*IX - elaborar e implementar procedimentos de atendimento a situações de emergência, mantendo disponíveis, para tanto, recursos humanos e materiais;*

*X - zelar pela proteção do meio ambiente e atender à legislação vigente;*

*XI - acatar medidas determinadas pelos responsáveis investidos de autoridade, em caso de acidentes ou situações anormais à rotina;*

*XII - responder pelo correto comportamento e eficiência de seus empregados e agentes, bem como de suas contratadas, providenciando o uso de uniforme nas funções e condições em que forem exigidos, o porte de crachá indicativo de suas funções, instruindo-os a prestar*

**ADI 7048 / SP**

*apoio à ação da autoridade;*

*XIII - cumprir determinações legais relativas à legislação trabalhista e de segurança e medicina do trabalho em relação a seus empregados;*

*XIV - retificar, nos prazos estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão, os serviços sob sua responsabilidade, executados com vícios ou defeitos;*

*XV - fornecer ao Poder Concedente todos e quaisquer documentos e informações pertinentes ao objeto da concessão, facultando à fiscalização a realização de auditorias;*

*XVI - prestar contas da gestão dos serviços ao Poder Concedente e aos usuários, nos termos definidos no Termo Aditivo e na legislação vigente;*

*XVII - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;*

*XVIII - responder por eventuais desídias e faltas quanto às obrigações decorrentes da concessão, nos termos estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão;*

*XIX - manter o Poder Concedente informado sobre toda e qualquer ocorrência não rotineira.*

*XX - aderir ao atual Sistema de Arrecadação e Bilhetagem ou a eventuais novos sistemas, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão; XXI - elaborar e manter Programa de Conformidade e Integridade (Compliance);*

*XXII- responsabilizar-se integralmente pelas desapropriações necessárias às obras de implantação do Sistema BRT ABC; e*

*XXIII - elaborar e implementar procedimentos que assegurem o atendimento à Lei Geral de Proteção de Dados.*

**CAPÍTULO IV**

*Das Responsabilidades de Poder Concedente*

*Artigo 13 - Incumbe ao Poder Concedente:*

*I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua prestação;*

*II - modificar unilateralmente as disposições regulamentares do serviço para melhor adequação ao interesse público, respeitadas as disposições contidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da*

**ADI 7048 / SP**

*Concessão e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão;*

*III - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas da concessão;*

*IV - fixar e rever as tarifas públicas;*

*V - estimular a eficiência do serviço e a modicidade das tarifas;*

*VI - zelar pela boa qualidade do serviço, receber e apurar queixas e reclamações dos usuários;*

*VII - estimular a racionalização e melhoria do serviço;*

*VIII - estimular a associação de usuários para defesa de seus interesses relativos ao serviço, inclusive para sua fiscalização;*

*IX - intervir na prestação do serviço, retomá-lo e extinguir a concessão, nos casos e nas condições previstas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e legislação pertinente;*

*X - aplicar as penalidades legais e contratuais;*

*XI - fiscalizar o estado de conservação da frota, da infraestrutura e demais equipamentos vinculados à prestação dos serviços;*

*XII - fiscalizar o cumprimento das normas, regulamentos e procedimentos de execução dos planos de manutenção, operação e obras; e*

*XIII - executar auditorias periódicas com o objetivo de verificar o estado de conservação do viário, da frota e avaliar os recursos técnicos utilizados.*

**CAPÍTULO V**

**Dos Direitos e Obrigações do Usuário**

**Artigo 14 - São direitos e obrigações dos usuários:**

*I - receber e utilizar os serviços adequadamente;*

*II - pagar a tarifa na forma estabelecida;*

*III - receber do Poder Concedente e da Concessionária informações para a defesa de interesses individuais e coletivos relativos aos serviços prestados;*

*IV - obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas as normas do Poder Concedente;*

*V - levar ao conhecimento do Poder Concedente e da Concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento referentes ao serviço prestado;*

**ADI 7048 / SP**

*VI - comunicar as autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela Concessionária na prestação dos serviços; e*

*VII - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.*

**CAPÍTULO VI**

*Da Fiscalização dos Serviços Concedidos e das Sanções Administrativas*

*Artigo 15 - Estão sujeitos à fiscalização os serviços constantes no presente Regulamento.*

*§ 1º - A base para a fiscalização dos serviços a que se refere o caput deste artigo será o conjunto de fatores de avaliação que definem o padrão de serviço adequado, a saber: qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança.*

*§ 2º - As regras para a quantificação e aferição dos fatores a que se refere o parágrafo anterior serão definidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão e seus respectivos Anexos.*

*Artigo 16 - No exercício da fiscalização, o Poder Concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária.*

*Parágrafo único - A fiscalização do serviço será feita por intermédio da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU/SP e pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM, ou por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta designado pelo Poder Concedente, ou mesmo por terceiros contratados para esta finalidade.*

*Artigo 17 - A inobservância das regras previstas neste Regulamento e nas demais normas aplicáveis sujeita a Concessionária às sanções administrativas, legais e contratuais.*

**CAPÍTULO VII**

*Da Receita*

*Artigo 18 - Constitui receita da Concessionária:*

*I - remuneração tarifária, composta pelo produto da grade tarifária de remuneração pelos passageiros para o Sistema Remanescente, somado à tarifa de remuneração definida contratualmente para os Sistema Existente e Sistema BRT ABC,*

**ADI 7048 / SP**

*ambos definidos contratualmente e em conformidade à Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 - Lei de Mobilidade Urbana;*

*II - receitas alternativas ou complementares auferidas diretamente ou indiretamente pela Concessionária através da exploração ou execução de serviços não integrantes do objeto da concessão, tais como aquelas oriundas de serviços de publicidade, aluguel de espaços comerciais, edificação de empreendimentos nos terminais e a prestação de outros serviços complementares e outros projetos associados à concessão e/ou aos bens integrantes, desde que estas atividades não sejam vedadas pela lei nem comprometam a segurança da operação e os padrões de qualidade dos serviços;*

*III - outras receitas desde que aprovadas pelo Poder Concedente.*

*Artigo 19 - A Concessionária poderá oferecer, mediante anuência do Poder Concedente, os créditos e as receitas decorrentes do contrato a ser firmado, como garantia de financiamento a ser obtido para a execução dos investimentos que se façam necessários à prestação dos serviços delegados, compra de veículos, acessórios e equipamentos, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação de serviço.*

*Artigo 20 - A tarifa de remuneração, os critérios e a periodicidade de sua atualização e as condições de sua revisão serão estabelecidos no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 21 - A tarifa pública, paga pelos usuários, será definida exclusivamente pelo Poder Concedente.*

**CAPÍTULO VIII**

*Das Disposições Gerais*

*Artigo 22 - A operação do Sistema Existente pressupõe a continuidade dos serviços prestados pela Concessionária, e independem de qualquer ratificação ou anuência do Poder Concedente, observados os requisitos de frota exigidos Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Artigo 23 - A implantação do Sistema BRT ABC e início da operação do Sistema BRT ABC e Sistema Remanescente se dará observados os planos, trâmites, prazos e fases previstas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

**ADI 7048 / SP**

*Artigo 24 - Extinta a concessão, retornam, imediatamente, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados ao serviço concedido, transferidos à Concessionária ou por ela implantados, durante o período da concessão.*

*Artigo 25 - No prazo de 12 (doze) meses antes do término da concessão, ou, imediatamente, no caso de extinção antecipada do Contrato, para assegurar a continuidade dos serviços, o Poder Concedente constituirá Comissão de Desmobilização, a ser composta pelo Poder Concedente, pela Concessionária, por um auditor independente e pelo futuro operador dos serviços objeto deste Contrato, caso já contratado e não venha a ser o próprio Poder Concedente, para estabelecer um Programa de Desmobilização Operacional.*

*Artigo 26 - A Empresa Metropolitana de São Paulo - EMTU/SP disciplinará no que couber, a aplicação deste Regulamento.*

*Artigo 27 - A Concessionária poderá propor ao Poder Concedente a revisão das normas e procedimentos de que trata este Regulamento, com vistas ao aprimoramento dos serviços oferecidos aos usuários, responsabilizando-se por todos os custos delas decorrentes e desde que observadas e mantidas as disposições contidas no Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.*

*Parágrafo único - A implementação das normas e procedimentos referidos no caput deste artigo somente ocorrerá após a aprovação do Poder Concedente”.*

O autor sustenta que os decretos contrariam, “frontalmente, os artigos 37, caput e inciso XXI, e 175, caput, da Constituição Federal. Isto porque beneficiam uma única empresa, a Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda. - com um contrato de 25 (vinte e cinco) anos, SEM LICITAÇÃO, ao custo de quase R\$ 23.000.000.000,00 (vinte e três bilhões de reais) -, que passará a operar sozinha o Corredor ABD (como é conhecido o Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara). Na verdade, é relevante dizer, os Decretos em questão ampliarão em quase 700% (setecentos por cento) o número de linhas deste Corredor ABD”.

