

DIREITO ADMINISTRATIVO II

Prof. Felipe Mucci

Bibliografia: Celso Antônio B. De M.; Maria Sylvia; José dos Santos Carvalho Filho; Fernanda Marinela.

Complementar: M. S. Z. Parcerias na administração pública (3 primeiros capítulos)

*1ª prova 35pts. (após licitações e contratos: fim de abril); 2º 40 pts. (matéria toda: última aula);
resto: trabalhos (1º 10pts. [em sala com consulta e questões fechadas*

Livro que eu mais uso: Curso de Direito Administrativo, Marçal Justen Filho, 2012/2013

Unidade I: LICITAÇÕES

1. Conceituação
2. Dispositivos constitucionais aplicáveis
3. Princípios
4. Contratação direta sem licitação
5. Modalidades e procedimento
6. Anulação, revogação e homologação
7. Recursos
8. Sistema de registro de preços
9. Regime de preferência
10. Regime diferenciado de contratação

1. CONCEITUAÇÃO

*Estão intimamente ligadas às despesas públicas. É meio, instrumento, de escoar as despesas para as aquisições por parte do estado. Em regra, todo contrato é precedido de licitação. Instrumento para aquisições e contratações de serviços que segue parâmetros objetivos: tríplex objetivo das licitações (antes era dúplex): art. 3º da Lei de Licitações. * 1º objetivo é a seleção da melhor proposta, mais vantajosa (querer o melhor para o ente público, de acordo com*

[1] Comentário: Art. 3º A licitação é o destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

as especificações do edital de licitação, não necessariamente o mais barato) A melhor proposta vem do binômio custo e resultado, ou **custo-benefício**, escolhidos motivadamente. *A administração busca a melhor qualidade da prestação e o maior benefício econômico;*

* 2º objetivo é a *isonomia*: assegurar a todos os licitantes igualdade no certame. Todos que atendam às especificações do edital devem competir em igualdade de condições. *O procedimento deve garantir a igualdade entre os concorrentes, podendo haver controle interno e externo à AP durante seu curso; afasta arbitrariedades;*

* 3º objetivo (com a alteração do art. 3º pela Lei n. 12.349) é a *sustentabilidade*: as compras públicas devem ser sustentáveis, preservando o meio ambiente (não gastar com o que não é necessário, reaproveitar o que for possível). Além disso, como o estado gasta muito em licitação, o que (e quanto) ele compra induz a produção para todo o mercado, podendo gerar grandes consequências econômicas, sociais, tecnológicas etc. *A licitação deve promover o desenvolvimento nacional sustentável ao mesmo tempo em que busca a contratação mais vantajosa.*

A forma de contratação do estado deve ser regida por critérios objetivos. Princípios da isonomia e impessoalidade são os mais evidentes (não únicos ou mais importantes) na licitação. Um concurso público é feito com base em critérios objetivos para ser isonômico e impessoal. O administrador só pode comprar de acordo com o que manda a lei, sob pena de improbidade e sanções penais. 20% do PIB brasileiro é gasto em licitações.

As licitações, que são procedimentos administrativos (série ordenada de atos administrativos), precedem os contratos administrativos e são disciplinadas em lei e em ato administrativo prévio que determinam os critérios objetivos visando à seleção da proposta mais vantajosa. (Marçal)

Edital: ato administrativo que define o objeto, estabelece pressupostos de participação e regras para julgamento etc. Vincula a administração após sua edição.

2. REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ART. 37, XXI DA CR/88 E ART. 175

Art. 37, XXI. Ordem do constituinte: a regra é a licitação. O dispositivo já diz que há exceções ("na legislação" em sentido estrito: lei, não decreto etc). Art. 175 trata de serviços públicos (concessão, permissão, outorga etc), que também devem ser feitos por licitação.

2.1. Legislação

a) Competência: art. 22, XXVII da CR/88

É de competência da União a edição de normas gerais, válidas para a União, Estados e Municípios (é **lei nacional**, não apenas federal, que é aquela que se aplica apenas à União).

b) Lei n. 8.666/93

Estabelece (ou deveria) normas gerais. É lei nacional. Em certos pontos, a Lei deixa de ser geral, especificando coisas que não são da competência da União.

c) [Decreto n. 3.555/00](#)

Nova modalidade de licitação: pregão.

d) [Lei n. 10.520/02](#)

Dispõe sobre pregão; é norma geral de licitações.

e) [Decreto n. 5.450/05](#)

Regulamenta o pregão eletrônico.

f) [Decreto n. 5.504/05](#)

Para o âmbito da União, a regra passa a ser o pregão eletrônico. Pode não adotar, desde que justifique.

g) [Lei Complementar n. 123/06](#)

Lei de Micro e Pequenas empresas. Preferência na contratação a essas empresas. Política pública; fomento das micro e pequenas empresas.

h) [Lei n. 12.232/10](#)

Para a contratação de serviços de publicidade.

i) [Lei n. 12.462/11](#)

Regime diferenciado de contratação (RDC). É a forma diferente para contratar serviços e bens para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016.

3. QUEM ESTÁ OBRIGADO A LICITAR

3.1. [Art. 37, §1º, CR/88](#)

A empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica se aplicariam normas jurídicas próprias de licitação. Entretanto, essa lei não existe ainda, submetendo as estatais à Lei n. 8.666/93. Tudo o que está ligado à atividade fim das estatais não está obrigado a haver licitação prévia. ex.: CEF não precisa de licitar seus correntistas, nem a Petrobras licitar os compradores etc. As estatais que prestam serviços públicos devem licitar normalmente.

3.2. [Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93](#)

Quem está obrigado a licitar? Pessoas de direito público dotadas de capacidade política (União, Estados, DF e Municípios); pessoas de direito público ou privado controladas direta ou indiretamente pelas pessoas jurídicas de capacidade política; entidades da AP indireta (autarquias,

[2] Comentário: Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais). (CABM)

3.3. *Serviços sociais autônomos (Sistema S)*

Valor cobrado é considerado para-fiscal, não podendo ser administrado da forma como bem entender seus administradores. O TCU aprovou o sistema simplificado de contratação do sistema S (acórdão TC 001620/98-3). O sistema S não se submete totalmente à LL.

3.4. *Conselhos de classe*

Têm natureza autárquica, sendo obrigados a licitarem. A OAB, segundo STF (acórdão 1717/STF), é autarquia sui generis, não sendo obrigada a licitar ou abrir concurso.

4. *PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO: ART. 37, CAPUT*

Cinco princípios basilares da administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), fundados na supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.

4.1. *Legalidade*

A legalidade estrita diz que só a lei (também em sentido estrito) indica o caminho do processo administrativo licitatório. A administração é parte interessada e julgadora no processo licitatório, estando vinculada aos princípios. Art. 4º, da LL.

4.2. *Isonomia*

É um dos princípios basilares para CABM. A isonomia é um objetivo da licitação. Se todos são iguais perante a lei, todos são iguais perante a AP. O tratamento deve ser isonômico, impessoal. A AP deve dirigir o processo de forma objetiva, sem preferências subjetivas. A elaboração do edital precisa garantir a isonomia, não podendo escolher um produto a outro sem justificativa plausível para isso. Se estão no mesmo nível de descrição e os licitantes atendem aos requisitos, todos devem receber tratamento igualitário. Não se pode burlar a isonomia em prol da vantagem (Marçal).

4.3. *Impessoalidade*

Advém do princípio da isonomia, igualdade perante a administração. A comissão de licitação não deve ter envolvimento pessoal com os licitantes. Qualquer envolvimento pessoal dos licitantes com a comissão pode ofender o princípio. O tratamento da comissão para com os licitantes deve ser equidistante. Não pode haver distinção fundada em elementos pessoais do licitante, salvo se fundamental à licitação. Os critérios para a escolha do vencedor devem ser objetivos, não baseados na pessoa do licitante ou administrador público. Os critérios devem ser tais que, não importando os julgadores, o vencedor seria o mesmo. (Marçal) Porém, o art. 3º, §2º, LL, distingue os licitantes para desempate do certame: casos de empresa brasileira etc. (CABM)

[3] Comentário: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[4] Comentário: Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

4.4. *Publicidade*

Se todos os atos administrativos devem ser públicos, na licitação não é diferente. Não é só publicar um ato nos jornais, mas é ser transparente. Publicidade formal é diferente de transparente: a informação além de pública, deve ser clara. Lei de acesso à informação só repete o que o art. 37 já manda. Todos os atos administrativos devem ter publicidade efetiva; acesso de todos às sessões. *A publicidade é para permitir aos cidadãos efetiva possibilidade de participação e fiscalização da licitação. Há casos de licitação sigilosa, quando for necessário e justificadamente.*

4.5. *Moralidade*

A licitação existe para dar vida à moralidade administrativa, que existe para a AP em decorrência da lei, é objetiva. Não é moral subjetiva do administrador. *Refere-se ao princípio da moralidade administrativa: padrões éticos de lealdade e boa-fé entre o AP e os licitantes (CABM).*

4.6. *Eficiência*

Mais novo dos princípios do art. 37, mas de grande relevância. Eficiência não pode superar os demais princípios. Os princípios devem se amoldar no caso concreto na medida do possível. Qualquer princípio que venha a ferir os interesses dos administrados e dos licitantes não pode ser suprimido fundamentado na eficiência. Cumprido a publicidade, contraditório, ampla defesa etc, o AP deve se pautar pela eficiência, ou seja, alcançar bons resultados. *A utilização das verbas públicas deve produzir os melhores resultados econômicos, qualitativa e quantitativamente (eficiência gerencial). (Marçal)*

4.7. *Vinculação ao instrumento convocatório*

Art. 41, LL. Toda licitação possui instrumento convocatório. Pode ser edital (mais comum) ou carta convite. É o que abre a fase externa da licitação. Toma público que a AP deseja comprar um bem ou contratar um serviço. O edital fixa as normas sobre as quais a AP se baseará na condução do procedimento. A comissão não pode se afastar das normas do edital. Vincula o procedimento e também o contrato administrativo que se quer celebrar. O que foi licitado deve ser o que foi contratado. É o edital que define o objeto da licitação, delimita o espectro de empresas que participarão da licitação.

[5] Comentário: Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

4.8. *Inalterabilidade do edital*

O instrumento convocatório (edital ou carta convite), uma vez publicado, não pode ser alterado. Se o edital for alterado ele deve ser novamente publicado pelos mesmos meios e reabrir o prazo dado anteriormente.

4.9. *Julgamento objetivo*

Art. 45, LL. Decorre da moralidade objetiva, da impessoalidade. Quem conduz o processo licitatório não pode se basear em fundamentos subjetivos para escolher entre os licitantes. O julgador deve se basear com em fatos e normas, não em impressões pessoais. As regras de

[6] Comentário: Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

juízo devem estar expressas no edital.

4.10. *Competitividade*

Não é exposto (há menção no arts. 3º, §1º, I e 90); decorre da isonomia. Ampla competitividade. O processo licitatório deve buscar o máximo de licitantes, para aumentar as chances de melhor proposta. Não pode haver cláusula limitadora de participação, salvo justificativa técnica e plausível para tanto. Ampliação da concorrência dentro do que a AP precisa. O objeto da licitação deve ter um ramo de mercado específico, não variado de forma a impedir licitantes (ex.: licitação para comprar carros e aviões de uma mesma empresa concorrente).

4.11. *Adjudicação compulsória*

Etapas do procedimento: 1ª fase externa do processo é a publicação do edital; 2ª é o julgamento (habilitação e classificação), que definirá o vencedor e elaborará um relatório para a autoridade superior; 3ª a autoridade superior vai analisar a legalidade do processo (pode anular ou convalidar atos); decidir se é caso de revogação da licitação (se for o caso do art. 49, da LL: fato de interesse público superveniente à publicação do edital); e homologar o processo licitatório (a autoridade superior referenda os atos do processo e o encerra, dando validade jurídica); 4ª adjudicação: é a declaração formal de que certo licitante formulou a melhor proposta, não podendo ser preterido pela AP. (Marçal)

Todas as vezes que a licitação for homologada, deve haver a adjudicação do objeto. Uma tese diz que o princípio da adjudicação compulsória não obriga a AP a contratar a empresa após a homologação, apenas contratar a vencedora (pelo preço estabelecido por certo prazo), se a AP quiser (o TCU é a favor dessa tese). Outra tese diz que se a AP homologar a licitação, ela deverá obrigatoriamente adjudicar o objeto (professor, CABM, Marçal são favoráveis a essa).

4.12. *Desenvolvimento nacional sustentável*

A empresa deve seguir regras de desenvolvimento sustentável. Há discussão de como os requisitos de desenvolvimento sustentável serão efetivados dentro do processo licitatório. É princípio da licitação (alteração feita no art. 3º, LL recentemente).

4.13. *Possibilidade de fiscalização*

Todos os licitantes e demais cidadãos podem acompanhar e fiscalizar a condução do processo licitatório, desde que não impeçam o andamento razoável. Art. 4º.

5. *FASE INTERNA DA LICITAÇÃO*

Pré-contratual. Essa etapa busca levantar informações necessárias e modelar a solução contratual cabível: identifica objetivamente as necessidades do ente; determina a viabilidade econômica do projeto; elabora minuta do contrato; verifica a viabilidade da licitação etc. (Marçal)

Fase de elaboração dos instrumentos irão formar a licitação, quando publicado o ato convocatório. Nessa fase ainda não há publicações. Definição do objeto da licitação. "Especificação é o maior problema da licitação": a AP deve definir muito bem o que quer, de acordo com suas reais necessidades. **Requisitos para a instauração da licitação.**

5.1. **Elaboração do projeto básico**

a) **conceito**

É instrumento que especificará (com os elementos legais) o objeto a ser contratado e estabelecerá a forma como a empresa irá prestar o serviço ou fornecer o produto. **Art. 6º, IX, LL.** Quando a licitação é por pregão, o projeto básico é chamado de termo de referência (sinônimos).

b) **obrigatoriedade: art. 7º, I e § 2º, I**

Nos casos de contratação de obras e serviços deve haver projeto básico, obrigatoriamente. **A pena é a nulidade dos atos e responsabilidade do administrador (art. 7º, §§ 2º e 6º).** No caso de aquisição de bens (compras), o objeto também deverá ser especificado, mas não carece dos requisitos do projeto básico.

c) **Diferença entre projeto básico e executivo**

O primeiro especifica o que se quer obter ao final e o segundo define como executar a obra ou serviço, o caminho a se percorrer (**bem como o prazo para tanto**). **CABM não faz muita distinção entre um e outro...**

d) **proibição do autor do projeto básico participar da obra ou serviço: art. 9º, I**

Quem elabora o PB ou PE não pode participar da licitação, pois possui informações privilegiadas; faz-se uma licitação anterior para definir quem fará o PB ou PE.

e) **Necessidade de orçamento detalhado**

Uma vez elaborado o PB ou especificação técnica, a AP vai fazer um orçamento detalhado com 3 empresas, o que muitas vezes desclassifica uma empresa na licitação porque seu preço era muito superior.

f) **Necessidade de previsão orçamentária**

A equipe de licitação encaminha o projeto para a área de orçamento, que destaca esse valor (de mercado) para a contratação. Isso garante ao particular sua remuneração; não se pode publicar licitação sem previsão orçamentária, pois configura crime contra a AP.

g) **Proibição de indicação de marca (exceções)**

Essa preferência não pode existir, a menos que haja justificativa técnica para isso (**art. 7º, §5º, da LL**), fundamentada e plausível. Ex.: compra de cartuchos para impressoras Epson que somente aceitam cartuchos dessa marca; o acessório acompanha o principal, por isso nesse caso se aceita

[7] Comentário: IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[8] Comentário: § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

a relativização.

h) **registros cadastrais: art. 34**

Os entes públicos que realizam licitações frequentes deverão manter banco de dados sobre a situação jurídica, técnica, financeira e fiscal das empresas que participam das licitações. Cadastro de empresas com quem a AP contrata corriqueiramente; regulamento próprio para essas empresas, que devem manter atualizada documentação necessária para contratar com a administração pública (certidões negativas fiscais, regularidade trabalhista, qualificação técnica [inscrição no CREA, e. g.], idoneidade financeira [capacidade para honrar o contrato] etc). Consulta ao SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fomecedores – é da União). Para tomada de preços a empresa deve estar cadastrada na administração até 3 dias antes. Serve para a AP fazer prévia qualificação, agilizando o processo licitatório, facilita a fase de habilitação. Após o cadastro, a empresa se apresentará para participar das próximas licitações, dizendo que já está devidamente cadastrada (apresenta o certificado de registro cadastral), solicitando sua habilitação (se a licitação exigir mais algum documento, ela deve apresentá-los).

i) **necessidade de audiência pública: art. 39**

É obrigatória para contratações acima de 100 vezes o limite para concorrência de obras e serviços de engenharia, consideradas de grande vulto (hoje, esse valor corresponde a R\$150 milhões). A população deve ser ouvida pelo menos 15 dias úteis antes da publicação do edital. Convocação é feita pela mídia local para a discussão do cabimento, necessidade etc da obra pública. Busca a participação do cidadão na vida pública.

6. CONTRATAÇÃO DIRETA (SEM LICITAÇÃO)

6.1. Diferenças: licitação dispensada, licitação dispensável, licitação inexigível

Feita a pesquisa de mercado durante a fase interna, com o projeto básico em mãos, a AP dá início à licitação, que é regra geral. Entretanto, há exceções, se a via da licitação for mais gravosa ao interesse público. Será feita contratação direta. Exemplo: período de enchentes que põe em risco iminente um prédio público; se em 15 dias o prédio pode cair, não é viável aguardar todo o procedimento licitatório, que demora mais tempo. O administrador deve (sob pena de improbidade) contratar sem licitação nesses casos. É pressuposto da licitação haver mais de uma pessoa concorrendo para contratar com a AP.

6.2. Hipóteses de licitação dispensada (art. 17)

É aquela em que o legislador dispensa a licitação; não é dada a faculdade ao administrador de dispensar ou não. É obrigatório dispensar, o administrador não pode licitar. Parte-se do pressuposto que seria possível a licitação (mais de um licitante). Não há avaliação de conveniência e oportunidade por parte do administrador. As hipóteses de licitação dispensada são

[9] **Comentário:** Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terá o acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

exaustivas; só vale nos casos previstos pelo legislador.

a) *alienação de bens imóveis (art. 17, I)*

As alíneas do art. 17, I, trazem as hipóteses de dispensa de licitação para bens imóveis (a AP quer se desfazer de um imóvel). Obs.: fora dos casos de dispensa, para imóveis é obrigatória a modalidade concorrência.

b) *alienação de bens móveis (art. 17, II)*

Hipóteses de dispensa de licitação para venda de bens móveis. Obs.: para alienação de móveis é possível concorrência ou leilão.

6.3. *Hipóteses de licitação dispensável: art. 24*

É uma faculdade do administrador. O administrador pode ou não dispensar a licitação. Nas hipóteses previstas, o legislador permite ao administrador escolher. Ocorre quando a licitação é possível (mais de uma empresa atende perfeitamente às exigências para contratação), mas o AP pode deixar de licitar, por circunstância prevista em lei. Embora possível, a licitação é indesejável (inconveniente) ponderando outros interesses públicos envolvidos. Em síntese: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício almejado; quando a demora puder acarretar a ineficácia da contratação; quando não se vislumbrar benefício potencial com a contratação; quando o fim da contratação for outro que não o econômico. (Marçal) Emergência, guerra, grave perturbação da ordem. Ex.: estado de calamidade pública: a princípio, é possível haver uma licitação para compra de bens como comida, roupas etc, mas é dispensável pela situação emergencial.

O rol de hipóteses do art. 24 é taxativo, exaustivo. Não é possível dispensar a licitação em outros casos, *a menos que esteja previsto em lei extravagante.*

As hipóteses de dispensa de licitação são muitas. Exemplos:

* art. 24, I. Para obras e serviços de engenharia de até R\$15.000,00 a licitação pode ser dispensada. Justifica a dispensa o custo econômico da licitação em face do benefício dela extraído.

* art. 24, II. Bens e serviços comuns até o limite de R\$8.000,00 podem ser contratados sem licitação. Mesma justificativa do item acima.

Fracionamento ilegal

Nos casos das dispensas previstas no art. 24, I e II não é permitido dividir os gastos (que poderiam ser contratados de uma só vez sem prejuízo para o interesse público) em várias licitações para que cada uma não ultrapasse o limite, sob pena de crime de responsabilidade por fracionamento ilegal de licitação.

Princípio da anualidade do orçamento: o cálculo de fracionamento ilegal é feito dentro de um ano

[10] Comentário: Art. 24. É dispensável a licitação:

[11] Comentário: I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

[12] Comentário: II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

(os limites são zerados com o novo exercício fiscal). Ex.: um município compra em março dipirona (R\$3.000), junho amoxicilina (R\$4.000) e em outubro paracetamol (R\$3.000). Há fracionamento ilegal, pois os bens poderiam ter sido adquiridos em conjunto e mediante licitação.

Demonstrando que os gastos não poderiam ter sido contratados em conjunto, não tinham a mesma natureza, não há o fracionamento ilegal.

Críticas aos limites do art. 24, I e II

Os valores estão defasados, pois são do final da década de 90. Além disso, os limites estabelecidos na LL são iguais para União, Estados e Municípios, sendo que há grandes diferenças orçamentárias entre eles. A LL não deveria estabelecer normas gerais? Por que então estabelece valores tão específicos?

* art. 24, III e IV. Nos casos de guerra, grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade é permitida a contratação direta. Não há limite de valor pré-estabelecido. As licitações dispensadas serão aquelas relacionadas com a situação (para sanar o risco à segurança das pessoas, bens etc). A declaração de calamidade ou emergência (feita pelo chefe do poder executivo) permite as contratações diretas relacionadas à emergência. O conceito de calamidade e emergência não é legalmente definido; depende do caso, do contexto. O limite de valor é a emergência (outros gastos não podem ser contratados diretamente), o prazo máximo do contrato é de 180 dias a contar da ocorrência da emergência (não da assinatura do contrato). **Dentro desse prazo a obra ou o serviço deverá ser concluído.** A emergência não pode ter sido causada por culpa do administrador. Se for este o caso, a contratação será feita e haverá processo de improbidade contra o administrador. **A justificativa da dispensa é o custo temporal da licitação: a demora poderá tornar ineficaz a contratação.**

* art. 24, V. Licitação deserta. A AP publica um edital, mas ninguém teve interesse em contratar com a AP. Se não acudirem interessados ao procedimento e este não puder ser refeito (em tempo que não cause prejuízo), a licitação será dispensada, desde que todas as condições estabelecidas no edital sejam mantidas (se mudassem condições, talvez alguma empresa se interessaria). **Justifica a dispensa a ausência de potencial benefício com a licitação.**

* art. 24, V. Licitação fracassada. Pelo menos uma empresa comparece, mas não cumpre(m) os requisitos da AP. Uma corrente teórica diz que a licitação fracassada gera os mesmos efeitos da licitação deserta (se não puder ser feita outra licitação, poderá haver contratação direta). Outra corrente (com base no rigor do texto legal, pois a lei diz "quando não acudirem interessados...") diz que os efeitos são outros, não sendo cabível dispensa da licitação (é entendimento do TCU; Maria Sylvia), pois as hipóteses de dispensa são exceções, e como tal, devem ser interpretadas restritivamente. Nesses casos, é possível a contratação emergencial.

* art. 24, XIII, XX, XXIV. Permitem contratação direta com entidades sem fins lucrativos de

[13] Comentário: III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

[14] Comentário: V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

[15] Comentário: XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ética-profissional e não tenha fins lucrativos;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

ensino, pesquisa e extensão etc (ex.: contratar a CESP para fazer realizar um concurso público). É porta para corrupção. *Justifica a dispensa a destinação da contratação, que tem em vista a realização de outros fins, que não os econômicos. (Marçal)*

* art. 24, VII. Nos casos em que as empresas apresentem preços manifestamente exagerados em licitação (formam um cartel, normalmente) a AP pode encerrar a licitação (desclassificar as propostas) e fazer contratação direta. *Justifica a dispensa a ausência de potencial benefício com a licitação.*

* art. 24, XI. Dispensa de licitação para complementação de obra. Casos em que a empresa vencedora inicia a execução de obra e rescinde o contrato: a AP pode contratar diretamente com a segunda (ou a terceira, se esta não quiser e assim sucessivamente) colocada no certame, desde que esta concorde em receber aquilo que faltava para a vencedora executar. Ex.: o custo total era de R\$100.000, a vencedora executa apenas metade e abandona. A segunda pode ser contratada para terminar recebendo os outros R\$50 mil. *Mesma justificativa do item acima.*

* art. 24, X. Compra ou locação de imóvel em localização específica e desde que o preço seja compatível com o de mercado. Obs.: se só um imóvel serve, a concorrência é inviável; se é inviável, a licitação é inexigível, ou seja, há um erro do legislador ao inserir o dispositivo como hipótese de dispensa de licitação. *As hipóteses dos incisos XV, XVII, XIX e XXXI também são de inexigibilidade, e não de licitação dispensável. (Marçal)*

* art. 24, VIII e XVI. Para a aquisição, feita por pessoa de direito público, de bens ou serviços prestados por ente da AP criada para este fim antes da LL (Copasa, CEMIG etc) é dispensável a licitação. Observação: também seria caso de licitação inexigível, pois não há concorrência (ex.: UFMG contrata o diário oficial da União: não há outro diário oficial da União);

6.4. Hipóteses de licitação inexigível: art. 25

Quando há inviabilidade na licitação. Inviabilidade é medida pelos fatos e justificada nos autos do processo licitatório. *As hipóteses do art. 25 são exemplificativas, pois a lei admite haver casos de inviabilidade não catalogados. São hipóteses nas quais não é possível realizar a licitação. Ainda que o administrador queira, não há mais de uma empresa que faça exatamente o que o AP quer ou como quer. Há inviabilidade na concorrência, pode até haver mais de uma empresa teoricamente capaz, mas não é factível a concorrência entre elas. Se não é possível comparar entre os licitantes com parâmetros objetivos, não se exige licitação.*

Ex. do professor: TRE queria contratar a entrega de umas em vários municípios do estado, mas queria que a empresa tivesse filiais em todos os municípios a serem atendidos. Só os Correios têm, ainda que outras empresas possam entregá-las nos locais desejados. ECT: o STF dividiu as tarefas dos Correios entre entregas de correspondências (e documentos) e encomendas. Os Correios só têm o monopólio (privilégio postal) para correspondências (e documentos).

A inviabilidade da licitação é gênero, as espécies são estas:

[16] Comentário: VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

[17] Comentário: XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

[18] Comentário: 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;

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

a) **fornecedor exclusivo** (art. 25, I)

Se ficar comprovado que apenas uma empresa pode fornecer um produto (ou serviço), a concorrência é inviável e contratação será direta. A comprovação da exclusividade é feita por órgão de registro de comércio ou sindicato. *Ocorre nos casos de monopólio de direito (ex.: a pessoa se obriga contratualmente a comprar apenas cartuchos Epson para suas impressoras), mas também pode nos monopólios de fato (dentro do mercado, só uma empresa presta o serviço que a AP quer contratar). (Marçal)*

b) **serviços técnicos de natureza singular** (art. 25, II)

Inexigibilidade de licitação por impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos; caráter personalíssimo da prestação. 1º requisito: serviço previsto no art. 13, que estabelece um rol taxativo de serviços técnicos (as hipóteses de inexigibilidade são exemplificativas, mas o rol de serviços técnicos não): apenas os serviços técnicos elencados na lei podem ser contratados sem licitação (Marçal discorda). 2º requisito: o objeto deve ser singular, de características específicas. Há relevância especial do interesse a ser satisfeito, uma complexidade excepcional, que só um profissional incomum pode realizar (ex.: em contratar advogado para atuar em qualquer causa do município não há singularidade; mas contratar um Sacha para defender o ente numa grande ação contra a Vale, há). 3º requisito é a notória especialização do profissional, decorrente da singularidade do objeto.

c) **profissional do setor artístico** (art. 25, III)

A comparação de artistas é inviável, pela dificuldade de se estabelecer parâmetros objetivos. A exigência legal é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

6.5. **Controle da contratação direta (dispensa/inexigibilidade)** (art. 26)

Uma vez decidido pela dispensa ou constatada a inexigibilidade da licitação, o AP tem três dias para enviar o ato para a autoridade superior, que, em cinco dias, poderá ratificá-lo ou não e publicará o ato em diário oficial. Deixar de publicar é vício sanável, que pode ser convalidado. O ato de contratação direta deve ser motivado, comprovando a ocorrência de hipótese de dispensa ou inexigibilidade e a busca da melhor proposta possível (justificando a escolha feita).

7. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO: FASE EXTERNA

7.1. O edital de licitação

É ato administrativo unilateral, que define o objeto e as cláusulas do futuro contrato e disciplina o procedimento licitatório. É dividido entre preâmbulo (dados fundamentais acerca da licitação) e corpo (com as regras). O conteúdo, resumidamente: informações sobre o procedimento; condições de participação; condições de julgamento; minuta do futuro contrato.

[19] Comentário: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação ou Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

[20] Comentário: Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) *Principais requisitos do edital: art. 40*

- *Objeto*

Deve ser bem delimitado; não pode ser amplo para não dar margem a subjetivismos (ex.: licitação para contratar serviços de engenharia. Quais serviços?).

- *Local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico*

A AP não pode cobrar dos licitantes a participação no certame. O interesse da AP é que as pessoas participem da licitação, aumentando a concorrência pela proposta mais vantajosa.

- *Condições de participação*

Devem constar previamente no edital.

- *Critérios de aceitabilidade dos preços*

A AP pode fixar preço máximo da contratação, mas nunca preço mínimo. Tem parâmetro na pesquisa de mercado feita antes da publicação do edital. Preço inexequível: preço muito abaixo da pesquisa de mercado. A AP não pode contratar com empresa que não parece ter condições de conduzir a obra. Entretanto, não pode haver preço mínimo no edital.

