

29/05/2023

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 971 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	: ALBERTO BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
ADV.(A/S)	: SAMUEL MATEUS MARCELINO
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
INTDO.(A/S)	: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR LEGISLATIVO CHEFE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 17.731 DE 2022 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO . DIRETRIZES GERAIS PARA A PRORROGAÇÃO E RELICITAÇÃO DE CONTRATOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E INICIATIVA PRIVADA. 1. Constitucionalidade formal. Tramitação de projeto de lei em regime de urgência. Questão interna *corpuris*. Precedentes. 2. Diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria entre o Município e iniciativa privada. Discricionariedade da Administração Municipal. Possibilidade. 3. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecidas e julgadas improcedentes.

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 arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgar improcedente, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 19 a 26 maio de 2023.

ADPF 971 / SP

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

29/05/2023

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 971 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	: ALBERTO BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
ADV.(A/S)	: SAMUEL MATEUS MARCELINO
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
INTDO.(A/S)	: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR LEGISLATIVO CHEFE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Julgamento conjunto

ADPF 971, ADPF 987 e ADPF 992

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas contra a Lei nº 17.731/2022, do Município de São Paulo, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria entre o Município de São Paulo e a iniciativa privada.

A despeito da extensão textual dos dispositivos questionados, convém transcrevê-los, a fim de possibilitar uma visão transversal e exauriente da matéria, *verbis*:

Lei Municipal nº 17.731, de 6 de Janeiro de 2022 (São Paulo/SP):

“CAPÍTULO I

Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria entre o

ADPF 971 / SP

Município de São Paulo e a iniciativa privada, em relação aos serviços públicos de competência do Município.

Parágrafo único. Considera-se contrato de parceria, para os fins desta Lei, os contratos de concessão comum, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão regida pela legislação setorial, permissão de serviços públicos, arrendamento de bem público, concessão de direito real e os outros negócios jurídicos que envolvam esforços de entidades públicas e privadas na prestação de serviços públicos.

Art. 2º As prorrogações e as relicitações de que trata esta Lei aplicam-se apenas aos empreendimentos públicos qualificados para esse fim pela Secretaria Municipal contratante ou pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo – SP Regula, na condição de entidade competente.

§ 1º A entidade competente observará as melhores práticas regulatórias, a incorporação de novas tecnologias, serviços e investimentos aos contratos a serem relicitados ou prorrogados, garantindo a prestação dos serviços públicos de forma continua, moderna, eficiente, econômica e escalável a todo o âmbito municipal.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º deste artigo, a entidade competente ficará encarregada de conduzir o processo administrativo relacionado às prorrogações e às relicitações de que trata esta Lei, podendo valer-se do assessoramento de quaisquer organizações da Administração Pública Municipal.

Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: ato administrativo relacionado à 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, em razão do término da vigência do ajuste;

II - prorrogação antecipada: ato administrativo relacionado à 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 término da vigência do

ADPF 971 / SP

ajuste; e

III - relicitação: ato administrativo que determina o procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais, mediante licitação promovida para esse fim.

CAPÍTULO II

DA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA

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.

Art. 5º A prorrogação contratual, a prorrogação antecipada e a extensão contratual ocorrerão por meio de termo aditivo, condicionadas à inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, com vistas à viabilização da exploração conjunta de serviços, ganhos de escala e escopo derivados do compartilhamento de infraestruturas públicas e aproveitamento de sinergias operacionais, observado o disposto nos arts. 2º e 3º desta Lei.

Parágrafo único. Poderão as prorrogações de que trata o caput deste artigo ficar condicionadas à mitigação ou à resolução de desequilíbrio econômico-financeiro, bem como prever modelo de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados em contratos de parcerias com vistas ao incremento da eficiência, economicidade, economia de escala e escopo decorrente do compartilhamento de infraestruturas públicas e aproveitamento de sinergias

ADPF 971 / SP

operacionais.

Art. 6º O termo aditivo referente às prorrogações de que trata o art. 5º desta Lei deverá conter:

I - o respectivo cronograma dos investimentos previstos considerando a adequação às melhores práticas regulatórias, incorporação de novas tecnologias, incorporação de serviços e investimentos aos contratos; e

II - a incorporação de mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, tais como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga.

