

VOTO

Julgamento conjunto

ADPF 971, ADPF 987 e ADPF 992

Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Gilmar Mendes. Apenas para expressar as premissas que conduziram às minhas conclusões na matéria, permito-me consignar que se trata de arguições de descumprimento de preceito fundamental 971, 987 e 992, ajuizadas, respectivamente, pelo PSOL, pelo PC do B e pela ATRICON (associação dos membros dos tribunais de contas do Brasil) em face da Lei do Município de São Paulo nº 17.731/2002, que dispõe sobre a relicitação e prorrogação de contratos de parceria com os particulares (concessões, permissões e outras modalidades). Colho do relatório que:

“Na **ADPF 971**, proposta pelo **Partido Socialismo e Liberdade – PSOL** contra a totalidade da Lei do Município de São Paulo nº 17.731/2022, alega-se violação aos preceitos fundamentais dispostos no art. 22, inciso XXVII, e no art. 30, incisos I e II, do texto constitucional.

Sustenta que a lei impugnada trata de licitação e contratos, matéria de competência da União, normatizada pela Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Entende que, como a lei municipal teria criado novas regras, critérios e institutos, invadiu competência da União e, ao extrapolar suas capacidades legislativas, violou também o art. 30, I e II, também do texto constitucional.

Infere que a Lei Federal 13.448/2017 não possui normas gerais, não podendo, portanto, ser suplementada pelos Estados e Municípios. Infere, inclusive, a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 16.933/2019, do Estado de São Paulo. Afirma que o Município só pode se pautar pela Lei 8666 ou pela Lei 14.133 (lei geral de licitações).

Na **ADPF 987**, proposta pelo **Partido Comunista do Brasil – PCdoB** (eDOC. 1), em face dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 15 e 19 a Lei Municipal de São Paulo nº 17.731/2022, alega-se violação a preceito fundamental disposto no art. 1º *caput*, art. 5º, *caput* e art. 37, *caput* e inciso XXI, do texto constitucional.

Sustenta vício de inconstitucionalidade formal, visto que o projeto de lei que culminou na Lei municipal nº 17.731, tramitou em apenas 04 dias, celeridade que contraria o devido processo legislativo.

Aduz que as normas impugnadas violam os princípios da isonomia, segurança pública e interesse público, corolários do princípio republicano.

Infere que a prorrogação antecipada (art. 3º, II, da lei municipal 17.731) precisaria estar prevista previamente no edital da licitação e no contrato firmado, conforme decidido na ADI 5991, o que é frontalmente contrariado pelo art. 4º, § 2º, da lei municipal, e que inova ao trazer o conceito de extensão contratual, com vistas à viabilização da exploração conjunta de serviços (artigo 5º). O art. 6º, I, ao possibilitar a incorporação de serviços em termos aditivos a contratos, o art. 15, ao permitir a prorrogação excepcional do contrato ou a absorção de serviços enquanto perdurarem estudos técnicos, projeções ou nova licitação para substituição do contrato originário, e o art. 19, ao permitir agregar aos contratos vigentes serviços associados, também incidiriam em inconstitucionalidade, por violarem os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do interesse público.

Na **ADPF 992**, a **Associação de Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON** requer a inconstitucionalidade da Lei Municipal de São Paulo nº 17.731/2022 por violação ao artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição. Subsidiariamente, requer seja conferida interpretação conforme a Constituição para os artigos 1º; art. 2º; art. 3º, inciso II e III; art. 4º, § 2º; art. 5º, *caput*; art. 6º, inciso I, arts. 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e art. 19, *caput*, da referida Lei, para que os parâmetros estabelecidos na ADI 5991 sejam respeitados.

Alega vício de inconstitucionalidade formal por afronta ao princípio da deliberação suficiente, visto que o prazo entre a data do protocolo do Projeto de Lei (13.12.2021) e a data da segunda votação pelo Plenário da Câmara Municipal (17.12.2021), transcorreram apenas 4 (quatro) dias.

