

25/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.658 PARANÁ

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARTIGO 34, VII DA LEI ESTADUAL PARANAENSE N. 15608/2007. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. NORMAS GERAIS. HIPÓTESE INOVADORA DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. Esta Corte já assentou o entendimento de que assiste aos Estados competência suplementar para legislar sobre licitação e contratação, desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União.

2. Lei estadual que ampliou hipótese de dispensa de licitação em dissonância do que estabelece a Lei 8.666/1993.

3. Usurpa a competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, a fim de preservar a eficácia das licitações

ADI 4658 / PR

eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade se nega, até a data deste julgamento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 18 a 24 de outubro de 2019**, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 34, VII, da Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná, com modulação de efeitos, a fim de preservar a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade se nega, até a data deste julgamento, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão.

Brasília, 25 de outubro de 2019.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

25/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.658 PARANÁ

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado em face do art. 34, VII, da Lei 15.608/2007, do Estado do Paraná.

A disposição impugnada tem o seguinte teor:

“Art. 34: É dispensável a licitação:

(...)

VII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Alega-se, em síntese, que a norma impugnada é formal e materialmente inconstitucional, uma vez que, além de invadir a competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, violou o princípio da impessoalidade ao criar nova hipótese de dispensa de licitação.

ADI 4658 / PR

Sustenta-se que, a teor do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União, e, conforme estabelece o parágrafo único daquele artigo, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias nele relacionadas. Afirma-se que, todavia, não há lei complementar que autorize os Estados a legislar sobre questão específica em matéria de legislação.

A requerente salienta, ainda, que o art. 22, XXVII, da CF/88 igualmente determina a observância ao disposto no art. 37, XXI, da Carta Magna, que prevê que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação. Nessa linha, entende que toda e qualquer exceção à regra de realização de processo de licitação pública deve necessariamente estar expressamente prevista nas normas gerais estabelecidas pela legislação federal.

Ressalta que a União, no exercício de sua competência, editou a Lei 8.666/1993, que disciplina as regras gerais de licitação e contratação e, com vistas a conferir tratamento uniforme em todo o território nacional, de forma expressa e taxativa ressalvou os casos não sujeitos ao processo de licitação pública, entre eles aqueles que seriam objeto de dispensa de licitação, fixando entre outras, a seguinte hipótese:

“Art. 24: É dispensável a licitação:

(...)

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado; (grifo nosso)

Aduz-se que a norma questionada, indo de encontro a essa disposição geral, criou nova hipótese de dispensa de licitação, na medida em que não limita a data de criação do órgão ou entidade integrante da

ADI 4658 / PR

administração pública, para fins de dispensa.

Destaca-se, em acréscimo, que “a criação casuística de nova hipótese de dispensa de licitação viola, ainda, os princípios da impessoalidade, da moralidade, da isonomia, da eficiência e da livre iniciativa”, na medida em que beneficiaria exclusivamente entes que integrem a estrutura administrativa do Estado do Paraná.

Afirma-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, diante do prejuízo irreparável ou de difícil reparação consubstanciado na utilização de inconstitucional dispensa de licitação em contrariedade à moralidade e probidade administrativas. Requer, nesse contexto, a concessão de medida cautelar para suspender integralmente a eficácia do art. 34, inciso VII da Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná, até o julgamento final da presente ação.

No mérito, pugna-se pela procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 34, inciso VII, da Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná.

O então Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e determinou a oitiva da autoridade requerida, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente.

Em observância à solicitação, a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná defendeu a constitucionalidade do artigo 34, inciso VII, da Lei nº 15.608/07. Sustentou que não haveria afronta à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação, uma vez que o dispositivo em questão limitar-se-ia a estabelecer normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná, em consonância com as disposições da Lei 8.666/1993 (eDOC 21).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido, em face do vício formal de competência a teor da seguinte ementa (eDOC 27):

“Administrativo. Artigo 34, inciso VII, da Lei nº 15.608/07 do Estado do Paraná, que estabelece hipótese de dispensa de

ADI 4658 / PR

licitação. Vício de inconstitucionalidade formal. Ofensa à competência privativa da União, prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, para legislar sobre normas gerais de licitação. Manifestação pela procedência do pedido”.