- *Condições de pagamento*

Como a AP vai pagar? Pagamento único no fim da obra? (a empresa deve ter capital para suportar isso; só as maiores têm) Por medições (e pagamentos) periódicas (mais fácil para as empresas suportarem)?

- *Recursos*

As hipóteses de recurso estão previstas na LL, mas devem constar do edital também (hipóteses, prazos e condições de impugnação do edital).

- *Anexos (art. 40, §2º): projeto básico/executivo; orçamento, minuta do contrato*

Projeto básico e executivo (norteiam a formulação da proposta; com base nele a empresa vai saber como será a execução do serviço). Minuta do contrato: o contrato a ser celebrado é por adesão; aquele minutado no edital (não pode ser alterada, sob pena de burla ao processo licitatório). Orçamento prévio, com três empresas, detalhado (quando a AP acha que deve pagar por cada item).

b) *aprovação do edital*

Art. 38, § único. Elaborada a minuta do edital, ela deverá ser aprovada antes da publicação. A minuta deve ser encaminhada à assessoria jurídica do órgão, que terá competência para aprovar o edital e mandar publicá-lo. O parecer da assessoria não é um parecer comum, pois não é permitido à autoridade contrariar a decisão dela. É parecer vinculativo; a responsabilidade do assessor jurídico é maior do que é normalmente. Parecer contra entendimento majoritário pode

[21] Comentário: Para grafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

ser dado, mas desde que esclareça as posições em contrário, sob pena de responsabilidade.

c) **Publicação do edital (art. 21)**

O que se publica é um aviso com o resumo do edital, contendo informações sobre o objeto, local onde pode ser retirado o edital, entre outras.

Diário oficial: art. 21, I e II.

Jornal de grande circulação: art. 21, III.

Os avisos de editais deverão ser publicados ao menos uma vez. Onde?

Se licitação promovida pela AP federal: Diário Oficial da União;

Se for promovida pelas AP's estaduais ou municipais: Diário Oficial do Estado + jornal de grande circulação no Estado + jornal de grande circulação no Município ou região (se houver) + Diário Oficial da União (se houver recursos da União ou garantia de instituição federal).

Qualquer que seja a modalidade de licitação, o aviso do edital deve ser publicado pelo menos uma vez em diário oficial e jornal diário de grande circulação; os prazos variam conforme tabela abaixo.

Internet é o meio mais eficaz para dar publicidade, mas não dispensa os outros meios.

d) **Prazo de publicação do edital**

O ato convocatório é publicado, se for um edital, ou expedido aos convidados, no caso de convite. É o prazo mínimo (pois pode ser dilatado em razão da complexidade do objeto ou das necessidades) entre a a) última publicação do edital, b) expedição da carta convite ou c) efetiva disponibilidade do ato convocatório (se ocorrer algum problema da sua divulgação) e a apresentação das propostas ou realização do evento (este nos casos de concurso e leilão). Isso porque a AP não pode dar publicidade a uma licitação hoje e exigir que os concorrentes apresentem uma proposta para a construção de um estádio amanhã, e.g.

Os prazos são variáveis:

MODALIDADE	PRAZO DE PUBLICAÇÃO	CASOS
Concorrência	45 dias	Empreitada integral Melhor técnica Técnica e preço
	30 dias	Demais casos
Tomada de preços	30 dias	Melhor técnica Técnica e preço

[22] Comentário: Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

	15 dias	Demais casos
Convite	5 dias úteis	
Concurso	45 dias	
Leilão	15 dias	
Pregão	8 dias úteis	

A empreitada (fornecimento do serviço e material conjuntamente) integral: significa a execução indireta da obra. Empreitada por preço global (cada fase será feita com um contrato; serviços de natureza diferente serão feitos por contratos diferentes) é diferente da integral (aquela que o ente entrega todo o empreendimento ao vencedor, que executará tudo na obra, do alicerce ao acabamento). Empreitada integral é sempre feita por concorrência.

Convite não tem edital, tem carta convite e não é publicado em diário oficial ou jornal de grande circulação, apenas no hall de entrada do órgão ou ente. Alguns doutrinadores dizem que essa inexigência é inconstitucional, pois facilita a corrupção.

e) *Impossibilidade de modificação do edital*

Durante a publicação o edital não pode ser modificado. Mas se for preciso, a publicação deverá ser refeita, desde o início, pela mesma via de publicação. Art. 21, §4º.

f) *Impossibilidade de cobrança do edital*

Art. 32, §5º. A AP não pode cobrar qualquer tipo de tributo para o fornecimento do edital. Apenas o custo da impressão da cópia do edital pode ser cobrado. Hoje os editais estão na internet.

g) *Impugnações ao edital*

Detectada qualquer irregularidade na licitação, o edital poderá ser impugnado por licitante ou não.

- cidadão

Até 5 dias úteis antes da abertura da licitação; resposta em 3 dias úteis.

Se a AP não sanar a irregularidade, cabe mandado de segurança para barrar a licitação.

- licitante

Até 2º dia útil antes da data da habilitação (concorrência) ou abertura das propostas (tomada de preços, convite, concurso e leilão).

se ninguém impugnou dentro do prazo, a licitação será aberta. Não alegada a irregularidade, preclui o direito à impugnação administrativa.

- Pregão

[23] Comentário: 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

[24] Comentário: 8º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Até o 2º dia útil antes da entrega das propostas

7.2. A nomeação da comissão de licitação

Art. 51. A comissão de licitação pode ser permanente ou especial, composta por pelo menos três membros (na modalidade convite, pode ser de apenas um membro). As comissões permanentes são montadas no início do ano e não podem ser renovadas integralmente no ano seguinte. É comissão julgadora, que conduz o desenvolvimento da licitação, por isso deve ser estabelecida antes da abertura das licitações (pois não pode haver juízo de exceção, nem em licitação).

Art. 51, §3º. Responsabilidade dos membros. Todos respondem solidariamente aos atos imputados à comissão, resguardado a objeção de membro que conste em ata.

7.3. As modalidades de licitação

São os ritos de procedimentos licitatórios. **Variam de acordo com o objeto a ser contratado e o critério de julgamento utilizado.**

a) Concorrência (art. 22, §1º)

É a modalidade de procedimento mais complexa e demorada, permitindo uma maior participação de licitantes (não há limite de participantes). **Serve para qualquer tipo de licitação. Há duas fases definidas: habilitação e classificação/apresentação de propostas. Depois de publicado o edital sem impugnação, serão entregues dois envelopes à AP, um de habilitação e outro da proposta. Primeiro, só os documentos de habilitação serão abertos, para saber se a empresa está apta a contratar com a AP. As empresas podem ser habilitadas ou inhabilitadas. Só as primeiras passam para a próxima fase, de classificação (julgamento) de propostas.**

- Hipóteses de cabimento

É obrigatória para obras e serviços de engenharia para valores acima de 1,5 milhão; contratação de serviços em geral e bens acima de 650 mil.

- Valor

Obras e serviços de engenharia acima de R\$1,5 milhão.

Serviços em geral e bens acima de R\$ 650 mil.

- objeto: art. 23, §3º; art. 19; art. 21, §2º, I, b

Além das hipóteses acima, alguns objetos, pela complexidade, também serão licitados por concorrência. Art. 23, §3º, bens imóveis, em regra (compra e venda). Concessão de direito real de uso (ex.: UFMG que cede espaço para cantinas). Licitações internacionais, em regra (também pode ser utilizada a tomada de preços, quando a AP tiver um cadastro de empresas estrangeiras, ou convite, quando no Brasil não tiver empresa que preste o serviço ou disponha do bem para venda). Obs.: em toda e qualquer licitação, a proposta deve ser feita em real, ainda que licitação internacional. Licitações internacionais não servem para restringir as empresas brasileiras, mas

[25] Comentário: Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

[26] Comentário: § 3º Os membros das Comissões de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

[27] Comentário: § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

para permitir as estrangeiras. Art. 21, §2º, I, b. Empreitada integral sempre utiliza a concorrência.

Será obrigatória a concorrência: para compra de bens imóveis; alienação de bens imóveis na qual não se adotou o leilão; na concessão de direito real de uso; nos contratos de empreitada integral; nas concessões de obra ou serviço público; sempre que o fracionamento de licitações que podem ser agrupadas atingir os montantes discriminados acima. (CABM)

- **art. 23, § 8º: consórcios públicos**

Os consórcios públicos fazem parte da AP indireta. É uma pessoa jurídica (de direito público ou privado), com administração e patrimônio próprios que deve fazer licitação. Os consórcios de até 3 entes tem os valores mínimos para obrigatoriedade de concorrência dobrados. Se de 4 ou mais entes, os valores triplicam. Ou seja, só nas obras e serviços de engenharia acima de 3 milhões para consórcios de 3 entes será obrigatória a utilização da concorrência.

[28] Comentário: § 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

b) **Tomada de preços** (art. 22, §2º)

- **Conceito**

É uma modalidade feita para objetos menos complexos e vultuosos do que a concorrência, por isso restringe mais o campo de abrangência. Esta modalidade limita a participação de empresas no processo licitatório: só podem participar desta modalidade as empresas que tenham registro cadastral na AP (na concorrência, as empresas cadastradas tem a vantagem de não precisarem de apresentar toda a documentação exigida no edital, mas apenas um certificado de habilitação) ou as que se cadastrem em até 3 dias antes da abertura da licitação. Ou seja, o licitante deve requerer o cadastro até 3 dias e teoricamente a AP vai dar resposta até a abertura. A data da abertura será postergada se a AP i) **denegar o cadastro, sendo que o interessado terá 5 dias para apresentar recurso (com efeito suspensivo);** ou ii) não responder ao pedido de cadastramento em 3 dias, provocando a suspensão da abertura até lá. Não há fase de habilitação, em regra; inicia-se com a fase da classificação (abertura de propostas). **Mas havendo alguma exigência específica no edital (documentos que não estariam previamente cadastrados), pode ocorrer uma fase de habilitação.** Se aparece uma empresa não cadastrada no dia da licitação ela não pode participar.

[29] Comentário: § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

- **Hipótese de aplicação**

Obras e serviços de engenharia com valores acima de R\$ 150 mil até R\$ 1,5 milhão;

Demais (compras e serviços em geral), acima de R\$ 80 mil até R\$ 650 mil.

c) **Convite** (art. 22, §3º)

- **Conceito**

É a menos complexa entre concorrência e tomada de preço. Ele não tem edital de licitação, tem uma carta-convite, que não é publicada (nem em diário oficial nem em jornal de grande circulação). Dispensa algumas formalidades. Os valores também são inferiores. A carta é enviada a pelo

[30] Comentário: § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

menos 3 empresas, cadastradas ou não. A carta é afixada no hall de entrada do prédio da repartição pública que realizará a licitação. É o meio mais fácil para a corrupção. A falta de publicidade é inconstitucional, para o professor, pois não viabiliza a participação de outras empresas que não aquelas convidadas pelo AP. As empresas não convidadas podem participar, desde que tenham cadastro com a AP e manifestem a intenção em participar em até 24 horas antes da abertura. A AP pode convidar não cadastradas, mas estas, se não convidadas, não poderiam. CABM diz que elas poderiam se cadastrar em até 3 dias antes da abertura, pelo princípio da isonomia (mesma forma da tomada de preços). Sempre que é possível utilizar uma modalidade, as mais complexas podem ser utilizadas.

Mesmo se não aparecerem os 3 licitantes, o certame pode ser realizado, apresentando as justificativas no processo.

- Hipóteses de aplicação

Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 15 mil e até R\$ 150 mil (abaixo de 15 a licitação é dispensável)

demais (compras e serviços em geral) acima de R\$ 8 mil e até \$ 80 mil (abaixo de R\$8 mil é dispensável)

- Variação dos convidados

Art. 22, §6º. Os convidados tem que variar de uma licitação para outra (considerando objetos semelhantes). Pelo menos uma empresa deve ser nova (entre as cadastradas).

- Fracionamento ilegal da licitação (art. 23, §5º)

Fracionar ilegalmente é dividir uma compra que pode ser contratada de uma só vez – quando os objetos são similares - em várias licitações, para dispensá-las. Entretanto, fracionar os objetos para evitar um modalidade mais complexa também caracteriza o fracionamento ilegal e crime (ex.: dividir uma obra de engenharia de R\$ 160 mil em duas de R\$ 80 mil, para evitar a tomada de preços).

- d) Concurso (art. 22, §4º)

Não é para seleção de pessoal para funcionalismo público. É utilizado para seleção de trabalho técnico, científico ou artístico personalíssimo (projetos, obras de arte etc) que a AP quer fomentar. Deve ser publicada 45 dias. Ao final não há pagamento, e sim uma premiação – em dinheiro ou uma honraria (medalha, e.g.).

- e) Leilão (art. 22, §5º)

Serve para alienação de móveis e imóveis. A concorrência pode ser utilizada (tomada de preços e convite não). Adota o tipo maior lance ou oferta. Reúne, em uma única oportunidade, diversos atos destinados a selecionar a proposta mais vantajosa (habilitação simplificada, apresentação

[31] Comentário: § 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

[32] Comentário: § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

[33] Comentário: § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

[34] Comentário: § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

das propostas, escolha etc); o mesmo interessado pode apresentar múltiplas propostas. O proponente fica vinculado por sua proposta até que outra mais elevada a sobreponha.

- Alienação
 - Bens móveis inservíveis: art. 22, §5º

A AP pode classificar um bem como obsoleto ou inservível ou irrecuperável etc. Quando classificá-lo como bem móvel inservível a modalidade para aliená-lo é o leilão.

- Bens móveis de valor até R\$650 mil: art. 17, §6º

Se o bem é móvel classificado em qualquer outra categoria (obsoleto, irrecuperável etc) e não ultrapassa R\$ 650 mil é leilão, acima é concorrência.

- Bens imóveis oriundos de dação em pagamento em pagamento e processo judicial: art. 19, III

A alienação, independente de valor, é por leilão.

f) Pregão

Percebendo que as modalidades acima eram morosas, foi criada outra. O Decreto n. 3.555/00 criou modalidade sem lei prévia, contrariando a Lei n. 8.666. Na época, o decreto foi considerado ilegal. Foi editada, então, a Lei n. 10.520/02. Dá agilidade ao procedimento licitatório. Como? O pregão inverte as fases da concorrência: primeiro classifica os licitantes, depois verifica se o vencedor está habilitado (preenche os requisitos legais e editalícios). Se não estiver, será **inabilitado** e verifica o segundo colocado e assim sucessivamente. Evita a demora com a habilitação de licitantes que não serão contratados. O tipo de licitação é sempre menor preço.

- Objeto

Art. 1º, § único, Lei n. 10.520/02. A lei apresenta conceito indeterminado. Pode ser utilizado para "contratação de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor". O entendimento é que serviços comuns são serviços fáceis de serem encontrados; não são feitos para casos específicos; **de configuração padronizada**. Serviços de engenharia também podem ser licitados por pregão (é entendimento recente). O TCU entende que até helicópteros são comuns. Não há limite de valor, nem para compras nem para serviços. Por isso não há fracionamento ilegal no pregão.

- Vedação

Obras não podem ser licitadas por pregão. Para locação, alienação ou aquisição de bem imóvel não pode ser utilizado o pregão. Alienação de bens móveis também não pode ser feita por pregão.

- Pregão presencial e eletrônico

O pregão comum (presencial) exige a presença física dos interessados em sessão pública. O pregão eletrônico se desenvolve todo (propostas, decisões, recursos etc) pela internet, tudo

[35] Comentário: § 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantidade superior ao licitante que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.mite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

[36] Comentário: Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

devidamente registrado no processo.

7.4. *Procedimento da concorrência*

a) *Publicação do edital*

Ato de convocação dos interessados. Estabelece as condições do certame. A publicação será feita de acordo com o objeto da licitação (acima).

b) *Abertura dos envelopes de habilitação*

Na data definida, cada empresa apresenta um envelope com a documentação exigida para a habilitação (outro envelope, com a proposta, será entregue conjuntamente; ou mais dois envelopes, para melhor técnica e técnica e preço). O envelope será entregue lacrado e rubricado. A comissão e os demais licitantes também rubricarão os envelopes em sessão pública, lavrada em ata. Só serão abertos na sessão pública de abertura (pode ser junto com a apresentação). Se a empresa já tem registro cadastral, só apresenta a certidão de registro, a não ser que se exija documentação específica, como o atestado de visita: em muitas obras a empresa deve visitar o local antes da licitação.

- *habilitação jurídica: art. 28*

É a comprovação de existência, da capacidade de fato e da titularidade de condições para contratar com a AP. É o cumprimento de normas civis e empresariais. Comprovação de que a empresa existe, apresentando o CNPJ. Confere-se a legitimidade de quem assinou os documentos através do estatuto social, que deve ser apresentado.

- *habilitação técnica: art. 30*

Comprovação da idoneidade técnica para executar o objeto, seja por meio de experiência anterior em contrato semelhante ou disponibilidade de pessoal e equipamentos necessários. Qualificação teoria e prática para executar o contrato. Empresa deve comprovar que tem condições técnicas de desempenhar o serviço. Comprovação de inscrição no CREA, CRM ou outros conselhos de classe. Comprovar que já realizou trabalhos similares. Apresentação de atestado de capacidade técnica. A licitação pode exigir, por exemplo, que a empresa tenha em seu quadro de funcionários um engenheiro hidráulico. Deve ser comprovado nessa fase.

- *habilitação econômico-financeira: art. 31*

Comprovar que o licitante tem recursos financeiros e situação econômica adequados à execução do contrato. Varia de acordo com o objeto. Empresa deve comprovar sua saúde financeira, demonstrar que não é insolvente e que tem condições de realizar a obra ou serviço. Deve apresentar certidão negativa de falência, balanço anual do ano anterior.

- *regularidade fiscal e trabalhista: art. 29*

Regularidade fiscal é estar inscrito nos cadastro da Receita (Federal, Estadual e municipal,

conforme o caso) e não constar débitos fiscais exigíveis. Regularidade trabalhista é a comprovação do “nada consta” da Justiça do Trabalho: não ter débitos trabalhistas exigíveis.

Polêmica: A licitação não deve usada com o objetivo de fiscalização do pagamento de tributos. A empresa deveria demonstrar que está em dia com o IPVA dos seus carros e IPTU de todos os seus imóveis? Seria inviável. Divergência na doutrina acerca do alcance da norma.

Como não é plausível demonstrar o adimplemento de todos os tributos, a indicação dos que devem ser demonstrados varia de acordo com o intérprete e o órgão licitante.

Em geral, devem comprovar: I) Que estão em dia com o pagamento do INSS e FGTS (Determinação Constitucional); II) Não está em débito com o ente que o contrata (Determinação da lei); III) Não há débitos fiscais relacionados com o serviço a ser prestado (ex: ISS quando se refere a serviços); IV) A empresa não pode ter débitos trabalhistas.

De acordo com a Lei n. 8.666, a Administração Pública não responde pelas dívidas trabalhistas da empresa que venceu a licitação e executou o serviço ou obra. O STF decidiu que se ocorrer “erro in vigilando” a administração responde subsidiariamente pela dívida. Na prática, porém, a Justiça do Trabalho sempre manda pagar alegando a ocorrência de “erro in vigilando”.

- Cumprimento do art. 7º, XXXIII da CF/88

Dedaração de que a empresa não impõe a menores de 18 anos trabalho noturno, insalubre ou perigoso; nem qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo aprendizes a partir de 14 anos. Não há fiscalização; é documentação inútil.

- Desistência da proposta

Antes da habilitação, o licitante pode desistir da proposta. Após ser habilitado, o licitante deve honrar sua proposta, sob pena da Lei n. 8.666.

- Todos os licitantes inabilitados

Se um for habilitado, só ele passa para fase de classificação, mas se nenhum se classificar: art. 48, §3º. A AP pode abrir prazo de 8 dias para que todos tragam a documentação necessária para a habilitação.

c) Recursos

Ao sair a lista de habilitados (em sessão pública ou não), os inabilitados podem recorrer da decisão que os inabilitou ou daquela que habilitou terceiros, enquanto os habilitados podem recorrer da habilitação dos outros. Devidos os recursos, os licitantes inabilitados receberão os respectivos envelopes de proposta lacrados.

- Art. 109, I, a

Recurso hierárquico. Prazo de 5 dias úteis para recorrer da decisão.

[37] Comentário: Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante; ro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

- *Efeito*

O recurso tem efeito suspensivo. O processo licitatório não continua até a resolução das pendências.

- *Contrarrazões: 109, §3º*

As contrarrazões também serão oferecidas em 5 dias (se um recorre, abre-se prazo para contrarrazões a todos).

- *Prazo para reconsideração: 109, §4º*

A AP tem prazo de 5 dias úteis para reconsiderar a decisão, sem que tenha que encaminhá-la à autoridade superior; ou enviá-la à autoridade superior, se não reconsiderar da decisão.

- *Prazo para decisão da autoridade superior: 109, §5º*

Recebido o recurso, a autoridade superior terá 5 dias úteis para decidir os recursos apresentados.

d) *Desclassificação: art. 48*

É a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para participar da licitação (CABM). Quando a empresa não estabelece as condições do edital (formalismo moderado: erros grosseiros não são aceitos); preço excessivo (muito acima do preço de mercado, conforme pesquisa prévia), sendo que o edital pode ter preço máximo. Preço condicional também não é aceito (ex.: meu valor é o da mais barata menos 1 real).

Se todas forem desclassificadas (se uma ou duas continuarem, não), abre-se prazo de 8 dias para reapresentação de propostas. É de 3 dias o prazo na modalidade convite.

A proposta deve ser séria (possível de ser executada), firme (sem reservas), concreta (preço determinado nela mesma) e ajustada ao edital e à lei. As propostas não desclassificadas serão avaliadas e classificadas em ordem decrescente de vantajosidade.

- *Preço inexequível: art. 48, II e § 1º*

Apesar de o edital não ter preço mínimo (art. 40, X), o art. 48, § 1º, diz quando uma proposta será considerada inexequível: I) se o valor estiver abaixo de 70% do orçamento previamente pela AP; II) se abaixo de 70% da média aritmética dos propostas que excedam em 50% o valor orçado. Proposta abaixo do menor desses é considerada inexequível. Art. 48, § 2º, se a proposta classificada estiver entre 70% e 80% do piso acima, terá que prestar garantia para assinar o contrato.

Presunção relativa de inexequibilidade: a empresa pode provar que dá conta de fazer pelo preço baixo. Se a empresa apresenta preço elevado não há discussão, é absoluta. Preço irrisório é o preço ridículo.

e) *A fase de julgamento das propostas: tipos de licitação*

Passada a fase recursal e de desclassificação, inicia-se a classificação, que ordenará as

[38] Comentário: II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação o.

propostas admitidas e decidirá qual é a mais vantajosa. A abertura dos envelopes em sessão pública. São 4 tipos de licitação, ou seja, 4 critérios de julgamento. Tipos de licitação só podem ser criados por lei. Para tomada de preços, não há fase de habilitação. Concorrência por ser julgada por qualquer tipo.

- Menor preço

É a regra. Abertas as propostas, a que oferecer menor preço vence. As condições de pagamento devem ser consideradas. A proposta de menor preço deve atender às condições técnicas mínimas do edital para ser vencedora. Na concorrência não tem abertura de lances. É fechada, não há novas propostas. Serve para concorrência, tomada de preços, convite e pregão.

- Melhor técnica: art. 46, § 1º

Quando a técnica a ser empregada deve ser levada em conta para escolher a proposta mais vantajosa. Art. 46. Casos de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial elaboração de projetos, cálculos etc. Contratar projeto básico é objeto típico. O edital deve estabelecer quantos pontos serão dados a cada requisito técnico (ex.: 2 pontos para cada obra de médio porte; 1 ponto por ter um profissional com doutorado etc) e o preço máximo. O edital pode estabelecer uma nota de corte para a pontuação técnica. Primeiro serão abertos os documentos da técnica e classificadas as empresas de acordo com a pontuação do edital. Há publicidade e prazo recursal. Os licitantes que não atingirem o mínimo técnico receberão o envelope da proposta de preço (proposta comercial) lacrado. Depois disso, serão abertos as propostas de preços de cada uma. Aí será aberta a fase de negociação: chama a de melhor técnica e pergunta se ela faz o serviço pelo menor preço apresentado (se ela já não foi a mais barata, obviamente). Se não aceitar, chama a segunda melhor técnica e pergunta se faz com o melhor preço e assim por diante.

- Técnica e preço: art. 46, § 2º

Art. 46. Casos de serviços de natureza predominantemente intelectual. Nos casos do art. 46, do art. 46, § 3º e de contratação de bens e serviços de informática cabem os tipos de melhor técnica e técnica e preço. Não há distinção legal para os casos de cada uma; será discricionária. É parecida com a melhor técnica. Primeiro classifica pela técnica; publica, abre prazo para recurso, depois pelo preço. Haverá peso para cada etapa estabelecido no edital (ex.: peso 2 para etapa técnica e peso 3 para etapa de preços, ou vice-versa). Não haverá negociações: será feita uma média ponderada (multiplica-se a pontuação de cada etapa pelo peso respectivo e divide-se pela soma dos pesos). A classificação por pontos da técnica e preço é sempre de um em um (ex.: 4 licitantes habilitados: a melhor técnica ganha 4 pontos, a segunda 3, a terceira 2 e última 1 ponto; o melhor preço ganha 4 pontos, o segundo 3 e assim vai).

- Maior lance ou oferta

[39] Comentário: § 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacidade e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido...

[40] Comentário: § 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

[41] Comentário: Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

Quem apresenta a maior proposta de pagamento ganha. A forma de pagamento será estabelecida em edital, que pode pedir garantia. *Serve para alienação de bens e concessão de direito real de uso. Leilão só pode ser por maior lance.*

f) *Vícios da classificação*

Vícios da qualificação ocorrem por desobediência à lei ou ao edital. Em síntese: I) classificação de proposta de pessoa que deveria ser inabilitada; II) classificação de licitante que deveria ter sido desclassificado pelas hipóteses de preço inexequível, descumprimento ao edital (entre outras); e III) classificação por critérios não previstos no edital ou subjetivos, ou os contrariando (Marçal).

g) *Fase recursal*

Nova fase recursal, com os prazos de 5 dias úteis para recorrer. Se nenhuma empresa vai recorrer, a AP pode pedir que assinem documento de desistência do recurso para adiantar a fase. Pode ser feito na primeira fase recursal também.

h) *Homologação*

Passada a fase de recurso, o procedimento vai para a autoridade superior (fora da comissão) para decisão. Pode ser anulada (total ou parcialmente), revogada (conveniência: razões de interesse público motivadas por fato superveniente) ou homologada. A homologação dá validade a tudo o que foi feito anteriormente. É objetiva: diz que o procedimento ocorreu da maneira correta.

i) *Adjudicação*

Uma vez homologado, será adjudicado para a empresa vencedora. Atribui o objeto (construir uma escola, e.g.) ao vencedor. É subjetiva, reconhece que a pessoa x é a que será contratada. É compulsória ou não?

j) *Documentação para convite*

Para as empresas não convidadas, a documentação é aquela estabelecida no edital. Documentação mínima.

7.5. *Peculiaridades da tomada de preços*

Serve para contratações de vulto médio. Há um cadastro anterior de empresas que agiliza o procedimento. Se restringe a essas empresas cadastradas. A habilitação é prévia. O cadastro pode ser feito em até 3 dias antes da abertura da licitação. A empresa só precisa provar que ela já tem o cadastro, por meio de certidão. Requisitos específicos podem ser exigidos, como a visita técnica. A fase de classificação e demais é igual à concorrência.

7.6. *Peculiaridades do convite*

Contratações de menor valor. Ainda mais simples. É por envio de carta-convite para pelo menos três empresas. Não é exigido publicação do instrumento convocatório. Só que seja afixado no local da repartição. As convidadas podem ser cadastradas ou não. Empresas não convidadas

podem participar, desde que previamente cadastradas e manifestem interesse em até 24h antes da abertura. Não há edital. A documentação de habilitação pode ser dispensada no todo ou em parte, de acordo com o instrumento convocatório. O que pode ser dispensado? Dispensa de documentos deve ser analisada sistematicamente, não levando a absurdos (ex.: dispensar uma empresa que não tem cadastro de apresentar qualquer documentação). E as não cadastradas e não convidadas, não podem participar? Na teoria (não na prática), as empresas poderiam se cadastrar em até 3 dias antes da abertura, em isonomia com a tomada de preços, que permite a mesma coisa.

7.7. Leilão

É diferente do leilão judicial. Art. 53. Poucas regras na Lei n 8.666. É exclusivo para alienação de bens. Tipo: maior lance ou oferta. É conduzido pelo leiloeiro oficial, não por uma comissão de licitação (servidor designado especificamente pela administração ou um leiloeiro oficial designado pela junta comercial). Deve ter edital de publicação. Deve haver pesquisa prévia de preços, para estabelecer o valor mínimo. O pagamento é à vista, ou no mínimo 5 % à vista. O restante pode ser pago de acordo com o edital.

7.8. Concurso

Não é concurso público para contratação de pessoal. O vencedor receberá prêmio ou remuneração. Só para obras de arte, científicas etc. Não pode ser feito para elaborar projetos básicos.

7.9. Pregão

Meio de desburocratizar a administração pública e buscar realizar o princípio da eficiência. Criado em 2000 por Decreto (dedarado inconstitucional). Lei n. 10.520/02. O pregão inverte as fases da concorrência: primeiro classifica, depois verifica-se a habilitação da empresa vencedora. Só para o tipo menor preço. Serve para bens e serviços comuns, não específicos para a AP. **Não há limite de preços.** Pode ser presencial ou eletrônico. O pregão presencial é conduzido por um pregoeiro, não uma comissão. Publicado o edital e recebidas as propostas, procede-se à classificação. Não há requisitos para participação do pregão.

a) Fases do pregão

- elaboração do termo de referência

É sinônimo de projeto básico.