Aduz, ainda, que a norma impugnada viola os preceitos fundamentais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e eficiência.”

Tendo em vista a relevância da matéria em discussão, o e. Relator adotou o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999. Prestaram informações o Município e a Câmara Municipal de São Paulo.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido da ADPF 971 e pelo não conhecimento das ADPFs 987 e 992.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo não conhecimento das ADPFs 971, 987 e 992 e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

Em seu voto, o e. Relator conhece as três ações, afastando a alegação de ilegitimidade ativa e de descumprimento à subsidiariedade em relação à ATRICON (ADPF 992); afasta a alegação de inconstitucionalidade formal por excesso de rapidez de tramitação no processo, porquanto compreende que a excessiva rapidez do trâmite do projeto de lei em regime de urgência é questão *interna corporis*. No mérito declara constitucionalidade da lei municipal, com fundamentos idênticos aos apresentados em seu voto vogal na ADI 5991, na qual acompanhou a e. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Portanto, nega a procedência dos pedidos formulados.

Era o que cabia remorar.

1. Procedência

Cumpro, em primeiro lugar, esclarecer qual é o ponto da convergência, para delimitar, cirurgicamente, o *locus* da divergência. Acolho parcialmente as razões expostas no voto do e. Relator, sobretudo o que diz respeito: i) ao conhecimento das ações; ii) ao afastamento da inconstitucionalidade formal – ainda que se veja com ressalvas a tramitação *expressa* de projetos de lei; iii) a ausência de violação às normas gerais de licitação e de contratos – presente na ADPF 971, bem como à competência da União para legislar sobre o tema; iv) a competência dos Municípios, respaldada na competência suplementar (art. 30, II, CF) ou no interesse local (art. 30, I, CF).

Por tais razões, há que se declarar improcedente os pedidos formulados na ADPF 971 e 987.

Não obstante, peço vênias para divergir, em parte, para declarar procedente o pedido subsidiário deduzido na ADPF 992. E o faço, dentre outros motivos que apresentarei, em homenagem a decisão do Plenário na ADI 5991/DF.

Ao julgar a ADI 5991, a respeito da constitucionalidade de artigos da Lei nº 13.448/2017, a qual dispõe, dentre outros temas, a respeito da previsão legal de prorrogação antecipada do contrato de concessão de serviço público, especificamente para os setores rodoviário e ferroviário.

Naquela oportunidade restei vencido. Em meu voto, apresentei divergência fundada no desrespeito aos princípios do art. 37, *caput*, especialmente o princípio da eficiência e da impessoalidade e os possíveis riscos, ao usuário dos serviços, nesse âmbito da regulação setorial.

Ao declarar a constitucionalidade da lei federal questionada, e a improcedência do pedido, o Plenário estabeleceu, na linha do voto da e. Relatora, os seguintes requisitos a partir dos quais devem ser compreendidos os institutos da Lei nº 13.448/2017:

- “(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.”

Conforme acima explicitado, tais requisitos e a fundamentação aposta no voto vogal da ADI 5991 foram retomados pelo e. Relator no julgamento destas ADPFs. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, reconhece a discricionariedade administrativa para conceder a prorrogação antecipada do contrato e afirma:

“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.”

Note-se que o pedido subsidiário formulado na ADPF 992 (eDOC 01, p. 36 e 37) é:

“caso o STF entenda não ser integralmente inconstitucional o complexo normativo impugnado, afigura-se indispensável, subsidiariamente, que seja conferida a interpretação conforme à Constituição para os artigos 1º; art. 2º; art. 3º, inciso II e III; art. 4º, § 2º; art. 5º, “caput”; art. 6º, inciso I, arts. 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e art. 19, “caput”, da Lei Municipal nº 17.731/22, para que a **Corte estabeleça a interpretação segundo a qual as prorrogações antecipadas sejam possíveis apenas nos casos de contratos vigentes precedidos de licitação**, sendo indispensável a submissão do contrato à consulta

pública, havendo ainda a necessidade de encaminhar ao Tribunal de Contas do 37 Município de São Paulo o termo aditivo para análise final, **como consubstanciado na decisão da ADI 5991, julgada pelo STF. (destaquei) ”**

Assim, ainda que se entenda que o pedido não foi deferido na sua integralidade, há que se reconhecer que o pedido teria sido parcialmente deferido ao se estabelecer na fundamentação do voto o dever de respeitar os requisitos estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 5991.

Diante do exposto, sem embargo de divergência supra quanto ao dispositivo e à premissa, passo a analisar a divergência que formulo aqui.

2. Corolário da ADI 5991 e divergência

Tomado como parâmetro, os requisitos estabelecidos por este Supremo Tribunal Federal na ADI 5991 há que se reconhecer, como corolário da decisão, a inconstitucionalidade dos dispositivos a Lei nº 17.731/2002 do Município de São Paulo.

Destaco, sobretudo, os dois primeiros requisitos acima mencionados : (i) que o contrato a ser prorrogado tenha sido previamente licitado; (ii) que o edital de licitação e o contrato original autorizem a prorrogação. Tais exigências decorrem, em parte, do inciso II, do art. 4º da Lei federal nº 13.448 /2017, o qual prevê:

“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, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;”

Além da disposição legislativa e da decisão desta Corte, colho a seguinte lição, a respeito da prorrogação dos contratos de concessão, em obra específica sobre o tema:

“O que parece fora de dúvida é a obrigatoriedade de o instrumento convocatório da licitação e o contrato estabelecerem

expressamente a possibilidade de o prazo contratual ser prorrogado. A fixação da regra do jogo é indispensável para dar concretude ao princípio da igualdade, de modo a permitir que todos os operadores econômicos tenham ciência de que, futuramente, o prazo do contrato poderá ser prorrogado e sob quais condições e requisitos. *A contrario sensu*, é suposto inferir que a omissão do instrumento convocatório da licitação e das cláusulas do contrato administrativo sobre o tema da prorrogação implica uma vedação tácida à sua admissão. (Flávio Amaral Garcia. A mutabilidade nos contratos de Concessão. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 253).

Tais parâmetros não podem ser afastados quando da análise da prorrogação antecipada, porquanto decorrem diretamente da Constituição em seus artigos 37, XXI e 175, I. De tais dispositivos se extrai o dever de licitar, o qual demanda promover a maior igualdade entre os concorrentes, reduzindo barreiras de entrada e ampliando a competitividade, sempre que possível para a prestação dos respectivos serviços.

É evidente que o princípio da mutabilidade do regime jurídico da concessão (sobre o tema cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2023, e, Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 434) **requer** a adequação constante dos serviços às condições técnicas e jurídicas pertinentes. Conforme enuncia o professor de direito econômico da Faculdade de Direito da centenária Universidade Federal do Paraná (UFPR), Egon Bockman Moreira, há que se reconhecer que, em matéria de serviço público:

“nada mais adequado que falar em *segurança advinda da certeza da mudança*. Pois este aparente contrassenso é o que se passa nas concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforçam a segurança jurídica na prestação adequada do serviço. Ou, melhor: *a segurança contratual presta-se a garantir a mutabilidade do negócio jurídico firmado*.” (Egon Bockman Moreira. Direito das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, p. 37).

Não obstante, conforme ressaltam os autores acima citados, a mutabilidade não pode e não deve servir a *perpetuidade* na prestação do serviço, bem como outras formas de fugas às exigências constitucionais e

legais de cumprimento ao dever de licitar e de promover a máxima competitividade possível em respeito aos princípios da igualdade, imparcialidade e da livre iniciativa, todos com sede constitucional.

Ao fazer tais considerações não se está a obrigar Estados e Municípios a imitar a lei federal, como muitas vezes se faz por decisões judiciais excessivamente centralizadoras. Pelo contrário, o que se está a assentar, ao ressaltar os requisitos da decisão anterior desta Corte, é o piso mínimo que promove a igualdade republicana entre cidadãos e a imparcialidade administrativa ao lidar com interesses divergentes.

Portanto, dos requisitos de: (i) que o contrato a ser prorrogado tenha sido previamente licitado; (ii) que o edital de licitação e o contrato original autorizem a prorrogação, extraio, além do respeito ao princípio da legalidade, a proteção da imparcialidade da Administração que veda privilégios e casuísmos em matéria de serviço público, bem como é possível inferir que prorrogações *ad eternum* são inconstitucionais por violar tais princípios constitucionais e os deveres de licitar, este conforme o art. 37, XXI e do art. 175, I, da CF.

Portanto, não há respaldo constitucional para a prorrogação antecipada prevista no art. 4º da Lei Municipal 17.731/2002, seja porque não está nítido o respeito a previsão anterior do edital e do contrato, seja porque não está claro o prazo máximo de prorrogações (§ 2º, do art. 4º):

“Art. 4º A prorrogação ou a prorrogação antecipada dos contratos de parceria observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais e o disposto nesta Lei.

§ 1º As prorrogações previstas no caput deste artigo poderão ocorrer mediante provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou entidade competente.

§ 2º Fica estabelecido como prazo máximo de prorrogação do contrato o tempo estipulado para a amortização dos investimentos realizados ou para o reequilíbrio contratual, ainda que não conste previsão expressa no edital ou no contrato quanto à possibilidade de prorrogação.”

Por fim, entendo que a previsão do art. 19 da lei que a autoriza “agregar aos contratos vigentes serviços associados”, de modo a ampliar o escopo do contrato padece de inconstitucionalidade. Ele possui a seguinte redação:

“Art. 19. **O Poder Executivo Municipal poderá** , observada a sinergia de serviços, economicidade, economia de escala, **agregar aos contratos vigentes serviços associados** , observadas as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, devendo o ente da administração municipal responsável pelos encargos técnicos figurar como interveniente anuente do ajuste.”

Conforme explicitado acima, o postulado da mutabilidade e da adequação do serviço público exigem a constante atualização e modificação do negócio jurídico administrativo. Isso fica mais evidente se se considerar setores que passaram por transformações profundas, desde a vigência da Constituição, como as telecomunicações. Há que se reconhecer, como faz Floriano Azevedo Marques Neto (Dinâmica da Regulação, p. 114), que é possível verdadeira defasagem entre a modelagem contratual original e a prestação contemporânea dos serviços.

A ampliação do escopo do contrato deve ser operada, sempre, com cautelas, tendo em vista que há, como reconhece Flávio Amaral Garcia, uma restrição ao princípio da concorrência. Portanto, ainda de acordo com autor, alterações contratuais que visem a ampliação do contrato, sobretudo para amortizar investimentos **demandará maior ônus argumentativo** para motivar e justificar a necessidade e a vantajosidade da modificação.

Evidentemente não se está aqui a substituir o Legislador, tampouco o administrador público. Porém, **não se pode confundir a postura deferente** a quem é assegurado a competência em matéria regulatória, à luz da separação dos poderes, **com postura anódina** com as regras e princípios da Constituição da República.

Conjugadas a leitura dos artigos 19 e 4º da Lei 17.731/2002, está autorizada a prorrogação antecipada, sem previsão editalícia. À luz dessas disposições, diante da abertura à prorrogação antecipada fundada na lei ora questionada, tal circunstância leva a indicar, ainda que em sede de controle abstrato, violação ao princípio da imparcialidade, por promover prorrogação de contratos em detrimento da concorrência e em possível fomento a privilégio inconstitucional. Inclusive, tal ponto foi trazido nas sustentações orais e na ADI 987 (eDOC 4).

Dispositivo

Diante do exposto, dirijo do e. Relator e julgo procedente em parte o pedido formulado na ADPF 992 para declarar inconstitucional os artigos 4º e 19 da Lei 17.731/2002 do Município de São Paulo.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/05/2023