O Procurador Geral da República opinou pela procedência da demanda, nos seguintes termos (eDOC 33):

“Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivo legal paranaense. Hipótese de licitação dispensável. Dessemelhança com previsão da Lei federal 8.666/93. Invasão da competência privativa da União para estabelecer normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, CR). Parecer pela procedência do pedido”.

Em observância ao Despacho de 25.9.2015 (eDOC 34), o Governador do Estado do Paraná prestou informações, aduzindo que o dispositivo impugnado permanece vigente (eDOC 40).

É o relatório.

25/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.658 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Assento, inicialmente, que a parte requerente é legitimada para a propositura da ação de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, haja vista que logrou demonstrar a pertinência temática.

No mérito, tenho que a pretensão merece acolhida.

Conforme relatado, alega-se a inconstitucionalidade formal e material do art. 34, VII, da Lei 15.608/2007, do Estado do Paraná.

A norma ora questionada estabelece hipótese de dispensa de licitação nos seguintes termos:

“Art. 34. É dispensável a licitação:

(...)

VII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

A requerente alega que o citado preceito, além de usurpar a competência privativa da União para estabelecer normas gerais em matéria de licitação, viola os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da isonomia, da eficiência e da livre iniciativa

Assiste razão à requerente.

A Constituição Federal, em seu art. 22, XXVII, assim dispõe:

““Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

ADI 4658 / PR

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”

José Afonso da Silva, ao tratar da competência legislativa da União, insere, no âmbito da competência concorrente com os Estados e Distrito Federal, a competência da União para editar normas gerais sobre licitação, destacando que a Carta Magna foi omissa quando atribuiu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais: a) de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros (art. 22, XXI); e b) de licitação e contratação, em todas as modalidades, nas diversas esferas de governo, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, obedecido o disposto no art. 37, XXI, mas não inseriu a matéria no art. 24, para indicar que Estados podem legislar também sobre essas matérias, como fez, por exemplo, relativamente à polícia civil.

Salienta, nesse passo, que

“Não é, porém, porque não consta na competência comum que Estados e Distrito Federal (este não sobre polícia militar, que não é dele) não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de

ADI 4658 / PR

competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

Tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária”.

(SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 503-504).

Nessa linha de entendimento, vale rememorar o que consignou o saudoso Ministro Teori Zavascki, no voto que proferiu no julgamento da ADI 3.735, de sua relatoria (DJe de 1º.8.2017), ocasião em que se analisou, igualmente, hipótese de invasão, por Estado-membro, da competência da União para legislar sobre regras gerais de licitação:

“No arranjo de competências legislativas instituído pelo texto da CF/88, a responsabilidade pelo estabelecimento de normas gerais sobre licitações e contratos foi privativamente outorgada ao descortino da União (art. 22, XXVII). Esta privatividade, contudo, não elidiu a competência dos demais entes federativos para legislar sobre o tema. Na medida em que se limitou ao plano das “normas gerais”, a própria regra, de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupôs a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, “não gerais”, a serem editadas pelos demais entes federativos, no desempenho das competências próprias que lhes cabem, seja com fundamento nos arts. 24 e 25, §1º, da CF – no caso dos Estados-membros – ou no art. 30, II, da CF – no tocante aos Municípios. Isso quer dizer que, embora tenha sido capitulada como uma competência legislativa de exercício privativo da União, a disciplina geral de licitações e contratos não segue

ADI 4658 / PR

estritamente o mesmo regime jurídico que caracteriza as demais incumbências previstas no art. 22 da Constituição Federal, cuja transferência para os Estados somente é admitida mediante autorização formal de lei complementar, e mesmo assim, apenas, para o tratamento de questões específicas (art. 22, § único, da CF). Por essa razão, há na doutrina quem subscreva o posicionamento de que a edição de normas gerais sobre licitações e contratos estaria melhor acomodada no repertório do art. 24 da Constituição, título que abriga as hipóteses de competência concorrente na Federação brasileira”.