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.

§ 1º Sem prejuízo da regulamentação da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput deste artigo:

a) o cronograma dos novos investimentos, nos termos do art. 6º, I;

b) as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

c) as estimativas de demanda;

d) a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração;

e) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

f) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;

g) os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso;

h) os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado;

i) outros requisitos solicitados pela entidade competente, nos termos da legislação, de acordo com a sua conveniência e oportunidade;

ADPF 971 / SP

j) as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.

§ 2º A formalização da prorrogação do contrato de parceria dependerá de avaliação prévia e favorável da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços.

§ 3º Mediante anuência prévia da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato.

CAPÍTULO III

DA RELICITAÇÃO DO OBJETO

DOS CONTRATOS DE PARCERIA

Art. 8º Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei e nos contratos celebrados, a relicitação do objeto dos contratos de parceria cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Art. 9º A relicitação de que trata o art. 8º desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

§ 1º Caberá à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.

§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação ficará condicionada à apresentação, pelo contratado:

a) das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;

b) da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e

ADPF 971 / SP

transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

c) de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei;

d) das informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado.

§ 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso em face do contratado.

Art. 10. A relicitação do contrato ficará condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constará, entre outros elementos julgados pertinentes pela entidade competente:

I - a aderência irrevogável e irretratável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei;

II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até o término do período de transição instituído no novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento;

III - o compromisso arbitral entre as partes que preveja a submissão à arbitragem, ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das

ADPF 971 / SP

questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

§ 1º Também poderá constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

a) a previsão de que as indenizações apuradas nos termos da alínea “g” do § 1º do art. 12 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

b) a previsão de pagamento, diretamente aos financiadores do contratado original, dos valores correspondentes às indenizações devidas pelo órgão ou pela entidade competente nos termos da alínea “g” do § 1º do art. 12 desta Lei.

§ 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata a alínea “a” do § 1º deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

§ 3º O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.

Art. 11. Ficam impedidos de participar do certame licitatório de relicitação de que trata esta Lei:

I - o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico – SPE responsável pela execução do contrato de parceria, se proibidos de licitar e contratar com a Administração Pública;

II - os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria, se proibida de licitar com a Administração Pública, titulares de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

Parágrafo único. As vedações de que trata este artigo também alcançam a participação das entidades mencionadas:

ADPF 971 / SP

- a) em consórcios constituídos para participar da relicitação;
- b) no capital social de empresas participantes da relicitação; e
- c) na nova SPE constituída para executar o empreendimento relicitado.

Art. 12. A entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar a sua viabilidade econômico-financeira e operacional.

§ 1º Sem prejuízo de outros elementos fixados na regulamentação da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput:

- a) o cronograma de investimentos previstos, contendo o conteúdo mínimo definido no art. 6º, I, conforme aplicável;
- b) as estimativas dos custos e das despesas operacionais;
- c) as estimativas de demanda;
- d) a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração;
- e) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
- f) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;
- g) o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados, ou os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso.

§ 2º A metodologia para calcular as indenizações de que trata a alínea “g” do § 1º deste artigo será disciplinada em ato normativo da entidade competente.

§ 3º Sem prejuízo das disposições do contrato de parceria, a entidade competente poderá consultar os financiadores do contratado sobre possíveis contribuições para os estudos relacionados à relicitação do empreendimento.

§ 4º As condições de financiamento acordadas com a SPE

ADPF 971 / SP

constituída para executar o empreendimento relicitado poderão ser publicadas, mediante anuência dos financiadores, para consulta pelos novos licitantes e assunção do contrato pela futura SPE, nos termos estabelecidos pelo edital.

§ 5º Caso tenham sido outorgadas garantias ou adiantamento de receitas que decorram de bens e da operação do empreendimento em relicitação, estas deverão ser quitadas, caso não sejam assumidas pela futura SPE, nos termos do § 4º acima.