- Publicação

O pregão inicia-se para o público com convocação no diário oficial (ou em jornal de circulação local, se não houver o diário oficial). Meios eletrônicos também podem ser utilizados para complementação. Se de grande vulto (nos parâmetros da Lei n. 8.666), também deve ser publicado em jornal de grande circulação. O prazo mínimo para recebimento de proposta é de 8

dias úteis.

- **Formulação das propostas**

No dia e hora marcados, o licitante se apresenta ao pregoeiro no local designado para a licitação, entregando-lhe um envelope de habilitação e um da proposta comercial.

- **Etapa de lances**

Classificadas as propostas iniciais (e desclassificadas as irregulares), a primeira colocada mais todas as demais que ofereçam preços até 10% acima do preço da primeira passarão para a próxima etapa. As outras serão eliminadas. Sempre pelo menos quatro empresas (a primeira e as 3 seguintes) devem passar para a fase de lances **verbais**, mesmo se acima de 10% a mais. Se o total de licitantes for menor, continua a licitação. Na fase de lances, o licitante com o maior preço é convidado a baixá-lo, depois o segundo maior e assim sucessivamente, até ninguém reduzir mais o preço. O pregoeiro pode limitar as propostas para evitar demora (ex.: só serão aceitos lances pelo menos 10% abaixo da menor oferta, para não reduzirem R\$1 em cada lance). **Propostas inadmissíveis serão desclassificadas.**

- **Habilitação**

Escolhida a **melhor proposta**, será aberto o envelope de habilitação. Todos os requisitos do art. 27 devem ser cumpridos. O não cumprimento das exigências editalícias geram a **inabilitação**. A habilitação da segunda melhor oferta será analisada, havendo nova negociação para reduzir o preço. A melhor proposta que atenda as exigências será declarada vencedora.

- **Recursos / Homologação**

Proclamada a vencedora, abre-se prazo de 3 dias para recursos (mais 3 para contrarrazões dos demais). Decididos os recursos (se houverem), primeiro o pregoeiro adjudica o objeto, para depois a autoridade competente homologar todo o procedimento, inclusive a adjudicação, e convocar o adjudicatário a assinar o contrato.

b) **Pregão eletrônico**

Regulado pelo Decreto n. 5.450/05. É forma preferencial para a União, pois é mais barato e permite maior concorrência. Para não utilizá-lo, o AP federal deve justificar a escolha. **Para participar, o licitante precisa apenas estar cadastrado no órgão competente (em até 3 dias antes do pregão, em analogia à tomada de preços). As propostas podem ser enviadas a partir da publicação do edital (Marçal).** A diferença para o pregão presencial é que todas as propostas classificadas (admitidas) passam à fase de lances. Todo o procedimento é feito virtualmente, o que dificulta o controle dos licitantes pelo pregoeiro. Tempo de iminência: o pregoeiro conduz a fase de lances até perceber que não há mais utilidade na continuidade (ex.: valores não caem significativamente), nesse momento ele dispara um recurso eletrônico que irá encerrar o leilão automaticamente em um ponto aleatório em até 30 minutos após o disparo. Evita que o pregoeiro

encerre o leilão quando uma empresa combinada dê o lance (ex.: quando minha empresa der o lance de R\$1.521,42, o pregoeiro vai encerrar o pregão). *Propostas inadmissíveis serão desclassificadas. Escolhido o melhor, o pregoeiro verifica a regularidade do cadastro da vencedora, requerendo documentação extra, se for o caso. Também há prazo de 3 dias para recursos.*

8. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

8.1. Recurso hierárquico

Art. 109, I, da Lei n. 8.666. *É dirigido à própria autoridade que expediu a decisão impugnada para que ela reconsidere a decisão ou encaminhe o recurso para a autoridade superior. Tem prazo de 5 dias úteis para ser intentado. A partir disso, a autoridade tem 5 dias úteis para reconsiderar ou enviá-lo ao superior; o superior tem 5 dias úteis para dar a decisão. Tem efeito necessariamente suspensivo quando nas etapas de habilitação e classificação das propostas, nas outras pode ser suspensivo ou devolutivo, podendo ser suspensivo, motivadamente. Hipóteses de cabimento do hierárquico são taxativas. Nas demais cabe recurso de representação. Quando convite, os prazos são de dois dias úteis.*

8.2. Representação

Art. 109, II. É dirigido diretamente à autoridade superior (é como se fosse o agravo de instrumento; o hierárquico é uma apelação). Cabe sempre quando não é cabível o hierárquico. Prazo de 5 dias úteis.

8.3. Pedido de reconsideração

Só é cabível contra aplicação de pena administrativa (ex.: declaração de inidoneidade). Será sempre à autoridade máxima do órgão. Fere o duplo grau de jurisdição administrativo? Aparentemente sim.

9. REGISTRO DE PREÇOS

É método para a AP planejar as suas contratações. Não tem finalidade de comprar o material desejado, mas registrar o preço para uma possível e futura aquisição. *Serve para compras rotineiras de bens padronizados ou serviços. A seleção será feita por concorrência, ou pregão, para bens e serviços comuns. Tem validade máxima de um ano, a partir da ata de registro de preços. Durante esse período, a AP, se e quando precisar, comprará da empresa com o melhor preço. Ao final do registro de preços, não haverá necessariamente um contratação. Selecionados os vencedores, será firmada uma ata de registro de preços, de cunho normativo, que vinculará as partes no caso de futuras contratações.*

[42] Comentário: II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

10. REGIME DE PREFERÊNCIAS DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Art. 170, IX, da CRFB. As compras públicas movimentam grandes quantias de dinheiro. Podem ser utilizadas para realizar políticas públicas. Tratando desigualmente os desiguais será realizado o disposto no art. 179 da Constituição. Não só para obter a proposta mais vantajosa. Os benefícios estão previstos na Lei Complementar n. 123/06. Não há distinção entre ME e EPP dentro das licitações.

10.1. Prorrogação do prazo de entrega da documentação fiscal

A empresa que não está em dia com os tributos será desclassificada (seja na fase prévia ou na posterior). As ME e EPP têm até dois dias depois de serem declaradas vencedoras para regularizarem sua documentação. Se na fase de habilitação ela está irregular, ela continuará no procedimento, tendo dois dias após serem declaradas vencedoras para regularizar sua documentação.

10.2. Empate ou empate ficto

Se há empate, as ME e EPP têm preferência na contratação. Foi criado o empate ficto: as ME ou EPP que estiverem até 10% acima da melhor proposta (de licitante não ME ou EPP) poderão cobrir o lance. Se a modalidade for pregão, o limite é 5% acima. Quando houver o empate ficto, a primeira ME/EPP poderá oferecer nova proposta ou lance; se não quiser, chama-se a segunda, até se esgotarem as ME/EPP fictamente empatadas com a melhor proposta ou esta for coberta.

10.3. Licitação exclusiva

A AP deve realizar licitações exclusivas para ME e EPP para contratos de até 80 mil reais. Só ME e EPP poderão participar. Exceções estão nos arts. 47 e 48 da LC n. 123. Art. 49. Não vantajosidade é um requisito muito amplo, que pode ser utilizado quase sempre para afastar a licitação exclusiva. Pode haver licitação diferenciada que obrigue o licitante vencedor a subcontratar ME/EPP na execução do objeto; ou quando o objeto for fracionado, reservando-se parcela exclusiva para ME/EPP.

11. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

Aprovado em razão dos grandes eventos: Copa de 2014 e Olimpíadas de 2016. O Brasil não tem a infraestrutura adequada para esses eventos; a Lei n. 8.666 é minuciosa e poderia atrasar as obras públicas necessárias para os eventos. O governo tentou alterar a LL especificamente para essas obras, flexibilizando-a. A MP não passou no Congresso. Em 4.8.2011 foi aprovada a Lei n. 12.462, que trata da organização de órgãos da presidência da República, da ANAC, da Infraero e correlatos e, por fim, institui o RDC. Ou seja, a lei tem vários temas totalmente diferentes. Manobra política para aprovação. É uma modalidade de contratação diferenciada.

[43] Comentário: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[44] Comentário: Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

[45] Comentário: Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto n. 7581/2011

11.1. Aplicação

Rege as licitações voltadas à Copa das Confederações, Copa do Mundo e Olimpíadas, além dos aeroportos necessários aos eventos. Foi estendida por leis supervenientes para obras do PAC. A lei n. 12.722/2012 estendeu às obras e serviços de engenharia voltadas ao ensino. A Lei n. 12.745/2012 estendeu o RDC para obras e serviços de engenharia ligadas ao SUS. Dizem que o RDC substituirá a LL... *A aplicação é discricionária, a AP pode optar pelo regime da 8.666.*

11.2. Características peculiaridades ao RDC

a) Afastamento da Lei n. 8.666/93

Determina o afastamento absoluto da Lei n. 8.666, que não será aplicada nem subsidiariamente, a não ser quando a lei do RDC assim dispuser. Outras legislações sobre licitações e contratos determinam a aplicação da LL, mas o RDC é para evitar completamente a Lei n. 8.666. As obras que estão erradas, feitas de última hora, não a LL. Movimento oportunista do governo.

b) Possibilidade de multijudicação

Art. 11. É possível duas empresas serem contratadas para executarem o mesmo objeto, ao mesmo tempo. Na LL é proibida a superposição de contratos. Operacionalmente, é provável dar errado duas empresas fazerem a mesma coisa. A fiscalização também é mais difícil, para medir o que cada uma está fazendo.

c) Sigilo dos orçamentos

Art. 6º, § 3º, RDC. A AP deve fazer uma análise de mercado para então licitar. Essa pesquisa deve ser divulgada, para que as empresas saibam qual é o valor aproximado. É útil para desclassificar os preços inexequíveis. No RDC essa análise, obrigatória, é sigilosa e não é divulgada aos licitantes até o encerramento da licitação. Vantagem: não fazer com que as empresas elevem seus valores até o que a AP já esperava. Desvantagem: as propostas inexequíveis dificilmente serão desclassificadas, pois o licitante pode perguntar a base de sua desclassificação; o orçamento pode ser alterado na surdina. Órgãos de controle (TCE, TCU, MP) podem ver os orçamentos. *Quantitativos e demais elementos necessários para as propostas deveriam ser divulgados (Marçal).*

d) remuneração variável

Pagamento de acordo com o resultado, com a produtividade da empresa. Paga-se de acordo com o que a empresa efetivamente executar. É uma modernidade da Lei n. 12.462. É combinado que o valor pode variar de acordo com o nível da execução (pode haver escalonamento de preços de acordo com o tempo gasto. Ex.: terminar em 1 semana, 100% do valor; terminar em 2, 90%).

e) Contrato de eficiência

[46] Comentário: Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

[47] Comentário: Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tomado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Art. 23, § 1º. O contratado é remunerado pelo percentual de economia gerada para a AP. Resultados mais eficientes serão melhor remunerados. Resultados melhores, pelo menos iguais ao contratado, com menos gastos para a AP. *É ligado ao tipo de maior retorno econômico.*

f) *Contratação integrada*

Na Lei n. 8.666, a empresa que faz o projeto básico (quando a AP contrata a empresa para isso) não pode participar da licitação da obra (quem planeja não executa). A tendência é que a empresa que planejou aumente a obra para ganhar mais na execução. Art. 9º, RDC. A contratação integrada do RDC é permissivo para que no mesmo procedimento sejam licitados o projeto básico, projeto executivo e a execução da obra. A licitação de um estádio, e.g., necessita de um projeto básico anterior para orientar os gastos, senão o ente público entra na licitação pensando que gastará X e termina por gastar 4X. Não há pesquisa de mercado, não há previsão de gastos fundamentada, é um "chute". Como há sigilo nos orçamentos, não haverá problema para o governo. Nesse caso, uma só empresa fará as três etapas. Art. 9º, § 4º. É proibido termos aditivos nos contratos feitos com base no art. 9º, para evitar aumento excessivo dos custos. Se a empresa disse que faria tudo por tal preço, deveria cumpri-lo até o final. Mas para recomposição do equilíbrio financeiro, nos casos fortuitos ou de força maior, poderá ser feito termo aditivo; ou ainda por necessidade de adequação para melhores resultados. Ou seja, os aditivos são facilmente feitos, aumentando os gastos previstos inicialmente na obra.

11.3. *Procedimento licitatório (peculiaridades do RDC):*

a) *Inversão das fases*

Primeiro são julgadas as propostas, depois verifica-se a habilitação. É um avanço da lei.

b) *RDC eletrônico*

Art. 13. É preferencial, regra, para o RDC, tal como o pregão.

c) *Prazos de publicação*

Art. 15. Prazo mais reduzido é de 5 dias úteis para aquisição de bens.

d) *oferecimento de propostas: sistema aberto e fechado*

Serão abertas ou fechadas. No primeiro serão feitos lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. No sistema fechado, as propostas serão mantidas em sigilo até a divulgação. Há um sistema combinado (tipo pregão), que são feitas propostas iniciais, sigilosas até a divulgação, para então haver a fase de lances verbais.

e) *Tipos de licitação*

Segue a LL. Exceção feita pelo art. 18, V: tipo de licitação por maior retorno econômico. Envolve não só o menor custo direto, mas outros indiretos (de natureza econômica, social ou ambiental). Como será julgada uma proposta com base no maior retorno? É de difícil implementação. No caso

[48] Comentário: § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

[49] Comentário: Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

do menor preço, custos indiretos também podem ser considerados, se mensuráveis.

f) *Negociação com o licitante vencedor*

*Art. 26. Depois de **classificados os licitantes**, pode haver negociação se o valor for maior do que o valor inicialmente estimado (sem que o licitante saiba do orçamento). Inclusive, se ele não aceitar, poderá ser desclassificado e chamar o segundo colocado **e assim sucessivamente**.*

g) *Fase recursal única*

Antes de encerrar a licitação, abre-se uma fase recursal para tudo, de uma vez.

Unidade II: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS

Art. 54 e seguintes da Lei n. 8.666/93. A 8.666 é quase um código de Direito Administrativo: trata de licitações e contratos.

[50] Comentário: Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

2. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os cidadãos são livres para contratarem entre si, salvo nas hipóteses proibidas legalmente. O Direito Administrativo adapta a teoria dos contratos ao Regime Jurídico Administrativo (RJA), que é o complexo de prerrogativas e sujeições às quais a AP se submete. Pessoas não precisam licitar, mas a AP precisa (sujeição). Há também prerrogativas para proteger o interesse público, que desequilibram a relação jurídica entre as partes. Em tudo que há interesse público, aplica-se o RJA. A AP precisa dos particulares para realizar suas atividades.

2.1. Gênero

Contrato da AP é gênero. Uma das partes é o Estado, necessariamente.

a) contratos administrativos

É regra. Na maior parte das vezes, a AP leva as prerrogativas do RJA para dentro do contrato. Não é a mera presença da administração num dos polos que caracteriza o contrato administrativo. *Peculiaridade: há possibilidade de a AP alterar ou extinguir o contrato unilateralmente, fiscalizar e aplicar sanções, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante.*

b) contratos de direito privado da AP

São aqueles em que a AP, por força de lei, não leva ao contrato todas as prerrogativas que possui. Contratos regidos precipuamente (não totalmente) pelo direito privado. *Há conteúdo e efeitos de direito privado.* Algumas características são de direito privado. Contratos de seguro (há norma especial para esses contratos), financiamento, locação (quando AP locatário; lei do inquilinato), compra e venda (regido pelo CC), AP como usuária de serviço público (UFMG contratando a COPASA, CEMIG etc.), contratos regidos predominantemente pelo direito privado (quando há regramento específico), dentre outros. Nesses contratos a AP se iguala aos particulares, sem prerrogativas.

3. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR: ART. 22, XXVII, DA CRFB'88

É da União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

[51] Comentário: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

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;

4. **LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

Lei n. 8.666/93; Lei n. 8.987/95 (concessões de serviços públicos); Lei n. 11.079/04 (parcerias público-privada); Lei n. 12.232/10 (contratos de publicidade); Lei n. 12.462/11 (RDC).

5. **CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS**

5.1. **Submissão ao regime jurídico administrativo**

É o regime que trata das relações jurídicas que a AP estabelece. O RJA é baseado na indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado. Interesse público é conceito jurídico indeterminado, qual é o interesse maior que a AP persegue? O pêndulo do contrato se volta à AP, que visa ao interesse público.

5.2. **Presença da administração em pelo menos um dos polos da relação**

Todo contrato administrativo tem a AP num dos polos da relação, mas nem sempre que a AP está num dos polos será contrato administrativo (pode ser contrato de direito privado).

5.3. **Desigualdade entre as partes: superioridade da AP**

Em favor da AP há prerrogativas previstas na lei ou também no contrato para o resguardo do interesse público. O contratante, apesar disso, é protegido em seus interesses econômicos. O contratante está mais protegido no contrato administrativo do que em um contrato comum de direito civil.

5.4. **Obediência à forma prescrita em lei**

O contrato comum, de acordo com o CC, pode ser de forma prescrita ou não defesa em lei. Vale tudo, desde que não haja vedação legal. A AP, para a qual vige o princípio de legalidade estrita (administrativa), deve observar necessariamente as formalidades que a lei estabelece.

6. **FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

6.1. **Proibição do contrato verbal**

Art. 60, § único. O contrato deve ser escrito. O contrato verbal para a AP é vedado.

- exceções

Contratos de pequena monta (até R\$4000) de pronto pagamento podem ser celebrados verbalmente. Ex.: maçaneta da porta da prefeitura que quebra e precisa de um chaveiro com urgência. O serviço será contratado verbalmente, para não engessar, travar a AP em situações corriqueiras. Mas há formalidades nesse caso: nota fiscal para prestação de contas; posterior justificação da escolha do prestador.

6.2. Possibilidade de substituição do contrato

Art. 61, § único. O extrato (objeto, partes e valor) do contrato deve ser enviado para publicação na imprensa oficial até o 5º dia útil do mês posterior à celebração, para que saia no diário oficial até o 20º dia corrido contado do dia em que foi enviado. É condição de eficácia do contrato. A não publicação dentro do prazo é vício sanável. No caso de publicação fora do prazo, deverá haver cláusula de convalidação dos atos ocorridos durante o atraso no contrato publicado, sanando o vício. Para ser eficaz o contrato deve ser publicado, pois até então havia ilegalidade.

6.3. Cláusulas essenciais: art. 55

Traz 13 cláusulas obrigatórias nos contratos administrativos. O contrato é obrigatório para licitações nas modalidades tomada de preços e concorrência, bem como nos casos de contratação direta cujo valor estaria dentro das duas modalidades. Acima de R\$ 80 mil para bens e serviços; R\$ 150 mil para obras e serviços de engenharia. Nas hipóteses do art. 62, caput e § 4º, o contrato pode ser substituído por nota de empenho (define-se uma parte do orçamento e emite um documento que diz que a empresa pode prestar o serviço, pois o valor está reservado. Contém objeto, contratada, orçamento reservado, prazo de execução), carta contrato, ordem de serviço (determina à empresa que ela comece a execução, quando há contrato vigente ou quando a própria ordem substitui o contrato). Quando há compra de bem com entrega imediata (não parcelada) e que não estabeleça obrigação futura pode-se dispensar o contrato, independentemente do valor da compra. Ex.: comprar as carteiras para a faculdade, entregues imediatamente; compra de computadores que exigem assistência técnica não dispensa o contrato.

- vinculação ao edital: art. 55, XI

Cláusula de vinculação ao edital. O contrato continua sendo regido pelo edital de licitação. Este não morre com o encerramento da licitação e deve ser observado durante toda a execução contratual. Os parâmetros da contratação foram fixados na licitação, de acordo com o edital. A mudança de condições, previstas na licitação, durante execução fere a lisura do procedimento.

- manutenção das condições de habilitação: art. 55, XIII

Todas as condições para a habilitação devem ser mantidas, da contratação até o fim da execução contratual. Se perde um dos requisitos de habilitação perde a condição de contratada pela AP. Depois de um tempo de descumprimento (3, 4, 5 meses), o contrato deve ser rescindido. Toda vez que a empresa manda uma nota fiscal para receber, a AP conferirá os documentos de habilitação. Dependendo da natureza da obrigação, o contrato estabelecerá a periodicidade da conferência (regularidade de débitos trabalhistas será conferida mensalmente, mas registro do CREA, e.g., anualmente).

6.4. Duração dos contratos administrativos: art. 57

Art. 57, § 3º. É vedado contrato administrativo por prazo de vigência indeterminado. Em geral,

[52] Comentário: Parágrafo único. A publicação é resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[53] Comentário: CABM fala que é contado da data da assinatura, mas pelo art., parece que é do envio mesmo.

[54] Comentário: Art. 55. São o cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução e a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; ...

duram enquanto durarem os créditos orçamentários definidos para a execução do contrato (ou seja, máximo de 12 meses). A Lei n. 8.666 é de 93, época de inflação descontrolada, uma das razões para a limitação. O orçamento é de 01.01 até 31.12.

- exceções

i) Art. 57, I. Quando o contrato for pago com orçamento previsto em Plano Plurianual (4 anos), pode durar mais, **de acordo com as provisões do plano**. Quando a obra dura mais de um ano deve estar no plano plurianual.

ii) Art. 57, II. Serviços de prestação continuada são aqueles que a necessidade não cessa (ex.: vigilância, limpeza etc.). Nesses casos a duração também pode ser maior: inicialmente será contratado pelo prazo de um ano, podendo ser prorrogado por iguais períodos até o limite de 60 meses. Não é possível um primeiro contrato por mais de 12 meses. Tem que ser de 12, para prorrogar depois. Cada prorrogação deve ser comprovadamente vantajosa (o serviço pode ter baixado de preço, e.g.). Art. 57, § 4º. Findos os 60 meses, na impossibilidade de nova licitação, poderá ser prorrogado por mais 12 meses em hipóteses excepcionalíssimas justificadas e autorizadas pela autoridade máxima do órgão.

iii) Art. 57, IV. Outra exceção é para aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, que podem ser contratados pelo prazo inicial de 48 meses.

iv) Art. 57, V: art. 24, IX, XIX, XXVIII e XXXI. Contratações peculiares. Podem ter vigência de até 120 meses, se de interesse da administração. As exceções são taxativas, só estabelecidas por lei. São i) casos estabelecidos por decreto presidencial de segurança nacional; ii) compras de armamentos para as Forças Armadas; iii) bens e serviços de alta complexidade tecnológica e importante para a defesa nacional; e iv) contratações que visam ao incentivo da inovação e pesquisa científica.

6.5. Natureza de contrato de adesão

A minuta do contrato já vai em anexo ao edital. Não pode ser modificada no momento da assinatura; as partes não podem alterar as cláusulas. Com o edital, os licitantes criam a expectativa de contratar com a AP naqueles termos.

6.6. Natureza intuitu personae

O contrato é celebrado em razão da pessoa. Importa à AP as características pessoais do contratado. Aquele a quem foi adjudicado o objeto deve ser contratado pela A; contratar outro é burlar o procedimento.

- vedações de subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação

Art. 78, VI, LL. O objeto não pode ser repassado para terceiros. Empresa que vence a licitação não pode repassar o objeto para terceiros em razão da natureza intuitu personae do contrato. Se

[55] Comentário: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

[56] Comentário: II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

[57] Comentário: § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

[58] Comentário: IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

[59] Comentário: Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

a AP escolheu aquela empresa especificamente dentre várias, é ela quem vai fazer.

Pode haver subcontratação parcial, desde que expressamente admitida no contrato. Ex.: objeto é complexo e a mesma empresa não tem todo maquinário necessário. Se não há nada no contrato, é vedada. O TCU diz que a subcontratação parcial não pode exceder 30% do valor total do contrato.

A cessão do objeto, total ou parcial, nunca é possível. Cessão significa a transferência do vínculo com a AP para outra pessoa. A vencedora passa o objeto para outra executar. É considerado burla à licitação.

Fusão, cisão e incorporação envolvendo empresa contratada (casos em que a empresa que venceu deixa de existir) gera a rescisão do contrato, a não ser que seja expressamente permitido no contrato.

6.7. Cláusulas exorbitantes

O que define o contrato administrativo como tal são as cláusulas exorbitantes; o fato de não haver absoluta isonomia entre as partes é que define o contrato administrativo, para o professor. São cláusulas que dão poderes especiais à AP e que não existem em um contrato civil comum.

a) Exigência de garantia: art. 56

A AP pode (não necessariamente deve) exigir garantia de que a empresa irá cumprir o contrato até o fim. Se ocorrer algum prejuízo durante a execução, a garantia serve para o ressarcimento. Pode ser caução em dinheiro ou título da dívida pública (será um depósito); seguro-garantia (por meio de seguradora que faça isso); ou fiança bancária. São três modalidades de garantia à escolha da empresa. O valor normal (e limite) é de 5% do valor total do contrato. Em licitações de grande vulto pode ser exigido até 10% do valor como garantia.

b) Alteração unilateral: art. 58, I

Nos contratos regidos pelo Direito Civil, alterações serão celebradas bilateralmente em termo aditivo. Na AP há exceção a essa regra. Em algumas hipóteses o contrato pode ser alterado unilateralmente. Em razão de circunstâncias específicas de cada caso (eventos supervenientes e inesperados à licitação), pode ser necessário alterar o contrato para alcançar os interesses iniciais. A AP pode fazer acréscimos ou supressões contratuais, ainda que sem concordância da contratada. A prerrogativa de alteração unilateral estará prevista no contrato, mas se não estiver, está na Lei n. 8.666, art. 65, I. Alterações devem respeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se o objeto será aumentado, o pagamento também será; se houver diminuição, o pagamento será menor (art. 65, § 6º). Pode ser de duas formas:

- Alterações quantitativas
- 25%

[60] Comentário: Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[61] Comentário: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[62] Comentário: § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Art. 65, I e § 1º. Pode haver acréscimos ou supressões até 25% do valor do contrato. Ex.: a AP contrata uma empresa que coloca 100 pessoas para prestarem um serviço. A AP pode exigir o aumento para 125, ou decréscimo para 75. Se a empresa não cumprir pode ser punida. Não pode aumentar mais de 25% nunca; mas pode diminuir mais de 25%, se a contratada concordar. Aumentar em excesso pode caracterizar burla à licitação. Será elaborado um termo aditivo, sem necessidade de assinatura da contratada; a garantia pode ter de ser aumentada.

- 50%

Art. 65, I e § 1º. Para os casos de reforma de edifícios ou de equipamentos o acréscimo pode chegar a até 50% do valor inicial do contrato. Isso porque reformas são mais imprevisíveis do que a construção de algo totalmente novo. Mas a diminuição nesses casos não pode passar de 25%.

- Alterações qualitativas

Alteração no modo de execução, na forma como o contrato está sendo cumprido. Nem sempre resulta em alteração do valor do contrato, mas pode acontecer que aumente. O acréscimo não encontra limite na lei, mas o TCU diz que alteração qualitativa deve respeitar os valores das alterações quantitativas, *salvo hipóteses excepcionalíssimas que em que a limitação significaria sacrifício insuportável e gravíssimo ao interesse público*. Acórdão n. 215/99. É feito para melhor adequação técnica da execução do contrato. Adequa o contrato à realidade.

- Limites e possibilidades

Alterações qualitativas não podem mudar completamente o escopo, a natureza, do objeto. Ex.: o contrato era para construir uma escola e a AP pede para fazer uma praça. É burla à licitação.

c) **rescisão unilateral:** [art. 58, II c/c 79, I](#)

A bilateralidade da rescisões dos contratos no direito privado é mitigada no Direito Administrativo. Os atos administrativos são autoexecutáveis: a AP pode decidir e rescindir o contrato nas hipóteses arroladas, sem recorrer ao Judiciário. A rescisão não pode ser arbitrária; será precedida de processo administrativo, com ampla e prévia defesa e contraditório da empresa. É ato administrativo restritivo de direito, sendo necessário o devido processo administrativo. As hipóteses de rescisão unilateral estão no art. 78, incisos I a XII e XVII.

- **Inadimplemento com culpa:** [art. 78, I a VIII](#)

Se a empresa infringir alguma regra contratual a AP pode rescindir o contrato. Empresa deixou de cumprir, cumpriu de forma lenta, deixou de prestar o serviço etc. São motivo para retomada do objeto (ver abaixo), execução da garantia contratual e retenção de créditos do contratado para ressarcir a AP.

- **Inadimplemento sem culpa:** [art. 78, IX a XI](#)

Hipóteses em que a empresa deixa de cumprir o contrato, mas não por sua causa. Ex.: falência da

[63] Comentário: § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

[64] Comentário: Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

[65] Comentário: Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem ...

[66] Comentário: IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

empresa etc.

- **Razões de interesse público:** art. 78, XII

Interesse público é conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado por quem aplica. Serve para justificar quase tudo. Deve ser muito bem fundamentado.

- **Caso fortuito ou força maior:** art. 78, XVII

Eventos inesperados, imprevisíveis e indesejados pelas partes que impedem a execução do contrato.