Indene de dúvidas, pois, que assiste competência aos Estados para legislar suplementarmente acerca de temas especiais, em observância aos interesses locais, em matéria de licitação e contratação.

Todavia, essa atribuição de competência não lhes permite disciplinar a matéria de forma diversa das normas gerais estabelecidas pela União. E, na lição de Marçal Justen Filho, a disciplina acerca das hipóteses em que o procedimento licitatório é obrigatório ou não inclui-se no núcleo de certeza positiva do conceito indeterminado de norma geral sobre licitação. Afirma Marçal:

“Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: (a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; (b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; (c) requisitos de participação em licitação; (d) modalidades de licitação; (e) tipos de licitação; (f) regime jurídico de contratação administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16)

ADI 4658 / PR

A União, no exercício da competência prevista no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, estabeleceu as regras gerais para licitação e contratação nos termos da Lei 8.666/1993. E, no seu art. 24 relacionou as hipóteses de dispensa de licitação, prevendo, no inc. VIII, ser dispensável a licitação para a aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade integrante da administração e criado para esse fim específico antes da entrada em vigor daquela lei, *verbis*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Ademais, a Lei 8.666/1993 determinou, ainda, a teor do art. 118 que “*Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei*”.

Está-se diante de norma legislativa clara (*clear statement rule*), como fiz constar do voto que proferi no julgamento da ADI 3.735, que retira a competência do ente menor para legislar sobre o tema de forma diversa.

A lei paranaense aqui questionada, no entanto, suprimiu a limitação temporal prevista na norma geral, invadindo, indubitavelmente, a competência da União para editar normas de caráter geral em tema de licitação e contratação, prevista no art. 22, XXVII, da CF/88.

Patente, desse modo, a inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado.

Proponho, em se considerando o tempo decorrido desde a edição do diploma legislativo ora questionado, a incidência do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista razões de segurança jurídica, a fim de

ADI 4658 / PR

preservar a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade ora se nega, até a data desde julgamento.

Por todo o exposto, julgo procedente esta ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 34, VII, da Lei 15.608/2007, do Estado do Paraná, modulando-se o momento de produção de eficácia da presente decisão, nos termos acima declinados.

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.658 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO
FIXO COMUTADO
ADV.(A/S) : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendem para os procedimentos relativos ao itinerário processual das ações trazidas à apreciação deste Tribunal. Nada obstante a iniciativa em prol da racionalidade no regular andamento dos trabalhos do Pleno, cuja atividade judicante tem sido sobremaneira dificultada pela invencível avalanche de processos, tem-se por premissa inafastável, considerada a formalização de processo objetivo, a impropriedade de o Supremo pronunciar-se, não em ambiente presencial, mas no dito Plenário Virtual, quando há o prejuízo da organicidade do Direito, do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna.

Faço a observação reiterando, por dever de coerência, ser o Colegiado – órgão democrático por excelência – somatório de forças distintas, cujo resultado pressupõe colaboração, cooperação mútua entre os integrantes, quadro de todo incompatível com a deliberação em âmbito eletrônico.

Quanto à análise do pedido formulado nesta ação direta, divirjo parcialmente do Relator, apenas quanto à modulação dos efeitos da decisão.

Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Praticamente aposta-se na morosidade da Justiça. Proclamado o conflito da norma com a Constituição Federal, mitiga-se esta sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como termo inicial do

ADI 4658 / PR

surgimento de efeitos da constatação do conflito, a data da sessão de julgamento.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.658

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : ABRAFIX - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO

ADV.(A/S) : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS (7383/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 34, VII, da Lei nº 15.608/2007 do Estado do Paraná, com modulação de efeitos, a fim de preservar a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade se nega, até a data deste julgamento, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, Sessão Virtual de 18.10.2019 a 24.10.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário