

## VOTO

### Julgamento conjunto

ADPF 971, ADPF 987 e ADPF 992

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):** Nas ADPFs 971, 987 e 992 questiona-se a constitucionalidade da Lei Municipal nº 17.731/2022, a qual “*Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e licitação dos contratos de parceria entre o Município de São Paulo e a iniciativa privada, e dá providências correlatas*”, por violação a preceito fundamental disposto no art. 22, inciso XXVII e art. 30, incisos I e II, do texto constitucional, no caso da ADPF 971, por violação a preceito fundamental disposto no art. 1º *caput*, art. 5º, *caput* e art. 37, *caput* e inciso XXI, do texto constitucional, na ADPF 987 e por fronta a entendimento fixado na ADI 5991.

**I – Do cabimento das ADPFs 971, 987 e 992. Observância ao princípio da subsidiariedade.**

No que se refere à admissão das ADPFs 971, 987 e 992 para discutir a constitucionalidade da Lei Municipal nº 17.731, verifico preenchido o requisito da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, o qual impõe ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental a condição de não haver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Em outras oportunidades, destaquei que, à primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de outro meio eficaz a afastar a eventual lesão, seria possível manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido de ADPF contra leis municipais editadas após a Constituição de 1988, desde que o parâmetro de inconstitucionalidade presente em norma municipal seja da competência legislativa privativa da União, como podemos observar nas ADPFs em questão.

Ademais, não se pode admitir que a existência de processos originários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim como dispôs o Plenário desta Corte no mérito da ADPF 33, de minha relatoria, DJe 27.10.2006.

“13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro 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. 14. **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**”

Assim, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não poderá servir como óbice à formulação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama as mais vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permite a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Destaco que, conforme decidido por esta Corte na ADPF 449, de relatoria do Ministro Luiz Fux, “ *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível em face de lei municipal, adotando-se como parâmetro de controle preceito fundamental contido na Carta da República, ainda que também cabível em tese o controle à luz da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça compete* ”. (ADPF 449, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, julgada em 8 de maio de 2019)

Sendo assim, entendo que nada obsta o conhecimento das presentes ADPFs, tendo em vista: (i) a legitimidade ativa da arguente; (ii) a existência de preceito fundamental em discussão e (iii) a satisfação, *in casu*, do requisito da subsidiariedade.

Passo, então, à análise do mérito.

## **II – Constitucionalidade formal da Lei 17.731/2022**

A alegação de inconstitucionalidade formal da Lei Municipal nº 17.731/2022 devido a tramitação do Projeto de Lei nº 857/2021 sem discussões

públicas e em prazo inferior a 30 dias, supostamente desrespeitando os artigos 58, §2º, inciso I, 60, §2º, 64 e 65 da Constituição Federal, não deve prosperar.

No caso do Projeto de Lei nº 857/2021, o Poder Executivo realizou solicitação de tramitação do projeto de lei em regime de urgência (eDOC 17 da ADPF 992), previsto no Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo.

Isto posto, tendo em vista que a adoção de rito de urgência em proposições legislativas é prerrogativa regimental atribuída à Presidência da Casa Legislativa, é defeso do Poder Judiciário interferir nessa matéria, sob pena de violação ao princípio de separação dos poderes, art. 2º do texto constitucional.

Confira-se, a propósito os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL. PROCESSO LEGISLATIVO. REQUERIMENTO DE URGÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O RECONHECIMENTO DA URGÊNCIA. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. **A previsão regimental de um regime de urgência que reduza as formalidades processuais em casos específicos, reconhecidos pela maioria legislativa, não ofende o devido processo legislativo.** 2. **A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é matéria genuinamente interna corporis, não cabendo ao STF adentrar tal seara** . Precedente. 3. Quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas. Precedente. 4. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 6968, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 19.5.2022)

“Mandado de segurança. Medida acautelatória. Projeto de lei complementar. Legislação eleitoral. PLP nº 121/2021. Devido processo legislativo. Proporcionalidade partidária. **Nulidade do requerimento de urgência. Ofensa a princípios e regras constitucionais. Não ocorrência.** Indeferimento da tutela liminar. 1. Conforme remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em precedente julgado sob a Sistemática da Repercussão Geral (Tema nº 1.120), “Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da

Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis”. (RE nº 1.297.884, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 4/8/21)

(...)

3. A Constituição de 1988 não menciona a necessidade de Código Eleitoral; tão somente estabelece a exigência de lei complementar em determinadas matérias relativas à seara eleitoral (art. 14, § 9º, e art. 121). Não havendo, em juízo preliminar, inobservância das regras constitucionais do processo legislativo, o não enquadramento do PLP nº 121/2021 no rito legislativo para projetos de código estabelecido nos arts. 205 a 211 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados é matéria essencialmente interna corporis.

**4. A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é prerrogativa regimental atribuída à Presidência da Casa Legislativa, consistindo em matéria genuinamente interna corporis, não cabendo ao STF adentrar tal seara .**

(...)

6. A excepcionalidade, no sistema brasileiro, do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade de projetos de lei não prejudica a possibilidade de controle a posteriori pelo Poder Judiciário de eventual legislação aprovada pelo Congresso Nacional por meio do controle difuso de constitucionalidade ou do controle abstrato de normas. 7. Medida liminar indeferida.”

(MS 38199 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2022)

## II – Constitucionalidade material da Lei 17.731/2022

A Lei Municipal nº 17.731/2022 “ *Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e licitação dos contratos de parceria entre o Município de São Paulo e a iniciativa privada, e dá providências correlatas* ” e ao estabelecê-las cuidou de regular os serviços públicos de competência apenas do município, regulamentando um interesse local, não invadindo, assim, a competência privativa da União de legislar sobre normas gerais de licitação e contratos prevista no art. 22, do texto constitucional.

A referida lei define os institutos de prorrogação contratual, prorrogação antecipada e relicitação, em seu art. 3º; as condições e as formas para a prorrogação dos contratos de parceria, nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º,

bem como dispõe sobre os conceitos e os requisitos para a relicitação do objeto nos contratos de parceria, nos seus artigos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 15.

Do texto constitucional depreende-se que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Entretanto, a Constituição, em seu artigo 30, incisos I e II, outorga aos municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, desde que respeitados os princípios e preceitos das Constituições Federal e Estadual.

Esta Suprema Corte já reconheceu aos Estados e Municípios competência para complementar as normas gerais de licitações e contratos e adaptá-las às suas realidades. Confirma-se, a propósito, os seguintes precedentes:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. **A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades**. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo

eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. (RE 423560, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.6.2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.199/2017 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS – SC, QUE DETERMINOU A DIVULGAÇÃO, NOS ANÚNCIOS OU CAMPANHAS VEICULADAS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, DO VALOR DESPENDIDO EM PUBLICIDADE OU PROPAGANDA PELA PREFEITURA. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO PARA EDITAR NORMAS ESPECÍFICAS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (RE 1159577 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11.3.2019)

Diante disso, entendo que a Legislação municipal age dentro de seu campo de discricionariedade, não adentrando em temas de caráter geral relacionados à licitação e à contratação, disciplinando apenas sobre aspectos da gestão administrativa dos contratos de parceria, permitindo que o administrador tome a decisão que melhor atenda ao interesse público, orientando-se pelas normas gerais federais relacionadas ao tema.

Nesse ponto, entendo oportuno, tal qual no julgamento da ADI 5991, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, fazer breves considerações sobre a relação entre o Estado Regulador e a crise do serviço público, bem como a jurisprudência do Supremo na matéria.

## **2.1 – Breves considerações sobre a relação entre Estado Regulador e a crise do serviço público**

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

“Uma tendência regulatória que não se resume ao setor ferroviário, corresponde à criação de incentivos para atração de novos investimentos. (...) É nessa linha que se coloca uma série de medidas regulatórias, como substituição de sanção por investimentos, política tarifária que considere os investimentos realizados e a performance e a prorrogação antecipada de concessões por investimentos”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Dinâmica da Regulação: Estudos de caso da Jurisprudência Brasileira*. Belo Horizonte, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 112)

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

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

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

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

Essas advertências teóricas são importantes para que fique claro que, a despeito da relevância do controle de constitucionalidade das leis de serviço

público, o dinamismo dos setores regulados torna extremamente difícil que respostas definitivas sejam dadas pelo Legislador ou mesmo pelo Judiciário em um plano jurídico abstrato.

Como registrei ao votar na ADI 5991, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, essa realidade implica que o próprio âmbito de cognição dessa Suprema Corte em discussões como a posta na presente ADPF 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).

## 2.2 – Prorrogação antecipada de contratos de concessão

O instituto prorrogação antecipada é relativamente recente em nosso ordenamento jurídico.

Atualmente, ele encontra previsão em apenas três legislações setoriais a nível federal: ( *i* ) na Lei 12.783/2013, que versa sobre os contratos de concessão do serviço público de energia elétrica (art. 12); ( *ii* ) na Lei 12.815 /2013, em dispositivo específico que dispõe sobre contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei 8.033/1996 e ainda ( *iii* ) na Lei 13.448/2017, objeto da ADI 5991, que trata sobre a prorrogação antecipada dos contratos de concessão nos setores rodoviários e ferroviários.



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

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

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

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

A principal controvérsia que surge em torno do tema está relacionada à extemporaneidade da autorização legislativa dessa prorrogação. A aptidão

da lei de produzir efeitos sobre contratos em andamento suscita dúvidas sobre eventual ofensa aos princípios constitucionais da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório.

### 2.3 – A prorrogação de contratos de concessão na jurisprudência do STF

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

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

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

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

#### **a) Contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado**

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

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

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

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

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

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

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

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

*“ se o edital de licitação e/ou a minuta de contrato que o acompanha não previam, originalmente, a possibilidade de prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), tal espécie*

*de prorrogação não pode ser realizada com base em posterior autorização legal, sob pena de burla ao princípio da isonomia e ao instituto jurídico da licitação pública ”. (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público . São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 191)*

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

### **c) Discricionariedade da Administração Pública**

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

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

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

Sobre esse ponto, vale ressaltar as considerações do **eminente Min. Dias Toffoli** no julgamento do RMS 34.203, em que se discutia o direito de prorrogação de contrato de produção de concessão de usina hidrelétrica perante o regime da Lei 9.074/1995, quando se pontuou que: *“ é da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de*

*discricionarieidade administrativa* ". (RMS 34.203, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 20.3.2018)

#### **d) Vantajosidade**

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

Desse modo, além de discricionária, a decisão da Administração Pública de realizar a prorrogação antecipada dos contratos deve sempre refletir o critério da vantajosidade. Esse requisito decorre diretamente do texto constitucional, ainda que a lei específica setorial não o preveja expressamente.

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

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

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

Assim, com base nos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, 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 Municipal de São Paulo.

#### **2.4 – Possibilidade de instituição da prorrogação e relicitação de contratos de parceria entre Município e iniciativa privada por lei municipal**

Pois bem.

A legislação ora questionada confere à gestão municipal, instrumentos que permitem a administração acompanhar a mutabilidade a que estão sujeitos os contratos administrativos, potencialmente diminuindo gastos com licitações convencionais e proporcionando maior celeridade e economicidade na realização de licitações e contratos, tudo em prol do benefício do interesse público.

A lei orienta a avaliação do poder concedente quanto à manutenção e ampliação de contratos vigentes. Para tanto, exige a observância do interesse público na prestação de serviços mais eficientes, a exemplo do art. 7º, *caput*, dispõe:

Art. 7º Caberá à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

Nesse sentido, da leitura completa da Lei Municipal 17.731/2022, observa-se que não foram estabelecidas normas gerais sobre licitação e contratação, o que se verifica é apenas a disposição de mecanismos de gestão contratual relacionados à discricionariedade do administrador, ou seja, não há criação de novas figuras ou institutos de licitação ou contratação, de modo que a legislação municipal em momento algum adentra em temas de caráter geral.

Os mecanismos de gestão contratual, sujeitos à discricionariedade do administrador, deverão observar a presença dos requisitos constitucionais e legais explicitados quando do julgamento da ADI 5991: (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.

### **III – Dispositivo**

Por todo o exposto, conheço das presentes Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e as julgo improcedentes.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/05/2023 00:00