- **Hipóteses em que poderá haver indenização**

Nas hipóteses acima (menos na primeira), a empresa, comprovando os prejuízos, poderá pleitear o ressarcimento. São os casos em que a rescisão ocorreu não por culpa do contratado.

d) Fiscalização do contrato

A AP pode nomear um fiscal do contrato, que tem a prerrogativa de acompanhar toda a execução, ter acesso ao local etc. para fiscalizar o seu cumprimento.

e) Aplicação de sanções administrativas: art. 87

A AP tem prerrogativa de aplicar penalidades pelo descumprimento contratual por culpa da empresa (**infração administrativa**). Por também ser ato administrativo restritivo de direito, deve haver prévia e ampla defesa e contraditório. Além da rescisão, a empresa pode sofrer as seguintes sanções:

- **Advertência**

É a mais leve. Não é mera admoestação verbal. É penalidade formal, que será registrada no registro cadastral da empresa. Também exige o devido processo legal. O normal é ficar registrada a advertência por 5 anos. Não há tipificação das condutas a serem advertidas ou multadas. **Efeitos: submeter o particular a uma fiscalização mais atenta e comunicá-lo de que a reincidência será punida mais severamente, mas não o afeta fora do contrato.**

- **Multa**

Única penalidade que pode ser acumulada com qualquer outra. É sancionatória, não moratória (atraso da empresa no cumprimento do objeto). Pode haver cumulação de multa sancionatória e moratória. O percentual da multa sobre o valor do contrato estará no edital ou contrato. **Também não deve afetar o particular fora do respectivo contrato.**

- **Suspensão temporária: art. 87, III**

É penalidade grave; de até dois anos. Suspende o direito de licitar e contratar com a AP pelo prazo fixado na penalidade. A suspensão temporária é para o ente que aplica a penalidade; gera efeitos apenas para este ente. Ex.: município de BH que aplicou a pena, a União pode contratar

[67] Comentário: XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[68] Comentário: XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

[69] Comentário: Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

com a empresa. *É para casos de definidos também como crime (CABM). Não há tipificação para os casos em que se aplicaria a suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, a escolha pela aplicação dessas penas acaba sendo um pouco discricionária, o que é perigoso (Marçal).*

- **Dedaração de inidoneidade para licitar e contratar**

É ainda mais grave. O prazo não será inferior a 2 anos e até o ressarcimento da AP pelos prejuízos resultantes da conduta do particular (*reabilitação*). Não há prazo máximo, só mínimo. O prazo máximo, em interpretação sistemática do ordenamento, é de 5 anos (em analogia com o art. 7º da Lei n. 10.520), pois não há penalidade perpétua no Brasil. *Nem sempre a conduta grave gera prejuízo, mas mesmo assim a punição terá limite temporal (para a reabilitação a empresa deve demonstrar que tomou providência para não repetir sua conduta, e.g.).* A penalidade aplicada por um ente alcança licitações e contratos a serem celebrados com outro ente. Não há pacificação sobre o tema, nem no TCU. A lei diz que a pena impede a contratação com a administração pública, sem definir qual. A declaração de inidoneidade por um ente abrange todos os demais, segundo interpretação conjunta com o art. 6º, XI e XII, da LL. Para fins de aplicação, autoridade máxima do órgão são os Ministros de Estado, Secretários de Estado, prefeitos etc. *Pode uma decisão de um ente vincular os demais? A penalidade aplicada por um Município qualquer pode impedir a União de contratar com a empresa? É discutível. Também é sanção aplicável nos casos de definidos também como crime (CABM).*

- **Impedimento de licitar e contratar**

Prevista na lei do pregão, n. 10.520. É exclusiva para essa modalidade.

f) **Anulação**

Art. 59 trata da anulação do contrato administrativo. Súm. 473, STF: a AP pode anular, de ofício, ato viciado. A AP pode anular unilateralmente, sem recorrer ao judiciário, quando houver vício insanável. Se for sanável, deve ser convalidado. Despesas decorrentes do contrato (ex.: empresa já comprou matéria-prima, contratou empregados etc.) feitas antes da anulação serão ressarcidas se o contratado estiver de boa-fé. É incabível que um erro da AP no processo licitatório ou no contrato cause prejuízo a alguém de boa-fé. A anulação demanda prévia e ampla defesa e contraditório. O contratado tem prazo para apresentar suas razões de defesa. Decidido pela anulação, poderá apresentar provas de danos em razão de compromissos assumidos em decorrência do contrato. Pode pedir lucros cessantes, se comprovados. Poderá recorrer ao Judiciário, se não obter administrativamente. É cláusula exorbitante, pois no Direito Civil uma das partes não pode anular unilateralmente o contrato, mas apenas por meio do Judiciário.

g) **Retomada do objeto**

Arts. 58, V; 80, I e II. Está ligada ao princípio da continuidade do serviço público. Atividades da AP são contínuas, não podem parar, mesmo se houver algum problema. O direito de greve na AP não é igual (e não é tratado igualmente na Constituição), pois as atividades (ex.: greve no transporte

[70] Comentário: Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

[71] Comentário: Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

público) não podem parar. O prejuízo causado pela interrupção das atividades da AP é de todos, gera efeitos em grande escala. Com base nesse princípio, há essa cláusula. No contrato administrativo, a AP delega a execução do objeto ao particular, que agirá em nome dela, mas continua sendo titular do serviço. Se tiver algum problema na execução, a AP pode retomar o serviço para si, podendo até se utilizar dos equipamentos, estrutura, funcionários etc. do particular. A utilização provisória dos meios e pessoas é passível de indenização. Uma atitude dessa não decorre de uma atitude isolada do particular; é para casos sérios.

h) Restrições ao uso da “*exceptio non adimpleti contractus*”

Art. 78, XV. Relacionada com o Direito Civil. Se uma das partes para de prestar a obrigação, a outra pode parar de prestar a sua. O princípio existe nos contratos administrativos, mas é restringido. Se a AP deixar de cumprir sua obrigação (ex.: atrasa no pagamento pela prestação do serviço), o particular deve continuar a prestar a sua. Até o prazo de 90 dias (salvo casos de calamidade, perturbação da ordem ou guerra) a contar do inadimplemento, a empresa tem que suportar o atraso da AP, sem poder se valer da exceção do contrato não cumprido. Ela tem esse dever. Depois desse tempo, ela pode suspender o serviço até que a AP cumpra sua parte para retomar ao serviço ou recorrer ao Judiciário para rescindir o contrato, pleitear as parcelas em atraso e indenização. Também decorre do princípio da continuidade do serviço público. Os riscos de se contratar com a AP são maiores, por isso o preço (pago pelos serviços) é maior. A empresa poderá fazer pedido de reequilíbrio da adequação econômico-financeira.

Art. 78, XIV. Se a AP suspende a execução do contrato por mais de 120 dias (corridos ou intermitentes), o contratado pode suspender o cumprimento de suas obrigações ou pedir a rescisão do contrato.

Art. 78, XVI. Se a AP não liberar, no prazo previsto, documentos, local da execução do serviço etc. necessários para o início ou continuidade do serviço (ex.: o prédio em que a empresa presta serviços de limpeza não foi aberto por um funcionário público), estará liberada da obrigação, possibilitando a exceção do contrato não cumprido.

7. MUTABILIDADE

Apesar do exercício das inúmeras prerrogativas em favor da AP, admitidas em nome do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser mantido durante toda a sua execução; é um respeito mútuo de interesses. Equilíbrio econômico-financeiro significa a razão *igualitária* existente entre o que a empresa gasta (se obriga) e o que recebe pelo contrato (compensação). A equação econômico-financeira abrange, além dos valores finais, prazo de pagamento, periodicidade do pagamento e qualquer outra vantagem ou encargos que advenham do contrato. A perspectiva de ganho inclui o lucro, que é permitido. Mas lucro exorbitante, indevido, é proibido. Alterações nas condições contratuais

[72] Comentário: Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

[73] Comentário: XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

[74] Comentário: XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

que afetem os valores devem ser acompanhadas de alteração na remuneração. A rescisão por conveniência da AP deve ser indenizada. As condições iniciais da proposta é que devem ser mantidas, não as condições do contrato. Isso porque a empresa apresenta uma proposta e, tempos depois, assina o contrato. As condições financeiras, que foram definidas na proposta, podem ter mudado na época do contrato. Ex.: empresa oferece proposta para assumir transporte público por preço x, mas, antes da assinatura do contrato, um acordo eleva o salário dos motoristas; logo, o aumento dos gastos deve ser correspondido por aumento do pagamento por parte do Estado, para manter o equilíbrio econômico-financeiro. O desequilíbrio pode ser causado por fatores internos ou externos, contra ou a favor da vontade das partes.

7.1. Risco (álea) administrativo

Decorre do risco que corre a empresa por ter contratado com a AP, pois esta tem prerrogativas que podem causar o desequilíbrio. Decorre de 3 fatores (ação ou omissão da AP que desequilibre o contrato administrativo e que demanda o reequilíbrio).

a) Alteração unilateral

Art. 65, § 6º. Durante a execução do contrato, a AP pode alterar qualitativa ou quantitativamente o contrato para melhor atender aos interesses públicos (visto acima). Quando a AP altera dessa forma, há álea administrativa, cabendo o reequilíbrio. O desequilíbrio pode ser em favor do particular: se a AP está pagando mais do que deveria, também deverá haver reequilíbrio.

[75] Comentário: § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

b) Fato do príncipe

Art. 65, II, d. Decorre do risco de a AP tomar atitudes na condição de Estado, de potestade pública, que causem desequilíbrio no contrato. Não é ato na condição de contratante; não é uso das competências contratualmente estabelecidas e não provocam inadimplência ou falta contratual. Ex.: Município, na condição de Estado, eleva o ISS, causando efeitos em toda a cidade, inclusive na prestação de serviços que contratou com particular. Maria Sylvia: só será fato do príncipe se o desequilíbrio foi causado por ato do próprio ente que contrata o serviço. Ex.: Município tem contrato administrativo com um particular, que é afetado pelo aumento de ICMS: é de álea econômica (abaixo). José dos Santos Carvalho Filho tem entendimento diverso: alteração de qualquer ente (mesmo que não seja contratante) é considerada fato do príncipe.

[76] Comentário: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

c) Fato da administração

Quando a AP toma atitude ligada intrinsecamente ao contrato, na condição de contratante, que não seja alteração unilateral (a alteração unilateral é um tipo de fato da administração), que desequilibra o contrato. Ex.: não entregar o canteiro de obra no prazo; atrasar a entrega de um projeto; determinação da paralisação da obra por um tempo em razão de interesse público etc. O reequilíbrio será feito por fato da AP na condição de contratante (em contraposição ao fato do príncipe). Fato da administração é a conduta irregular da AP, que viola direitos do contratado, dificultando ou impedindo a execução contratual (CABM).

7.2. Risco (álea) econômico ou teoria da imprevisão

Rebus sic standibus. As coisas devem permanecer como estão. Entretanto, fatores externos independentes da vontade da AP ou do contratado, podem desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato. Inflação, câmbio, preço de matéria-prima e mão de obra etc. Acontecimentos que tomam a execução do contrato inviável para o contratado. Não há limite exato entre as áleas ordinária e extraordinária.

a) Risco (álea) ordinário

É previsível. Alguma mudança nas condições econômicas é esperada. Mudança mercadológica sob controle, esperada. Variação normal de câmbio, de inflação etc. O contrato já trará índice de correção monetária a ser empregado; reajustes anuais para corrigir o preço de mercado. Haverá reajuste por algum índice oficial: IPCA, IGP-M. O reajuste pode se dar de ofício.

b) Risco (álea) extraordinário

São imprevisíveis, inesperados; ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis (ex.: passagem de ônibus aumenta todo ano, mas pode ser que aumento acima do previsto, de acordo com o aumento do salário). Na ocorrência desses fatos deverá haver reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio de revisão. Art. 65, § 2º. A revisão será feita após requerimento do particular, que deverá apresentar a situação nova e provar o desequilíbrio ou deve ser providenciado de ofício pela AP, acompanhando as mudanças? A primeira corrente é a mais lógica.

Sujeições imprevisas: são dificuldades materiais, independentes da vontade das partes, anteriores à contratação, mas descobertos posteriormente. Se inviabilizarem a execução do contrato, devem ser reequilibrados como se fossem um fato superveniente imprevisível, pois não há menção no art. 65 a essas sujeições imprevisas (ex.: falha geológica no terreno da obra).

7.3. Força maior / caso fortuito

Também são eventos inesperados, mas que não estão dentro da álea econômica. Normalmente não decorrem da economia, mas da execução prática do contrato. Em geral, obras públicas (ex.: enchente que destrói obra em execução; atos de vandalismo etc.). O equilíbrio deve ser restabelecido por meio de revisão. Não são queridos pela AP, não decorrem do mercado; são inesperados; imprevisos. É a AP que arca com esse risco. Como não estava previsto na proposta, a AP deve indenizar totalmente.

8. RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

É a extinção do contrato antes do termo final, em virtude de fato que o torne inútil, inconveniente ou impossível de ser executado.

8.1. Rescisão por inadimplemento das partes

Art. 78. Casos em que o inadimplemento de uma das partes provoca a rescisão do contrato. A parte inadimplente deve indenizar a outra pelas perdas e danos. Hipóteses de inadimplemento do contratado (art. 78, I a XI e XVIII); da AP (incisos XIII a XVI). Se o inadimplemento é da contratada, a rescisão será unilateral da AP; se é a AP a inadimplente, a contratada deve pedir judicialmente.

8.2. Unilateral

Vistas acima. São cláusulas exorbitantes.

8.3. Amigável

Art. 79, II. Formalizada por acordo entre as partes. As partes devem concordar e a AP deve ter interesse para rescindir. Deve ser justificada com base em fato de interesse público. Se só a AP tem interesse em rescindir, pode fazê-lo unilateralmente. Se a empresa está descumprindo o contrato, ela pode tentar a rescisão amigável? Não, pois a AP, em tese, tem interesse na execução do contrato; e não em rescindi-lo, pelo contrário; ela terá prejuízos (fazer nova licitação, e.g.). A rescisão deve ser unilateral, no caso de descumprimento contratual, inclusive para ser ressarcida.

8.4. Judicial

Art. 79, III. Hipótese de intervenção do Judiciário. Quem mais procura o Judiciário para rescisões? Não a AP, pois suas decisões são autexecutórias. É a empresa que procura o Judiciário para rescindir contratos administrativos, por descumprimento contratual pela AP. Lembrar da cláusula exorbitante que excepciona a "exceção do contrato não cumprido": só depois de 90 dias a empresa poderá pleitear no judiciário a rescisão (e só por meio dele).

9. ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

9.1. Unilateral

Visto acima. Alterações quantitativas e qualitativas. A AP poderá alterar, unilateralmente cláusulas do contrato, podendo inclusive afetar os prazos contratuais originais. Qualquer alteração unilateral terá ensejo em fato superveniente que a justifique, pelo interesse público (art. 49), após o devido processo legal. Não podem ser utilizadas como punição ao contratado. As alterações qualitativas são as que alteram o projeto ou suas especificações (no meio da obra, descobriu-se uma barreira natural, e.g.) (art. 65, I, a). As quantitativas são aquelas que crescem ou suprimem o montante do objeto, modificando o valor inicial do contrato (art. 65, I, b).

9.2. Bilateral: art. 65, II

a) Equilíbrio econômico-financeiro

Art. 65, II, d. Visto acima. Para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes. Essa alteração é bilateral, por acordo entre as partes. A readequação do equilíbrio econômico-

[77] Comentário: II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação o, desde que haja conveniência para a Administração;

[78] Comentário: III - judicial, nos termos da legislação;

[79] Comentário: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração o para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando aléa econômica extraordinária e extracontratual.

financeiro não se sujeita aos limites das alterações unilaterais quantitativas.

b) *Garantia*

Uma das cláusulas exorbitantes permite à AP exigir garantia do contratado. Esta pode ser alterada por acordo entre as partes, formalizada em termo aditivo. Desde que a nova preencha os requisitos editalícios e seja suficiente, a AP não poderá se opor à alteração. Será obrigatória se a primeira perder o efeito.

c) *Execução do contrato*

Art. 65, II, b. O modo de execução, por motivos técnicos. Há alteração do regime jurídico da prestação (alterar de empreitada por preço global para empreitada por preço unitário, e.g.).

d) *Forma de pagamento*

Art. 65, II, c. Não atinge o preço devido, mas as condições de pagamento. Ex.: era para ser pago em 3 vezes, mas será melhor em 4. Se a outra parte quiser, pode alterar. Deve ser justificado em fato superveniente.

[80] Comentário: b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

[81] Comentário: c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

10. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO: REVISÃO, REAJUSTE, REPACTUAÇÃO

De acordo com as circunstâncias de cada caso, a recomposição do equilíbrio pode ser feita por revisão, reajuste ou repactuação de preços. Nas alterações unilaterais a empresa não precisa assinar o termo aditivo, mas o assina, normalmente.

10.1. *Revisão (recomposição) de preços*

Consiste em exame minucioso dos custos e vantagens diretos e indiretos para verificar qual foi a alteração substancial, restabelecendo o equilíbrio. Primeiro são calculados os custos previstos inicialmente; depois os custos efetivos durante a execução; depois deve ser comprovado que a diferença (desequilíbrio) decorreu de evento imprevisível e superveniente; por fim, serão adotadas as medidas de reequilíbrio. É procedimento complexo.

A revisão é alteração (álea extraordinária) com base em fato inesperado ou esperado de consequências incalculáveis. Quando precisa de algum fator externo para definir o tamanho da alteração, é revisão.

10.2. *Reajuste*

Diretamente ligado à inflação. É a simples indexação dos preços contratuais; feita periódica e automaticamente pelo índice oficial previamente estabelecido. A variação de preços e inflação é presunção absoluta de desequilíbrio contratual. O procedimento é simples e não demanda provas.

Reajuste não é recomposição do contrato, é apenas atualização monetária do contrato. Reajuste é da álea ordinária. Quando o índice já está no contrato é reajuste.

As alterações para equilíbrio econômico-financeiro sempre serão formalizados em termo aditivo. Art. 65, § 8º. Porém, reajuste não demanda termo aditivo, pois são anuais (há previsão legal disso) e previstos em contrato o índice aplicável, que é oficial. Não é necessário nenhum pacto entre as partes, pois já está no contrato. É feito por mero apostilamento: a AP determina o reajuste, sem necessidade de acordo.

10.3. *Repactuação*

É modalidade de revisão, realizada a cada doze meses, obrigatoriamente adotada em contratos de serviços contínuos com prazo superior a um ano, praticados pela AP federal indireta. Está prevista no Decreto n. 2.271. Tem semelhança no reajuste por ser anual; mas também é revisão, pois haverá discussão entre as partes sobre a variação (não é mera indexação).

Doutrina criou a repactuação. Fatos previsíveis mas de consequências incalculáveis. Execução de contratos de prestação de serviços sofrem modificações regulares, de acordo com as convenções coletivas de trabalho aumentam o salário da mão de obra. Tem data anual preestabelecida para a alteração, de acordo com as convenções coletivas.

11. *ESPÉCIE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*

11.1. *Contrato de fornecimento*

Regulados pela Lei n. 8.666.

11.2. *Contrato de prestação de serviços*

Regulados pela Lei n. 8.666. Prestação de serviços publicitários são regulados por lei própria.

11.3. *Contrato de obras*

De acordo com a obra, pode ser pelo RDC. Tem normatização na Lei n. 8.666 também.

11.4. *Contrato de concessão de serviço público*

Regulado pela Lei n. 8.666. É a delegação a particulares para exercerem o serviço em nome da AP. É feita por contrato administrativo, mas peculiar.

a) *Concessão comum*

É mais antigo, de 1995. Lei n. 8.997.

b) *Concessão precedida de obra pública*

Será estudado mais à frente.

c) *Parceria público-privada*

Tem duas modalidades. Serão estudadas. Muitas das cláusulas exorbitantes não existem nos contratos de PPP.

- concessão patrocinada
- concessão administrativa

12. CONVÊNIOS

12.1. Conceito e natureza jurídica

É pouco regulado na Lei n. 8.666/93 (só no art. 116); é mal regulado. A LL não diz ser necessário licitação para celebração de convênios, mas muitas vezes são celebrados convênios em casos em que deveria haver licitação e conseqüente contrato administrativo. Pode ser entre entes da AP ou entre a AP e particulares, quando tiverem objetivos comuns entre as partes. *Regulam condutas necessárias à produção de efeitos relevantes para a comunidade, gerando efeitos vinculantes e criando direitos e obrigações.* A diferença para o contrato é que ambas as partes do convênio têm interesses comuns, *organizacional*; nos contratos administrativos os interesses são contrapostos (obrigações recíprocas, *comutativas*: um quer um serviço feito, o outro quer dinheiro). *Convênios podem ser celebrados por mais de duas partes.* Contratos administrativos e convênios são do gênero “acordo”, que comporta duas espécies. A lei exige licitação apenas como procedimento prévio para assinatura de contratos administrativos.

Divisão dos contratos, segundo MJF: contratos administrativos em sentido amplo se dividem em i) contratos de direito privado (explicação acima); ii) contratos administrativos em sentido estrito; e iii) acordos de vontade. Os contratos administrativos em sentido estrito compreendem contratos de colaboração (para obras, bens e serviços; o que é falado até aqui) e de delegação (de serviços públicos a particulares). Já os acordos de vontade (3ª espécie) compreendem convênios, contrato de gestão, termo de parceria, consórcios públicos, contratos de fomento e TAC's.

Convênios, por objetivarem interesses comuns, não pressupõem pagamento entre as pessoas. Não têm intuito de benefício ou vantagem econômica para nenhuma das partes, mas pode haver repasse de verbas como subvenção, ressarcimento de custos pelo serviço. Ex.: convênio entre Município e ONG para prestação serviço em hospital; o repasse de verbas municipais não será pagamento, mas subvenção para custeio da atividade. Art. 116, § 3º, I. Por não ser pagamento, deve haver prestação de contas dos repasses.

O convênio pode ser de dois tipos:

* “Parcerias público público”: a AP está nos dois lados. Ex.: convênio entre PBH e PMMG para facilitar interesses comuns.

Obs.: Consórcio público, celebrado entre entidades da AP: entes públicos resolvem se unir para fins comuns. Será consórcio quando for criada uma nova pessoa jurídica (Lei n. 11.107). No convênio também há interesse comum, mas não é criada nova PJ. A doutrina antiga dizia que consórcio é feito entre entes de mesma natureza (dois um mais municípios); enquanto convênio

[82] Comentário: Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[83] Comentário: § 3o As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

seria celebrado entre pessoas de natureza distinta (Município e Estado, e.g.). Essa distinção não é mais válida: consórcios podem ser celebrados por entes de natureza distinta e convênios podem ser celebrados por entes de mesma natureza.

* “Parcerias público-privadas” (QUE NÃO SÃO OS CONTRATOS DE PPP, AS FAMOSAS PPP'S): AP em parceria com um ente privado.

12.2. Regramento: art. 116

a) necessidade de plano de trabalho

Art. 116, § 1º. Como as pessoas pretendem cumprir o convênio.

b) comunicação ao Poder Legislativo

Art. 116, § 2º. O Legislativo exerce controle externo sobre os atos do Poder Executivo. O Legislativo deve controlar os repasses; sustando os atos ilegais, se for o caso.

c) prestação de contas

Art. 116, § 3º. Deve haver prestação de contas, pois não há pagamento (quando a AP paga uma prestadora de serviços ela fará o que quiser com o dinheiro). Valores não gastos devem ser devolvidos (art. 116, § 6º).

d) desnecessidade de licitação

Dispensa licitação, pois não é contrato administrativo (em sentido estrito), o que acaba sendo porta para ilegalidades.

[84] Comentário: § 1o A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, com provação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

[85] Comentário: § 2o Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

[86] Comentário: § 6o Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Unidade III: SERVIÇOS PÚBLICOS

1. CONCEITO

Serviços públicos são um tipo de atividade administrativa. Serviços públicos sempre foram forma de parceria entre o poder público e os particulares, para que aquele alcançasse seus fins. O Estado é menos ou mais prestador de serviços de acordo com as opções políticas dos governantes. As necessidades sociais são mais ou menos fundamentais de acordo com o lugar e a época. O conceito de serviço público é histórico; altera bastante. No estado liberal, o Estado exercia mais o poder de polícia, deixando o mercado prestar os serviços. No Estado social, o poder público retoma a responsabilidade de prestar serviços públicos, para garantir direitos aos cidadãos. O Estado deixa de ser mera polícia e passa a ser prestador. Consequentemente, ocorre inchaço da máquina pública. Atualmente, a tendência é de retorno ao liberalismo (neoliberalismo). No Brasil, na década de 90 o Estado se afastou dos serviços de comunicação, setor energético etc., criando agências reguladoras.

CABM define assim: serviços públicos são comodidades ou utilidades oferecidas pelo Estado (que reputa pertinente a ele a atividade) a todos os cidadãos, de forma genérica, mas fruível por cada um individualmente. O Estado está oferecendo serviços, direitos, que não poderiam ficar a cargo apenas da iniciativa privada.

Por muito tempo se considerou que tudo o que o Estado fazia era serviço público. Hoje há separação das atividades administrativas estatais: serviço público, poder de polícia, atividades de fomento, atividade econômica. Cada atividade tem princípios e regras diferentes.

1.1. Características

- a) oferecimento de comodidade / utilidade material
- b) destina-se a todos, mas é fruível individualmente por cada cidadão
- c) dever do estado e direito dos cidadãos
- d) regido pelo regime jurídico-administrativo

Daí decorrem os princípios peculiares aos serviços públicos.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS E DEMAIS ATIVIDADES ESTATAIS

2.1. Serviço público e poder de polícia

Poder de polícia acontece quando o Estado limita, condiciona, restringe, a esfera de liberdades do cidadão. Quando fiscaliza as atividades particulares para que ocorram de acordo com a lei. Serviço público é prestação de comodidade, acréscimo, facilidade oferecida ao cidadão. Poder de

polícia não é malefício, mas acaba sendo um sacrifício, limitação de direitos; **pode ser fiscalização, prevenção ou repressão**. Exemplos de exercício do poder de polícia: tanto guarda ostensiva, quanto atividades fiscalizatórias, como vigilância sanitária. BHTrans é o que? Serviço público ou poder de polícia? Doutrina não está consolidada. Decidiu-se que a BHTrans não pode prestar poder de polícia (multar), pois presta serviço público.

2.2. Serviço público e obra pública

Obra pública é estática, pronta e acabada. Serviço público é dinâmico. **Obra pública é a construção ou qualquer outra alteração em imóvel público**. Ponte Rio-Niterói. Primeiro ocorreu uma obra pública (construção da ponte); hoje há serviço público (que tem suporte na obra) com a cobrança de tarifa para manutenção. Concessão de rodovias é a mesma coisa. Depois da obra acabada, começa o serviço público, normalmente.

2.3. Serviço público e fomento

É facilmente distinguível. A atividade de fomento é incentivo, estímulo, a algum setor da sociedade. O Estado não está prestando serviço, exercendo uma atividade. Ex.: apoio da ANCINE (o Estado não fez o filme, mas o possibilitou); diminuição de carga tributária para rede hoteleira.

2.4. Serviço público e atividade econômica

É a mais difícil de se definir. Quando exerce atividade econômica não pode prestar poder de polícia. Para Eros Grau, todo serviço público é atividade econômica (**em sentido amplo**). Existem algumas atividades que o Estado retira do mercado para prestar ele mesmo ou por meio de delegados: quando assume essa atividade, passa a ser serviço público. Atividade econômica é a que está no mercado; continuará sendo atividade econômica se o Estado não retira completamente a atividade do mercado. **Atividade econômica em sentido estrito é a permitida pelo art. 173, CF, havendo relevante interesse público ou por segurança nacional**. Correios: STF decidiu que a entrega de correspondência é exclusiva da ECT; encomendas podem ser prestadas por qualquer pessoa. A entrega de encomendas é atividade econômica; de correspondências é atividade econômica monopolizada pelo Estado. Controle de aeroportos, pela INFRAERO é serviço público, que está deixando de ser exclusivo. Apesar do afastamento do Estado em diversos setores, continua serviço público, mesmo que prestado pela iniciativa privada. Não é a mera natureza da atividade que toma o serviço público; é a escolha estatal de desempenhar a atividade, por ele mesmo ou por quem lhe faça as vezes. Se o Estado está prestando benefício fruível pelos cidadãos, uma comodidade, é serviço público. Serviços públicos: art. 175, CF. Serviços públicos não precisam ser monopolizados; já são do Estado. Atividades econômicas podem ser monopolizadas.

2.5. Serviços governamentais

CABM: toda vez que o Estado explora atividade econômica, para intervir na economia com base no art. 173, CF. **Correspondem à exploração de atividade econômica pelo Estado, concorrendo**

com particulares ou em regime de monopólio e não são serviços públicos.

3. PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

3.1. Obrigatoriedade

O Estado tem o dever *inescusável* de prestar o serviço, pois é fundamental para a sociedade. Se ninguém o fizer, o Estado tem que fazer, pois é essencial. Se nenhuma empresa abrir uma escola, hospital, transporte coletivo etc., o Estado deve prestar. O exercício de atividades econômicas (*em sentido estrito, no entendimento de Eros Grau*) não são obrigatórias ao Estado (faz por interesses de segurança nacional ou relevante interesse público); serviços públicos são obrigatórios. Não há um rol taxativo de serviços públicos: várias normas, Constituição e lei ordinária, inclusive, estabelecem diversos serviços públicos.

3.2. Universalidade

Os serviços públicos são prestados a todos; o acesso não pode ser restrito a um determinado grupo de pessoas. *Pessoas em condições iguais devem ser tratadas igualmente.*

3.3. Continuidade

Quando o Estado estabelece uma atividade como serviço público este não pode ser descontinuado, não pode parar totalmente ou suspenso. Regras de greve são diferenciadas para serviços públicos (transporte público, educação, e.g.); se pararem completamente a greve é ilegal.

3.4. Transparência

Não é só publicidade, mas de fácil acesso e entendimento. Uma informação pode ser pública, mas não transparente (divulgação de uma planilha de gastos complexa e extensa). Lei de acesso à informação diz o óbvio, o que já deveria estar sendo feito desde 1988.

3.5. Modicidade das tarifas

Lei n. 8.987/95 traz expressamente o princípio. As tarifas cobradas pela prestação de serviços públicos devem ser módicas, para atender à universalidade. O Estado tem que tomar isso possível, subsidiando a atividade, se preciso. Nem todo serviço público é gratuito. *De pessoas desiguais podem ser cobradas taxas ou tarifas distintas.*

4. TITULARIDADE DO SERVIÇO

Quando o Estado seleciona um serviço como público se diz titular, dono, do serviço. A titularidade está na Constituição ou na legislação infralegal. *Titularidade do serviço é sempre do Estado; a titularidade da prestação pode ser delegada.* A prestação de serviços pode ser direta (próprio Estado exerce) ou indireta (delega a terceiros). Quando é indireta o Estado entrega a prestação

material do serviço, não a titularidade do serviço, para o delegado. "Privatização" é termo utilizado equivocadamente, pois na maior parte das vezes o Estado entregou a mera prestação do serviço; não tomou privado o serviço, continua titular, podendo retomá-lo a qualquer tempo.

5. CLASSIFICAÇÃO

5.1. Classificação de CABM

a) Serviço de prestação obrigatória e exclusiva do Estado

São aqueles que só o Estado pode prestar. Ele está obrigado e mais ninguém pode. Não é possível autorização, permissão ou concessão. Art. 21, X. Apenas correio aéreo e serviço postal.

b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade

Deve prestar, mas pode delegar, conceder a particulares. O Estado sempre prestará, com ou sem terceiros a seu lado. São serviços de: saúde, educação, previdência social, assistência social e radiodifusão.

c) Serviços que o Estado não tem obrigação de prestar mas, não prestando, tem obrigação de conceder

Art. 21, XI e XII, CF. O Estado pode prestar, mas se não prestar, deve colocar outro no lugar. Não é obrigado a prestar diretamente, pode conceder para terceiros. Serviços de telecomunicação, energia elétrica, dentre outros. A CEMIG tem contrato de prestação com a União, não com o EMG (queda nas tarifas da Dilma: governo federal obrigou a baixa, sob pena de não renovação).

d) Serviços de prestação concorrente obrigatória

Serviços que o Estado (ou entes vinculados) tem que prestar obrigatoriamente e também é obrigado a conceder a particulares. Art. 223. São os serviços de radiodifusão.

5.2. Demais classificações

a) Gerais e individuais

Gerais são de acesso a todos, oferecidos sem que a pessoa sinta individualmente. Toda a coletividade se beneficia. Ex.: limpeza de vias públicas. Individuais são fruídos individualmente, cada pessoa sente a prestação. Ex.: transporte público. Por serviços individuais pode haver cobrança de tarifa; os gerais são gratuitos (custeados por impostos). Art. 145, II, CFRB.

b) Delegáveis e indelegáveis

Alguns são delegáveis, outros não.

c) Próprios e impróprios

Próprios são naturalmente do Estado (educação, saúde etc); impróprios não são naturalmente dele, típicos da natureza do Estado, mas que o Estado resolveu estabelecer como serviço público (administração aeroportuária, e.g.).

6. FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

6.1. Direita

É o próprio Estado quem exerce o serviço público. É o titular tanto do serviço quando da prestação material.

6.2. Indireta

Quando o Estado entrega a prestação material do serviço a terceiros.

a) outorga (por lei)

Entrega do serviço a terceiro por lei; é outorga. Normalmente é entregue a empresas estatais. **Não demanda licitação.**

b) delegação (por contrato)

Entrega de serviço a terceiro por meio de contrato; é delegação. Normalmente a empresas privadas. Há concessão de serviços públicos.

7. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O Estado tem a titularidade da prestação dos serviços públicos e pode explorá-los diretamente ou por quem lhe faça as vezes. Pode ser uma empresa pública ou sociedade de economia mista ou por um contrato de concessão de serviço público. Neste caso o contrato é destinado à transferência material da prestação do serviço público a uma empresa privada, mantendo a titularidade do serviço com o Estado. **O particular exercerá o serviço, em nome próprio, por sua conta e risco, sendo remunerado pela própria exploração da atividade, normalmente (CABM). O concessionário terá relação jurídica direta com o usuário; estará diretamente ligado a este. A transferência pode ser por outorga ou concessão; esta será estudada neste item 7. Parte da doutrina diz que, além dessas duas formas de transferência, há a permissão de serviço público.**

7.1. Legislação

a) Lei n. 8.987/95

Regulamenta o art. 175, CF. **Mas não trata de serviços de radiodifusão.**

b) Lei n. n. 11.079/05

c) Art. 175, CRFB

d) Lei n. 8.666/93

É aplicada subsidiária e supletivamente.

7.2. Diferença entre concessão e permissão

[87] Comentário: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

CONCESSAO	PERMISSAO
Necessário licitação	Idem
Contrato administrativo	Contrato de adesão / ato unilateral
Serviço executado por conta e risco do particular	Idem
Contrato rescindido conforme cláusulas	Revogável (ato precário)
Apenas para pessoas jurídicas	Para pessoas físicas e jurídicas

Art. 2º, IV, da Lei n. 8.987/95. Conceituação legal falha do que é permissão (Marçal).

Essa diferença já foi mais evidente. A doutrina sempre tratou a permissão como ato administrativo unilateral (característica básica da permissão), que transfere a prestação material do serviço a uma pessoa privada. A permissão tem natureza discricionária; precária e revogável a qualquer tempo, **sem indenização**. Até que o art. 40, caput, da Lei n. 8.987/95 disse que a permissão é um contrato de adesão. A Lei manteve a revogabilidade da permissão, mas a transformou em contrato (a lógica da doutrina era que só a concessão era feita por contrato, enquanto a permissão não). Com isso, a diferença entre as duas se reduziu drasticamente.

Como o contrato administrativo das concessões não é outra coisa senão um contrato de adesão, também não há diferença entre as duas por causa disso.

Os contratos regidos pela Lei n. 8.987/95, de permissão e concessão, correm por conta e risco do particular (nas PPP's o Estado também assume os riscos).

Revogabilidade: na concessão de serviço público existe a encampação (extinção do contrato por interesse público), que é uma forma de revogação unilateral. A revogação de uma permissão também deve ser fundada em interesse público e justificada em processo administrativo. Essa diferença entre os dois tipos também não é muito marcante.

A distinção mais evidente é que a permissão pode ser dada a pessoas físicas e jurídicas, por determinação legal.

Apesar da pouca diferença conceitual, na prática a permissão é destinada a serviços de menor ou nenhum investimento, enquanto as concessões são para serviços maiores, para dar ao concessionário a sensação de maior perenidade do contrato (de não poder ser revogada), de maiores garantias ao particular. **Caso haja investimentos pelo permissionário, não há necessidade de um prazo mínimo de exploração para amortizá-los.** O serviço de táxi é exemplo de permissão.

Se a delegação do serviço público tiver prazo mínimo garantido ao delegatário (não for precária) ou obrigá-lo a realizar determinados investimentos que demandam tempo para recuperação

[88] Comentário: IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

financeira será concessão, e não permissão, independentemente do nome dado pelo delegante.

Art. 40, § único: tudo o que vale para a concessão, vale para a permissão.

- **Autorização de serviço público**

Existe ou não? Art. 175, CF: não fala de autorização, apenas concessão ou permissão. Já o art. 21, XI e XII CF fala de autorização, concessão e permissão. Parece que a autorização existe, então. A Lei n. 8.987/95 não trata da autorização. A doutrina dá à autorização os antigos efeitos da permissão. A autorização é ato administrativo (e não contrato) precário, revogável a qualquer tempo. A autorização, em tese, não demanda licitação, mas sempre deve ter alguma forma de escolha (todas as pessoas que cumprirem os requisitos tais terão autorização para explorarem o serviço de táxi, e.g.). A autorização é para fins privados daquele que recebe, e não para utilidade pública. Serviços de táxi em alguns municípios são por autorização. Serviços de radiodifusão também são por autorização. Como diferenciar? Se a pessoa é obrigada a prestar o serviço (por contrato), é concessão ou permissão; se a pessoa prestar se quiser, para quem quiser etc, será autorização. Em regra: serviços públicos são concedidos, serviços privados são autorizados. O taxista é obrigado a prestar o serviço?

7.3. Tipos de concessão comum

Concessão (em sentido amplo) comporta a concessão comum, permissão e concessões especiais (que englobam concessão patrocinada e concessão administrativa). A concessão comum é anterior à criação das PPP's (que são as concessões especiais). Conceito de concessão comum (Marçal): "é um contrato plurilateral (concedente, concessionário e sociedade; esta é parte na visão minoritária do autor) de natureza organizacional (atividade de interesse comum das partes) e associativa (as partes colaboram entre si para a boa prestação), por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado (deve ter um prazo de duração) a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento". O concessionário não exerce a atividade totalmente por sua própria conta e risco; o serviço continua sendo público e de titularidade do Estado, que não se isenta de todos os deveres (Marçal). Lei n. 8.987/95 divide as concessões comuns em:

a) Concessão precedida de obra pública

Art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95. O poder público obriga o particular a executar uma obra antes da prestação do serviço público. Ex.: a ponte Rio-Niterói seria uma concessão de serviço público precedida de obra pública (não o foi, pois a ponte é bem anterior à Lei n. 8.987/95); "privatização" de rodovias: primeiro realiza obras na pista para depois prestar o serviço. Às vezes o serviço principal só é possível depois de concluída a obra (ou reforma), como a construção de uma hidrelétrica para fornecimento de energia; mas pode ocorrer de a obra em si ser o serviço principal, e o que se prestará depois é "acessório", como a construção da rodovia, para posterior serviço de

[89] Comentário: Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Pará grafo único. Aplica-se à s permissões o disposto nesta Lei.

[90] Comentário: III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

manutenção (acessório), mediante pedágio. (Marçal)

b) Concessão não precedida de obra pública

Art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95. Não demandam obra anterior à prestação. O aparelhamento necessário para o serviço não desnaturaliza este tipo de concessão. Ex.: serviços de transporte público. O conceito legal é pouco técnico (CABM).

7.4. Necessidade de lei autorizativa

Art. 2º, Lei n. 9.074 e art. 175, § único, CF. Em ambas as hipóteses o poder público precisa de uma lei anterior que o permita transferir a prestação material do serviço a particulares. A lei não dirá qual será a empresa, mas apenas permite que o ente não preste ele mesmo o serviço. A titularidade continua com o ente público.

7.5. Procedimento licitatório

a) Obrigatoriedade

O art. 175, CF, determina que a transferência da prestação de serviços seja precedida de licitação. Ainda antes da licitação o concedente deve justificar publicamente o propósito da delegação (art. 5º da Lei n. 8.987/95), com os motivos e concepções básicas adotadas. Os procedimentos internos (antes da publicação do edital) são os previstos na Lei n. 8.666/93 (projeto básico, executivo e orçamento detalhado), além dos requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

b) Modalidade

Arts. 2º, II e III c/c 14 da Lei n. 8.987/95 dizem que a licitação para concessão de serviços públicos será pela modalidade concorrência, nos mesmos moldes da Lei n. 8.666/93.

c) Peculiaridades

Art. 18-A, Lei n. 8.987/95. A diferença é que a concorrência para serviços públicos tem as fases invertidas, como no pregão. Primeiro haverá classificação para depois analisar a habilitação do vencedor. A inovação de inverter de fases veio antes da Lei do Pregão. Também é possível, e não obrigatório, que haja lances verbais após as propostas escritas, quando o tipo é menor preço.

d) Tipos de licitação

Art. 15. Há outros tipos além daqueles previstos na LL. 1º: menor valor da tarifa do serviço a ser prestado (adaptação do tipo menor preço); 2º: maior oferta, ao concedente, pela outorga (casos em que a Administração recebe dinheiro por passar ao particular a prestação dos serviços públicos. Ex.: "privatização" dos aeroportos. Crítica: a oferta do licitante, indiretamente, será paga pelos usuários; alguns doutrinadores advogam pela inconstitucionalidade desse tipo, por ferir a modicidade das tarifas. Logo, esse tipo não poderia ser utilizado sozinho, por penalizar o usuário, mas em conjunto com o primeiro tipo); 3º melhor proposta técnica (é próximo à melhor técnica da Lei n. 8.666/93);

[91] Comentário: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

[92] Comentário: Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

[93] Comentário: Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

[94] Comentário: Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

[95] Comentário: Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

Nenhum tipo deveria ser utilizado sem o critério do menor valor da tarifa, para não ferir o princípio da modicidade das tarifas. A tarifa a ser cobrada sempre deve aparecer na proposta, ainda que não seja critério de julgamento, pois ela irá para o contrato.

Obs.: a remuneração dos serviços públicos concedidos a particulares é por meio das tarifas; o poder público (normalmente) não repassa dinheiro aos concessionários. Não seria possível uma licitação com o tipo menor preço, pois a Administração não pagará nada ao concessionário.

7.6. Prazo da concessão

Não há definição legal para os prazos de concessão, mas não é possível um contrato administrativo por tempo indeterminado. A lei que autorizar a entrega da prestação a terceiros definirá o prazo máximo do contrato (que pode até ser rescindido antes).

7.7. Poderes do concedente

São prerrogativas do concedente; são **extraordinárias; anômalas.** [Art. 29. São poderes-deveres.

a) Inspeção e fiscalização: art. 29, I

AP pode e deve fiscalizar e inspecionar a prestação. Por ser titular, ela deve sempre acompanhar a prestação, intervindo se houver alguma irregularidade, sem que haja a interrupção do serviço.

b) Alteração unilateral das cláusulas regulamentares

Há a prerrogativa de alteração, desde que haja permissão contratual para isso. Se afetado o equilíbrio econômico-financeiro, deverá haver recomposição.

c) Extinção unilateral

Tratado abaixo.

d) Intervenção: art. 29, III

O contrato de concessão não é simples. A rescisão do contrato pode gerar danos graves ao ente público, à empresa e à sociedade. Percebendo o risco de rescisão, o poder público pode determinar a intervenção, para ajustar a situação ou rescindir o contrato, se não houver solução.

Art. 29, III e art. 32 e ss. **O concedente assume temporariamente uma parcela do poder de controle do concessionário. Não extingue o contrato nem produz efeitos externos ao concessionário.** A intervenção será decretada pelo poder executivo (decreto do prefeito, governador ou presidente). É medida para que a AP assumo o contrato. O interventor nomeado passará a atuar em nome da empresa durante o prazo de intervenção, para detectar irregularidades e analisar se é possível saná-las. Depois de expedido o decreto há o prazo de 30 dias para abrir processo administrativo para apurar as eventuais ilegalidades. Depois de aberto o processo, o interventor tem 180 dias para conduzi-lo. Se a irregularidade é grave, será rescindido o contrato; se ao final do processo se decidir pela continuidade do contrato, o interventor deve prestar contas à empresa do período em que atuou. **O concedente responde por perdas e danos pela má atuação do interventor.** O prazo

[96] Comentário: Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão o cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à

[97] Comentário: Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção o far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

máximo da intervenção é de 30 dias mais 180. A intervenção cessa antes do prazo se sanada a irregularidade.

A intervenção não é obrigatória. Se é caso óbvio e inevitável de rescisão, e.g, não é necessária intervenção prévia.

A intervenção se fundamenta nos princípios da continuidade do serviço público, proporcionalidade (só é permitida a intervenção se necessário para a continuidade do serviço, e nos limites da necessidade).

e) *Aplicação de penalidades: art. 29, II*

Como a lei das concessões não trata das multas, aplicam-se as da Lei n. 8.666/93. Apenas a AP aplica penalidades *unilateralmente*; o particular não aplica multa (nas parcerias público-privadas é possível a AP ser penalizada pelo particular).

7.8. *Direitos do concessionário*

Dois direitos: cobrança de tarifas e direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (álea ordinária ou extraordinária; econômica ou da administração etc.).

7.9. *Tarifas*

A tarifa é contratual; remunera a prestação efetiva de um serviço individualmente prestado. Tarifa se submete ao regime de direito administrativo, diferentemente das taxas, que são de direito tributário. Não se submetem os princípios da anterioridade ou legalidade (para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a tarifa pode ser majorada por ato do executivo), e.g. As tarifas devem ser módicas, para não impedirem o acesso ao serviço (art. 6º, § 1º). A tarifa inicial deve ser prevista no contrato. As tarifas podem e devem ser reajustadas (só pelo poder concedente), para que não ocorra desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Art. 9º, §§ 2º e 3º. Todas as hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se aplicam ao contrato de concessão de serviços públicos.

• *Fontes complementares de renda*

Além das tarifas são possíveis fontes complementares de renda. Ligadas à prestação material do serviço, mas não embutidas na tarifa. Ex.: concessão de rodovias e aeroportos: instalação e exploração de lojas dentro dos espaços são legítimas e deveriam obrigatoriamente colaborar para a modicidade das tarifas; publicidade em ônibus, mesma coisa.

Obs.: no caso de concessionários de radiodifusão a remuneração vem das publicidades veiculadas, e não de tarifa cobrada do usuário.

Obs. 2: é possível, ainda, que existam subsídios estatais para permitir o acesso do usuário carente aos serviços.

7.10. *Direitos dos usuários*

[98] Comentário: § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

[99] Comentário: § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

a) *Serviço adequado*

Art. 6º conceitua o que é serviço adequado e o art. 7º, Lei n. 8.987/95 elenca os direitos. O caput deste remete ao Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o usuário de serviços públicos é considerado consumidor e ele se beneficia do CDC. Há relação de consumo.

b) *Descontinuidade legal*

Art. 6º, § 3º. A continuidade do serviço público é um dos principais direitos dos usuários, protegendo os bens utilizados na prestação como um bem público (os ônibus são bens públicos; são propriedade privada da empresa, mas são impenhoráveis, e.g.).

Há duas hipóteses de interrupção da prestação: inadimplemento do usuário e por necessidade técnica de manutenção do serviço, previamente comunicado aos usuários (só é dispensada a comunicação se a manutenção for urgente).

Alguns doutrinadores, com base na Constituição, dizem que a ausência de pagamento não pode afetar direitos fundamentais, básicos, da pessoa. Energia elétrica, água etc. não poderiam ser interrompidos por ausência de pagamento. A cobrança seria feita posteriormente pelos meios legais. Jurisprudência não admite essa corrente. *É entendimento pacífico do STJ de que é possível a suspensão do serviço prestado a usuário inadimplente (ainda que órgão ou ente público, ressalvado o essencial), desde que haja aviso prévio. Há leis próprias que tratam de casos excepcionalíssimos (pessoas que dependem de aparelhos elétricos por motivos médicos, hospitais, clínicas etc.), nesses casos o serviço não pode ser interrompido nunca.*

7.11. *Extinção da concessão (art. 35)*

a) *Advento do termo contratual: art. 35, I*

Se o contrato chegou ao termo final e não será renovado, resolvem-se as obrigações entre as partes. *A consequência imediata e automática de qualquer hipótese de extinção é a assunção do serviço pelo concedente. Também, o Estado poderá ocupar as instalações do concessionário, para não interromper o serviço. Os bens públicos afetados ao serviço serão revertidos ao Estado (se houver bem ainda não amortizado o concedente deve indenizar previamente; ver item 7.12).*

b) *Por decisão judicial: art. 39*

Rescisão fundada no inadimplemento do concedente. Quando o Estado deixa de cumprir seus deveres essenciais. Quem vai ao Judiciário é a empresa contratada, normalmente. A AP não precisa ir a juízo, pois pode rescindir unilateralmente. A indenização ao concessionário deve ser ampla. O § único impede a concessionária lesada de invocar a exceção do contrato não cumprido, mas que não pode ser entendido como direito ilimitado do Estado.

c) *Rescisão consensual*

Distrito. Se a AP e a concessionária tiverem interesse na rescisão, poderá ser rescindida a

[100] Comentário: § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situações de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

[101] Comentário: Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

[102] Comentário: Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

concessão. A AP só pode rescindir consensualmente se houver interesse público. *É incomum.*

d) *Ato unilateral do poder concedente*

- *Encampação: art. 35, II*

Extinção antecipada da concessão. Não tem natureza sancionatória, diferentemente da caducidade. É tomar de volta a prestação do serviço. A rescisão unilateral pela encampação deve ser motivada no interesse público, por conveniência e oportunidade da AP (discricionariedade). É perigosa ao particular. Qual será a garantia pelos gastos feitos para possibilitar a prestação? Se a AP rescindir o contrato antes do termo final, o concessionário deve ser indenizado previamente por todos os danos causados, nunca posteriormente à rescisão do contrato. Indenização abrange: prejuízos com pessoal, bens (reversão, e.g.) e eventuais lucros cessantes, inclusive. A garantia é para concessão (permissão não há esse dever). Hipóteses: obsolescência do serviço (ex.: bonde).

- *Caducidade ou decadência: art. 38*

Decorre de falta contratual da empresa; má prestação dos serviços. Infração do concessionário aos seus deveres (inexecução de contrato ou infração à lei ou regulamento). É também uma punição. Se a empresa falhar na execução, a AP caminhará para a rescisão, intervindo na empresa antes. Não há indenização prévia, mas é devida indenização pela reversão dos bens ainda não amortizados, somente, para evitar o enriquecimento sem causa.

- *Trâmite da caducidade*

Havendo indícios de infração ou irregularidade, abre-se uma sindicância, cujas conclusões serão base para um possível processo administrativo (se confirmadas as suspeitas e não for possível sanar o defeito). A caducidade só pode ser decretada após o processo administrativo, o qual deve expor os pressupostos para ela. É necessário decreto do executivo que declare a caducidade.

- *Anulação: art. 39, V*

Decorre de vício no contrato. É extinção por anulação do ato administrativo (de delegação), em virtude de defeito na sua constituição, reconhecido pela AP ou Judiciário. Não depende de conveniência ou conduta do concessionário posterior à formalização. A empresa recebe indenização, salvo se estava de má-fé. De boa-fé, a indenização é nos moldes da encampação. Mas mesmo de má-fé, recebe indenização pelos bens não amortizados.

e) *Falência do concessionário: art. 35, VI*

Com o fim da empresa, não há como continuar a prestação. E os bens da empresa falida? Como são bens públicos protegidos, não irão para a massa falida, mas revertidos à AP, que indenizará a massa pelos bens.

f) *Extinção da empresa / morte do concessionário: art. 35, VI*

Dissolução da empresa ou morte do concessionário (empresa individual) (ou permissionário).

[103] Comentário: Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

Mesmas consequências acima. O regime será o da caducidade.

7.12. Reversão dos bens na concessão

Art. 35, §§ 2º e 3º. Os bens utilizados na prestação e são protegidos pelo RJA (são considerados públicos). A tarifa paga pelo usuário serve para remunerar a empresa e pagar os bens utilizados. A tarifa amortiza os bens aos poucos, logo, quando terminar o contrato, os bens serão de propriedade do ente público (presunção relativa). Se houver encampação e os bens ainda não estiverem totalmente amortizados, a AP deve indenizar o valor faltante. O contrato dirá quais são os bens reversíveis.

7.13. Responsabilidade civil da empresa concessionária

O concessionário se posiciona como se fosse o Estado em face do usuário. Na prestação de serviços públicos, a responsabilidade da concessionária é objetiva, por força do art. 37, § 6º, CF. A responsabilidade do ente público também é objetiva. Não depende, portanto, de culpa ou dolo da empresa ou do ente. O STF entendia que a responsabilidade objetiva era apenas sobre os usuários do serviço público, e não terceiros. Esse entendimento criava distinção que Constituição não fazia e não mais prevalece.

7.14. Efeitos da falência do concessionário

Quando a empresa é extinta por falência os bens dela vão para a massa falida. Quando a empresa é prestadora de serviços públicos os bens serão revertidos para o ente público concedente, sendo necessário o pagamento à massa falida pelo valor não amortizado.

7.15. Subconcessão

Art. 26. Subconcessão é a contratação de terceiro para executar a prestação do serviço. Deve haver previsão contratual e anuência da AP e licitação na modalidade concorrência. O contrato da subcontratada será feito com a concessionária, e não com o concedente.

Art. 27. Trata de transferência do objeto, e não de subconcessão. Na transferência, o terceiro celebra contrato direto com o concedente. Não há exigência de licitação para isso. É preciso concordância do poder concedente.

Tanto para subconcessão quanto para transferência não há limites legais para o quanto será cedido a terceiros, mas deve haver, pelo menos, previsão contratual sobre isso. Para o professor, deverá haver licitação para transferência do objeto, em analogia à subconcessão.

8. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Lei n. 11.079/2004

Há diversos instrumentos de outorga/delegação do serviço público a outrem. As concessões feitas pela Lei n. 8.987/95 são uma forma, na qual o ente público não assume os riscos da atividade,

[104] Comentário: § 2º
Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

[105] Comentário: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[106] Comentário: Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se subrogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

[107] Comentário: Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

nem investe no serviço. Entretanto, há serviços que particulares não têm interesse em participar sem investimento externo, assumindo os riscos e recebendo apenas as tarifas dos usuários como contraprestação.

Na PPP a AP deixa de ter todas as prerrogativas, equiparando-se quase totalmente ao particular. A grande diferença das PPP é que a pessoa privada não recebe remuneração apenas das tarifas, mas também um valor pago pelo parceiro público.

Há repartição objetiva de riscos entre os parceiros.

8.1. Modalidades

a) Concessão patrocinada: art. 2º, § 1º

A concessão patrocinada é a delegação de um serviço público ao particular, na qual a remuneração do concessionário é parcialmente paga, contínua e permanentemente, pelo concedente. Há acumulação das duas formas de pagamento. O parceiro privado pode cobrar tarifa dos usuários e sempre recebe uma contraprestação do parceiro público. Este também deve investir no serviço. Ex.: ajudar na construção da rodovia. Há objetos diferentes. Guarda semelhança com os contratos administrativos da Lei n. 8.666/93. Art. 3º: a integralidade da Lei n. 8.987/95 se aplica subsidiariamente às concessões patrocinadas.

b) Concessão administrativa: art. 2º, § 2º

A concessão administrativa tem objeto complexo e duração continuada e envolve obrigações do particular direta ou indiretamente prestadas em favor da AP, em contrapartida à remuneração do parceiro público. Essa concessão envolve, normalmente, obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. Exemplo de serviço indireto à AP: coleta de lixo e reciclagem posterior. Não há pagamento de tarifa pelo usuário. Apenas o parceiro público remunera o privado. É utilizada quando o usuário é a própria AP, e não os cidadãos diretamente. Ex.: manutenção de presídios; não é possível cobrar tarifa do usuário; o pagamento é todo feito pelo ente público. Quando os cidadãos não são beneficiados diretamente, de forma individual e divisível, não é possível cobrança de tarifa, logo, não cabe concessão patrocinada. É semelhante aos serviços concedidos pela Lei n. 8.987/95. Art. 3º: a Lei n. 8.987/95 é aplicada subsidiariamente às concessões administrativas quando há previsão expressa. Há dúvidas se a concessão administrativa é ou não de fato uma concessão.

8.2. Hipóteses de cabimento da parceria público-privada

As PPP dão muito mais garantias ao particular. Há fixação recíproca de penalidades, e.g. As PPP surgiram para algumas hipóteses específicas. Não pode haver PPP em nenhum dos casos do art. 2º, § 4º. São requisitos cumulativos:

a) Contratos com valor superior a R\$ 20 milhões

Art. 2º, § 4º, I. Não podem ser feitos contratos de PPP abaixo de R\$ 20 milhões. Pelo fato de o

[108] Comentário: Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

[109] Comentário: Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas. (Regulamento)

[110] Comentário: § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

[111] Comentário: § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II - cujo período de prestação de serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

particular ter muitas garantias, as PPP não podem ser banalizadas. *A vedação vale para Estados e Municípios? Há controvérsia.*

b) *Contratos com prazo superior a 5 anos*

Art. 2º. § 4º, II. os prazos são entre 5 e 35 anos, nem mais nem menos. A PPP só se justifica em contratos de longo prazo. *E para Estados e Municípios? Também há controvérsia.*

c) *Contratos que não tenham objeto único*

Art. 2º. § 4º, III. Contratos comuns não podem ser feitos por PPP. Objetos únicos (só limpeza; só manutenção de elevadores etc) não podem ser prestados por PPP.

8.3. *A remuneração paga pelo parceiro público*

a) *Limite nas concessões patrocinadas*

Nas concessões administrativas é a AP que paga tudo. Nelas a contraprestação do parceiro público é limitada a 70% do valor do contrato; os outros 30% serão pagos pelas tarifas. Para exceder esse valor deve haver autorização legal, mas obviamente não pode chegar a 100%, pois viraria concessão administrativa.

b) *Formas de remuneração*

Art. 6º. O parceiro público paga em dinheiro (depósito em conta); créditos em face do poder público. Bens públicos dominicais são aqueles não afetados a uma finalidade. Todas as formas são passíveis de reversão em pecúnia.

c) *Necessidade de disponibilização dos serviços*

Qualquer contraprestação do parceiro público é condicionada à disponibilização dos serviços. Até ser inaugurada a obra ou serviço não há pagamento de contraprestação ou tarifa (DESATUALIZADO). Art. 6º, §§ 1º a 5º. *A Lei n. 12.766/12 alterou a Lei das PPP, que agora permite o repasse de verbas relacionadas às obras e construções, proporcionalmente ao que vai sendo executado, antes do início da prestação dos serviços. A reforma criou uma distinção entre a remuneração pelos serviços e pela obra e construções. A remuneração pelos serviços continua condicionada à efetiva prestação.*

d) *Criação do fundo garantidor das PPP*

Arts. 16 e 17. *É entidade detentora de capital voltado a garantir que as obrigações pecuniárias do ente público sejam honradas. Se o parceiro público deixar de cumprir sua obrigação, o fundo arcará. É uma garantia ao parceiro particular.* Art. 100, CF: as dívidas do Estado seriam pagas por precatório, na ordem cronológica. A criação de um ente como o fundo garantidor cria privilégio ao parceiros particulares em detrimento de outros credores. CABM diz que o FGP é inconstitucional.

8.4. *O contrato das PPP*

[112] Comentário: Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I - ordem bancária;

II - cessão de créditos não tributários;

III - outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V - outros meios admitidos em lei.

[113] Comentário: § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 3º O valor do aporte de recursos realizado nos termos do § 2º poderá ser excluído da determinação: (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

I - do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

II - da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de

a) *Observância do art. 23 da Lei n. 8.987/95*

Deve ser observado o dispositivo da Lei das Concessões.

b) *Prazo de vigência*

De 5 a 35 anos.

c) *Repartição de riscos*

Art. 5º, III. O contrato estabelece quais os riscos (e como serão divididos) ficarão a cargo de cada parceiro. O equilíbrio econômico-financeiro depende disso. Na Lei n. 8.666/93 e na lei Lei n. 8.987/95 era o Estado que sempre devia restabelecer o equilíbrio econômico. Na lei das PPP o particular pode responder por caso fortuito ou força maior, e.g., se previsto no contrato.

d) *Compartilhamento de ganhos econômicos*

Art. 5º, IX. Eventuais lucros, superávits, deverão ser compartilhados. Melhor será se o parceiro público revisasse a tarifa da prestação, para buscar a modicidade, ao invés de querer lucrar com a PPP. É uma crítica da repartição de lucros entre os parceiros. O ganho econômico só existe se o usuário paga tarifa.

e) *Manutenção do equilíbrio econômico financeiro*

Art. 5º, III. O equilíbrio é definido no momento da apresentação da proposta, na licitação. As alterações advindas da álea econômica, ordinária ou extraordinária, aplicam-se às PPP.

f) *Fixação recíproca de penalidades*

Art. 5º, II. O parceiro privado pode exigir que o parceiro público também sofra sanções. Qual será a sanção? Impedir de licitar? Obviamente que não. A penalidade será pecuniária, normalmente multa paga ao particular. Logo, se a AP descumprir o contrato, poderá ser punida. O parceiro privado movimenta a AP, explicando o fato ocorrido, as cláusulas descumpridas etc. Se não houver acordo, a solução será por arbitragem (art. 11, III).

g) *Avaliação de desempenho*

É inovação da lei. O parceiro privado será sempre avaliado. O pagamento pode ser condicionado à avaliação de desempenho do parceiro privado. Estará previsto no contrato. É feita escala de níveis de serviço. Ex.: se foi totalmente satisfatório, paga-se 100%; se foi bom, mas deixou alguma coisa a desejar, 90% etc.

h) *Possibilidade de empenho direto aos financiadores*

Art. 5º, § 2º, II. Alguns empenhos podem ser feitos diretamente aos financiadores. A forma como a AP se compromete a pagar é por nota de empenho, feita ao particular contratado. Em algumas hipóteses previstas contratualmente o empenho pode ser feito diretamente aos terceiros que financiaram o particular. Serve para garantir os financiadores, estimulá-los. CABM pergunta como

[114] Comentário: Art. 23. São o clá usulas essenciai s do contrato de concessã o as relativas:

[115] Comentário: Art. 5o As clá usulas dos contratos de parceria público-privada atenderã o ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo tamb ém prever:

III - a repartiç ã o de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, forç a maior, fato do prí ncipe e á lea econô mica extraordinária;

[116] Comentário: IX - o compartilhamento com a Administraç ã o Pública de ganhos econô micos efetivos do parceiro privado decorrentes da reduç ã o do risco de cré dito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

[117] Comentário: II - as penalidades aplicá veis à Administraç ã o Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e à s obrigaç õ es assumidas;

[118] Comentário: § 2o Os contratos poderã o prever adicionalmente:

II - a possibilidade de emissã o de empenho em nome dos financiadores do projeto em relaç ã o à s obrigaç õ es pecuniárias da Administraç ã o Pública;

a AP garante alguma coisa, empenha um valor, a terceiro que não tem contrato com ela.

8.5. Licitação nas PPP

a) Modalidade: concorrência

Segue basicamente os tramites da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 8.987/95. Não precisa de cadastro prévio, não há limitação, há duas fases definidas etc. As peculiaridades são aquelas da concessão:

i) inversão das fases (primeiro classifica para depois verificar a habilitação); ii) duas formas de tramitação da concorrência (só a apresentação de propostas escritas e fechadas ou com lances verbais após as propostas escritas). O objeto da PPP será adjudicado ao vencedor habilitado.

A Lei das PPP permite que a licitação seja feita sem projeto básico e executivo, apenas com a descrição dos resultados obrigatoriamente atingidos, o que é perigoso.

b) Garantia: art. 11, I

Pode ser exigida garantia do licitante. A garantia pode ser i) para a participação na licitação ou ii) para celebrar o contrato. Na primeira, a garantia tem o fito de comprometer o licitante a participar seriamente do certame, assinando o contrato se for a vencedora. Se proceder de outra maneira e causar prejuízo, deverá ressarcir a AP. A garantia contratual é aquela da Lei n. 8.666/93 (três formas à escolha do contratante).

c) Arbitragem: art. 11, III

O contrato pode estabelecer juízo arbitral como meio alternativo de resolução de conflitos. É possível também nos casos de concessão de serviços públicos da Lei n. 8.987/95. Problema: a Lei de arbitragem diz que apenas direitos disponíveis podem ser levados ao árbitro, mas o interesse público é indisponível (como diz CABM). Essas demandas poderiam ir a juízo arbitral? As leis de concessão de serviços público e das PPP dizem que sim... Em todos os contratos de PPP há cláusula de arbitragem. *Marçal: reputa válido o estabelecimento de juízo arbitral, tanto para concessões comuns quanto para PPP. Cita precedentes favoráveis no STF e STJ; TCU é contra. Restrições: deve ser feita no Brasil, em português e com base no direito pátrio.*

d) Qualificação técnica: art. 12, I

É possível que no decorrer da concorrência a abertura da classificação seja precedida de pré-qualificação técnica dos concorrentes, de acordo com quesitos estabelecidos em edital. Ainda não é fase concorrencial; não há disputa. Serve apenas para averiguar se os concorrentes obtêm pontuação mínima, para então concorrerem entre si.

e) Critérios de julgamento (tipos): art. 12, II

Como o Estado tem obrigações pecuniárias (tem que pagar ao particular pela execução do contrato), não pode ser levado em conta apenas o menor preço da tarifa, como na concessão de serviços públicos. Na concessão patrocinada serão consideradas a tarifa e a contraprestação

[119] Comentário: Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I - exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993;

[120] Comentário: III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

[121] Comentário: Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I - o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participará das etapas seguintes:

[122] Comentário: II - o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

estatal. Na concessão administrativa apenas a contraprestação estatal. O critério utilizado deve observar essas características.

Dois novos tipos, além dos critérios do art. 15, I e V, da Lei n. 8.987/95. Primeiro: menor valor da contraprestação a ser paga (que significa, basicamente, menor preço). Esse critério pode ser utilizado para concessão patrocinada ou administrativa. O segundo critério é o menor valor da contraprestação cumulado com a melhor técnica (também é basicamente o tipo de técnica e preço da Lei n. 8.666/93).

f) Inversão de fases

O art. 13 da Lei n. 11.079/04 também prevê a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. Semelhante ao pregão.

g) Possibilidade de lances verbais: art. 12, III

É faculdade do edital exigir propostas verbais após as escritas. Art. 12, § 1º, II. Se estiver no edital, pode ser restringida a participação na etapa de lances àqueles concorrentes que apresentarem propostas até 20% superior à primeira colocada.

8.6. Sociedade de propósitos específicos

Art. 9º. Adjudicado o objeto ao vencedor, será criada, pela vencedora, empresa específica. A chamada sociedade de propósitos específicos (SPE) é que vai celebrar e gerenciar o contrato da PPP. Separa o capital social da empresa vencedora daquele que será utilizado para a execução da parceria. A Minas Arena é um exemplo de SPE. O art. 9º, § 1º, permite a transferência do controle da SPE para outra empresa apenas com autorização da AP. Problema: se a SPE for transferida a outra empresa não haverá afronta à determinação constitucional de licitação?

8.7. Garantias

a) Pela administração

Art. 8º: estabelece as garantias. A AP passa a ter que dar garantias aos particulares, o que é inédito. O fundo garantidor também é uma forma de garantia.

[123] Comentário: Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com

[124] Comentário: III - o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

[125] Comentário: II - o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

[126] Comentário: Art. 9º. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída a sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

[127] Comentário: § 1º. A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

[128] Comentário: Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

Unidade IV: SERVIDORES PÚBLICOS

1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Vínculo entre o Estado e as pessoas que o representam. Não é representação em termos técnicos; o agente público é quem tem atribuição para realizar os atos materiais do Estado; quem forma ou manifesta a vontade estatal. Em conceito amplo (o mais amplo que existe), é toda pessoa que presta serviço ao Estado, não importando o vínculo existente; não importa o fundamento jurídico que autoriza a atuação do agente. Até o funcionário de fato é um agente público lato sensu. Efetivos ou provisórios também. É a classificação usada pelo Código Penal. Há outros conceitos, mais restritivos.

1.1. Espécies

A distinção é doutrinária, não legal. Divisão de acordo com o regime jurídico aplicado. Pode variar de acordo com o autor. Existem os agentes com vínculo regido pelo direito público e pelo privado. Pessoas jurídicas de direito privado da AP (estatais) só podem ter agentes sob regime privado; as de direito público têm agentes sob o regime público e privado (neste caso, apenas entre a vigência da EC n. 19/98 e 2007)

a) Agentes políticos

Não exercem vínculo propriamente laboral. Comando, condução, decisão. É vínculo político. São os altos cargos do executivo e legislativo. A qualidade de agente político não depende só da investidura por sufrágio, mas da própria natureza da atividade, que é de chefia, direta ou indireta, das pessoas políticas, incluindo a formação e exteriorização de vontade dos entes. Prefeitos, vereadores, secretários municipais. Governador, secretários estaduais e deputados estaduais. Presidente da República, deputados federais, senadores e ministros de Estado. Alguns doutrinadores dizem que magistrados e membros do Ministério Público também são agentes políticos. Professor não concorda, pois esses têm vínculo de natureza profissional, e não política. Até os ministros dos tribunais superiores devem tomar decisões técnicas (apesar de serem também políticas). As grandes diferenças entre os agentes políticos e não políticos são o modo de investidura e as competências de cada um.

b) Servidores estatais

O vínculo com o Estado tem natureza profissional.

- Servidor público (em sentido estrito)

Ocupa cargo público na Administração Pública; pode ser comissionado ou efetivo. Servidor sempre ocupa um cargo, que é a menor unidade de competência dentro da AP. O servidor público tem relação profissional e visa a atender às demandas cotidianas do Estado. Se sujeitam a um

regime jurídico próprio; são estatutários.

- *Empregado público*

Aquele que ocupa emprego público. A relação de trabalho é regida pela CLT. Tem vínculo de emprego, e não efetivo. Servidor público ocupa cargo; empregado ocupa emprego. Cargo é unilateral, pois o Estado nomeia; confere estabilidade; é regido por estatuto, que é lei própria que estabelece direitos e deveres. O empregado público é de regime contratual, bilateral; não há estabilidade; é “celetista”. Todas as normas trabalhistas se aplicam aos empregados públicos. Na verdade, normas trabalhistas incompatíveis com a natureza pública das atividades exercidas não se aplicam ao empregado público. Também demanda concurso. Normalmente estão nas empresas estatais, consórcios públicos e fundações de direito privado. A jurisprudência admite dispensa imotivada de empregados públicos. AP direta pode ter empregado público? O que permitiu a contratação de empregados públicos foi a alteração do art. 39, da CF feita pela EC n.19/98, que atualmente esta suspensa liminarmente pelo STF. O regime jurídico de empregados públicos em pessoa de direito público não é semelhante ao dos empregados em pessoa estatal de direito privado.

- *Servidores temporários*

Atendem demanda excepcional e temporária da AP. Não podem ser contratados para demandas corriqueiras, que poderiam ser supridas pelos servidores efetivos da AP. O contrato tem prazo determinado. É exceção à regra da obrigatoriedade do concurso público. Ex.: IBGE, quando contrata recenseadores de dez em dez anos para uma atividade excepcional; servidores para combate à dengue. É sempre temporária. É bom que haja algum processo de seleção, mesmo sem as formalidades do concurso público. A contratação temporária é regulada pela Lei n. 8.745/93. Essa lei prevê procedimento seletivo simplificado para contratação.

Os servidores temporários têm vínculo contratual com a AP, mas que não é regido pela CLT, e sim por lei editada para isso. Não há registro em CTPS.

Muitos órgãos e entes contratam temporariamente e prorrogam indefinidamente o contrato, lesando interesses de quem faz concurso público e do próprio contratado, pois eles não têm os mesmos benefícios dos servidores efetivos.

c) *Particulares em colaboração com o Estado*

São pessoas físicas que exercem atividade laborativa com o Estado, mas que não se encaixam nos outros vínculos. Por alguma razão fática estabelecem relação de trabalho com a AP. Todo que trava algum vínculo de trabalho, ainda que funcionário de fato, terão vínculo com a AP na condição de particular em colaboração. Não precisa de formalidade.

- *Requisitados*

É cidadão chamado a colaborar com o Estado, recebendo remuneração ou não. É agente público

latu sensu, responde por seus atos como se funcionário fosse. Ex.: serviço militar obrigatório; jurado em Tribunal de Juri; mesário da Justiça Eleitoral. Atos que causam danos a terceiros, o Estado responde objetivamente perante o terceiro, e o colaborador responde subjetivamente ao Estado.

- *Gestores de negócios*

Particulares que colaboram em situações excepcionais, na falta do Estado. Ex.: quem auxilia vítimas em um incêndio, enquanto os bombeiros não chegam. Nessa categoria poderiam ser encaixados os funcionários de fato.

- *Funcionário de fato*

Pessoa que não tem vínculo jurídico formal com o Estado. Em vista das circunstâncias, parece ser, mas não é agente estatal. Pela aparência de legalidade, boa-fé e segurança jurídica do administrado os atos do funcionário de fato são considerados válidos.

Os atos do funcionário de fato vinculam o Estado, mesmo não havendo constituição formal. Presumem-se legítimos os atos do Estado: pessoa que atende em repartição pública, parecendo ser funcionário público, vincula o Estado ao particular que é atendido.

- *Delegados de função de ofício público etc.*

“Donos” de cartórios. Exercem um serviço público, sem serem vinculados ao Estado. É figura excepcional, típica do direito brasileiro

Há também os permissionários e concessionários de serviço público. Eles respondem por seus atos em face de terceiros (art. 37, CF). Na medida em que são delegados, são colaboradores.

1.2. *Diferença entre cargo e função*

a) *Cargo*

É uma posição jurídica (conjunto organizado de direitos, deveres e competências), que serve de instrumento dentro da estrutura administrativa (as várias competências de cada ente são sistematicamente divididas entre diferentes cargos), criada e disciplinada por lei (é de iniciativa privativa do chefe do Executivo a edição de leis que disponham sobre o regime dos cargos), sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado pela mutabilidade por determinação unilateral do Estado (que pode ampliar, alterar ou suprimir encargos, atribuições e benefícios unilateralmente, dentro dos limites constitucionais) e por certas garantias em prol do particular.

Cargos podem ser efetivos ou comissionados.

b) *Função*

A palavra função tem vários usos distintos. i) Função comissionada (ou função de confiança) consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do

ocupante de um cargo de provimento efetivo, mediante remuneração adicional. É ocupada apenas por quem tem cargo efetivo; diferente do cargo comissionado, que não tem essa exigência. Função comissionada é atividade de direção, chefia ou assessoramento realizada por servidor já efetivo. ii) Função temporária é o caso dos servidores temporários.

Cargo pode ser efetivo ou comissionado. Função pode ser comissionada ou temporária.

1.3. Regime jurídico único

A redação original do art. 39, caput, CF estabelecia o regime jurídico único. A ideia era tomar todo servidor da AP direta, autarquias e fundações em "estatutário". Quem tinha emprego passaria a ter cargo público. A EC n. 19/98 alterou o art. 39 e retirou a referência ao regime único, permitindo que a AP, principalmente indireta, adotasse o regime trabalhista nas novas contratações. Liminar na ADI 2.135/DF suspende a alteração constitucional desde 2007, sob a alegação de vício formal na aprovação da emenda. Ou seja, desde 2007 a AP direta, autarquias e fundações não podem criar empregos públicos, ressalvados os servidores temporários.

Dentro de determinado órgão deve preponderar o mesmo regime de servidores. Era o que dizia o art. 39, CF. Se a União disse que determinada categoria é preenchida por servidores em cargo efetivos, todos os servidores serão efetivos. Ex.: todos os procuradores terão cargo público efetivo dentro do MP. O caput foi alterado pela EC n. 19. Na ADIn 2.135-4 o STF suspendeu, liminarmente, a alteração constitucional no art. 39 feita pela EC n. 19/98, ou seja, por enquanto vale o regime jurídico único.

2. ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL

2.1. Quadro funcional

É a reunião de todos os servidores (efetivos, comissionados etc) dentro de determinado órgão. O quadro dentro de cada órgão é organizado em carreiras (1,2,3...). Ex.: carreira 1: 40 cargos de Procuradores do Estado; carreira 2: 40 cargos de analista; carreira 3: 100 cargos de técnicos administrativos; etc.

Lei n. 8.112/90 é federal; só vale para a União, mas é seguida pelos demais entes, normalmente. Lei dos servidores públicos civis da União. As carreiras são divididas em classes. Quem começa, entra na classe 1 e vai subindo de dois em dois anos até a 15. O Brasil permite a progressão de classe apenas com o passar do tempo e avaliação de desempenho feita pelo chefe imediato. A mudança de carreira é inconstitucional, pois depende de concurso.

2.2. Classificação dos cargos

Cargo é a menor unidade de competência dentro da AP. É sempre ocupado por servidor público.

a) Vitalícios

[129] Comentário: REDAÇÃO ORIGINAL

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

[130] Comentário: APÓS EMENDA, MAS ATUALMENTE SEM EFICÁCIA

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão o conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Só se perde um cargo vitalício em virtude de processo judicial, e nunca administrativo. Art. 128, § 5º, I, a, CF. São magistrados, membros do MP. Art. 73, § 3º. Membros do tribunal de contas.

b) Efetivo

Cargo em provimento efetivo é o mais comum. Art. 37, II, CF. A investidura depende de concurso público de provas ou provas e títulos. Depois do cumprimento do estágio probatório o servidor adquire estabilidade. Ele só poderá perder o cargo após devido processo administrativo ou judicial, de acordo com previsão legal. Está sujeito a regime jurídico próprio de exoneração, remuneração e inativação. Só excepcionalmente cargos efetivos podem ser providos sem concurso público, como é o caso dos Ministros dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas e Desembargadores eleitos pelo quinto constitucional.

c) Em comissão

A regra é o concurso público para preenchimento de cargos efetivos, mas há exceções. É cargo em comissão aquele que permite livre nomeação e exoneração. É baseado em vínculo de confiança. Art. 37, II, CF. O cargo deve ser declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Da mesma forma como é formado o vínculo, pela confiança, pode ser desfeito, se essa é quebrada. Um servidor efetivo pode ser nomeado para cargo em comissão. Haverá cumulação de cargos. O mesmo agente ocupará os dois cargos.

Cargos em comissão são destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento; são essas as hipóteses de criação de cargo comissionado.

Há restrições à livre nomeação e exoneração em determinados cargos em comissão, desde que previstas em lei. Podem ser estabelecidos requisitos para nomeação; prazo mínimo de exercício, dentro do qual a exoneração deve ser motivada e justificada; dentre outras especificidades. Ex.: cargo de Procurador-Geral da República (não pode ser qualquer pessoas, tem prazo, não pode ser exonerado livremente pelo Presidente da República).

- Cargo em comissão x função comissionada (ou de confiança ou gratificada)

Cargo em comissão é diferente de função comissionada. Art. 37, V, CF. Função comissionada só pode ser preenchida por servidor de cargo efetivo. O cargo em comissão pode ser preenchido por qualquer pessoa, dos quadros da AP ou não, desde que respeitado o percentual mínimo para o pessoal de carreira. Está em função de confiança um servidor efetivo que assume atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade (de direção, chefia e assessoramento), fazendo jus a uma remuneração adicional por isso.

- Súmula Vinculante n. 13

Súmula vinculante n. 13. Nepotismo. Veda a nomeação de parentes até o terceiro grau, em linha reta ou colateral, consanguíneo ou por afinidade, para o exercício de cargo em comissão ou função comissionada. Agente público não pode nomear parente dele ou de outro servidor para a

[131] Comentário: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[132] Comentário: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

mesma pessoa jurídica. Designações recíprocas também são vedadas. Há decisão do STF dizendo que a Súmula Vinculante n. 13 não se aplica entre agentes políticos (ex.: prefeito que nomeia esposa para secretária municipal).

- **Apostilamento**

Apostilamento: não existe mais. Significava a incorporação ao salário, após 5 anos de exercício, da remuneração por cargo em comissão ou função de confiança.

2.3. Criação, transformação, extinção de cargos

art. 48, X, CF (regra geral); art. 84, VI, b, CF (exceção).

Regra: cargos públicos só podem ser criados, transformados ou extintos por lei. A EC n. 32 abriu uma exceção: o Presidente da República, por decreto, pode extinguir cargos vagos. Se não for de interesse preencher o cargo, pode extingui-lo. A Constituição estabelece um "decreto autônomo", pois não depende de lei que o regulamente para ser editado pelo Presidente. É exceção aos decretos normais (que precisam de lei que os regulamente, para que só depois o Presidente possa editá-los).

2.4. Provimento

É ato administrativo unilateral que atribui ao particular a titularidade de um cargo público. Após o concurso público, há o provimento. É o preenchimento do cargo. Pode ser originário ou derivado. A regra é o originário, quando o vínculo com a pessoa não decorre de outro. O derivado é a ocupação de cargo por pessoa que já era servidora em outro cargo.

As formas (modalidades) de provimento estão previstas no art. 8º da Lei n. 8.112/90. Cada estatuto dos demais entes pode dispor de forma diferente, mas geralmente repetem a lei federal. Nomeação é a única modalidade de provimento originário; as demais são derivadas.

a) Nomeação

É ato unilateral de designação de um indivíduo para ocupar um cargo público efetivo ou em comissão. É a indicação de uma pessoa para exercer o cargo público. É modalidade de provimento originário; é a principal modalidade de provimento na AP. Para cargos efetivos, depende da aprovação em concurso público.

A nomeação para os cargos comissionados não dependem de concurso, mas de todos os demais requisitos de investidura.

b) Promoção

É o provimento em um cargo de hierarquia superior ao que se ocupava na mesma carreira. A promoção pode ser por tempo de serviço ou merecimento, conforme a respectiva lei. Servidor passa de uma classe para outra acima. Da classe 1 até 15, dentro da mesma carreira. É pelo mero passar do tempo; a avaliação é pro forma.

c) *Readaptação*

É uma forma de provimento derivado. Acontece por problemas de saúde do servidor. *Pressupõe i) alteração superveniente das condições físicas ou mentais do servidor; ii) que essa mudança o impossibilite de exercer as antigas atribuições; iii) as atuais condições do servidor sejam compatíveis com o novo cargo.* O servidor sai do cargo que ele ocupava e vai para outro, de mesma complexidade do anterior. Decorre da estabilidade do servidor público. Se a pessoa não tem mais condições de trabalho deve ser aposentada por invalidez; se ainda conseguir trabalhar, será readaptada. Ex.: professor que perde a voz e vai para a secretaria da escola.

d) *Recondução*

É provimento derivado de servidor em cargo que ocupava anteriormente. O servidor será reconduzido se i) foi inabilitado em estágio probatório de outro cargo ou ii) estiver ocupando cargo ao qual outro servidor foi reintegrado (ou revertido ou reconduzido, acho). Ex.: quando um servidor troca de cargos em órgãos diferentes, mediante um concurso novo, ele terá que cumprir novo estágio probatório. A lei garante que, se ele não conseguir a estabilidade no outro, ele poderá voltar ao cargo anterior. Durante esse tempo, outro servidor ocupará o cargo do servidor que saiu. Se este não passar no estágio probatório, ele irá voltar ao cargo original, e o que o substituiu será reconduzido ao cargo que ocupava antes.

e) *Redistribuição*

A Lei n. 8.112/90 permite, mas há discussão jurisprudencial sobre ela.

f) *Ilegais: ascensão e transferência*

Ascensão é a mudança de carreira, sem concurso público. Transferência é a alteração para órgão não submetido ao mesmo estatuto. Ex.: sair da procuradoria do Município de BH e ir para Sete Lagoas, sem concurso. Porém, transferência entre TRT's, e.g., deve ser analisada com cuidado, pois, apesar de o estatuto ser o mesmo, há ofensa à isonomia (o concurso no TRT de Minas é muito mais difícil e concorrido do que o de Roraima). ADI 231/92 julgou extintas essas duas formas.

2.5. *Investidura*

Investidura é a efetiva ocupação do cargo. *Marçal: o ato formal de assunção da posição jurídica (posse) gera o efeito da aquisição da titularidade do cargo (investidura); logo, a investidura seria anterior ao exercício.*

a) *Nomeação*

A pessoa que foi aprovada no concurso é nomeada, independente da sua vontade (se não quiser tomar posse, não responde ao chamado). *As demais modalidades de provimento (todas derivadas) não exigem o ato formal da posse.*

b) Posse

Quando a pessoa assume juridicamente o cargo público no qual foi provido. Há uma exteriorização formal da situação. Após a nomeação, será chamada para a posse. Pode ser exigido exame médico, declaração de bens e direitos e declaração sobre o exercício de outros cargos, empregos e funções. Nesse momento deve apresentar a documentação necessária (OAB, diploma etc). Art. 13, § 1º, Lei n. 8.112/90: o sujeito deverá assinar termo em até 30 dias após a publicação do seu provimento, sob pena de desfazimento deste.

c) Exercício

Depois da posse, começará o exercício do cargo. Cada legislação estabelece o prazo máximo entre a posse e o exercício. Art. 15, § 2º, Lei n. 8.112/90: o servidor tem prazo de 15 dias para entrar em exercício, sob pena de exoneração. No dia em que entra em exercício, completa os requisitos da investidura, tendo os direitos e deveres do cargo. Os vencimentos são devidos a partir do exercício, e não da posse.

2.6. Reingresso

a) Reintegração: Art. 28, Lei n. 8.112/90

É modalidade de provimento derivado que ocorre em razão de declaração judicial ou administrativa de ilegalidade do ato de demissão ou exoneração. Pessoa exonerada incorretamente retoma ao cargo, por força da decisão. Restabelece a situação anterior à demissão. Se o cargo tiver sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade; se estiver ocupado, o ocupante será reconduzido ao cargo de origem ou colocado em disponibilidade.

b) Aproveitamento: Art. 30, Lei n. 8.112/90

É modalidade de provimento derivado. O servidor cujo cargo foi declarado extinto ou desnecessário deve ser reaproveitado em cargo de mesma complexidade técnica ou colocado em disponibilidade remunerada (art. 41, § 3º, CF: pessoa fica como se estivesse aposentada, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição). Ex.: taquígrafistas podem ser aproveitados na gravação e edição de vídeos.

c) Reversão: Art. 25, Lei n. 8.112/90

Provimento em cargo público em virtude do retorno à atividade, após aposentadoria. Pode ser compulsória (se a aposentadoria foi indevida, e.g.) ou voluntária (cumprindo os requisitos legais). É modalidade de provimento derivado. A pessoa está aposentada no serviço público, mas o Tribunal de Contas ou o Judiciário declara nula a aposentadoria (vício de legalidade na concessão da aposentadoria ou cessação da invalidez). Quem estava no lugar do aposentado será revertido ao cargo anterior. O Tribunal de Contas tem 10 anos para analisar a legalidade da aposentadoria.

2.7. Vacância

[133] Comentário: § 1º É de quinze dias o prazo para o servidor empossado em cargo público entrar em exercício, contados da data da posse. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º O servidor será exonerado do cargo ou será tomado sem efeito o ato de sua designação para função de confiança, se não o entrar em exercício nos prazos previstos neste artigo, observado o disposto no art. 18.

[134] Comentário: Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

[135] Comentário: Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.

[136] Comentário: § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[137] Comentário: Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

II - no interesse da administração, desde que: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

a) tenha solicitado a reversão; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

b) a aposentadoria tenha sido voluntária; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

...

Art. 33. Vacância do cargo é a desvinculação do servidor até então investido, por qualquer motivo.

O cargo vago pode ser extinto ou ocupado por outra pessoa. Vide item 2.3.

3. CONCURSO PÚBLICO

É procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio (a seleção se vincula ao edital), destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados (os exames devem ser pertinentes ao cargo que se quer preencher) para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou emprego público

3.1. Regra

Em regra, a seleção dos candidatos se dá por concurso de provas (teste direito da capacidade intelectual e/ou física) ou provas e títulos (comprovação indireta da capacidade). Não há lei nacional que legisle sobre os concursos públicos, mas seria possível que existisse? Para o professor e MSZDP não, porque todos os entes têm competência, cada um legislará para si.

3.2. Exceções

São apenas as hipóteses abaixo. É vedado o concurso interno, para alteração de cargo dentro do mesmo órgão; só é permitido para transferência dentro do mesmo órgão e carreira (sair do interior e vir pra capital, e.g.).

- a) cargo em comissão
- b) 1/5 constitucional
- c) servidores temporários
- d) agentes de saúde

Agentes de saúde também são temporários. Para combater alguma epidemia ocasional. Lei n. 11.350/06: trata especificamente dos agentes comunitários de saúde.

3.3. Aprovação e direito de nomeação

Há um direito ou mera expectativa de direito do candidato aprovado? A jurisprudência não é pacífica, mas o que está mais ou menos certo é que, se o edital prevê número de vagas, os aprovados dentro delas terão direito público subjetivo à nomeação. Não é direito adquirido, pois este é o que já se incorporou ao patrimônio jurídico do cidadão e nem Emenda Constitucional poderia afastá-lo. O direito público subjetivo é oponível pelo cidadão ao Estado: se não houver justificativa adequada, o cidadão deve ser nomeado, mas se os cargos previstos forem extintos, acaba o direito.