**ADI 7048 / SP**

Pede a declaração de inconstitucionalidade dos decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Estado de São Paulo.

Pede, “*subsidiariamente, caso entenda não ser o caso deste instrumento como Ação Direta de Inconstitucionalidade, que seja recebida e processada, pelos mesmos fundamentos, como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*”.

*Proposta de conversão do exame de cautelar em julgamento de mérito*

2. A ação está instruída com as informações do órgão que exarou os atos impugnados e com manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, pelo que proponho a conversão do exame do requerimento de medida cautelar em julgamento de mérito, como adotado por este Plenário, em respeito ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Assim, por exemplo:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. Instituição de feriado’ somente a bancários e economiários, sem discrimen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida. 3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em*

**ADI 7048 / SP**

*desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018).*

*Legitimidade ativa do autor*

3. O Partido Solidariedade é constitucionalmente legitimado para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (inc. VIII do art. 103 da Constituição da República).

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que partido político com representação no Congresso Nacional é legitimado universal para a propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade, dispensando-se análise e conclusão sobre o nexo de pertinência temática entre as finalidades estatutárias e o pedido (ADI n. 1.096/MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.9.1995, e ADI n. 1.963, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 7.5.1999).

**Reconheço a legitimidade ativa do Autor para a presente ação.**

*Conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental*

4. Não se há de acolher a preliminar de não conhecimento da ação suscitada pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República, que aduzem ostentarem os decretos impugnados caráter secundário e que o exame da sua compatibilidade com a Constituição da República perpassaria o cotejo com a Lei n. 16.933/2019 do Estado de São Paulo, na qual versadas as diretrizes gerais para prorrogação de contratos de parceria de serviço público.

Os Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 não regulamentam a Lei

**ADI 7048 / SP**

paulista n. 16.933/2019.

São eles atos autônomos, editados pelo Chefe do Poder Executivo estadual para autorizar a prorrogação, de forma antecipada, da concessão de serviço de transporte público na região metropolitana de São Paulo.

Ademais, não se questiona na presente ação a validade constitucional das previsões do instituto da prorrogação antecipada de contrato público de parceria previstas na Lei n. 16.933/2019 de São Paulo.

Põe-se em foco, neste processo, específica prorrogação antecipada de concessão pública em São Paulo, afirmada pelo autor como gravosa ao princípio constitucional da obrigatória licitação, modificação e até mesmo ampliação do objeto do contrato administrativo.

Pelo Decreto n. 65.574 de 18.3.2021, autorizou-se “a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara”, prevendo-se a incorporação, “na condição de novos investimentos da concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação” (art. 1º).

No Decreto n. 65.575, editado na mesma data, disciplinou-se o regulamento da referida prorrogação contratual:

*“Artigo 1º - Fica aprovado o Regulamento da Prorrogação Antecipada da Concessão dos serviços públicos de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus, no âmbito do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, realizada com base na Lei Estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, compreendendo o corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, o Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e o Sistema Remanescente, definidos no Decreto que autorizou a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997, anexo ao presente*

**ADI 7048 / SP**

*decreto”.*

5. Este Supremo Tribunal Federal assentou que *“a ação direta de inconstitucionalidade apenas é admissível quando proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual, não sendo possível seu ajuizamento contra ato administrativo de efeito concreto e desprovido, portanto, de caráter normativo, generalidade e abstração”* (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.286, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 1º.8.2016).

Entretanto, pela fungibilidade das ações do controle abstrato de constitucionalidade, é adequado acolher o requerimento subsidiário do autor de conhecimento do pedido como arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela relevância da argumentação deduzida e da gravidade do quadro apresentado nestes autos, evidenciando-se contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição da República, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882/1999, no qual se dispõe:

*“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.*

*Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:*

*I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.*

O autor realça que, *“no caso, maior ofensa se percebe, a partir do inescindível propósito dos Decretos em comento – que é o de beneficiar uma empresa somente, não se sabe por qual razão, para operar todo o sistema de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara (conhecido como Corredor ABD), incluindo Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente -, aos princípios da impessoalidade e da moralidade”.*

**ADI 7048 / SP**

6. Este Supremo Tribunal Federal assentou que “a subsidiariedade da arguição é condicionada pelo meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 554 AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 9.3.2020).

Como realçado pelo Ministro Gilmar Mendes, “a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).

Indiscutível é a natureza do dever atribuído ao poder público de observar os princípios da licitação, da legalidade e da moralidade. Na espécie, tem-se ainda a demonstração de afronta ao princípio da impessoalidade pela prorrogação antecipada de concessão pública com a única empresa pelo prazo de vinte e cinco anos, com ampliação do objeto contratual.

A possibilidade de conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental é coerente com a fungibilidade, aceita por este Supremo Tribunal Federal em numerosas ocasiões, com base nos princípios da instrumentalidade e da máxima efetividade das normas constitucionais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONHECIMENTO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, e 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.212/91 (ART. 55). DECRETO 2.536/98 (ARTS. 2º, IV, 3º, VI, §§ 1º e 4º e PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETO 752/93 (ARTS. 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, e 7º, § 4º). ENTIDADES BENEFICENTES

**ADI 7048 / SP**

DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO. MODO DE ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. TRATAMENTO POR LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS MERAMENTE PROCEDIMENTAIS. REGRAMENTO POR LEI ORDINÁRIA. Nos exatos termos do voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki, ao inaugurar a divergência: 1. '[...] fica evidenciado que (a) entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional'. 2. 'Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas'. 3. Procedência da ação 'nos limites postos no voto do Ministro Relator'. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da conversão da ação direta de inconstitucionalidade, integralmente procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.028, Redatora para acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 8.5.2017).

"1. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF. Procedimento adotado para decisão sobre requerimento de medida liminar. Manifestação exaustiva de todos os intervenientes na causa, assim os necessários, como os facultativos (*amici curiae*), ainda nessa fase. Situação processual que já permite cognição plena e profunda do pedido. Julgamento imediato em termos definitivos. Admissibilidade. Interpretação do art. 10 da Lei federal nº 9.868/1999. Embora adotado o rito previsto no art. 10 da

**ADI 7048 / SP**

*Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 2009, ao processo de ação direta de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, pode o Supremo Tribunal Federal julgar a causa, desde logo, em termos definitivos, se, nessa fase processual, já tiverem sido exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos. 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impropriedade da ação. Conversão em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. 3. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 234 da Lei Complementar estadual nº 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa conseqüente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF. Inconstitucionalidade reconhecida à norma da lei complementar, ulterior à EC nº 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, e interpretação conforme atribuída ao dispositivo constitucional estadual, anterior à emenda. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como ADPF e julgada, em parte, procedente, para esses fins. Voto parcialmente vencido, que acolhia o pedido da ação direta. É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 1.3.2013).*

**ADI 7048 / SP**

**7. Assim, recebo a presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de preceito fundamental.**

Contexto dos atos impugnados

8. Em 12.5.1997, o Estado de São Paulo e a sociedade empresária Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda., vencedora da Concorrência EMTU n. 004/96, celebraram contrato público (Termo n. 020/EMTU-SP). Seu objeto é a execução, pelo prazo de vinte anos, de: a) “serviços correspondentes às funções operacionais consistentes no atendimento da demanda de passageiros no Corredor São Mateus/Jabaquara, em conformidade com os padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos – STM, bem como a operação da linha precursora Diadema/Brooklin e a manutenção e conservação de seu viário quando implantado”; b) “serviços correspondentes às funções de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura em conformidade com padrões e especificações estabelecidos pela Secretaria de Transportes Metropolitanos – STM (Cláusula I – DO OBJETO).

Pelo aditivo contratual de 18.11.2002 (Termo de Aditamento n. 008), a concessão foi prorrogada por cinco anos, com encerramento em 11.5.2022.

Em 18.3.2021, o Governador de São Paulo editou o Decreto n. 65.574, autorizando a prorrogação antecipada, pelo prazo de vinte e cinco anos, a contar da assinatura do termo aditivo contratual, daquela concessão de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São/Mateus, explorada pela empresa Metra, passando-se a incorporar “na condição de novos investimentos” a concessão, implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (*Bus Rapid Transit*) e do Sistema Remanescente, composto por linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação.

No quadro seguinte, estão descritos os serviços de transporte

**ADI 7048 / SP**

coletivo que, de acordo com o Decreto n. 65.574/2021, passarão à responsabilidade da sociedade empresária Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda. a partir da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.

