

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).

## VOTO EM SEPARADO

### DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E REDAÇÃO, SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 838, DE 2019.

De autoria do Excelentíssimo Senhor Deputado Heni Ozi Cukier, o projeto em epígrafe dispõe sobre a celebração de contratos de impacto social no Estado de São Paulo.

A proposição esteve em pauta, nos termos regimentais, nos dias correspondentes às 75ª a 79ª Sessões Ordinárias (de 06/08/19 a 12/08/2019), não recebendo emendas ou substitutivos.

Na sequência do processo legislativo, veio a propositura a esta colenda Comissão de Constituição, Justiça e Redação, a fim de ser apreciada quanto a seus aspectos constitucional e legal, conforme previsto no artigo 31, § 1º, do Regimento Interno desta egrégia Casa Parlamentar.

O Projeto de Lei foi distribuído à Excelentíssima Senhora Deputada Marta Costa, que apresentou parecer com voto favorável.

Colocado em pauta na reunião desta Comissão ocorrida em 03/03/2021, esta Parlamentar solicitou vista, entendendo, respeitosamente, de maneira diversa à relatora.

Em que pese o Projeto em tela seja vanguardista na proposta de regulamentar uma nova forma de contratação entre o Poder Público e a iniciativa privada em causas de interesse social, certo é que a propositura encontra-se maculada de inconstitucionalidade formal e material. Vejamos.

Com efeito, a ideia central do Contrato de Impacto Social (“*social impact bond*”) surgiu como um meio de financiamento de intervenções sociais, em que o Estado identifica um problema de relevância social e transfere à iniciativa privada a prestação de serviços naquela determinada área, ficando o pagamento condicionado ao atingimento de metas pré-estabelecidas.

Nesse sentido, a propositura traz um regramento detalhado de normas procedimentais e estabelece que serão aplicados, no que couber, os preceitos gerais dispostos nas Leis Federais nº 8.666/1993 (“lei das licitações e contratos da Administração Pública”) e nº 11.079/2004 (“lei das parcerias público-privadas”).

Ocorre que, ao disciplinar uma nova forma de contratação pelo Poder Público, a proposta apresentada pelo nobre Deputado invade competência legislativa reservada à União. Isso porque, segundo dispõe o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, em matéria de licitação e contratos, cabe à União a criação de normas gerais de alcance nacional, restando aos Estados a competência de legislar de forma suplementar. Leia-se:

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

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).

**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;”

Ora, o Projeto em exame institui, no parágrafo único, de seu artigo 3º, nova modalidade de licitação, por meio de “diálogo competitivo”, a qual não encontra previsão nas leis federais que disciplinam o tema e que, como dispõe a propositura, servirão de parâmetro à disciplina do instituto.

De fato, a Lei nº 8.666/1993 estabelece, em seu artigo 22, um rol de modalidades de licitação, nos seguintes termos:

“Art. 22. São modalidades de licitação:  
I - concorrência;  
II - tomada de preços;  
III - convite;  
IV - concurso;  
V - leilão.”

Por sua vez, a Lei nº 11.079/2004 prevê a possibilidade de parceria público privada, por meio de contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Para além dos diplomas legais já citados, há, ainda, a Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade do pregão, à qual também faz referência a propositura em tela.

Conforme se vê, a modalidade de licitação por meio de diálogo competitivo não possui, atualmente, amparo legal no âmbito federal. Esta Parlamentar tem conhecimento do Projeto de Lei nº 4.253/2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 – PL nº 6.814/2017), o qual inclui o diálogo competitivo no rol de modalidades de licitação.

Contudo, referido Projeto, embora já aprovado pelo Senado Federal, ainda não foi sancionado e convertido em lei, de modo que a propositura objeto do presente voto estaria criando modalidade excepcional por lei estadual, em flagrante inconstitucionalidade.

Um segundo ponto a ser destacado, ainda no âmbito da competência legislativa reservada à União, diz respeito ao artigo 4º, inciso VII, do Projeto em análise, que prevê a possibilidade de contratação de garantia, na forma do artigo 8º, da Lei nº 11.079/2004, para os casos de inadimplemento por parte da Administração.

A proposta, uma vez mais, ultrapassa os limites legais fixados pela União, permitindo a aplicação de garantia prevista na lei que regulamenta as parcerias público-privadas às outras modalidades de licitação.

Nesse sentido, recentemente, um Projeto de Lei aprovado nesta Casa (PL nº 323 de 2019), que versava sobre a contratação de seguro garantia em contratos públicos, foi

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).

integralmente vetado pelo Sr. Governador, sob o argumento de estaria maculado de inconstitucionalidade por invadir competência legislativa da União. Nas palavras do Exmo. Governador:

“A propositura dispõe em matéria de licitação e contratação pública, sujeitando-se ao regime jurídico das competências legislativas concorrentes entre União e Estados, como se infere do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal. Nesse tema, cabe à União legislar sobre normas gerais, sem prejuízo do exercício da competência suplementar dos Estados, prevista nos §§1º e 2º do artigo 24 do texto constitucional.

[...] ao buscar tornar obrigatório o seguro-garantia e estabelecer que deverá ser equivalente ao valor total do contrato (“caput” do artigo 1º, inciso X do artigo 2º e artigo 31), o projeto de lei em exame não se limita a detalhar as normas gerais editadas pela União na matéria, mas, ao contrário, colide com os comandos federais, incidindo em vício de inconstitucionalidade por invadir área reservada à competência legislativa da União, com consequente ofensa ao princípio federativo (artigo 18).”

Naquela oportunidade, esta Parlamentar adotou orientação diversa, defendendo a aprovação da proposta. Todavia, cumpre consignar que, se o Projeto referido, menos abrangente que a propositura ora em análise, foi vetado, mais razão haveria para que a presente proposta legislativa não seja sancionada.

Nesse aspecto, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL Edição da Lei impugnada fundada em hipótese de dispensa de licitação contida na Lei Orgânica do Município, sem nenhuma correspondência com a Lei Geral de Licitações (8.666/93). **Competência para legislar sobre normas gerais de licitação que é privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, da CF)**. Dispensa que somente seria cabível na hipótese de doação de bem imóvel sob prévia justificativa do interesse público (artigo 17, § 4º, da Lei Federal 8.666/93). Circunstância em que apesar de suprida a participação popular no projeto (artigo 180 da CE) e do potencial desenvolvimento sociocultural advindo com uma unidade do SESC instalada no centro urbano do Município, a concessão de uso do imóvel não pode prescindir de processo licitatório, sob pena de vulnerar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade (artigos 111, 117 e 144 da C.E.). Hipótese, ainda, de declaração de inconstitucionalidade, por arrasto, da expressão 'a entidades assistenciais ou quando houver interesse público devidamente justificado' contida no § 1º do artigo 43 da Lei Orgânica do Município de Mogi das Cruzes, porque estende a dispensa de licitação da concessão de direito real de uso para pessoas estranhas à Administração Pública Ação julgada procedente. (TJ-SP-ADI: 2182544-92.2018.8.26.0000/SP. Relator: Jaboc Valente, julgado em 12/06/2019.

Tal é o entendimento também do Supremo Tribunal Federal: É inconstitucional lei estadual que exija Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais.

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).

**Esta lei é inconstitucional porque compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII, da CF/88).** (STF. Plenário. ADI 3.735/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 8/9/2016 - Info 838).

Por fim, ainda sobre o vício de inconstitucionalidade, o artigo 5º, inciso III, do Projeto de Lei nº 838/2019, prevê que o Contrato de Impacto Social deverá dispor sobre “a liberdade de atuação da entidade contratada para definir técnicas e metodologias de trabalho, inclusive durante a execução do contrato e para contratar atividades, pessoal e financiamentos”.

Além de se tratar de norma própria do Direito do Trabalho e, portanto, de âmbito federal, e não estadual, o dispositivo peca, ao ver desta Parlamentar, ao dar ampla prerrogativa à empresa contratada para estabelecer as regras que julgar convenientes na contratação de mão-de-obra, fato que pode desencadear uma série de problemas jurídicos.

Ao conferir tal liberdade ao ente privado, está-se permitindo que sejam feitas subcontratações, dificultando a fiscalização e a eventual responsabilização pela prática de irregularidades e/ou ilicitudes que venham a ocorrer.