Cadastro reserva: cria expectativa de direito que muitas vezes não se concretiza. É forma de evitar o direito público subjetivo dos aprovados dentro das vagas do edital. Muitos dizem que

[138] Comentário: Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração;

II - demissão;

III - promoção;

VI - readaptação;

VII - aposentadoria;

VIII - posse em outro cargo inacumulável;

IX - falecimento.

concurso para cadastro reserva é ilegítimo. Nesse sentido: RE 116.044. Entendimento do professor: o aprovado em cadastro de reserva tem direito público subjetivo na medida em que abrem cargos. A inconstitucionalidade do cadastro não estaria na sua forma, que é útil e adequada, mas como é usado ultimamente. Concurso para cadastro reserva é imoral, danoso etc.

3.4. Validade

Art. 37, III, CF. O prazo de validade do concurso público é de até 2 anos, que pode ser prorrogado pelo mesmo período, *discricionariamente*. Dentro do prazo, o Estado é obrigado a respeitar o resultado e nomear os aprovados, na ordem. **Art. 37, IV:** os aprovados num determinado concurso têm prioridade na convocação sobre os aprovados em concurso posterior.

3.5. Invalidação do concurso

Vício de legalidade gera anulação do concurso. E os aprovados? Até a posse não há direito ao cargo. O aprovado não pode redamar da invalidação do concurso. Só a partir da investidura o servidor terá direito a ampla defesa e contraditório em razão da invalidação do concurso. O aprovado que não foi investido não faz jus à indenização; aquele que já está investido pode pedir indenização por danos morais e materiais. É o que entende a jurisprudência.

3.6. Reserva de cargos para deficientes

Art. 37, VIII. Concursos devem reservar percentual de vagas para pessoas deficientes. É política pública dentro dos concursos. O percentual varia de acordo com o ente. Art. 5º, § 2º, Lei n. 8.112/90 diz que é de 20%. A falta de reserva de vagas gera a invalidação. O deficiente deve comprovar o cumprimento de requisitos mínimos (não se pode aprovar qualquer um, só para preencher as vagas reservadas). A deficiência não pode ser incompatível com o cargo a ser exercido.

3.7. Requisitos de acesso: sexo e idade

O acesso a cargos públicos é amplo e o concurso público não pode discriminar os candidatos, exceto se a natureza do cargo exigir uma discriminação. Determinado porte físico e idade não avançada para candidatos ao ingresso na polícia, e.g. Discriminações são possíveis, desde que pertinente ao cargo a ser desempenhado. O critério restritivo deve ser objetivo; estabelecido no edital e em regra legal que justifique as necessidades especiais exigidas. Súmula n. 683, STF: limite de idade para concurso só é possível se tiver relação direta com o cargo (não pode limitar só porque quer). Experiência profissional para a magistratura é outro exemplo de requisito.

4. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

4.1. Vedação: art. 37, XVI e XVII da CF

A regra é apenas um cargo, emprego ou função remunerada na AP. Inclui toda a AP direta e

[139] Comentário: III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

[140] Comentário: IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

[141] Comentário: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

[142] Comentário: XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

indireta. Não vale acumular um cargo e um emprego, nem um cargo e uma função.

4.2. Exceções: art. 37, XVI

Art. 37, XVI, a. Em razão do estímulo e importância dos professores, é possível acumular dois cargos de professor (ex.: professor do Estado e do Município).

Alínea b. Outra exceção é acumulação de um cargo de professor e um cargo técnico ou científico. Cargo técnico é aquele que exige qualidade ou habilitação específica. Não é um conceito definido: alguns dizem que procurador (advogados públicos) é cargo técnico, outros que analista judiciário também é, pois deve ser exercido por bacharel em Direito. Cargos burocráticos, que não exigem nenhum diploma específico, não são técnicos.

Alínea c. Dois cargos em profissões regulamentadas na área da saúde podem ser acumulados (ex.: médico, enfermeiro etc).

Requisitos a serem cumpridos para a acumulação: deve ser respeitado o teto salarial (considerando o somatório de remunerações) e compatibilidade de horários.

4.3. Magistrados e membros do MP: arts. 95, § único, I e 128, § 5º, II, d, CF

O cargo de juiz só pode ser acumulado com o cargo de professor. É como se fosse um cargo científico (técnico). Membro do Ministério Público pode acumular seu cargo com outro de professor, sempre respeitando o teto salarial. Apesar da diferença entre os dispositivos constitucionais, o tratamento é igualitário entre magistrados e membros do MP.

4.4. Vereadores: art. 38, III

Vereador pode acumular o cargo que exerce na AP com o cargo de vereador, desde que haja compatibilidade de horários. Prefeitos, governadores etc não têm o mesmo direito. Prefeito pode optar pela maior remuneração (pode ser que o cargo efetivo seja mais bem remunerado: ele ganha como servidor e exerce o cargo político).

4.5. Vedação de acumulação de aposentadoria: art. 37, § 10

Não é permitido acumular duas aposentadorias pelo mesmo regime jurídico. Não é possível aposentar em um cargo público e exercer outro cargo público, a não ser nos casos excepcionados na Constituição (professor, profissional da saúde etc). Se a aposentadoria é pela iniciativa privada, sendo beneficiário do INSS, não há vedação. Também é permitida a acumulação de aposentadoria com remuneração de cargo eletivo ou de cargo em comissão.

4.6. Cargo público e qualquer outra atividade

O cargo público pode ter que ser exercido em dedicação exclusiva, conforme o edital. Nesse caso o servidor não poderá exercer qualquer outra atividade remunerada. Se não é em dedicação exclusiva, o servidor pode exercer atividades privadas remuneradas, desde que fora do local e horário de trabalho e não haja conflito de interesses entre as duas atividades.

[143] Comentário: Pará grafo único. Aos juí zes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

[144] Comentário: II - as seguintes vedações:

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

[145] Comentário: III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

[146] Comentário: § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluí do pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

5. ESTABILIDADE

Requisitos para aquisição de estabilidade: art. 41, CF: i) cumprir três anos de exercício efetivo no cargo e ii) ser expressamente aprovado em estágio probatório.

Estabilidade pressupõe cargo efetivo. Ocupantes de cargo em comissão, função comissionada e função temporária, bem como o empregado público, não têm possibilidade de adquirir estabilidade. Cargo efetivo é provido mediante concurso público, salvo raras exceções (desembargadores pelo quinto constitucional).

5.1. Estágio probatório

Exercício das funções correspondentes ao cargo efetivo, visando à avaliação da aptidão e capacidade do servidor, pelo período de três anos. É um complemento do concurso público, pois este não permite avaliar a assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade do indivíduo (art. 20, Lei n. 8.112/90). Na prática a avaliação não é feita como deveria. A estabilidade não é adquirida automaticamente após os três anos de exercício; apenas após a aprovação em estágio probatório.

A estabilidade só é adquirida após cumprido o estágio probatório, que é de três anos (era dois anos até a EC 19/98) (para não confundir os prazos, só lembrar que a tendência é dificultar, e não facilitar). O servidor será avaliado por uma comissão, que dará o parecer sobre a estabilização do servidor, se ele cumpriu ou não seus deveres. Se o parecer for desfavorável, será aberto processo administrativo, para que o servidor tenha direito à ampla defesa e contraditório, podendo culminar no ato de exoneração. O parecer desfavorável deve ser muito bem fundamentado.

5.2. Efeitos da estabilidade

Art. 41, § 1º. Garante o servidor contra exoneração discricionária, submetendo a extinção do vínculo a devido processo administrativo ou judicial.

5.3. Efetividade x estabilidade

Efetividade é uma característica do cargo; cargo efetivo se contrapõe a cargo de confiança. Estabilidade é uma garantia pessoal do servidor. Nem todo servidor em cargo efetivo é estável. Servidor em cargo efetivo só será estável depois de cumprir satisfatoriamente o estágio probatório.

5.4. Demissão

Demissão é uma penalidade aplicada; ocorre em razão de falta funcional grave do servidor. É causa de vacância do cargo.

5.5. Exoneração

Exoneração é a extinção do vínculo estatutário a pedido do servidor ou em virtude de avaliação discricionária da autoridade. Exoneração não é pena, é uma medida para desligar o servidor do

[147] Comentário: Art. 41. São o estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[148] Comentário: Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: (vide EMC nº 19)

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

[149] Comentário: § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

cargo efetivo (ou em comissão) em virtude de previsão legal ou constitucional. Também causa vacância do cargo.

a) Casos de exoneração

- i) Exoneração a pedido: o servidor não pode romper o vínculo por conta própria (natureza não contratual), apenas o Estado por meio de ato unilateral. Em regra, o particular pede e o Estado deve exonerá-lo. Servidor que responde a processo disciplinar não pode ser exonerado antes da conclusão do processo ou da pena. As demais hipóteses são exonerações de ofício.
- ii) Não aprovação em estágio probatório: é caso de exoneração, e não de demissão. Só ocorre após ampla defesa e contraditório. Cada ente estabelece a autoridade competente para exonerar (será a mesma que tem competência para estabilizar o servidor);
- iii) Servidor que toma posse, mas não entra em exercício dentro do prazo legal (abandono de cargo);
- iv) Desligamento do servidor público em cargo comissionado: a autoridade pode exonerar ad nutum.
- v) Art. 169, § 4º: a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101) estabelece limites prudenciais de pagamento de pessoal para cada ente. As consequências no caso de serem ultrapassados os limites são, nesta ordem e na medida em que forem necessárias: 1º – redução em 20% dos gastos com cargos em comissão e funções de confiança; 2º – exoneração de servidores não estáveis (cargos em comissão, função temporária e não aprovados em estágio probatório); 3º – exoneração de servidores estáveis (é medida extrema). Os cargos até então ocupados por servidores estáveis exonerados devem ficar pelo menos 4 anos desocupados (art. 169, § 6º). Os servidores estáveis exonerados em razão da LRF devem ser indenizados (remuneração de um mês multiplicada pelos anos de serviço).

b) Avaliações de desempenho

Art. 41, § 1º: hipóteses de perda do cargo por servidor estável. Art. 41, § 1º, III: avaliação periódica do servidor estável, que pode perder o cargo em virtude de má avaliação, mesmo sendo estável. É dispositivo pendente de regulamentação; não existe ainda.

A avaliação de desempenho para estabilização de servidor em estágio probatório é feita por comissão instituída para tanto (art. 41, § 4º). A avaliação não pode levar em conta critérios meramente subjetivos. Assiduidade e pontualidade são exemplos de critérios objetivos considerados (art. 20, Lei n. 8.112/90).

c) Exoneração em estágio probatório: Súmula n. 21 do STF

Funcionário em estágio probatório, uma vez constatada ausência de capacidade ou aptidão, não

[150] Comentário: § 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação do artigo, o servidor estará vel poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[151] Comentário: § 1º O servidor público estará vel só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[152] Comentário: § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[153] Comentário: Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

pode ser exonerado ou demitido sem ampla defesa e contraditório. Também não pode ser demitido sem que tenha cometido falta pessoal, e após devido processo.

5.6. Vitaliciedade

A exoneração e demissão, para magistrados, membros do MP e Tribunais de Contas, ocorre exclusivamente por decisão judicial. Serve para dar maior segurança a ocupantes de determinados cargos. O estágio probatório para servidores vitalícios ainda é de dois anos. A vitaliciedade é automática para servidores nomeados pelo quinto constitucional (desembargador, ministros etc). A vitaliciedade não garante a titularidade eterna do cargo: é possível a aposentadoria compulsória ou mesmo extinção do cargo (e conseqüente disponibilidade do servidor).

- Magistrados: art. 95, I, CF
- Membros dos Tribunais de Contas: art. 73, § 3º, CF
- Membros do MP: art. 128, § 5º, a, CF

5.7. Inamovibilidade

Os magistrados e membros do MP, uma vez nomeados para uma determinada localidade, não podem ser removidos sem concordância. É garantia estabelecida pela Constituição ou por lei.

6. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

Os servidores e empregados públicos têm direito à irredutibilidade de vencimentos. Uma vez estabelecido o patamar de vencimentos, o servidor adquire o direito a ele. Verbas de natureza transitória não se incorporam ao salário. Ex.: salário-família. Cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, também não é protegido. Incorporar é adquirir o direito de receber determinada vantagem pecuniária permanentemente, não podendo ser suprimida. Em regra, vantagens pecuniárias são transitórias (cessam quando inexistentes os requisitos) e não se incorporam. Porém, há vantagens cujos requisitos não cessam, incorporando-se à remuneração (adicional por tempo de serviço, e.g.).

7. DIREITO DE GREVE E SINDICALIZAÇÃO

Diretos sociais estendidos da iniciativa privada para o serviço público.

7.1. Direito de sindicalização

A sindicalização de servidores públicos não gera muitos questionamentos. Súmula n. 679, STF: a fixação dos vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.

7.2. Direito de greve

Previsto no art. 37, VII, CF, e regulamentado por lei, resguardado o mínimo de funcionamento do órgão ou ente, pois a máquina administrativa não pode parar totalmente. A greve gera maiores discussões: o vínculo dos servidores estatutários é unilateral; é por força de lei; teoricamente não poderia haver negociação sobre ele. O Estado não pode fazer negociação coletiva com os servidores públicos. Isso prejudica o direito de greve do servidor. Alguns dizem que o direito de greve do servidor depende de lei específica, que ainda não foi editada. Em mandado de injunção (ns. 712 e 670), o STF disse que o servidor público não poderia ser prejudicado pela falta da lei: até que sobrevenha norma própria, aplica-se a lei geral de greve da iniciativa privada aos servidores públicos.

[154] Comentário: VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

7.3. Proibição da greve e sindicalização para o militar

Art. 142, IV. Veda o direito de greve e de sindicalização para os militares. Os militares são servidores (mas a Constituição deixou de usar o termo "servidores" para os militares) são regidos por regime jurídico diferenciado; não se enquadram dentro das categorias dos servidores civis. Servidores militares têm direitos e deveres específicos. Art. 42, CF.

[155] Comentário: IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

8. DIREITOS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Art. 7º, CF estabelece os direitos sociais dos empregados da iniciativa privada. E para os servidores públicos? Quais direitos são aplicáveis? Art. 39, § 3º. Núcleo básico de direitos; podem ser estendidos aos servidores públicos outros direitos. Discriminações específicas fundamentais ao cargo são permitidas.

[156] Comentário: § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

9. SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS AGENTES

9.1. Introdução

Art. 41, Lei n. 8.112/90. Conceito de remuneração em sentido restrito. A terminologia tradicional indica que remuneração é gênero; vencimentos e subsídios são suas espécies.

[157] Comentário: Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

9.2. Remuneração ou vencimentos

Agentes públicos recebem uma parte fixa (vencimento propriamente dito), mais uma parte variável (vantagens pecuniárias), que engloba salário-família, adicional de qualificação, adicional de saúde, auxílio alimentação. A parte fixa é igual para todos os servidores de mesmo nível de carreira; a parte variável é paga de acordo com condições de cada servidor.

a) Princípios

O padrão de vencimentos de cada classe é definido com base na complexidade, nos requisitos para investidura e na responsabilidade do cargo.

b) Proibição de reajustes automáticos

Art. 37, XIII, CF. O reajuste automático é vedado; não pode haver lei de classe de servidores que preveja reajuste automático por índice oficial. Qualquer reajuste depende de orçamento; lei orçamentária deve prevê-lo.

c) **Proibição de acumulação de vantagens**

Art. 37, XIV, CF. Para fins de cálculo, não pode haver acumulação de vantagens, i.e., um componente da parte variável da remuneração definido percentualmente incidirá apenas sobre a parte fixa; não pode somar as demais vantagens à parte fixa e depois calcular o percentual da vantagem. **Todas as vantagens pecuniárias se calculam diretamente sobre o vencimento, apenas.**

d) **Irredutibilidade de vencimentos**

Art. 37, XV, CF. Contudo, a revisão geral anual (art. 37, X) não está sendo respeitada. Os salários não são reduzidos, mas também não aumentam. Apesar de não ser descumprido diretamente o princípio da irredutibilidade, a inflação provoca achatamento salarial. **Isso é aceito pela jurisprudência: o impedimento refere-se à redução do valor nominal da remuneração, e não o real. A irredutibilidade não abrange todas as vantagens pecuniárias e deve respeitar o limite máximo.**

9.3. Subsídios

a) Art. 39, § 4º, CF

A remuneração por subsídio acaba com adicionais e parcelas no pagamento; surgiu para evitar os supersalários pagos através de auxílios paleto, alimentação, saúde, moradia etc. evita o incremento de parcelas de direitos e vantagens. A CF fala em parcela única, expressão contraditória (para o professor): ou é parcela ou é única. A CF determina as categorias que recebem por subsídio. Outras classes podem ser incluídas, desde que lei específica assim determine (art. 39, § 8º). **Ex.: delegados federais recebem subsídios por força de lei, não da CF.**

b) **Exceções**

A CF traz garantias e direitos sociais para servidores públicos também, como adicional noturno, insalubridade etc. Esses direitos constitucionais não poderiam ser afastados dos servidores que recebem por subsídios: é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência. Esses adicionais que excepcionam a regra dos subsídios são apenas os previstos na CF, não em lei ordinária.

- **Indenizações**

Outra exceção são as verbas indenizatórias, **valores pagos para recompor o patrimônio do servidor por gastos realizados em razão do exercício do cargo.** Art. 37, § 11, CF: indenizações não integram a remuneração do servidor e não influem no teto remuneratório. **Ex.: diárias de viagem; a maior parte dos entes adota a diária definida, que é um valor fixo e predefinido; outros adotam o reembolso. Ajuda de custo é outro exemplo de indenização.**

c) **Competência para fixação**

[158] **Comentário:** XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[159] **Comentário:** XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[160] **Comentário:** XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[161] **Comentário:** X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[162] **Comentário:** § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[163] **Comentário:** § 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[164] **Comentário:** § 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

É a lei que diz ser subsídio e o valor dele.

d) *Subsídio dos Ministros de tribunais superiores*

Art. 93, V, CF.

e) *Subsídio dos desembargadores*

90,25% do subsídio dos Ministros do STF. *Aplica-se aos desembargadores federais e estaduais (vide ADI 3.854)*

9.4. *Teto remuneratório*

a) *Art. 37, XI*

É o limite máximo de pagamento dentro da AP. O limite engloba o vencimento e demais vantagens pecuniárias (as não excepcionadas). Acima desse limite ninguém deve receber. O teto para toda a AP brasileira é o subsídio dos Ministros do STF. AP direta e autarquias e fundações. Incluem-se os ocupantes de cargo, empregos e funções, aposentados e pensionistas, civis e militares. Nenhum deve receber além do teto. Art. 37, § 9º: às empresas públicas e sociedades de economia mista também se aplica o teto remuneratório quando receberem verbas públicas para pagamento de pessoal e custeio (despesas gerais para sustentar o órgão). CEF e BB, e.g., não estão incluídos nesse teto.

b) *Teto estadual único: Art. 37, § 12*

Existem subtetos previstos na CF. No Executivo estadual o teto é o subsídio do governador, que também está limitado ao subsídio dos Ministros do STF. No Legislativo estadual, o teto é o subsídio dos deputados estaduais, também limitado ao STF. No Judiciário estadual o teto é o subsídio do desembargador, o subteto do desembargador é previsto na CF: 90,25% dos Ministros do STF (é 5% menos do que Ministros dos tribunais superiores, que são 5% menores do que os do STF). Dentro do subteto do Judiciário estadual estão os defensores, procuradores e membros dos MP estaduais.

O dispositivo constitucional permite (não obriga) que as constituições estaduais e leis orgânicas fixem limite único aos seus servidores. Seria o subteto dos desembargadores, resguardados os deputados estaduais e vereadores.

ADI 3.854: em tese, juízes de direito e desembargadores estaduais poderiam receber menos do que os semelhantes federais, mas a decisão liminar na ADI permite que os juízes de direito recebam mais do que 90,25% (os desembargadores estaduais também estão fora do teto por enquanto). Parte da LOMAN para dizer da inconstitucionalidade do dispositivo.

No âmbito municipal, o subteto é o do prefeito, também limitado ao subsídio do STF.

c) *Exceções*

Art. 37, § 11. Verbas indenizatórias não entram no teto de nenhum servidor. Também não entram

[165] Comentário: XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[166] Comentário: § 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

[167] Comentário: § 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

os direitos constitucionais dos servidores públicos (hora-extra, adicional noturno etc). Art. 39, § 3º. Resoluções n. 13 e 14 do CNJ: magistrado exercendo a magistratura eleitoral acumula os subsídios, mesmo ultrapassando o teto. Ex.: a Min. Cármen Lúcia recebe o subsídio do STF e o de presidente do TSE.

d) *Acumulação de cargos*

Nas hipóteses constitucionais de acumulação de cargos já vistas (cargo técnico mais de professor etc), o teto continua sendo o subsídio dos Ministros do STF, ou seja, Ministros do STF só podem dar aula em universidades públicas de graça.

10. REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Direitos que surgiram ao lado dos direitos de segunda geração (sociais), logo após estes (ainda dentro da segunda geração). As classes trabalhadoras passaram a se organizar, criando laços de solidariedade. No Brasil, os ferroviários foram os precursores da "previdência": era privada, pois os trabalhadores que separavam o dinheiro para o futuro. No início, cada classe tinha o próprio instituto de previdência. Depois de um tempo, os institutos foram unificados no INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), que passou a ser chamado de INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) com a CF88. A seguridade social é mais ampla do que a previdência: aquela é baseada no tripé saúde, previdência e assistência social. A assistência social independe de contribuição dos beneficiários, a previdência depende. A assistência social é realizada principalmente pelo benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS: para pessoas inválidas ou idosas, cuja renda familiar per capita não seja superior a 1/4 do salário mínimo.

Princípio do Pacto de Gerações: hoje a população economicamente ativa sustenta a inativa; aquela passará a ser sustentada por uma nova geração no futuro. É o que acontece no Brasil. Contributividade: alguém contribui para outro aposentar.

10.1. Regime próprio e regime geral

- *Regime próprio: a quem se aplica?*

O regime geral, do INSS, não se aplica aos servidores públicos. O regime próprio dos servidores públicos é praticamente todo constitucional (art. 40, CF). Todos servidores estáveis que ocupem cargo efetivo na AP fazem parte do regime próprio.

A algumas classes de servidores públicos se aplica o regime geral: servidores que ocupam exclusivamente cargos em comissão; ocupantes de função temporária; empregados públicos.

- *Lei n. 10.887/04*

Trata da aposentadoria do servidor público federal. Aplicada à União.

10.2. Pessoas que contribuem

O servidor público também contribui. Antes (da EC n. 20), os servidores não tinham que contribuir.

- **Contribuição dos inativos**

Há muitos anos a previdência é deficitária, falida. A partir da EC n. 41 o servidor, mesmo aposentado, deve continuar contribuindo para a previdência. Essa EC fere o princípio do pacto das gerações: o servidor inativo está contribuindo para a própria aposentadoria e das próximas gerações. Iniciou-se uma discussão: de um lado, alguns afirmam que o princípio não está na CF; outros argumentam que o desconto fere direito adquirido do servidor.

Histórico: a EC n. 20 declarou imunes (à contribuição previdenciária) os servidores inativos e os ativos que tivessem cumprido os requisitos para a aposentadoria até a edição da EC n. 20; a EC n. 41 alterou o caput do art. 40 e permitiu a cobrança de contribuição de servidores já aposentados ou ativos aptos a se aposentarem. O STF disse, nas ADI 3.105 e 3.128, que não há direito adquirido à imunidade tributária, portanto a EC n. 41 é constitucional. Disse ainda que o desconto é contribuição social, portanto, um tributo, não gerando direito adquirido a não pagá-lo. Por fim, que ninguém tem direito adquirido a regime jurídico de aposentadoria; as regras do regime podem mudar; a aposentadoria é uma mera expectativa de direito. A segurança jurídica, no aspecto objetivo, garantida constitucionalmente só protegeria as pessoas já aposentadas. Mas a segurança jurídica, no aspecto subjetivo (proteção à confiança no Estado), foi afetada com a EC. CABM ainda defende a inconstitucionalidade da EC.

Art. 40, § 18, CF. A contribuição dos inativos só será descontada sobre a parcela da aposentadoria que superar o teto do INSS (em 2013 é R\$4.159,00). Pessoa que tenha doença grave, contagiosa ou incapacitante só terá descontada a contribuição sobre a parcela que supere o dobro do teto do INSS. Essas doenças estão no art. 186, §1º, da Lei n. 8.112: serve para os servidores da União. Os Estados e Municípios podem prever diferente, mas geralmente copiam a União.

- **Valor da contribuição**

Art. 4º, Lei 10.887/04. Mensalmente é descontado 11% da remuneração para a previdência. Outros 9% são pagos pela União. Igual os trabalhadores da iniciativa privada. O mesmo percentual é pago pelos inativos, mas sobre base distinta (art. 5º).

10.3. Modalidades da aposentadoria

Aposentadoria é ato administrativo unilateral (motivada por requerimento do servidor ou não) que constitui relação jurídica de inatividade (passa a ter outros direitos e deveres), assegurando a percepção vitalícia de proventos em valor determinado. A remuneração de servidores inativos é denominada "proventos". São três as espécies de aposentadoria: por invalidez permanente, compulsória e voluntária.

[168] Comentário: § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[169] Comentário: Art. 40 A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre:

[170] Comentário: Art. 50 Os aposentados e os pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, contribuirão com 11% (onze por cento), incidentes sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões concedidas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 40 da Constituição Federal e nos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. (Vide Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

10.4. Aposentadoria por invalidez

É fundada em evento fático superveniente à investidura do cargo, apto a acarretar a perda permanente das condições físicas ou intelectuais mínimas necessárias ao desempenho das atribuições de um cargo público, sendo decretada a pedido ou de ofício. O servidor que seja incapaz permanentemente para atividade laborativa será aposentado por invalidez. Quando não é possível readaptação. Não é necessário período mínimo de exercício. Licença para tratamento de saúde é o auxílio-doença do servidor público, em comparativo com o regime do INSS. A invalidez não precisa ser definitiva, eterna, basta que seja de duração indeterminada. Cessada a invalidez, há a reversão.

- **Cálculo**

Os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

- **art. 40, § 1º, I**

EC n. 70: trouxe a possibilidade de aposentadoria integral por invalidez nos casos nela previstos (doença profissional, moléstia grave etc). As doenças graves etc estão na Lei n. 8.112/90.

10.5. Aposentadoria compulsória

Decorre do atingimento da idade limite, que é 70 anos. Obriga a pessoa a se aposentar, não há escolha. É presunção absoluta da incapacidade do servidor por senilidade. Serve para renovar os quadros. Também é proporcional, e não integral, a não ser que o servidor já completou o tempo de serviço mínimo. A compulsória não atinge os comissionados, apenas os efetivos. Diretor de faculdade é cargo comissionado (caso do Salgado). Completados os 70 anos, ocorre a vacância automática do cargo, mas a condição de inativo pela aposentadoria por invalidez depende de ato formal da administração.

10.6. Aposentadoria voluntária (para servidores que ingressaram após a EC n. 41/03)

Chamada de aposentadoria por tempo de contribuição. Aposentadoria voluntária é a decorrente de pedido do servidor público (cumpridos os requisitos, haverá direito líquido e certo à aposentadoria), que preencha requisitos cumulativos mínimos de tempo de contribuição e de idade. Há a possibilidade de aposentadoria voluntária por proventos integrais ou proporcionais. Antes da EC n. 20 a aposentadoria voluntária era por tempo de serviço (e não por tempo de contribuição), permitindo períodos fictícios de contribuição, o que atualmente é vedado. Os proventos da aposentadoria voluntária não correspondem exatamente à remuneração da ativa (ver item 10.8. a).

- a) **Proventos integrais: requisitos**

Art. 40, § 1º, III, a, CF.

- **10 anos de efetivo serviço público**

[171] Comentário: Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Por que? O tempo trabalhado fora do serviço público, pelo regime do INSS, é contado como tempo de contribuição, mas para receber os proventos integrais, ao menos 10 anos devem ser no serviço público. *Mesma justificativa para proventos proporcionais.*

- 5 anos no cargo efetivo

Acumula-se com o requisito anterior. 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.

- Idade mínima: 60 anos (homem), 55 anos (mulher)

Sempre há distinção entre homem e mulher, pois o ordenamento ainda os trata assim. Considera-se que a mulher tem dupla jornada de trabalho.

- Tempo de contribuição: 35 anos (homem), 30 (mulher)

b) Proventos proporcionais: requisitos

Art. 40, §1º, III, b, CF.