Na primeira coluna à esquerda, estão os serviços originariamente previstos no Contrato n. 020/EMTU-SP, assinado em 12.5.1997, resultado da Concorrência EMTU n. 004/96. Nas duas colunas à direita, estão os novos serviços de implantação de infraestrutura e de operação de transporte público do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente:

| Serviços de transporte coletivo concedidos à empresa Metra<br>Decreto n. 65.574/2021   |  |   |
|--|--|---|
| Sistema Existente  | Sistema BRT-ABC  | Sistema Remanescente  |
| Consiste nos serviços operacionais de atendimento da demanda de passageiros e de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura. | Consiste no conjunto de medidas operacionais, frota e implantação de infraestrutura para o modal <i>Bus Rapid Transit</i> – BRT. | Consiste nos serviços de operação de transporte coletivo intermunicipal de ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), sobre pneus, atuais e que vierem a ser implantados. |
| Compreende o Corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara e a linha Diadema/Brooklin.                                | Compreende os municípios de São Paulo, São Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.                              | Compreende a região entre os municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo.  |

Registre-se que, pelo art. 6º do Decreto n. 65.574/2021, foi extinta a

**ADI 7048 / SP**

denominada Área 5, que passou a “integrar o escopo da prorrogação”.

Estabeleceu-se, ainda, a extinção, em até 360 dias a contar da data da celebração do termo aditivo de prorrogação antecipada, das permissões concedidas às empresas Auto Viação ABC. LTDA., Auto Viação Triângulo LTDA., Empresa Auto Ônibus Santo André LTDA. - E.A.O.S.A., Empresa Expresso São Bernardo do Campo LTDA., Empresa Urbana Santo André LTDA., Mobibrasil Transporte Diadema LTDA., Empresa de Transporte Publix LTDA., Rigras Transportes Coletivos e Turismo LTDA., Trans Bus Transportes Coletivos LTDA., Transportes Coletivos Parque das Nações LTDA., Tucuruvi Transportes e Turismo LTDA., Viação Imigrantes LTDA., Viação Ribeirão Pires LTDA., Viação São Camilo LTDA., Viação Riacho Grande LTDA., e VIPE - Viação Padre Eustáquio LTDA. (art. 7º do Decreto n. 65.574/2021).

Em 18.3.2021, o Governador de São Paulo também aprovou, pelo Decreto n. 65.575, o “Regulamento da Concessão do Serviço de Transporte Coletivo Intermunicipal por Ônibus e Trólebus compreendendo o corredor metropolitano de ônibus e trólebus São Mateus/Jabaquara, o Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e o Sistema Remanescente”.

No art. 5º do Regulamento, são detalhados o objeto e o prazo da concessão:

*“Artigo 5º - O objeto da presente concessão compreende os serviços correspondentes:*

*I - às funções de operação de transporte urbano de passageiro e as funções de manutenção e conservação da infraestrutura e do sistema viário do Sistema Existente e Sistema BRT ABC;*

*II - à função de operação de transporte urbano do Sistema Remanescente;*

*III - à implantação da infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de corredor exclusivo de ônibus e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de frota e demais ações necessárias para permitir a adequada*

**ADI 7048 / SP**

operação do Sistema BRT ABC; e

IV - à operação dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros do Sistema BRT ABC, com todas as suas paradas, no trecho Terminal Sacomã-Terminal São Bernardo do Campo, compreendendo a prestação de serviços relativos às funções de operação e manutenção do corredor, com o funcionamento adequado dos pontos de parada, dos terminais, do CCO, do controle de acesso de passageiros e dos validadores de créditos de viagem, incluindo vigilância operacional, pessoal e patrimonial em parâmetros compatíveis com a demanda.

Artigo 6º - O prazo da concessão, resultante da prorrogação antecipada, será de 25 (vinte e cinco) anos contados da data da assinatura do Termo Aditivo de Prorrogação Antecipada da Concessão.

Parágrafo único - O prazo previsto no 'caput' deste artigo poderá ser prorrogado se necessário para assegurar a continuidade do serviço público, na hipótese em que houver estudo ou licitação em andamento, sem tempo hábil para sua conclusão antes do encerramento do prazo contratual ou, a exclusivo critério do Poder Concedente, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro".

Mérito

9. Pelo expresso nos decretos agora impugnados, houve autorização para ampliação do objeto do contrato de concessão explorado por Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda..

O Contrato n. 020/EMTU-SP, decorrente da Concorrência EMTU nº 004/196, homologada por despacho publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 10.4.1997, tem como objeto a operação de transporte público no Corredor São Mateus/Jabaquara e na linha Diadema/Brooklin, sendo fixado o dever da concessionária de atender a demanda de passageiros daquele trajeto e manter os equipamentos de infraestrutura viária.

**ADI 7048 / SP**

Pela cláusula XXII daquele contrato público, o Estado de São Paulo (poder concedente) reservou para si “o direito de executar, direta ou indiretamente, no Corredor e seu entorno, obras e serviços de interesse público distintos dos abrangidos no presente contrato”.

Assim, obra ou serviço alheio ao definido no objeto contratual, ainda que no trajeto das linhas de transporte público concedidas ou mesmo no seu entorno, não cabem à concessionária, mas ao Estado de São Paulo, que os executará por si ou mediante nova contratação pública com prévia licitação.

Os Decretos ns. 65.574 e 65.575 de 2021, editados pelo Governador de São Paulo, não apenas autorizaram a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, prevista no Contrato n. 020/EMTU-SP, mas permitiram a ampliação do objeto da concessão de transporte público coletivo e a modificação do objeto contratual pela incorporação da “concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação”.

A justificativa de que a concessão, implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (*Bus Rapid Transit*) e do Sistema Remanescente se incorporarão à prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara a título de “*novos investimentos*” (art. 1º do Decreto n. 65.574/2021) não resiste ao teste de constitucionalidade, por afronta direta aos princípios da prévia licitação para a contratação administrativa, da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

O aporte de investimentos novos pode estar previsto em concessões públicas. Entretanto, não deve importar a alteração do objeto do contrato

**ADI 7048 / SP**

inicialmente firmado, sob pena de burla à exigência constitucional de licitação prévia para a delegação de serviços públicos pelo poder público (art. 175 da Constituição da República):

*“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado”.*

Pelos decretos impugnados se autorizou a incorporação ao contrato de concessão pública, a estender-se por mais vinte e cinco anos, a exploração de dois novos sistemas de transporte público na Região Metropolitana de São Paulo: o Sistema BRT-ABC (*Bus Rapid Transit*) e o Sistema Remanescente, este composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação.

10. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.991, de que fui relatora, este Supremo Tribunal Federal examinou dispositivos da Lei n. 13.448/2017, na qual se estabelecem diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria do Programa de Parcerias de Investimento nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal.

Embora aquela ação direta não tivesse por objeto o exame da constitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada de contratos de concessão ferroviária, adverti em meu voto 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*

**ADI 7048 / SP**

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” (DJe de 10.3.2021). Mencionei lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) 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 sistema de geração de energia” (Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 741).

Acentuei, naquela ocasião, que a imutabilidade do objeto da concessão não impede a realização de alterações contratuais para adequação às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público, a exemplo do denominado investimento cruzado, que está compreendido no contexto de autonomia do ente federado de exame sobre a vantagem ou não da substituição da outorga pelo pagamento em dinheiro sobre novos investimentos da malha ferroviária brasileira.

Realço aqui, mais uma vez, que a autorização para o denominado investimento cruzado não constitui aquiescência para a modificação do objeto do contrato de concessão.

**11.** No caso examinado na presente ação, conquanto tenha sido o objeto rotulado de “*novos investimentos*” (art. 1º do Decreto n. 65.574/2021) a incorporação do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente ao

**ADI 7048 / SP**

contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara (Sistema Existente), é incontestável cuidar-se a operação de ampliação do escopo do contrato de concessão pública, cabendo à concessionária a implantação, manutenção e operação de novos sistemas de transporte público metropolitano, e a percepção dos resultados econômicos correspondentes.

Pelo § 1º do art. 1º do Decreto n. 65.574/2021, a concessionária deverá implantar e operar toda a infraestrutura do modal *Bus Rapid Transit*, do Sistema BRT-ABC, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.

No Regulamento da prorrogação da concessão, aprovado pelo Decreto n. 65.575/2021, também é estabelecida a obrigação da concessionária de implantar *“infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de corredor exclusivo de ônibus e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de frota e demais ações necessárias para permitir a adequada operação do Sistema BRT ABC”*.

Como contrapartida a esses serviços, a concessionária perceberá *“remuneração tarifária, composta pelo produto da grade tarifária de remuneração pelos passageiros para o Sistema Remanescente, somado à tarifa de remuneração definida contratualmente para os Sistema Existente e Sistema BRT ABC, ambos definidos contratualmente e em conformidade à Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 - Lei de Mobilidade Urbana”* (inc. I do art. 18 do Regulamento, aprovado pelo Decreto n. 65.574/2021).