Não obstante os vícios de inconstitucionalidade aqui elencados, o Projeto traz, ainda, previsões um tanto quanto perigosas, como exemplo, a determinação de contratação de agente independente como responsável pela avaliação e fiscalização do cumprimento do contrato, permitindo que um terceiro, movido por quaisquer interesses, tenha total poder de decisão sobre o cumprimento ou não das metas estabelecidas no contrato.

Além disso, o inciso III, do artigo 4º, prevê a possibilidade de formação de consórcio não somente público, mas também privado, para o cumprimento do objeto do contrato, dando margem à formação de cartéis voltados à monopolização das ações sociais do Estado.

A propositura, assim, aumenta os riscos já inerentes a qualquer contratação feita pela Administração Pública.

Com efeito, este Parlamento já se debruçou em duas oportunidades sobre contratos firmados pelo Estado com Organizações Sociais, por ocasião da CPI das Organizações Sociais de Saúde, encerrada em 17/09/2018, e da CPI das Quarteirizações, encerrada em 02/12/2020, da qual a presente subscritora foi membro.

Em ambas as investigações, foi possível observar que, quando o Estado transfere a entidades privadas a responsabilidade pela prestação de atividades-fim, cria-se um cenário de insegurança fática e jurídica.

Isso porque as empresas diretamente contratadas promovem sucessivas contratações, abrindo-se um leque incontável de prestadores de serviços, todos remunerados, em última análise, pelo Estado, porém, não submetidos às normas e princípios que regem a Administração Pública, como, por exemplo, o teto remuneratório.

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).

Nesse sentido, acerca da limitação das subcontratações, o relatório final da CPI das Quarteirizações concluiu:

“Não se desconhece, ainda, que o Supremo Tribunal Federal - STF ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 958252, com reconhecimento de repercussão geral, bem como por ocasião do julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 324, firmara posição no sentido de ser lícita a terceirização não apenas da atividade-meio, mas também da atividade-fim. Todavia, percebemos que o excesso de subcontratações de empresas privadas prestadoras de serviços pode estar transformando algumas organizações sociais em simples intermediárias da contratação de terceiros, o que encarece significativamente o custo do serviço prestado.”

Ainda, versando sobre o teto remuneratório:

“Percebemos ao logo da CPI que o pagamento de remunerações por organizações sociais a empregados por ela contratados, com recursos do contrato de gestão, acima do teto constitucional, é uma realidade. O argumento utilizado é o de que estas entidades são de natureza privada e, portanto, devem observar os valores de “mercado”.

Nunca é demais lembrar que a fixação de um teto para as remunerações no âmbito da Administração Pública atende a um duplo objetivo: respeita o princípio da moralidade, eis que visa a impedir que os agentes públicos recebam vencimentos muito elevados, o que contraria o ideal republicano; e visa a evitar o déficit público, já que estamos diante de recursos finitos.

Da mesma forma que as limitações ao acúmulo de cargos e funções públicas concretizam a moralidade administrativa, os limites constitucionais de remuneração também concretizam a moralidade e a razoabilidade no âmbito da Administração Pública, o que impõe a sua observância, também, pelas organizações sociais, conforme decidido pelo STF, no âmbito da ADI 1923/DF.”

Além dos riscos aqui mencionados, cumpre destacar outros pontos considerados entraves na implementação do Contrato de Impacto Social, descritos por Thiago Cardoso Araújo, Juliana Barbeito de Vanconcellos e Gustavo Madureira Fonseca (*“O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas”*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 25-35, jan. 2018), quais sejam: (i) determinação de resultados que sejam mensuráveis e monetizáveis; (ii) escolha do prestador de serviço; (iii) intervenções de baixa escala e alta complexidade; (iv) altos custos de transação; (v) execução por entes privados de projetos que potencialmente seriam executados pelo próprio Estado.

Dessa forma, pelas razões expostas, o voto é contrário à aprovação do Projeto de Lei nº 838 de 2019.

Sala das Comissões,

**Janaina Paschoal**

ATENÇÃO: Este documento, divulgado apenas para fins informativos, ainda não foi submetido à votação da Comissão, e, portanto, não constitui seu parecer (v. artigo 56 do Regimento Interno da ALESP).