- 10 anos do serviço público
- 5 anos no cargo efetivo
- Idade mínima: 65 (homem), 60 (mulher)
- Não há exigência de tempo mínimo de contribuição

10.7. Observações importantes

a) Aposentadoria do professor: Art. 40, §5º

Pessoa que comprove ter trabalhado exclusivamente como professor pode aposentar voluntariamente com proventos integrais com 5 anos a menos de contribuição e de idade mínima. Não vale para professores universitários.

b) Aposentadoria especial: Art. 40, § 4º

Servidores que laboram em locais insalubres ou perigosos, prejudiciais à saúde. Pessoas que trabalham em locais prejudiciais se desgastam mais, logo, merecem aposentar antes. Depende de lei complementar para regulamentar essa aposentadoria, o que não existe até hoje. Mandado de injunção n. 721-DF: até a edição da lei complementar sobre aposentadoria especial para os servidores públicos, aplica-se o regime do INSS para aposentadoria especial, que é basicamente: multiplica o tempo efetivo por 1,4 (se homem) e 1,2 (se mulher) e chega ao tempo que será contado para a aposentadoria. Homem que trabalhou 10 anos, considera que já trabalhou 14, e.g.

c) Abono de permanência: art. 40, § 19

Quem adquire direito de aposentadoria com proventos integrais, mas prefere continuar trabalhando, faz jus ao abono de permanência (também vale para quem poderia ter se aposentado até 2003). É um incentivo da Constituição para que as pessoas continuem

[172] Comentário: b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição o. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[173] Comentário: § 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[174] Comentário: § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência;

II que exercam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

trabalhando, pois o aposentado público é muito caro ao Estado; é melhor manter o servidor na ativa. O valor do abono é o mesmo valor da contribuição previdenciária, ou seja, ele simplesmente não contribui para a previdência nesse período. No contracheque aparece o desconto e o abono.

d) **Acumulação de aposentadoria. Vedação:** art. 40, § 6º, e art. 37, § 10

A regra é a impossibilidade de acumulação, mas quando os cargos são cumuláveis, a aposentadoria também será, **respeitado o teto remuneratório**. Ex.: Advogado da União se aposenta voluntariamente e ingressa na magistratura; as aposentadorias serão acumuladas.

e) **Reajuste anual:** art. 40, § 8º

Os aposentados também têm direito ao reajustamento anual da aposentadoria, tal qual os ativos. **Compensam a inflação, mantendo o valor real dos proventos.**

f) **Contagem de tempo fictício. Vedação:** art. 40, § 10

As contagens devem ser reais. **Não se computa tempo de serviço sem efetiva contribuição**. Antes, férias prêmio não gozadas eram contadas em dobro para a aposentadoria. **Não afeta direito adquirido de servidores antigos.**

g) **Aplicação subsidiária do regime geral ao regime próprio:** art. 40, § 12

as normas do regime geral de previdência que não forem incompatíveis aplicam-se ao regime próprio.

h) **Contagem de tempo do regime geral da previdência social**

professor falou rápido.

i) **Outras observações**

Art. 40, § 3º: os proventos serão calculados com base em remunerações reais, nunca fictícias. Art. 40, § 17: o cálculo dos proventos será feito sobre remuneração devidamente corrigida pela inflação. Art. 40, § 2º: os proventos não podem ser superiores à remuneração do mesmo servidor (limite individual). Art. 37, XIII: os proventos do servidor inativo após 31.12.2003 não mais acompanham a remuneração de um na ativa

10.8. Valor dos proventos

a) **Art. 40, § 3º**

Estabelece o cálculo dos proventos da aposentadoria. Não é porque a aposentadoria é integral que o valor é exatamente igual ao rendimento da ativa. Serão considerados 80% dos maiores salários (e maiores contribuições) que o servidor recebeu a partir de julho de 1994 e será feita uma média. Ou seja, depois de julho de 1994, verifica-se todas as contribuições mensais, pega 80% do número de contribuições (as maiores) e faz uma média aritmética para chegar ao resultado da aposentadoria "integral". Ex.: trabalhei 100 meses, pego os valores dos 80 meses nos quais recebi

[175] **Comentário:** § 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[176] **Comentário:** § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[177] **Comentário:** § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[178] **Comentário:** § 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[179] **Comentário:** § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[180] **Comentário:** XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[181] **Comentário:** § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que trata este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

mais, soma e divide por 80, o resultado é a aposentadoria.

b) *Lei n. 10.887/04*

É a lei que regulamentou o art. 40 acima.

10.9. *Previdência complementar*

As Leis Complementares ns. 108 e 109 regulamentam as entidades de previdência privada.

a) *Art. 40, §§ 14, 15 e 16*

Dispositivos que permitem ao ente públicos instituírem previdência privada complementar para os seus servidores. É uma faculdade do ente. Como seria? O órgão que quiser aderir ao regime geral de previdência social pagaria o teto pago pela previdência social (aprox. \$3800) e o restante seria pago pelo fundo. Existem regimes fechados de previdência, que são apenas para determinadas categorias e o regime aberto, que não demanda nenhuma característica pessoal para aderir ao plano de previdência privada. O plano de previdência privada criado pelo ente público será fechado. *Serão fundações públicas de direito privado, sujeitas à licitação e concurso público.* Esse fundo recebe as contribuições do servidor e da União (que é o empregador). Essa entidade tem orçamento separado da previdência geral; ela tem que resolver como fará para dar conta de pagar os proventos dos aposentados e não onerar os cofres públicos além do previsto.

b) *Lei n. 12.618/2012*

É lei federal que regulamenta os dispositivos da Constituição e institui a previdência privada para os servidores da União (*de todos os poderes, autarquias e fundações*). Só vale para quem entrou após a edição da lei. Os antigos que quiserem aderir ao novo plano podem; mas é obrigatório para os novos. Agora, a União paga até o teto da Previdência, o restante é pago pelo fundo do plano de previdência privada.

No âmbito da União foram criados três fundos, uma para cada poder.

Ex.: trabalhadores da Cemig: se aposentam pelo INSS, mas a Forluz (plano de previdência privada da Cemig) complementa. O servidor contribui para o fundo durante seu trabalho, para depois ser beneficiado por ele.

10.10. *Pensão por morte*

Outro benefício previdenciário. É valor pecuniário devido mensalmente ao cônjuge ou companheiro e dependentes do servidor público ativo ou inativo falecido.

a) *Art. 40, § 7º*

Os dependentes do servidor falecido têm direito à pensão por morte.

b) *Cálculo*

Não é 100% dos rendimentos do servidor, normalmente. A regra é que até o teto do INSS, os

[182] Comentário: § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituírem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver...

[183] Comentário: § 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

pensionistas recebem 100%. Sobre o que extrapola o teto é pago 70% desse valor. Receberão o teto (pouco mais de \$4100), mais 70% do que exceder.

c) *Beneficiários*

O regime geral de previdência social estabelece três classes de beneficiários. Os estatutos de cada ente podem prever de forma diferente, mas basicamente é assim: 1ª classe → filhos e cônjuges (se tem filho e cônjuges, o benefício é dividido entre eles). Para essa classe, a dependência é presumida; os beneficiários não precisam comprovar a necessidade da pensão. 2ª classe → se não tem cônjuges ou filho vivo, os pais do servidor recebem, se comprovarem a dependência econômica; 3ª classe → se não tiver ninguém na 2ª classe, recebem os irmãos até 21 anos ou inválidos, também se comprovarem dependência.

10.11. *Teto dos benefícios previdenciários*

É idêntico ao teto da remuneração e subsídios. Há o teto dos Ministros do STF e demais tetos específicos.

11. *REGIMES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIOS DE APOSENTADORIA*

As regras do item 10 são para servidores que foram providos em cargo público após a EC n. 41/03, mas emendas anteriores estabeleciam regimes mais vantajosos aos particulares. O art. 3º da EC n. 41 reconheceu o direito adquirido à aposentadoria voluntária sob regime passado aos servidores que já tivessem cumprido os requisitos na data da publicação.

Há três regras: i) para quem entrou antes da EC n. 20, ii) quem entrou entre a EC n. 20 e a EC n. 41, e iii) quem entrou depois da EC n. 41 (item 10). As duas primeiras regras se aplicam aos casos transitórios, de quem entrou sob um regime, e será aposentado na vigência de outra. São regimes mesclados. Nesses casos o servidor pode escolher entre se aposentar de acordo com as regras da EC n. 41 ou das EC anteriores, segundo a melhor opção para ele.

Se entrou antes de 1998, pode optar pela regra da EC n. 20, da EC n. 41 ou da EC n. 47. A regra da EC n. 41 é a definitiva (vale até hoje), as anteriores são transitórias.

11.1. *Servidor que ingressou antes da EC n. 20/1998*

Art. 2º, EC n. 41/2003. Para servidores providos até 16.12.1998. Requisitos:

- a) *Idade mínima: 53 anos (homem), 48 anos (mulher)*
- b) *5 anos de efetivo exercício no serviço público*
- c) *Tempo de contribuição: 35 anos (homem), 30 (mulher)*
- d) *Pedágio, se for o caso.*

Pedágio → período adicional de contribuição de 20% do tempo que faltava, na data da publicação

[184] Comentário: Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

EC n. 20/98, para atingir o período mínimo de contribuição. Ou seja, se não tivesse cumprido o requisito "c", tinha que cumprir mais 20% do tempo que falta para atingi-lo.

Obs.: ainda havia redução nos proventos para cada ano antecipado da idade mínima da EC n. 41 (65 anos, homem, 60, mulher), mesmo pagando o pedágio. Geralmente é de 3,5% para cada ano.

11.2. Servidor que ingressou antes da EC n. 41/2003

Art. 6º, EC n. 41. Para servidores providos até 31.12.2003. Outra regra de transição. Requisitos:

- a) Idade mínima: 60 (homem), 55 (mulher)
- b) Tempo de contribuição: 35 anos (homem), 30 (mulher)
- c) 20 anos de efetivo exercício no serviço público
- d) 10 anos na carreira e 5 anos no cargo

11.3. Servidor que ingressou antes da EC n. 20/1998 (mas com proventos integrais)

Foi criada pelo art. 3º, da EC n. 47. Essa alternativa é para aqueles (ingressos até 16.12.1998) que queriam se aposentar com proventos integrais, sem ser prejudicado com as reduções do tópico "11.1". Ou seja, para os que se não completaram a idade mínima.

- a) Tempo de contribuição: 35 anos (homem), 30 (mulher)
- b) 25 anos de serviço, 15 anos na carreira e 5 anos no cargo

A exigência de tempo de serviço é maior.

- c) Idade mínima: 60 (homem), 55 (mulher)

Entretanto, é reduzido 1 ano de idade para cada ano a mais de contribuição. Ou seja, para cada ano de contribuição além do mínimo (35 ou 30 anos), reduz-se um ano na idade mínima.

12. PROCESSO DISCIPLINAR E SINDICÂNCIA

→ Processo e procedimento

O processo que pode ocasionar na perda do cargo administrativo é chamado de processo administrativo disciplinar – PAD. Pode culminar em demissão (quando é penalidade), mas não ocasiona a perda do cargo, necessariamente. A aplicação de qualquer penalidade, inclusive advertência, deve ser feita após processo administrativo. As decisões da administração eram feitas por mero procedimento, até que a teoria geral do processo influenciou o direito administrativo, tomado o procedimento em processo, em determinados casos. O procedimento é o rito processual a ser seguido para se alcançar algum resultado. Quando é submetido a ampla defesa e contraditório vira processo (Elio Fazzolari), inclusive o administrativo.

→ Lei n. 8.112/90: arts. 143 a 182

Regulamenta o PAD para servidores da União. Os estatutos estaduais e municipais podem trazer normas diferentes, mas normalmente a seguem.

12.1. Sindicância

Tomando ciência de qualquer irregularidade, a autoridade (que tem competência para punir, em regra) deve instaurar de ofício sindicância para apurar a ilegalidade. É inquérito para apurar o autor (foi cometida por servidor ou não?) e o fato (se é ilícito ou não). Se já é sabido o servidor autor, instaura-se logo o processo. É como se fosse o inquérito policial. É uma fase prévia ao processo, apuratória dos fatos e autores do ato ilícito. É meramente apuratório, inquisitivo, não precisa de ampla defesa e contraditório, serve para levantar dados. Mas a sindicância, à luz da Constituição, nada mais é do que um processo administrativo simplificado. É instaurada quando ainda não se tem elementos suficientes sobre o ilícito ou quando a infração é de gravidade reduzida, aparentemente.

→ Resultados possíveis

1º: não se caracterizou ato ilícito ou não foi encontrado o autor: determina-se o arquivamento.

2º: o fato é ilícito e há uma pessoa indiciada: instaura-se o processo administrativo.

3º: Há ainda terceira possibilidade para a sindicância: advertência e suspensão das atividade por até 30 dias podem ser aplicadas na própria sindicância. Essa previsão da Lei n. 8.112/90 fere a ampla defesa e contraditório e é inconstitucional; qualquer ato restritivo de direitos deve respeitar as garantias constitucionais. Nesse caso, deve haver ampla defesa e contraditório dentro da sindicância.

12.2. Processo administrativo disciplinar

Arts. 143 e ss. da Lei n. 8.112/90. Quando a sindicância apura a necessidade de um PAD.

→ Fases

a) Instauração

Fixação dos fatos e eventuais autores no ato de instauração.

→ Formação da comissão

A autoridade competente determina a constituição de comissão, formada por três servidores estáveis. A comissão é posterior ao fato processado. É tribunal de exceção, inconstitucional, portanto. Como solucionar, se não há comissão permanente de julgamento? Fazer uma lista de servidores que eventualmente farão parte dela. Da instauração, inicia-se o prazo de 60 dias para conclusão.

b) Inquérito

Etapa subsequente à instauração.

→ *Produção de provas*

As provas produzidas na sindicância devem ser refeitas dentro do contraditório administrativo, conforme entendimento dominante. *O acusado também pode requerer a produção de provas.*

→ *Ampla defesa / contraditório*

O acusado terá direito amplo à defesa. *Será interrogado após a produção de provas.*

→ *Defesa técnica (?)*

É ou não necessária defesa técnica (com presença de advogado)? Sumula vinculante n. 5: a falta de advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a constituição. É decisão questionável: se a defesa não foi técnica, pode-se dizer que ela foi ampla? Há muita coisa em jogo no PAD. O Estado é parte e julgador, logo, a defesa deve ser muito bem feita.

c) *Relatório final*

A maioria dos estatutos diz que a comissão não julga, apenas apresenta um relatório final no qual propõe as penalidades ao servidor.

d) *Julgamento*

Quem decide é a autoridade superior, *que primeiro irá verificar a regularidade do procedimento, anulando-o, total ou parcialmente, se for o caso.* Depois a autoridade confere se a penalidade está conforme as provas dos autos. Se está tudo correto, a autoridade corrobora os atos e a punição. O relatório é vinculante à autoridade, a não ser que a punição seja contra prova nos autos. *Ou seja, o relatório é mais ou menos vinculante. “Se entender que o relatório não reflete a solução jurídica adequada, poderá adotar outra solução, sempre de modo justificado”.*

O que fragiliza a instância administrativa é a falta de tipicidade de condutas. A maioria dos estatutos não prevê os atos típicos.

12.3. *Verdade sabida (?)*

Ainda existe no direito brasileiro. É absolutamente inconstitucional. É a “verdade” que todo mundo espalha. Culpa a pessoa por um fato que “todo mundo sabe”.

12.4. *Comunicabilidade de instâncias*

→ *tríplice responsabilidade*

um ato ilícito pode gerar consequência em diferentes esferas, ao mesmo tempo. Servidores públicos esta o sujeito às três esferas: respondem com a liberdade (penalmente), com o patrimônio (civilmente) e com o cargo (administrativamente).

→ *regra geral*

A regra é que cada esfera é independente uma da outra e corre separadamente. Regra da incomunicabilidade.

→ *responsabilidade administrativa*

Recai no cargo do servidor

→ *responsabilidade civil*

Recai no patrimônio do servidor, se há dano.

→ *responsabilidade penal*

Recai na liberdade, se o ato é típico penalmente.

a) *Comunicabilidade*

Quando o ato constitui ilícito administrativo e ilícito penal será julgado pelo mesmo fato nas duas esferas. Nesses casos é possível afastar a regra da comunicabilidade.

- *Negar o fato / autoria*

só há comunicabilidade da esfera penal e administrativa se a sentença penal dizer que o fato não ocorreu ou que o réu não foi o autor. Nessas hipóteses, o servidor, absolvido penalmente, deve ser absolvido administrativamente. Se a sentença não toca o mérito (absolvição por ausência de provas etc), o servidor pode ser penalizado administrativamente.

- *Condenatória, reconhecendo o fato / autoria*

Se há condenação penal por ato que também é ilícito administrativo, o efeito penal vincula o administrativo. É isso mesmo? Comunica em que proporção?

b) *Efeitos da pena*

Art. 92, I, CP. Se o ato cometido não tem a ver com o cargo (servidor matou alguém sem relação nenhuma com o trabalho) será julgado apenas na esfera penal, e perderá o cargo se condenado a mais de 4 anos (é um efeito da sentença condenatória). Se o crime foi praticado com abuso de poder ou violação de dever funcional, a perda do cargo é efeito de condenação superior a um ano. Condenação menor não gera a perda do cargo, mas suspende.

[185] Comentário: Art. 92 - São o também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

Unidade V: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É a responsabilidade do Estado de recompor prejuízos *materiais e morais* acarretados a terceiros. Antes do Estado de Direito, o Estado não se responsabilizava perante terceiros. As normas do rei não eram punidas, pois o rei estava acima das leis. A responsabilização do Estado, nos primórdios do Estado de Direito era fundada no Direito Civil. Era responsabilidade civil subjetiva do Estado pelos seus atos. Ainda se distinguia os atos do Estado em atos de império e atos de gestão (celebrar contratos ou qualquer outro ato de gestão da máquina pública): só os atos de gestão poderiam ocasionar a responsabilidade do Estado. Em momento posterior, o Estado passou a ser responsável por ambos os atos, mas ainda subjetivamente. Atualmente, não há diferenciação de atos e a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Quem influencia tanto na vida dos cidadãos não pode ser julgado como uma pessoa comum.

A responsabilidade civil aqui estudada é extracontratual.

2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Teoria do risco administrativo: o Estado é uma grande máquina, que traz, em si, um risco aos cidadãos. O regime jurídico administrativo dá prerrogativas ao Estado, mas também estabelece sujeições a ele, uma delas é a responsabilidade objetiva. Na França há um tribunal administrativo, que só julga o Estado e no qual se aplica a teoria do risco administrativo, de responsabilidade objetiva. No Brasil, a CF46 trouxe a responsabilidade objetiva do estado. A CF88, no art. 37, § 6º, mantém a responsabilidade civil objetiva do estado. A responsabilidade independe da comprovação do dolo ou culpa. Os pressupostos são a ação do estado, o nexo de causalidade e o dano.

2.1. Diferenças: responsabilidade objetiva de risco integral

Abaixo.

3. PESSOAS RESPONSÁVEIS

Todas as pessoas jurídicas de direito público. As de direito privado também, mas só quando forem prestadoras de serviço público. As que exploram atividade econômica respondem subjetivamente pelos danos (ex.: Petrobras) e estão sujeitas à *responsabilização civil comum*. Consórcios, sociedades de economia mista, empresa pública, concessionários etc., quando prestadores de serviços públicos, respondem objetivamente. Fica resguardado o direito de regresso contra o agente causador do dano, se houve dolo ou culpa.

[186] Comentário: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Antes se distinguia a responsabilidade perante o usuário do serviço (responsabilidade objetiva) e terceiros não usuários (responsabilidade subjetiva). A Constituição não autoriza isso, e assim não se faz mais.

4. DUPLICIDADE DE RELAÇÕES JURÍDICAS

Há vínculo entre o Estado e a vítima, responsabilidade objetiva, que não depende de dolo ou culpa. E outro vínculo, entre o Estado e o agente, responsabilidade subjetiva, que depende de dolo ou culpa para responsabilização do agente.

5. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dano, nexa de causalidade e ato estatal (comissivo ou omissivo). Dano é o prejuízo (material ou moral) causado à vítima (não importa se era usuária de um serviço) e imputável ao Estado. Não depende de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo do agente estatal.

6. CONDUITAS OMISSIVAS

E quando a conduta não é comissiva, mas omissiva? O Estado deixa de fazer alguma coisa. Ex.: não garante segurança pública adequada e os cidadãos são furtados. A lei não diz expressamente, mas só haverá responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas danosas de forma subjetiva. Ou seja, dependerá da comprovação de dolo ou culpa do Estado. Não se espera que o Estado esteja em todo lugar. Mas se a omissão é muito gritante fica mais "fácil" para a vítima. Condutas omissivas próprias são aquelas em que há violação a norma que determine expressamente uma atuação estatal; equiparam-se às condutas comissivas. Ex.: companhia de água tem que fazer testes anuais de qualidade da água, mas deixa de fazer, provocando prejuízo. Condutas omissivas impróprias são aquelas em que o Estado não está obrigado a agir de uma forma específica e determinada. Deve ser verificado em cada caso se houve infração ao dever de diligência estatal. Ex.: dever genérico de garantir segurança pública.

6.1. Casos em que há relação de custódia

Em nenhuma hipótese de dano por omissão o Estado pode ser responsabilizado objetivamente? Pessoas sob custódia do Estado: presidiários, alunos em escolas públicas etc. o entendimento majoritário é que nesses casos, ainda que haja apenas omissão do estado, a responsabilidade é objetiva. Rext 170014-SP: reconhece que nos casos de vítima sob custódia haverá responsabilidade objetiva.

6.2. Situação de perigo

Tese nova entende que quando o Estado cria a situação de perigo, será responsabilizado

objetivamente, ainda que por omissão. Ex.: constrói uma penitenciária.

7. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil não é absoluta. Nas causas excludentes abaixo há interrupção do nexo de causalidade, impedindo a responsabilização do Estado.

7.1. Força maior

Eventos da natureza que excluem a responsabilidade do Estado. Força que o poder público não pode intervir e prevenir. Mesmo que o Estado queira e faça o máximo que pode, será causa de exclusão de responsabilidade. Ex.: chuva forte.

7.2. Caso fortuito?

Situações causadas por ato humano que causam dano a terceiros. Ato não doloso que o Estado, se tivesse tomado alguma providência, teria evitado o dano. Parte da doutrina entende que o dano causado por caso fortuito não exclui a responsabilidade civil do Estado, pois ele poderia ter evitado. Outros dizem que caso fortuito também é imprevisível, por isso seria excludente.

7.3. Culpa exclusiva da vítima

Quando a própria vítima é culpada pelo dano que sofreu fica excluída a responsabilidade do Estado. Serve para casos de ação ou omissão.

7.4. Ato de terceiro

Terceira pessoa causa o dano que o Estado não podia impedir. Ex.: pessoa que sabota represa devidamente protegida. Mas se o Estado deixou de cumprir seu dever de diligência, poderá ser responsabilizado pela omissão.

7.5. Exercício regular de direito

Se o agente atual dentro dos limites e deveres funcionais, não haverá obrigação de indenizar.

8. TEORIA DA RESPONSABILIDADE INTEGRAL

São casos que não admitem causas excludentes. Não importa se houve culpa exclusiva da vítima, ato de terceiro, força maior etc. São casos excepcionais e expressamente previstos. Ex.: usinas nucleares (art. 21, XXIII, d, CF). Se terceiro sabota usina nuclear, ainda que não haja culpa estatal alguma, a responsabilidade civil do Estado é integral e inafastável. Leis n. 10.349 e n. 10.774: ato terrorista em aeronave brasileira.

9. CONCURSO DE CAUSAS

Quando a ação ou omissão do Estado, por si, não causou o dano, mas ajudou. O Estado será responsabilizado na medida da sua culpa. Ex.: chuvas que causam enchentes na cidade; o Estado não pode evitar a força maior, mas poderia ter limpado bueiros etc. Há concurso de causas. Qual o grau de responsabilidade do Estado? Não está na lei, mas nos casos de responsabilidade por omissão, é o Estado quem deve provar a ausência de culpa, invertendo o ônus da prova em benefício da vítima.

Se houve concorrência de culpa, será compartilhada a responsabilidade.

10. REPARAÇÃO DO DANO

Ação de reparação de dano pode ser intentada diretamente em face do agente? Entende-se que não, pois é o Estado quem tem responsabilidade e deve responder. O agente será acionado pelo Estado, em ação de regresso. *Todavia, não há impedimento legal para que a ação recaia sobre o agente e o Estado, concomitantemente.*

11. DENUNCIAÇÃO À LIDE

O Estado pode denunciar o agente à lide, para ressarcir o Estado no caso de condenação? Há grande divergência doutrinária; não se chegou a um consenso ainda.

12. DIREITO DE REGRESSO

É obrigação do Estado, pois é de interesse público. Se ficar comprovado dolo ou culpa, tem que exercer o direito de regresso contra o agente. *É o que determina a Lei n. 4.619/65.*

13. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Por muito tempo o Estado era considerado irresponsável.

13.1. Leis inconstitucionais

A doutrina entende que há responsabilização civil do Estado se a lei inconstitucional provoca lesões aos cidadãos.

13.2. Omissão legislativa

A maior parte da doutrina considera que o Estado também pode ser responsabilizado civilmente pela omissão legislativa, principalmente quando há determinação constitucional para exercício de competência. Cabe direito de regresso contra o deputado? Ninguém discutiu isso.

14. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL

Erro judiciário: art. 5º, LXXV

Se fica claro o erro do Judiciário em prejuízo dos cidadãos, também se admite a responsabilidade civil do estado.

[187] Comentário: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Unidade VI: BENS PÚBLICOS

1. CONCEITO DE BENS PÚBLICOS

“São bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado (não há relação de domínio própria do direito privado: as faculdades de uso, fruição e disposição não são livres), submetidos a regime jurídico de direito público (não se aplica institutos de direito privado), necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial”.

2. AFETAÇÃO

“Afetação é a subordinação de um bem público a regime jurídico diferenciado, em vista à destinação dela à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva inclusive a sua inalienabilidade”. Bens públicos estão protegidos pelas prerrogativas do regime jurídico administrativo. Bens de uso comum do povo e de uso especial são afetados. A principal proteção é a do art. 100, CF, que trata dos precatórios. Os precatórios estão intimamente ligados à proteção dos bens públicos. A administração pública não paga uma dívida com seus bens, que são impenhoráveis. Todo bem público afetado (destinado a um interesse público) é protegido pelo regime jurídico administrativo e não pode ser objeto de relações jurídicas de direito privado. A afetação é legal, a desafetação também deve ser por ato formal (de imóveis depende de lei que autorize). Há bens intrinsecamente afetados (não demandam ato formal de afetação), como ruas e praças. A desafetação é ato unilateral, cuja formalização depende de autorização legislativa, o que faz alterar o regime jurídico aplicável ao bem, tomando-o submisso ao regime dominical. Bens que perderam a característica essencial e a aptidão para satisfazerem necessidades públicas são propícios a serem desafetados.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Art. 99, CC.

3.1. Bens públicos do domínio público

a) Bem de uso comum do povo

Móveis ou imóveis. Voltados à utilização de todos, de forma irrestrita. Estão afetados ao interesse público. Ruas, praças, praias, meio ambiente (art. 225, CF). Bens de uso comum são especificamente atribuídos à União, Estados e Municípios, geralmente pela CF (ex.: art. 20, III, IV, VI e X). O ente que tem atribuição sobre o bem disciplinará sobre ele. Dificilmente podem ser desafetados, só se perderem a utilidade (ex.: rua que ficou sem uso).

b) Bem de uso especial

[188] Comentário: Art. 99. São o bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispõem a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

É aquele voltado para o exercício de alguma atividade administrativa do Estado, *podendo ser ou não um serviço público*. Exercício material da AP. Prédios públicos, veículos, mobiliário etc. São bens de uso especial da AP. *Até um particular (concessionário de serviço público) pode ter a titularidade, temporária, de um bem de uso especial*. A entrada deve ser motivada e restrita. Pertence ao povo, mas a entrada deve ser autorizada. Podem ser desafetados.

3.2. Bem do domínio privado ou bens dominicais

não são afetados a um interesse público. São os bens de titularidade estatal não afetados ao interesse público. Bens não afetados podem passar a ser e vice-versa.

4. REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Ambos são da AP, mas os regimes jurídicos são diferentes. Todos os bens públicos estão sob proteção do regime jurídico de direito público, o que significa a não aplicação do direito privado a nenhum deles. Todavia, os regimes são diferentes de acordo com as características e finalidades de cada bem.

4.1. Bens dominicais (bens privados)

Pertencem a AP, mas não estão voltados a nenhuma atividade administrativa ou ao uso comum do povo. Não estão afetados. Fazem parte do patrimônio estatal, mas não tem utilização. Podem ser alienados. Ex.: lote vago.

4.2. Bens do domínio público

São bens afetados. Ou são de uso comum ou especial. A diferença é que os bens do domínio público não podem ser alienados enquanto estiverem afetados, mesmo se o órgão ou ente quiser.

Ambos são imprescritíveis (a ausência de exercício das faculdades de uso e gozo não sujeita os bens públicos à usucapião). Sumula 340, STF: bens dominicais também não podem ser usucapidos. Também não pode ser gravado nenhum ônus real em bem público.

5. APLICAÇÃO DOS ARTS. 100 E 101 DO CC'02

→ Art. 17 da Lei n. 8.666/93

A alienação de bens dominicais deve se dar de acordo com a Lei n. 8.666/93. Deve ser feita licitação na modalidade concorrência ou leilão, no tipo maior lance ou oferta. A alienação de bens dominicais depende da comprovação da desnecessidade de sua manutenção no patrimônio público.

6. USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

[189] Comentário: Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Há casos em que o particular pode utilizar privativamente bens públicos, em favor da AP ou não. Deve haver formalização. Instrumentos particulares só podem transferir a posse de bens privados. Bens públicos só podem ser transferidos (a posse) por instrumento público.

6.1. Instrumentos públicos de outorga de uso privativo de bens do domínio público

a) Autorização

É ato administrativo unilateral discricionário pelo qual a AP atribui a um particular a faculdade de usar transitoriamente um bem público de modo privativo ou exacerbado. A autorização permite o uso no interesse do particular, que poderá exercer o direito se quiser. É revogável a qualquer tempo, em tese, principalmente se não houver contraprestação do particular.

b) Permissão

Também é ato administrativo que permite o uso privativo de bem público por particular. É ato discricionário. Pressupõe o uso contínuo do bem, diferentemente da autorização. A permissão é no interesse da AP (Marçal discorda, pois em ambos os casos o particular tem interesse predominantemente privado. Para ele a maior diferença é a natureza transitória ou não do uso). A permissão não possibilita o exercício facultativo; o permissionário deve utilizar o bem (Marçal não faz essa distinção). A AP pode exigir o uso. Ex.: instalação de banca de revista em locais públicos.

c) Concessão

É contrato, não ato administrativo. Investe o particular na faculdade de usar um bem público durante período determinado, mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos. Geralmente são de prazo longo. ex.: lojas em aeroportos geralmente são concedidas. Autorização e permissão são atos precários, não dão segurança aos particulares; a concessão dá. Depende de licitação (ou contrários dos outros),

7. FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Pode ser por meios privados ou públicos. Formação do patrimônio por instrumentos de direito privado: contrato de compra e venda, doação, permuta etc.

Por meio público: por meio de lei (ex.: incorporação de terras devolutas feita pela CF), sentença judicial (em execução, e.g.), confisco de terras utilizadas para cultivo de drogas (art. 243, CF).

[190] Comentário: Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.