**12.** O parecer da Segunda Diretoria de Fiscalização do Tribunal de Contas de São Paulo (Tomada de Contas n. 008190.989.21-0) pôs em realce a dimensão quantitativa das alterações contratuais em questão, pois a concessionária Metra, *“que possuía 12 linhas operacionais ao longo do Corredor ABD, passará a a explorar potencialmente mais 97 linhas advindas da Área 5, desconsiderando-se eventuais racionalizações, e linhas adicionais quando*

**ADI 7048 / SP**

*tiver inaugurado o BRT ABC Paulista”.*

Anotou-se que:

*“(…) o sistema BRT ABC Paulista tem extensão aproximada prevista de 17 quilômetros e a partir desse dado é possível aferir que o aditamento pretendido poderá ampliar a malha concedida em 51%, tendo em vista apenas a exploração do BRT, complementado ainda pela malha do Sistema Remanescente (...).*

*Incorporações dessa magnitude levam-nos aduzir que houve excesso de interpretação da Lei Estadual nº 16.933/2019 quando o legislador dispõe que, na prorrogação antecipada, serão incluídas na parceria pública ‘novas tecnologias’, ‘novos serviços’ e ‘novos investimentos’, termos dotados de certo grau de subjetividade e que requerem, a nosso pensar, razoabilidade na utilização.*

*Isto porque entendemos que os serviços a serem agregados na concessão tratam-se de uma extensão desmedida do objeto originário delegado à Metra, não se confundindo com mero complemento da prestação licitada e contratada em 1997, e é nesse bojo que reside o entendimento de que tal concessão merece a garantia do devido procedimento licitatório.*

*No que diz respeito à inclusão do sistema BRT ABC Paulista ao contrato original de concessão à Metra, agora sob o prisma da legalidade do ato, não há como ignorar que aludido sistema exigirá significativas e complexas intervenções de engenharia, compreendendo obra bruta, mão de obra especializada para pavimentação, construção ou requalificação de conjunto de edificações, implantação de sistemas elétricos, hidrossanitários, de lógica, entre outros, de modo que Poder Concedente deveria, em homenagem aos princípios essenciais da administração pública – vinculação ao edital, impessoalidade e eficiência – entregar tais encargos àquele que comprovasse melhor capacidade de execução. Ao que consta, o simples fato de a Metra ser delegatária de um dos serviços de transporte metropolitano não parece credenciá-la automaticamente para tanto”.*

No ponto, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor também alerta que *“a concessionária Metra possui hoje a concessão apenas para operação do corredor ABD, sendo que sua construção foi realizada anos antes pelo próprio*

**ADI 7048 / SP**

*governo do estado. Já o corredor ABC que pretende se construir nesta ampliação de objeto contratual, ainda não foi construído, portanto, há também uma mudança de natureza da contratação, de operação para operação e construção de infraestrutura, o que exige expertise, habilidades e custos completamente diferentes e atrairia um setor econômico distinto num processo licitatório adequado". Acrescentou o Idec:*

*"(...) o tamanho do objeto e volume de serviço autorizado pelo decreto é mais de 7 vezes maior que o objeto inicial. O corredor ABC, operado pela Metra, compreende apenas 12 linhas do contrato em vigor, já a Área 5 da EMTU, que pela intenção do decreto em questão será adicionada ao objeto do contrato da Metra, possui 85 linhas, resultando possivelmente em 97 linhas, fora as possíveis novas linhas do corredor ABC. É este possível aumento de 700% no número de linhas que o Governo do Estado tem chamado, em documentos oficiais nos processos, de 'linhas remanescentes'. Apesar do número de linhas sempre poder ser adicionado ou reduzido, ou seja este número pode ser reduzido ou ampliado com ou sem o incremento contratual pretendido pelo Governo do Estado, é preciso apontar que a Área 5 é toda uma área de operação básica da EMTU, e não apenas algumas 'linhas adicionais' como este adjetivo utilizado leva a entender".*

A engenharia jurídica posta nos Decretos ns. 65.574 e 65.575 de 2021 do Governador de São Paulo não cuida de singela incorporação de novos investimentos ao contrato de concessão pública explorado pela empresa Metra.

**13.** Anote-se que permissões públicas concedidas a dezesseis empresas serão extintas a contar da celebração do termo aditivo de prorrogação antecipada pelo novo prestador, conforme disposto no art. 7º do Decreto n. 65.574/2021.

Causa estranheza e não se demonstra fundamentada que a concessionária beneficiada com a prorrogação antecipada assumira toda a chamada Região Remanescente, podendo, inclusive, subcontratar os serviços de operação de transporte de passageiros (inc. V do art. 2º do

**ADI 7048 / SP**

Decreto n. 65.574/2021).

14. Deve ser, mais uma vez, realçado que não constituem objeto da presente ação direta os dispositivos da Lei n. 16.933/2019 que preveem a prorrogação de concessões públicas no Estado de São Paulo qualificadas como contratos de parceria.

Naquele diploma, considera-se a prorrogação antecipada a *“alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do termo da vigência do ajuste”* (inc. II do art. 3º da Lei n. 16.933/2019 do Estado de São Paulo).

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).

Em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.991 (DJe de 10.3.2021), o Ministro Gilmar Mendes pontuou que, *“a partir de uma sistematização doutrinária desse fenômeno, é possível conceituar a prorrogação antecipada como modalidade de prorrogação de concessão prevista em legislação superveniente à celebração do contrato que autoriza o Poder Público a precipitar o termo final do pacto inicialmente acordado, fazendo com que o efeito de uma prorrogação prevista para momento futuro surta efeitos desde logo”*.

Na Lei n. 16.933/2019 se estabelece que a prorrogação contratual ou a prorrogação antecipada da concessão ocorrerá por termo aditivo, condicionada à inclusão de novos investimentos, com exposição de cronograma do desembolso. Confirmam-se esses preceitos legais:

*“Artigo 5º - A prorrogação contratual ou a prorrogação*

**ADI 7048 / SP**

*antecipada ocorrerão por meio de termo aditivo, condicionadas à inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no artigo 2º desta lei.*

(...)

*Artigo 6º - O termo aditivo referente às prorrogações de que trata o artigo 5º desta lei deverá conter o respectivo cronograma dos investimentos previstos e incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, tais como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga”.*

A previsão legal de realização de novos investimentos pela concessionária e o dever de observância ao cronograma delineado no termo de aditamento contratual têm a finalidade de assegurar a aplicação do princípio constitucional da eficiência administrativa, sem se descuidar do princípio da juridicidade. O cumprimento das regras constitucionais de exigência da licitação prévia não pode ser negligenciado, dificultado nem descumprido.

O investimento novo, previsto nos documentos questionados, não constituiu beneplácito para a modificação do contrato de concessão em desrespeito aos princípios e regras constitucionais.

Se a intenção do administrador é ampliar o objeto da concessão, há de se realizar, necessariamente, prévia e nova licitação pública para a delegação desses serviços, com garantia de acesso de quantos se acharem em condições de oferecerem vantagens administrativas aos órgãos públicos.

15. Seja realçado que a Lei n. 7.835/1992 do Estado de São Paulo, na qual se dispõe sobre o regime de concessão de obras e serviços públicos, também fixa que a concessão de serviço público se subordina à demonstração de interesse público, sendo precedida de licitação na modalidade concorrência (art. 3º).

**ADI 7048 / SP**

E no inc. III do art. 2º daquela Lei se tem a fonte de remuneração da concessionária de serviço público:

*“Artigo 2.º - Para os fins desta lei, considera-se:*

*(...)*

*III - concessão de serviço público: a delegação contratual, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários”.*

Presente a remuneração por tarifa nos dois sistemas de transporte público incorporados ao contrato de concessão pública pelos Decretos ns. 65.574 e 65.575 (Sistema BRT e Sistema Remanescente), não há como se pretender enquadrar esses serviços simplesmente como “*novos investimentos*”.

A opção pela prorrogação antecipada, ao invés de se promover a constitucional realização de licitação pública para a concessão dos Sistemas BRT e Remanescente não se fundamenta na Lei paulista n. 7.835/1992, na qual descritas as hipóteses expressas de dispensa e inexigibilidade da concorrência para a concessão de obra ou serviço público:

*“Artigo 4.º - A concorrência obedecerá às normas da legislação sobre licitações e contratos e somente será dispensável:*

*I - nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;*

*II - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;*

*III - quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas.*

*§ 1.º - A concorrência será inexigível quando comprovadamente inexistir qualquer possibilidade de competição.*

*§ 2.º - Nas hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo, a*

**ADI 7048 / SP**

*delegação deverá ser feita por meio de permissão de serviço público”.*

No direito brasileiro, a licitação é norma estabelecida como obrigação constitucional do ente estatal (inc. XXI do art. 37 da Constituição da República). Dever constitucional que é, a prévia licitação para a contratação pública não pode ser afastada senão nas situações excepcionais autorizativas de sua dispensa ou inexigibilidade.

A Constituição indica a prorrogação de contratos e o que se prorroga não começa nem recomeça. O contrato administrativo depende de objeto licitado e adjudicado ao vencedor do certame.