Art. 13. A entidade competente submeterá os estudos de que trata o art. 12 desta Lei à consulta pública, que deverá ser divulgada na imprensa oficial e na internet, contendo a identificação do objeto, a motivação para a relicitação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

Art. 14. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 8º, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público nas condições previstas no inciso II do art. 10 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§ 1º Persistindo o desinteresse de potenciais licitantes ou não concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data de qualificação de que trata o art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando-se o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da Lei.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante ato do órgão ou entidade competente.

CAPÍTULO IV**DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 15. Nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não haja

ADPF 971 / SP

tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato, o órgão ou a entidade competente fica autorizado:

I - a estender o prazo do contrato, justificadamente, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço;

II - realizar estudos econômico-financeiros nos contratos de parcerias em execução, capazes de absorver os serviços, formalizando a absorção mediante aditivo contratual prevendo as novas obrigações contratuais e a contraprestação respectiva, sem prejuízo da prorrogação antecipada a que se refere o art. 5º desta Lei.

Parágrafo único. Para fins de prorrogação excepcional do contrato de parceria, será observado:

a) a remuneração do contrato de parceria deverá ser readequada, nos casos em que a amortização do investimento tenha sido esgotada no prazo inicialmente avençado;

b) o aditamento será elaborado com cláusula resolutiva expressa, fixando-se o encerramento de sua execução com o início de execução do novo contrato licitado, observando-se a execução faseada, se o caso.

Art. 16. Fica o Poder Executivo e a Administração Pública Indireta Municipal, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária com concessionários e subconcessionários.

Art. 17. O Poder Executivo poderá conceder garantias no âmbito dos contratos de concessão comum, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão regida por legislação setorial, permissão de serviços públicos e outros negócios público-privados, como forma de mitigar os riscos e diminuir os custos a eles associados.

Art. 18. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, nos termos dos arts. 6º e 7º da lei nº 17.324, de 18 de março de 2020.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral,

ADPF 971 / SP

inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

§ 2º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado, e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 4º Consideram-se direitos patrimoniais disponíveis para fins desta Lei:

- a) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão;
- c) divergências quanto à execução técnica de determinada obrigação contratualmente estabelecida.

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.

Parágrafo único. Para fins de atendimento do caput deste artigo, a entidade competente deverá atentar-se às condições previstas nos arts. 5º, 6º e 7º desta Lei.

Art. 20. As despesas resultantes da execução desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

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

ADPF 971 / SP

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.

Inferre que a Lei Federal 13.448/2017 não possui normas gerais, não podendo, portanto, ser suplementada pelos Estados e Municípios. Inferre, 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.

Inferre 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.

ADPF 971 / SP

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.

Considerando a relevância da matéria em discussão, adotei o rito previsto no Artigo 12 da Lei 9.868/1999.

O Município de São Paulo e a Câmara Municipal de São Paulo prestaram informações.

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

A **Procuradoria-Geral da República** apresentou parecer pelo não conhecimento das ADPFs 971, 987 e 992 e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

É o relatório.

29/05/2023

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 971 SÃO PAULO

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

ADPF 971 / SP

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*

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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. Confira-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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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,*

ADPF 971 / SP

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”*.

ADPF 971 / SP

(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*

ADPF 971 / SP

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.

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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 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

ADPF 971 / SP

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. 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*

ADPF 971 / SP

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, 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

ADPF 971 / SP

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.

29/05/2023

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 971 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	: ALBERTO BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
ADV.(A/S)	: SAMUEL MATEUS MARCELINO
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
INTDO.(A/S)	: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR LEGISLATIVO CHEFE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

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.

ADPF 971 / SP

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.

Inferre que a Lei Federal 13.448/2017 não possui normas gerais, não podendo, portanto, ser suplementada pelos Estados e Municípios. Inferre, 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.

Inferre 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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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

Cumpre, 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 vênica 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.

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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 dissensão 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 de alguns 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

ADPF 971 / SP

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 tácita 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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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

ADPF 971 / SP

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, divirjo 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

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 971

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S) : ALBERTO BRANDAO HENRIQUES MAIMONI (21144/DF,
7234/O/MT)

ADV.(A/S) : SAMUEL MATEUS MARCELINO (457050/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI (29498/DF, 7040/O/MT)

INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

INTDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : PROCURADOR LEGISLATIVO CHEFE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgou-a improcedente, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 19.5.2023 a 26.5.2023.

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