Entretanto, a prorrogação do contrato administrativo em curso não pode ser burla à regra da licitação prévia. Por isso, não se pode alterar o objeto do contrato prorrogado, não se pode permitir alteração de volume de objeto contratado a tornar outro, livre de seleção prévia.

Como anotado antes, a Constituição da República de 1988 exige licitação pública para a contratação realizada pela Administração Pública em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

No art. 175 tem-se exigência específica de licitação também para a

**ADI 7048 / SP**

concessão de serviços públicos:

*“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado”.*

Como leciona, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, a licitação tem por finalidade a *“obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados”* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo:Malheiros 44.ed. 2020, p. 263-264).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a licitação *“visa alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”*.

Aquele doutrinador ressalta, ainda, que com o certame público *“atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos art. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e; finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V da Carta Magna Brasileira”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:Malheiros 35.ed. 2021, p. 432).

**ADI 7048 / SP**

Assim, a licitação garante a igualdade de oportunidades àqueles que pretendem contratar com a Administração Pública, além de assegurar a publicidade e a impessoalidade nas contratações.

17. A Lei n. 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição da República. A concessão é a delegação da prestação do serviço público, *“feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”* (inc. II, art. 2º).

Maria Sylvia Di Pietro conceitua a concessão de serviço público como sendo *“o contrato administrativo pelo qual a Administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”* (Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Forense, 34. ed. 2021, p. 308).

18. No art. 10 da Lei n. 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, dispõe-se:

*“Art. 10. A contratação dos serviços de transporte público coletivo será precedida de licitação e deverá observar as seguintes diretrizes:*

*I - fixação de metas de qualidade e desempenho a serem atingidas e seus instrumentos de controle e avaliação;*

*II - definição dos incentivos e das penalidades aplicáveis vinculadas à consecução ou não das metas;*

*III - alocação dos riscos econômicos e financeiros entre os contratados e o poder concedente;*

*IV - estabelecimento das condições e meios para a prestação de informações operacionais, contábeis e financeiras ao poder concedente;*

*e*

**ADI 7048 / SP**

*V - identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.*

*Parágrafo único. Qualquer subsídio tarifário ao custeio da operação do transporte público coletivo deverá ser definido em contrato, com base em critérios transparentes e objetivos de produtividade e eficiência, especificando, minimamente, o objetivo, a fonte, a periodicidade e o beneficiário, conforme o estabelecido nos arts. 8º e 9º desta Lei”.*

Tem-se, portanto, que os Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador do Estado de São Paulo afrontaram os princípios do dever de se atender à licitação prévia, à legalidade, à moralidade e à impessoalidade.

19. A declaração de inconstitucionalidade daqueles diplomas com efeitos imediatos e *ex tunc*, como é a regra nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, poderia acarretar a descontinuidade de prestação de serviço público essencial à comunidade, pelo que se faz mister cuidar do início de produção dos efeitos do julgado.

Consideradas as circunstâncias fáticas e suas repercussões sociais e jurídicas, conluo cabível a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para conjugar o julgado com os imperativos de excepcional interesse público.

Para a garantia do interesse público na continuidade da prestação dos serviços, impõe-se que se assegure a persistência dos atos administrativos garantidores daquele desempenho, firmados com base nos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021, pelo prazo máximo de doze meses, para que o Estado de São Paulo providencie o cumprimento do seu dever de assumir diretamente ou licitar o objeto do ajuste com contratado particular, com o aperfeiçoamento dos novos atos assecuratórios daquela prestação de serviços de transporte coletivo do

**ADI 7048 / SP**

Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara com incorporação dos Sistemas BRT/ABC e Remanescente, na forma que entender conveniente e adotada segundo os ditames da legislação vigente.

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

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA (47189/DF)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA

ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA (24797/DF, 367882/SP)

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia (Relatora) e Edson Fachin, que convertiam o exame da cautelar em julgamento de mérito e: a) conheciam da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; b) julgavam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo; e c) modulavam os efeitos da decisão para assegurar a persistência dos atos administrativos praticados com base nos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 pelo prazo de doze meses, a contar da data em que concluído o julgamento desta ação, período em que o Estado de São Paulo deverá assumir diretamente ou licitar os serviços de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT/ABC e Sistema Remanescente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pelo interessado, o Dr. Rodrigo Menicucci, Procurador do Estado de São Paulo; e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Plenário, Sessão Virtual de 7.10.2022 a 17.10.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

15/05/2023

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO****VOTO-VISTA**

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

Federal.

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

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

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

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

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

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

Nos últimos anos, diversos setores econômicos regulados têm passado por mudanças legislativas que transformam elementos essenciais de contratos de concessão de serviço público. Essas mudanças objetivam adaptar contratos firmados na década de 1990 a transformações sociais, econômicas e tecnológicas que não puderam ser antecipadas pelo Poder Concedente. A respeito desse fenômeno, o professor **Floriano de Azevedo Marques Neto** destaca que:

‘Uma tendência regulatória que não se resume ao setor ferroviário, corresponde à criação de incentivos para atração de novos investimentos. (...) É nessa linha que se coloca uma série de medidas regulatórias, como

**ADI 7048 / SP**

substituição de sanção por investimentos, política tarifária que considere os investimentos realizados e a performance e a prorrogação antecipada de concessões por investimentos'. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Dinâmica da Regulação: Estudos de caso da Jurisprudência Brasileira*. Belo Horizonte, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 112)

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

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

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

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

Essas advertências teóricas são importantes para que fique

**ADI 7048 / SP**

claro que, a despeito da relevância do controle de constitucionalidade das leis de serviço público, o dinamismo dos setores regulados torna extremamente difícil que respostas definitivas sejam dadas pelo Legislador ou mesmo pelo Judiciário em um plano jurídico abstrato.

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

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

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

**II – Prorrogação antecipada de contratos de concessão**

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

Atualmente, ele encontra previsão em apenas três

**ADI 7048 / SP**

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

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

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

A principal controvérsia que surge em torno do tema está relacionada à extemporaneidade da autorização legislativa dessa prorrogação. A aptidão da lei de produzir efeitos sobre contratos em andamento suscita dúvidas sobre eventual ofensa aos princípios constitucionais da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório.

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

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

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

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

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

Ressalte-se que, nesses casos, não é a lei que determina de imediato a prorrogação do contrato. E nem poderia a norma jurídica em abstrato fazê-lo, sob pena de violação do próprio princípio da separação dos poderes. Como adverte com clareza o professor **Marçal Justen Filho** *‘a decisão por estender o prazo de vigência de um contrato de concessão (...) é ato de gestão administrativa, de modo que cabe à Administração Pública e não ao Poder Legislativo, exercer um juízo (devidamente motivado) acerca da prorrogação, ou não do contrato’* (JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administração Contemporâneo*. São Paulo, v. 4, n. 23, 2016, p. 109-111).

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

a) Contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado

**ADI 7048 / SP**

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

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

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

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

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

de licitação correlato.

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

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

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

c) Discricionariedade da Administração Pública

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

*‘Não se pode cogitar, por certo, de ter sido deixado*

**ADI 7048 / SP**

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

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

Sobre esse ponto, vale ressaltar as considerações do EMINENTE MIN. DIAS TOFFOLI no julgamento do RMS 34.203, em que se discutia o direito de prorrogação de contrato de produção de concessão de usina hidrelétrica perante o regime da Lei 9.074/1995, quando se pontuou que: *'é da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa'*. (RMS 34.203, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 20.3.2018)

**d) Vantajosidade**

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

Desse modo, além de discricionária, a decisão da Administração Pública de realizar a prorrogação antecipada dos contratos deve sempre refletir o critério da vantajosidade.

**ADI 7048 / SP**

Esse requisito decorre diretamente do texto constitucional, ainda que a lei específica setorial não o preveja expressamente.

No caso específico da prorrogação antecipada, mesmo diante da autorização legislativa reputada como válida, o Poder Concedente terá sempre que examinar, em cada concessão *in concreto*, qual a conveniência e oportunidade da Administração Pública em realizar a prorrogação *vis a vis* a promoção de um novo procedimento licitatório.

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

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

Assim, com base nos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais explorados neste voto, entendo que a constitucionalidade da previsão legal da prorrogação antecipada depende (i) que o contrato a ser prorrogado tenha sido previamente licitado; (ii) que o edital de licitação e o contrato original autorizem a prorrogação; (iii) que a decisão de prorrogação seja discricionária da Administração Pública e (iv) que tal decisão seja sempre lastrada no critério da vantajosidade. É a partir desses critérios que será discutida a constitucionalidade da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, objeto desta ADI.” (ADI n. 5.991, Rel. Min. Cármen Lúcia, )

**ADI 7048 / SP**

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

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

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

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação original.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, entendeu que a incorporação das duas novas áreas de concessão não poderiam ser compreendidas como novos investimentos, para fins de contrapartida pela prorrogação, implicando, na verdade, alteração do objeto do contrato. Nesse ponto, peço vênia à douta relatora para divergir.

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

A atuação do Judiciário, a seu turno, deve estar adstrita ao exame de compatibilidade do quadro legal aos preceitos constitucionais, análise que aqui se desenvolve em um plano abstrato de validação do instituto da prorrogação antecipada tal qual delineado na Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, na Lei Estadual n. 16.933, de 2019, do Estado de São Paulo e nos decretos estaduais impugnados.

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

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

No caso concreto, o Estado de São Paulo apresenta memoriais no qual afirma que as medidas questionadas foram *“fundamentadas na legislação de regência e em robustos estudos técnicos e financeiros, significaram*

**ADI 7048 / SP**

*evidente economia de recursos orçamentários e manifesta melhoria na qualidade do serviço público prestado à população”.*

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

Assim como a lei federal, a lei estadual condicionou a decisão da administração a *“estudo técnico que fundamente vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”* (art. 7º).

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

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

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

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

**ADI 7048 / SP**

Transportes Urbanos – PITU 2025.

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

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

(...)

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

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

“A Área 5 da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP é composta pelos municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul, sendo a única região operacional do transporte coletivo metropolitano de passageiros sobre pneus

**ADI 7048 / SP**

da RMSF que não ocorreram interessados nas diversas licitações realizadas desde o ano de 2005, permanecendo, portanto, sob o regime de permissão há décadas.

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

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

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

Essa situação compromete consideravelmente o padrão de qualidade dos serviços e de racionalização do sistema. Apesar de todos os esforços da Administração Pública para o aperfeiçoamento dos serviços e para a solução das não conformidades, a precariedade dos instrumentos- permissões a título precário e a não efetivação de uma concessão nessa área, trazia incentivos inadequados para contornar essa situação, seja porque as multas aplicadas não cumprem o objetivo de corrigir as falhas e prevenir novas infrações, seja, ainda, pela dificuldade de se estabelecer um padrão de serviço para todos os operadores em regime precário e de qualidade a todos os usuários.

Em suma, **para a Área 05 a circunstância é negativa de modo geral:** ao Poder Concedente, pelas dificuldades já relatadas em termos de fiscalização e regulação dos serviços; aos operadores precários por ensejar verdadeira assimetria regulatória; por fim, aos passageiros por não usufruir do

**ADI 7048 / SP**

serviço adequado considerando a dissonância de qualidade quando comparado com os serviços prestado pelas concessionárias da RMSP, operadoras das Áreas 01 a 04, do Corredor São Mateus/Jabaquara e sua extensão Diadema/Morumbi.

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

(...)

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

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

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

Nesse contexto, **um contrato único** integrando o (i)

**ADI 7048 / SP**

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

Como conclusão, a Nota Técnica destaca:

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

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

Assim, pelas razões de fato e de direito expostas, a área técnica da EMTU/SP justifica a viabilidade da inclusão da Área 05 e do Sistema BRT ABC ao objeto do Contrato de Concessão do Corredor São Mateus/Jabaquara, e sua extensão Diadema/Morumbi, considerando os diversos ganhos operacionais e demonstrando que a absorção da Área 05 (i) está

**ADI 7048 / SP**

em conformidade com a natureza do objeto do Contrato de Concessão original; e (ii) retrata a execução de serviços público insuscetível de exploração autônoma, considerando as evidências fáticas que se colocaram desde 2005, ante as infrutíferas tentativas de licitar a Área 5 da RMSF.”

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

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

Como destaquei ao votar a ADI n. 5.991, sem embargos da inexistência de vício constitucional na norma, é importante que o aplicador da política pública desenhada seja rigidamente controlado e fiscalizado, a fim de se garantir que a assunção dos compromissos de investimento em malha de interesse da Administração Pública seja opção tão ou mais vantajosa do que o recolhimento de outorga ou do que qualquer outra contraprestação que poderia ser imposta em favor do Poder Público. Pelas razões detalhadas nos pareceres técnicos, parece ser clara a vantajosidade para a administração pública e para a sociedade paulista mediante a assunção de novos investimentos no sistema de transporte pela concessionária Metra.

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

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA (47189/DF)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA

ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA (24797/DF, 367882/SP)

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia (Relatora) e Edson Fachin, que convertiam o exame da cautelar em julgamento de mérito e: a) conheciam da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; b) julgavam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo; e c) modulavam os efeitos da decisão para assegurar a persistência dos atos administrativos praticados com base nos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 pelo prazo de doze meses, a contar da data em que concluído o julgamento desta ação, período em que o Estado de São Paulo deverá assumir diretamente ou licitar os serviços de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT/ABC e Sistema Remanescente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pelo interessado, o Dr. Rodrigo Menicucci, Procurador do Estado de São Paulo; e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Plenário, Sessão Virtual de 7.10.2022 a 17.10.2022.

**Decisão:** Após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que divergia da Relatora e votava pela constitucionalidade dos Decretos n. 65.574 e n. 65.757, do Estado de São Paulo, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 5.5.2023 a 12.5.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

22/08/2023

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL POR ÔNIBUS E TRÓLEBUS NO CORREDOR METROPOLITANO SÃO MATEUS/JABAQUARA. DECRETOS 65.574/2021 E 65.575/2021 DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. ADEQUAÇÃO AO ESCOPO DO CONTRATO E VANTAJOSIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A Constituição Federal admite a prorrogação de contratos de concessão de serviços públicos (art. 175, I, CF), desde que, presente o interesse público e a vantajosidade para a Administração Pública, trata-se de contrato precedido de licitação, cujo edital tenha previsto a prorrogação, respeitado o objeto e escopo originais. Precedente firmado na ADI 5991 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno).

2. A prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU 20/1997 pelo Estado de São Paulo atende aos requisitos para válida relicitação, uma vez que fundados em estudos técnicos e financeiros que comprovam a economia de recursos orçamentários e manifesta melhoria na qualidade do serviço público prestado à população.

3. Ação Direta recebida como ADPF e, no mérito, julgada improcedente, para declarar a constitucionalidade dos Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021 do Governador de São Paulo.

VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar,

**ADI 7048 / SP**

proposta pelo partido Solidariedade, tendo por objeto os Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021, do Governador do Estado de São Paulo, que autorizam “*prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019*”; e aprovam “*o Regulamento da prorrogação da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019*”.

Em síntese, o requerente argumenta que, ao possibilitarem a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal, as normas impugnadas violariam os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37), bem como a regra da obrigatoriedade de licitação (CF, arts. 37, XXI; e 175, *caput*).

Requer a declaração de inconstitucionalidade dos referidos Decretos. Subsidiariamente, caso se entenda a Ação Direta como instrumento inadequado, que seja a ação recebida e processada, por idênticos fundamentos, como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Adotado o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999, o Advogado-Geral da União apresentou manifestação no sentido do indeferimento do pedido cautelar, em peça assim ementada:

“Decretos nº 65.574/2021 e 65.575/2021 do Governador do Estado de São Paulo, que autorizam “a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019” e aprovam “o Regulamento da prorrogação da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019”. Alegada violação aos artigos 37, *caput* e

**ADI 7048 / SP**

inciso XXI; e 175, caput, da Constituição. Preliminar. Do caráter secundário dos decretos impugnados. Ausência de *fumus boni iuris*. O dever de licitar, previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal não é absoluto, uma vez que tal dever convive com a possibilidade de se promover a prorrogação antecipada do prazo de vigência de contratos de concessão, cabendo à Administração Pública acolher, em cada caso, com motivação e transparência, a possibilidade do elastecimento do prazo contratual sem a necessidade de nova licitação. Não é possível concluir que as normas estaduais impugnadas teriam sido editadas com o propósito de favorecer, indevidamente, uma única empresa. Ademais, não cabe a essa Corte Suprema, em sede de controle abstrato, perquirir o mérito decisão administrativa de prorrogação de contratos versus a realização de novos procedimentos licitatórios em situações concretas. Ausência de *periculum in mora*. Manifestação pelo indeferimento do pedido cautelar”.

Por sua vez, o Procurador-Geral da República apresentou parecer pelo não conhecimento da ação:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETOS 65.574/2021 E 65.575/2021, AMBOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL POR ÔNIBUS E TRÓLEBUS NO CORREDOR METROPOLITANO SÃO MATEUS/JABAQUARA, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL 16.933/2019. ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. ALEGAÇÃO DE FAVORECIMENTO INDEVIDO À EMPRESA ESPECÍFICA. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO.

1. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto regulamentar, por se tratar de ato normativo secundário, não sindicável pela via do controle concentrado de

**ADI 7048 / SP**

constitucionalidade.

2. Inviável proceder-se, em controle concentrado de constitucionalidade, à análise de fatos e provas.

— Parecer pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

Submetida a controvérsia a julgamento virtual (Sessão Virtual de 7-17/10/22), a eminente Relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, propõe a conversão do exame da cautelar em julgamento de mérito e vota no sentido de *a)* conhecer a presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; *b)* julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo; *c)* modular os efeitos da decisão para assegurar a persistência dos atos administrativos praticados com base nos Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021 pelo prazo de doze meses, a contar da data em que concluído o julgamento desta ação, período em que o Estado de São Paulo deverá assumir diretamente ou licitar os serviços de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT/ABC e Sistema Remanescente, conforme a seguinte ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECEBIDA COMO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETOS N. 65.574 E N. 65.575/2021 DO ESTADO DE SÃO PAULO. AUTORIZAÇÃO PARA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL POR ÔNIBUS E TRÓLEBUS NO CORREDOR METROPOLITANO SÃO MATEUS JABAQUARA. AMPLIAÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO, LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS

**ADI 7048 / SP**

**EFEITOS DA DECISÃO”.**

Este voto foi acompanhado pelo Min. EDSON FACHIN. Na sequência, o Min. GILMAR MENDES pediu vista.

A continuidade de julgamento ocorreu na Sessão Virtual de 5 a 12/5/23, oportunidade em que o Ministro GILMAR MENDES divergiu da Ministra Relatora para assentar a constitucionalidade dos Decretos 65.574 e 65.757, do Estado de São Paulo.

Após, pedi vista para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

Inicialmente, verifico que, já aperfeiçoado o contraditório formal e oportunizada a apresentação de manifestações por todos os sujeitos processuais, mostra-se conveniente e oportuno, por imperativo de celeridade processual, o conhecimento pleno do mérito da presente ação.

Anoto, a esse respeito, que a conversão de julgamento cautelar em deliberação de mérito não é medida inédita nesta CORTE, tendo sido adotada, em benefício da entrega satisfatória da jurisdição, entre outros, nos seguintes casos: ADI 4.163, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 1º/3/2013; ADI 4.925, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/3/2015; ADI 5.253, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.788 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 8/8/2017; ADI 6.083, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2019, DJe de 18/12/2019; e ADI 6.031, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/3/2020, DJe de 16/4/2020.

Afasto, ainda, a preliminar de não conhecimento suscitada pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República, baseada no caráter secundário dos Decretos impugnados, cuja análise pressuporia a comparação com a Lei 16.933/2019 do Estado de São Paulo.

Como se sabe, o objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e

**ADI 7048 / SP**

autônomo (CASTANHEIRA NEVES, A. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra, 1994).

Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, autonomamente, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2-6), deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo impugnável, tais como decretos presidenciais autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) ou decretos que tenham extravasado o poder regulamentar do Chefe do Executivo, invadindo matéria reservada à lei (ADI 3.664, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Pleno, DJ de 21/9/2011; ADI 2950 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. / Acórdão Min. EROS GRAU, Pleno, DJ de 9/2/2007); atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (ADC 12 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Pleno, DJ de 1º/9/2006) e do Conselho Nacional do Ministério Público (ADPF 482, de minha relatoria, decisão monocrática publicada em 4/10/2017); ou ainda, de previsões regimentais de tribunais que, claramente, ostentem caráter normativo e autônomo (ADI 3.544, Rel. Min. EDSON FACHIN, Pleno, DJ de 8/8/2017; ADI 4.108 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJ de 6/3/2009).

No presente caso, como bem realçado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, os Decretos impugnados não regulamentam a Lei paulista 16.933/2019, configurando-se, em verdade, como atos autônomos editados pelo Chefe do Poder Executivo local com o intuito de autorizar a prorrogação antecipada da concessão de serviço de transporte público na região metropolitana de São Paulo.

Assim, nada obstante a reconhecida impossibilidade de ajuizamento de Ação Direta contra ato administrativo de efeitos concretos (ADI 4620 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 1/08/2012; ADI 4040, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 1/07/2013; ADI 2630 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 5/11/2014; ADI 5286, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 1/08/2016), mostra-se cabível o acolhimento do pedido subsidiário

**ADI 7048 / SP**

formulado pelo requerente, no sentido de conhecer da ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ante a fungibilidade entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade, reconhecida pela jurisprudência desta SUPREMA CORTE desde que, como se observa no presente caso, demonstrada a convergência de requisitos e rito procedimental e excluída a caracterização de erro grosseiro (ADPF 314-AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2015; ADPF 72-QO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 1º/6/2005, ADPF 121, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/6/2008; ADI 875, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/2/2010, DJe de 30/4/2010; ADI 4.163, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe 1º/3/2013).

Nessa conjuntura, acompanho a conclusão da eminente Ministra Relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA quanto ao recebimento da ação como arguição de preceito fundamental e quanto à convolação do julgamento da medida cautelar em decisão de mérito.

No mérito, pedindo vênias à Ministra Relatora, ACOMPANHO A DIVERGÊNCIA inaugurada pelo Min. GILMAR MENDES.

Como se constatada da leitura dos dispositivos impugnados (Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021) tratam da prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara. Alega-se que essa prorrogação teria proporcionado a ampliação do objeto da concessão mediante a incorporação da *“concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação”*, o que, segundo alegado, representaria violação aos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, bem como ao mandamento de prévia licitação para a contratação administrativa.

De fato, nas palavras do professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de direito administrativo, 23ª ed., 2009, p. 407). *“os*

**ADI 7048 / SP**

*contratos de concessão não fogem à regra que a Constituição traçou sobre a exigibilidade de licitação para as contratações (art. 37, XXI). Ao contrário, no art. 175 deixou assentada, de forma indubitosa, a exigibilidade do procedimento seletivo, e, para tanto, empregou a expressão ‘sempre através de licitação’.*

Seguindo essa linha, a jurisprudência desta CORTE fixou-se no sentido de que normas que autorizam a prorrogação de contratos de concessão de transporte público sem prévia licitação são eivadas de inconstitucionalidade, por violação ao artigo 175, *caput*, da Magna Carta. Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes: ARE 869.007 ED-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 26/5/2017; RE 603.530-AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 24/9/2013; E 137884, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 09/2/2021; ARE 1216116, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 05/08/2019; ARE 1.187.970/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 21/2/2019; entre outros.

No caso sob exame, todavia, estamos diante do instituto administrativo da prorrogação antecipada de contrato de concessão de serviço público, o qual tem expressa previsão constitucional, no art. 175, parágrafo único, I, da CF: *“a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”*.

A Lei 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, também possui previsão específica sobre o instituto da prorrogação antecipada do contrato de concessão:

“Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado,

**ADI 7048 / SP**

produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste”.

Trata-se de expediente do modelo de Administração Gerencial por meio do qual o poder concedente incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos no contrato originário, oferecendo o aumento do prazo da concessão como contrapartida.

Registro que esse modelo já foi validado em diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União (e.g. TC 024.882/2014-3, TC 003.375/2015-9 e TC 009.032/2016-9) e está em ampla expansão no território brasileiro.

Conforme ponderado no voto do Ministro GILMAR MENDES, o instituto da prorrogação antecipada, em abstrato, é uma medida constitucional, desde que observados os requisitos legais bem delimitados no julgamento da ADI 5.991, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, para sua implementação, a saber: i) Contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado; ii) Previsão da prorrogação no edital de licitação e no contrato original; iii) Discricionariedade da Administração Pública; e iv) Vantajosidade.

Transcrevo a ementa do referido julgamento:

“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 co contrato.

2. A transferência de bens imóveis e móveis, operacionais ou não, nos termos da Lei n. 13.448/2017, deve ser precedida de

**ADI 7048 / SP**

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 interpretado 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”.

(ADI 5991, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2020)

Nesse julgamento, afirmei que a previsão então questionada (Lei 13.448/2017) era plenamente constitucional, sem prejuízo do exame, em concreto, pelos órgãos de controle competentes, da efetiva vantajosidade e atendimento ao interesse público da prorrogação de contratos de concessão. E que também vinha ao encontro da concretização do princípio da eficiência, sobretudo se consideradas as especificidades e o histórico dos serviços públicos de transporte coletivo.

Essa orientação foi recentemente reafirmada no julgamento das ADPFs 971, 987 e 992, Rel. Min. GILMAR MENDES (Sessão Virtual de 19 a 26/5/2023, acórdão pendente de publicação), onde validada a Lei 17.731/2022, do Município de São Paulo, que estabelece diretrizes gerais

**ADI 7048 / SP**

para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria entre o Município de São Paulo e a iniciativa privada.

No caso sob exame, relativamente aos Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021 do Estado de São Paulo, os requisitos mencionados foram atendidos. A Administração Pública estadual, com fulcro em estudos técnicos e financeiros, compreendeu que a prorrogação antecipada em análise implica economia de recursos orçamentários e manifesta melhoria na qualidade do serviço público prestado à população.

A propósito, Nota Técnica do Departamento de Monitoração da Qualidade Operacional – DMQ (NT-DMQ-003/2022) destaca que :

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

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

Assim, pelas razões de fato e de direito expostas, a área técnica da EMTU/SP justifica a viabilidade da inclusão da Área 05 do Sistema BRT ABC ao objeto do Contrato de Concessão do Corredor São Mateus/Jabaquara, e sua extensão

**ADI 7048 / SP**

Diadema/Morumbi, considerando os diversos ganhos operacionais e demonstrando que a absorção da Área 05 (i) está em conformidade com a natureza do objeto do Contrato de Concessão original; e (ii) retrata a execução de serviços público insuscetível de exploração autônoma, considerando as evidências fáticas que se colocaram desde 2005, ante as infrutíferas tentativas de licitar a Área 5 da RMSF”.

Diante desse cenário, a prorrogação antecipada do contrato de concessão é uma alternativa legítima à licitação, que traz vantagens à Administração Pública e tem o condão de qualificar a prestação de serviço público essencial à população.

A alteração produzida pela prorrogação do Contrato de Concessão EMTU 20/1997 se amolda à hipótese cogitada no julgamento da ADI 5.991, de adequação às *“necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido”*, ou, ainda utilizando a linguagem adotada no precedente, às *“necessidades mutáveis do interesse público”* como critério legitimador da relicitação.

Veja-se que a inclusão da Área 05, além de alinhamento de escopo com o objeto do contrato prorrogado, apresenta fundamento técnico e operacional, decorrente da inviabilidade de exploração em separado do serviço público para essa fração do território, como o demonstra a inviabilidade de licitação específica, referida pela Nota Técnica NT-DMQ-003/2022, do Departamento de Monitoração da Qualidade Operacional.

Ou seja, a assunção de novas obrigações de investimento e operação pela empresa concessionária atende, à primeira vista e em sede de exame abstrato, ao interesse público na manutenção e melhoria dos serviços públicos concedidos.

Ante o exposto, CONHEÇO da ação como ADPF para, no mérito, DIVERGIR da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA e julgar IMPROCEDENTE a demanda, declarando a constitucionalidade dos Decretos 65.574/2021 e 65.575/2021 do Governador de São Paulo.

É o voto.

22/08/2023

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048 SÃO PAULO**

**RELATORA** : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**  
**REDATOR DO** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**ACÓRDÃO**  
**REQTE.(S)** : **SOLIDARIEDADE**  
**ADV.(A/S)** : **ALYSSON SOUSA MOURAO E OUTRO(A/S)**  
**ADV.(A/S)** : **THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA**  
**INTDO.(A/S)** : **GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AM. CURIAE.** : **METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE**  
**TRANSPORTES LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO TEIXEIRA ABDALA**

**VOTO**

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Partido Solidariedade contra o Decreto nº 65.571/2021 do Estado de São Paulo, que autorizou a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, e o Decreto nº 65.575/2021, também daquele ente federativo, que aprovou o Regulamento da prorrogação da concessão.

Em síntese, o autor alega que os aludidos atos teriam violado os arts. 37, *caput*, XXI; e 175, *caput*, ambos da Constituição Federal, na medida em que autorizaram prorrogação da concessão de serviço público, sem realização de procedimento licitatório.

A relatora, Ministra Cármen Lúcia, vota no sentido de conhecer a presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, “julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos

**ADI 7048 / SP**

n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo”, com proposta de modulação dos efeitos da decisão.

Peço vênia para divergir, respeitosamente, da relatora e acompanhar a corrente inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Esta Suprema Corte, no julgamento da ADI 5.991, já se debruçou sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 13.448/2017, que contém base normativa análoga àquela prevista na Lei nº 16.933/2019, do Estado de São Paulo, tendo esta servido de fundamento para a produção dos atos jurídicos ora questionados.

Em ambos os diplomas legais, há previsão de prorrogação antecipada dos contratos de concessão e estabelecimento de requisitos formais e materiais para a validade da medida.

Para amparar a renovação antecipada dos ajustes contratuais, a legislação exige a realização de estudo técnico “que fundamente a vantajosidade da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”, conforme previsto tanto no art. 7º, *caput*, da Lei n. 16.933/2019 quanto no art. 8º da Lei Federal n. 13.448/2017.

À luz da legislação, portanto, compete ao Poder Público, se pretender realizar a prorrogação antecipada de determinado contrato de parceria, coletar elementos técnicos capazes de demonstrar a vantajosidade da prorrogação, em oposição à condução de novo procedimento licitatório.

No presente caso, existe demonstração de que foram realizados estudos técnicos e financeiros prévios à decisão de prorrogar o contrato e que amparariam a escolha sob a perspectiva da tutela do interesse público. O atual Governador do Estado de São Paulo, em memorial

**ADI 7048 / SP**

encaminhado ao Gabinete em 9/8/2023, ratificou as informações prestadas nestes autos pela gestão anterior no sentido da necessidade técnica da prorrogação, com dados concretos a respeito das condições favoráveis obtidas pelo ente público com a prorrogação:

“Por meio da prorrogação antecipada do Contrato de Concessão da METRA o Estado obteve as seguintes condições mais favoráveis do que aquelas que obteria por meio de um novo procedimento licitatório:

- Eliminação dos Custos com Projetos (BRT) e Consultorias, estimados em R\$ 30 milhões;
- Redução imediata da TIR do Contrato de 16,15% para 8,31%, aplicável inclusive para o prazo que ainda restava da concessão, previamente à prorrogação antecipada (ganho estimado de R\$ 244 milhões);
- Redução da Tarifa de Remuneração, de R\$ 6,53 (estimada para uma situação de licitação autônoma) para R\$ 6,36 (tarifa pactuada com a Concessionária), o que implica um custo menor de R\$ 592 milhões por toda a vigência estimada para a concessão;
- Alocação dos riscos de desapropriação e das obras de implantação do BRT ABC à Concessionária Metra;
- Redução, via negociação, de desequilíbrio econômico-financeiro, já reconhecido em benefício da Concessionária METRA, de R\$ 738 milhões para R\$ 553 milhões” (documento eletrônico 27, p. 22).

Constam, ainda, informações no sentido de que

“a implantação e operação do BRT ABC causaria significativos impactos na equação econômico financeira dos outros dois serviços de transporte público intermunicipal por ônibus, existentes da mesma região (Concessão da Metra e Permissões da Área 5 da RMSP), gerando a necessidade de severos aumentos na tarifa pública cobrada dos usuários (27,84% no Corredor ABD e 15,44% na Área 5 da RMSP) ou de

**ADI 7048 / SP**

representativos aportes do Tesouro (R\$ 120 milhões por ano) para manter a viabilidade econômica de tais serviços” (documento eletrônico 27, p. 21).

Nesse sentido, os elementos trazidos nestes autos pelo Estado de São Paulo indicam que o exame da vantajosidade da prorrogação foi precedido por avaliações de ordem técnica e financeira, o que reflete requisito adotado por esta Suprema Corte no julgamento das ADPFs 971, 987 e 992, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a constitucionalidade de Lei do Município de São Paulo que também previa o instrumento da prorrogação antecipada de contratos de parceria.

A partir do quadro normativo elucidado, não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer a análise do mérito da escolha administrativa, até mesmo pela inviabilidade de exame e aprofundamento fático-probatório no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, conforme assentado em jurisprudência deste Tribunal (ADPF 686/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 22/10/2021; ADPF 922/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 23/06/2023).

Portanto, eventual impugnação ao conteúdo dos atos jurídicos questionados, inclusive em relação à vantajosidade da prorrogação antecipada para o Estado de São Paulo, poderá ser efetuada pelas vias processuais ordinárias, mas não no âmbito de controle concentrado.

Pedindo vênias à relatora, entendo que, em exame cabível nesta seara, as informações técnicas fornecidas pela autoridade competente amparariam os atos produzidos pelo ente público estadual, não havendo elementos robustos na petição inicial que viabilizem, na presente via, o reconhecimento de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação.

É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.048**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : THAYRANE DA SILVA APOSTOLO EVANGELISTA (47189/DF)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : METRA-SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA

ADV.(A/S) : FERNANDO TEIXEIRA ABDALA (24797/DF, 367882/SP)

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia (Relatora) e Edson Fachin, que convertiam o exame da cautelar em julgamento de mérito e: a) conheciam da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental; b) julgavam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 do Governador de São Paulo; e c) modulavam os efeitos da decisão para assegurar a persistência dos atos administrativos praticados com base nos Decretos n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 pelo prazo de doze meses, a contar da data em que concluído o julgamento desta ação, período em que o Estado de São Paulo deverá assumir diretamente ou licitar os serviços de transporte coletivo do Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, Sistema BRT/ABC e Sistema Remanescente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pelo interessado, o Dr. Rodrigo Menicucci, Procurador do Estado de São Paulo; e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Plenário, Sessão Virtual de 7.10.2022 a 17.10.2022.

**Decisão:** Após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que divergia da Relatora e votava pela constitucionalidade dos Decretos n. 65.574 e n. 65.757, do Estado de São Paulo, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 5.5.2023 a 12.5.2023.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental. No mérito, por maioria, julgou constitucionais os Decretos n. 65.574 e n. 65.757, do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 11.8.2023 a 21.8.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário