

# ALTERAÇÕES DA 9ª PARA A 10ª EDIÇÃO DO MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO EDITORA MÉTODO – GRUPO GEN

- As alterações mais relevantes da 9ª para a 10ª edição são as seguintes:

- **Substituir o Item 1.2 pelo seguinte:**

## 1.2. Conceito de Direito Administrativo - critérios

O conceito do Direito Administrativo sofreu, e ainda vem sofrendo, muitas mudanças ao longo dos séculos, em virtude da natural evolução das sociedades, não havendo, ainda hoje, consenso doutrinário acerca de uma definição.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que:

*Direito Administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.*

Para Hely Lopes Meirelles,

*Direito Administrativo é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.*

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

*Direito Administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem.*

Vários critérios foram adotados para tentar definir o Direito Administrativo, baseando-se em determinadas características, mas que, via de regra, são criticados por outros doutrinadores por não levar em conta outras características importantes.

A partir da observação de que o tema tem sido cada vez mais exigido em concursos públicos, faz-se necessário um estudo desses critérios, a partir das principais correntes doutrinárias sobre a matéria.

### 1.2.1. Escola legalista

Também conhecida como **escola caótica, empírica, ou exegetica**, essa escola, francesa, procurou definir o Direito Administrativo como sendo o ramo do direito destinado a interpretar as leis administrativas e os atos administrativos existentes.

Essa escola restringiu demais o objeto do Direito Administrativo a apenas interpretar as normas já editadas, sem se preocupar em analisar se as normas atendiam ou não aos princípios que o Poder Público deveria obedecer, e se buscavam a finalidade de interesse público.

#### DICA!!!

Apenas interpreta a LEI → LEGALISTA

### 1.2.2. Escola do Serviço Público

Essa escola, também francesa, procurou definir o Direito Administrativo como aquele incumbido da prestação de **serviços públicos** à coletividade.

Novamente restringiu-se demais o objeto do Direito Administrativo, uma vez que o Poder Público é incumbido de outras atividades, como o exercício do poder de polícia e as atividades de regulação, que não são conceituadas como serviço público.

### 1.2.3. Escola da *Puissance Publique*

Chamada de **escola das prerrogativas públicas**, por José Cretella Júnior, também francesa, procurou definir o Direito Administrativo como aquele que se utiliza de normas de direito público, exorbitantes, para se impor aos particulares.

Esse critério não serve como definição, uma vez que o Direito Constitucional, dentre outros, também se utiliza de regras de direito público, impositivas aos particulares, além do que no Direito Administrativo nem sempre o Poder Público se sobrepõe aos particulares, uma vez que muitas das vezes contrata ou edita atos administrativos a pedido desses particulares.

### 1.2.4. Critério das relações jurídicas

Procura definir o Direito Administrativo como o ramo do direito que trata das relações entre o Poder Público e os administrados. É insatisfatório uma vez que todos os outros ramos de direito público, como o Direito Constitucional e o Direito Tributário, tratam de relações entre o Estado e o particular.

### 1.2.5. Critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado

Procura definir o Direito Administrativo distinguindo dois sentidos diversos para a Administração Pública, quais sejam, os sentidos objetivo e subjetivo.

Em sentido subjetivo, estaremos analisando os sujeitos que compõem a Administração, que exercem as atividades, que são os **órgãos públicos**.

Em sentido objetivo, estaremos analisando o objeto, a matéria, a atividade exercida pela Administração, que é a **atividade jurídica não contenciosa** (significando dizer que a Administração pode aplicar o direito, mas não pode julgar questões em caráter definitivo; assim, a Administração pode aplicar um auto de infração e pode mesmo julgar um recurso administrativo contra essa atuação, mas esse julgamento não é definitivo, uma vez que apenas o Poder Judiciário pode julgar ações em caráter definitivo).

É o conceito adotado por José Cretella Júnior, segundo o qual o Direito Administrativo é o “ramo do direito público interno que regula a **atividade jurídica não contenciosa** do Estado e a constituição dos **órgãos** e meios de sua ação em geral”.

#### QUESTÃO COMENTADA

##### MINISTÉRIO PÚBLICO/SP – 2013 – IBFC

Conceituando o Direito Administrativo como sendo o conjunto de princípios que disciplinam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua atuação, está se adotando o critério:

- a) Do órgão.
- b) Das relações sociais do Estado.
- c) Da Administração Pública.
- d) Da atividade social.
- e) Da distinção entre atividade jurídica e social do Estado.

**Comentário**

Como a definição citou a **atividade** do Estado e os seus **órgãos**, foi baseada no critério que faz a distinção entre a atividade jurídica e a social do Estado. Gabarito: letra E.

**1.2.6. Critério teleológico**

O termo “teleológico” retrata um adjetivo que serve para relacionar um fato à sua causa; em sentido jurídico, a interpretação teleológica de uma lei é a forma de interpretar a lei buscando-se compreender a **finalidade** para a qual aquela lei foi editada.

Nesse sentido, portanto, o Direito Administrativo seria o ramo do direito que se preocupa em regular as atividades do Poder Público voltadas para atingir seu fim de interesse público. Essa teoria supera a escola legalista que, ao se preocupar em aplicar a lei, não analisava a finalidade da mesma.

**QUESTÃO COMENTADA****SEPLAG-MG/DIREITO – 2015 – IBFC**

“Direito Administrativo é o sistema de princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins.” O conceito citado no enunciado adotou o critério:

- a) Da Escola do Serviço Público.
- b) Das Relações Jurídicas.
- c) Do Poder Executivo.
- d) Teleológico.

**Comentário**

O critério que busca o cumprimento dos **fins** do Estado é o critério teleológico, preocupado em avaliar a **finalidade** da atuação estatal.

**1.2.7. Critério negativo**

O critério negativo, ou **residual**, foi apenas uma evolução do critério teleológico a fim de deixar claro que o Direito Administrativo serviria para estudar as atividades do Poder Público voltadas para atingir seu fim de interesse público, **excluindo-se** as funções legislativa e judicial.

**1.2.8. Critério da hierarquia entre os órgãos**

Esse critério procurou separar os campos de estudo das disciplinas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, seguindo o entendimento de que os órgãos hierarquicamente superiores, aqueles de primeiro escalão, deveriam ser estudados pelo ramo do Direito Constitucional, cabendo ao Direito Administrativo estudar apenas os órgãos de menor nível hierárquico, aqueles incumbidos apenas de funções de execução.

Sabemos que entendimento atualmente não mais se sustenta, uma vez os órgãos de mais altos níveis hierárquicos (tais como o STF e o Congresso Nacional) são estudados pelo Direito Administrativo no que se refere às suas **funções** puramente **administrativas** (uma vez que as **funções** judicial e legislativa são de fato objeto de estudo do Direito Constitucional).

### 1.2.9. Critério do Poder Executivo

Esse critério, que procurou interligar o Direito Administrativo diretamente à atuação do Poder Executivo, é claramente insatisfatório uma vez que não é só o Poder Executivo que exerce funções administrativas. Assim, por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, da mesma forma que os do Poder Executivo, serão objeto do Direito Administrativo.

### 1.2.10. Critério da Administração Pública

Esse critério, de certa forma mais simples e lógico que os anteriores, é o atualmente adotado pela maior parte da doutrina, segundo o qual o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem a atuação da Administração Pública.

Supera a escola legalista (uma vez que se preocupa com os princípios e não apenas com as leis), a escola do serviço público (uma vez que não se restringe apenas à prestação de serviços públicos pela Administração) e a escola das prerrogativas públicas (uma vez que não menciona que a Administração estará sempre impondo sua vontade aos particulares).

- **Substituir o Item 1.4 pelo seguinte:**

#### 1.4. Resumo

##### Critérios de definição do Direito Administrativo:

- Escola legalista, exegética, empírica ou caótica:
  - Apenas interpreta as **LEIS**
  - Problema: não se importa com os princípios
- Escola do Serviço Público:
  - Quando há prestação de **serviço público**
  - Problema: Administração exerce outras atividades além de prestar serviço público
- Escola das prerrogativas públicas:
  - Quando a Administração se **impõe** aos particulares
  - Problema: nem sempre a Adm. se impõe
- Critério das relações jurídicas:
  - Trata das **relações** entre o Estado e o particular
  - Problema: em outros ramos do direito também há essa relação
- Critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado:
  - Apresenta **duas** características: a **atividade jurídica não contenciosa** do Estado e a constituição dos **órgãos**
- Critério teleológico:
  - É o que visa cumprir a **finalidade** do Estado
- Critério negativo ou residual:
  - É o que visa cumprir a finalidade do Estado **excluindo** as funções legislativa e judicial
- Critério da hierarquia entre os órgãos:
  - Direito Administrativo é aquele que estuda os órgãos inferiores; Direito Constitucional estuda os órgãos superiores.
  - Problema: Todos os órgãos, inclusive os de mais alta hierarquia, são estudados no Direito Administrativo, quanto às funções administrativas.
- Critério do Poder Executivo:
  - Que se identifica com o **Poder Executivo**
  - Problema: Administração não se restringe ao Poder Executivo
- Critério da Administração Pública
  - **Princípios** que regem a atuação da Administração

**Fontes do Direito Administrativo**

Lei  
Doutrina  
Jurisprudência  
Costumes

**Fontes formais:**

“LEIS”: CF, emendas, leis, atos normativos, jurisprudência (súmulas vinculantes);

**Fontes materiais:**

DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA (salvo súmulas vinculantes)  
PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

**• Substituir o Item 2.6.1.4 pelo seguinte:****2.6.1.4. Autarquias de regime especial**

É sabido que as autarquias são autônomas em relação à Administração Direta, justamente por necessitarem dessa independência para exercer suas atribuições típicas. Entretanto, algumas leis, ao criarem determinadas autarquias, quiseram atribuir-lhes independência ainda maior, comparativamente às demais autarquias, utilizando-se do termo **autarquia de regime especial**; são autarquias às quais a lei conferiu prerrogativas específicas e não aplicáveis às demais autarquias. Infelizmente, não há como enumerar quais são exatamente esses privilégios, não havendo uma definição precisa para o termo; cabe, entretanto, registrar que uma característica marcante e demonstradora dessas prerrogativas excepcionais é a estabilidade relativa de seus dirigentes, vez que eles terão mandato por tempo fixo definido na própria lei criadora da entidade, não podendo haver exoneração pelo Presidente da República antes do término do mandato, salvo nos casos expressos na lei, havendo ainda, em alguns casos, a necessidade de aprovação da exoneração pelo Senado Federal.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, “o que posiciona a autarquia como de **regime especial** são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais”.

São exemplos o Banco Central do Brasil – Bacen –, as entidades fiscalizadoras de profissões regulamentadas e as agências reguladoras, que serão estudadas à frente e, mais modernamente, as associações públicas derivadas dos consórcios públicos criados pela Lei nº 11.107, de 6/4/2005, também estudados adiante.

Com relação aos conselhos de fiscalização de profissões (CREA, CRC, CRM...), a Lei nº 9.649/1998 dispunha, em seu art. 58, que:

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

O referido § 2º foi declarado inconstitucional (ADI nº 1.717, 07/11/2002), haja vista que os conselhos são de fato autarquias vinculadas à Administração Direta, mas o § 3º não, uma vez que ainda se discute acerca da possibilidade do regime celetista na Administração Direta, autárquica e fundacional, disposta no art. 39, *caput*, da Constituição Federal (leia a respeito no Capítulo 5). A possibilidade de celetistas nos conselhos ainda está sendo julgada pelo STF na ADC nº 34.

Com relação à OAB, o STF decidiu, em 8/6/2006, **não ser necessário concurso público** para ingresso de pessoal. A PGR ajuizara a ADI nº 3.026, contra a Lei nº 8.906/1994, do Estatuto da Advocacia, sob o entendimento de que a OAB é uma autarquia especial, e, como tal, estaria obrigada à realização de concurso público para contratação de pessoal; entretanto, o STF julgou a ADI improcedente, sob o entendimento que “a OAB deve permanecer desatrelada do poder público, e fora do alcance de sua fiscalização”, concluindo que “o princípio republicano se afirma na medida em que se assegure a independência de determinadas instituições”.

Nesse sentido (considerando que a não realização de concurso público por uma autarquia seria flagrantemente inconstitucional), declarou o STF que a OAB não poderia ser considerada uma entidade da Administração Indireta, e sim como uma entidade *sui generis* no Brasil. Uma vez que a OAB não é pessoa jurídica de direito público, o regime de seus funcionários é o celetista.

*Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional (ADI nº 3026, 08/06/2006).*

- **Substituir o Item 2.7.1 pelo seguinte:**

### 2.7.1. Conceito

Preliminarmente, é necessário verificar a confusão existente acerca do significado desse termo, seja por parte da doutrina, seja por parte da legislação. O professor Hely Lopes Meirelles, nas primeiras edições de seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, na década de 1960, ensinava que as entidades paraestatais eram as pessoas jurídicas de direito privado criadas a partir de autorização por lei para realização de atividades de interesse coletivo, tais como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado. Por esse motivo, difundiu-se o termo *paraestatais* como referente a empresas, tais como, a Petrobras.

Nas edições mais recentes daquela obra, entretanto, cuida o autor de verificar que não existe mais espaço, atualmente, para essa confusão, estando hoje pacificado que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas integram a Administração Indireta, não se confundindo com as entidades paraestatais.

Em função dessa confusão, devemos estar atentos para o fato de que existem muitas leis antigas, ainda em vigor, que se referem expressamente a *entidades paraestatais*, mas querendo se referir, na verdade, às pessoas de direito privado que integram a Administração.

É o que acontece, por exemplo, com a lei de licitações, Lei nº 8.666/1993, que em seu art. 17, I, ao mencionar toda a Administração, “inclusive as entidades paraestatais”, está, na verdade, se referindo às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Existem várias pessoas jurídicas criadas por particulares, sem nenhuma ligação com o Poder Público, com o intuito de atuar na prestação de atividade social, sem fins lucrativos, em benefício de terceiros, como os deficientes físicos. O termo Organização Não Governamental – ONG – reflete bem esse conceito, constituindo-se de uma organização criada em prol de determinado fim social e não integrante de nenhum governo. Quando essas pessoas jurídicas procuram o Estado a fim de colaborar com ele assistindo à coletividade, e para isso recebendo

e aplicando verbas públicas, essas recebem um título de *entidade paraestatal*, desde que atendam aos requisitos dispostos em lei.

O Estado passará então a subsidiar, incentivar, fomentar as atividades desenvolvidas por essas entidades privadas ao mesmo tempo em que deverá fiscalizá-las a fim de garantir, sobretudo, a manutenção da não lucratividade das mesmas e a efetiva prestação da atividade social. O termo *paraestatal* é formado pelos elementos *para* (de paralelo) e *estatal*, ou seja, são entidades que atuam paralelamente ao Estado, lado a lado, não fazendo parte de sua estrutura.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são

peças privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional (Sesi, Sesc, Senai).

Nesse sentido, as entidades paraestatais podem ser divididas em cinco espécies, quais sejam, os **serviços sociais autônomos**, as **fundações de apoio**, as **organizações sociais – OS**, as **organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP** e as **organizações da sociedade civil – OSC**, que serão estudadas detalhadamente a seguir.

As entidades paraestatais, entes de cooperação ou integrantes do **terceiro setor** (distintas, portanto, das entidades do **primeiro setor**, que representa o Estado, e do **segundo setor**, que representa o mercado) são entidades privadas e, assim, a elas não se aplicam, a princípio, as exigências constitucionais de realização de concurso público e licitação pública, aplicáveis apenas à Administração, vantagem essa que confere maior agilidade a essas entidades. A legislação aplicável apenas exige que as contratações de bens e serviços feitas pelas entidades paraestatais observem os **princípios da Administração**, tais como impessoalidade, moralidade, transparência e outros. Nesse sentido, decidiu o STF que:

As entidades que compõem os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a administração indireta, não estão sujeitas à regra prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal (concurso público), mesmo que desempenhem atividades de interesse público em cooperação com o Estado. Assinalou ainda que a jurisprudência do STF sempre fez a distinção entre os entes do serviço social autônomo e as entidades da administração pública e citou, entre outros precedentes, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1864, em que o Tribunal decidiu que a obrigação de obediência a procedimentos licitatórios pela administração pública não se estende às entidades privadas que atuam em colaboração com o Estado (RE nº 789.874, 17/09/2014).

Apesar disso, o Decreto nº 5.504/2005 determinou que os convênios e instrumentos congêneres **firmados pela Administração federal deverão conter cláusula que determine** que as contratações a serem realizadas com os recursos repassados pela União sejam feitas mediante licitação. Quando se tratar de aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatória a utilização da modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica. O referido decreto ressalta ainda, de forma expressa, que essa determinação se aplica às OS e OSCIP.

Vemos que, apesar de não haver a exigência legal de licitação pública para entidades privadas, a União estabeleceu, para si própria e para as entidades paraestatais que queiram firmar parcerias a fim de receber verbas federais, essa determinação.

Posteriormente foi editado o Decreto nº 6.170/2007, estabelecendo que, nos convênios federais, a “aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, **no mínimo**, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”.



**DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA!!!**

Há posições doutrinárias no sentido de que o Decreto nº 6.170/2007 teria derogado nessa parte o Decreto nº 5.504/2005 e, assim, não haveria mais a obrigatoriedade de licitação, mas apenas de “cotação prévia de preços”; por outro lado, há entendimentos contrários no sentido de que a obrigatoriedade de licitação no âmbito federal persiste uma vez que a Administração federal continua obrigada a colocar, no instrumento de parceria, cláusula contratual que obrigue as paraestatais a realizarem licitação pública.

A questão não é pacífica nem mesmo junto ao TCU, embora a corrente majoritária seja a da não exigência de licitação pública.

Apesar de difícil a tarefa de orientar o aluno a decidir diante de uma questão de prova (e observando-se as questões que vêm sendo cobradas em concursos), entendo que o melhor raciocínio deva ser o seguinte:

Considerando-se que **há decreto em vigor exigindo a licitação**, e que esse decreto não é, em tese, ilegal; considerando-se que a posição doutrinária **majoritária** seja a que dispensa a licitação e considerando-se que as normas, como fontes primárias do Direito Administrativo, devem prevalecer sobre a doutrina e jurisprudência (normas secundárias), devemos marcar como correta a afirmativa de **exigência** de licitação, salvo se a questão se referir ao entendimento doutrinário, ou do TCU, quando então o melhor seria optar pela **não obrigatoriedade** de licitação.

**QUESTÃO COMENTADA****TÉCNICO DE CONTROLE EXTERNO/TCU – 2009 – Cespe/UnB**

Marque certo ou errado: De acordo com o TCU, entidade paraestatal é aquela que se qualifica administrativamente para prestar serviços de utilidade pública, de forma complementar ao Estado, mediante o repasse de verba pública, motivo pelo qual é sempre obrigatória, nessa espécie de entidade, a realização de licitação e concurso público para contratação.

**Comentário**

A afirmativa está errada, seguindo a posição **doutrinária** de que as paraestatais não integram a Administração e, portanto, não devem ser obrigadas a licitar e a realizar concurso público.

**QUESTÃO COMENTADA****JUIZ/TJ-SP – 2014 – VUNESP**

Quanto ao tema das OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), é **incorreto** afirmar que:

...

b) malgrado sejam pessoas jurídicas de direito privado, suas obras, compras, serviços e alienações serão objeto de contrato realizado mediante regular processo de licitação, utilizando-se o pregão nos bens e serviços comuns.

**TÉCNICO JUDICIÁRIO/TRT-DF e TO – 2013 – Cespe/UnB** As entidades paraestatais não se sujeitam à licitação, e seus empregados submetem-se ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, às normas acidentárias e à justiça trabalhista.



**Comentário**

Na primeira questão, o gabarito não foi a letra B, ou seja, entendeu-se como correta a afirmativa de que a paraestatal é obrigada a fazer licitação. A segunda questão foi dada como errada pelo mesmo motivo. Ambas as questões devem ter se baseado no Decreto nº 5.504/2005, uma vez que não cobraram o entendimento doutrinário sobre o tema.

**• Substituir o Item 2.7.5 pelo seguinte:****2.7.5. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP**

São pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 anos e atuem em alguma das áreas enumeradas em lei, constituindo serviços sociais não exclusivos do Estado, após qualificação pelo Poder Público, obtendo o título de organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP –, contando então com fomento, incentivo do Estado.

A definição é praticamente a mesma das organizações sociais, embora tenham características bem diferentes. A lei que criou a OSCIP (Lei nº 9.790/1999) foi muito mais cuidadosa que a lei sobre as OS (Lei nº 9.637/1998), uma vez que procurou enumerar taxativamente várias entidades que não poderão ser qualificadas como OSCIPs (tais como sindicatos, fundações públicas, cooperativas, **organizações sociais** etc.), além de ter definido expressamente o que se considera “atividade sem fins lucrativos” e, sobretudo, exigido que as entidades privadas já **existissem antes da qualificação**, ao exigir que elas se encontrem em funcionamento regular há no mínimo 3 anos e apresentem, entre outros documentos, o balanço patrimonial, a demonstração do resultado do exercício e a declaração de isenção do imposto de renda.

Essas exigências, não dispostas na lei das OS, são de suma importância, vez que, por esse motivo, as OSCIPs são, de fato, entidades privadas preexistentes que poderão prestar determinados serviços sociais contando com o incentivo do Poder Público, com vínculo instituído por **termo de parceria**, ao contrário das organizações sociais que, em regra, são entidades *ad hoc*, ou seja, criadas posteriormente com o fim específico de absorver atividades públicas, privatizando a Administração e gerando a extinção dos órgãos públicos.

De forma diversa do que ocorre quanto às OS, as OSCIP não podem ser contratadas pela Administração com dispensa de licitação. Não há qualquer previsão nesse sentido na Lei das OSCIP nem na Lei nº 8.666/1993 (uma vez que o seu artigo 24 XXIV apenas se refere às OS). O Decreto nº 3.100/1999 exige **concurso de projetos** para seleção de OSCIP no âmbito federal.

Da mesma forma que ocorre quanto às OS, as OSCIP também não devem ser obrigadas a realizar licitação pública para contratar bens e serviços de terceiros, uma vez que não integram a Administração e, assim, não se submetem à Lei nº 8.666/1993. De forma similar à lei das OS, a lei das OSCIP dispõe que as contratações feitas com recursos públicos devem seguir **regulamento próprio** observando-se os princípios da Administração. No âmbito federal, no entanto, as OSCIP estão obrigadas a realizar licitação pública para as contratações com recursos oriundos de **repasses da União** por força do Decreto nº 5.504/2005.

A lei das OS dispõe que “o **Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” e que são requisitos para essa qualificação, dentre outros, a “aprovação, quanto à **conveniência e oportunidade** de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”.

Daí se verifica que a qualificação de OS pela Administração é um ato administrativo discricionário, ou seja, aquele que depende do julgamento de conveniência e oportunidade pelo

Poder Público, não cabendo à entidade privada direito subjetivo a sua obtenção.

De forma diversa, a lei que regula a OSCIP dispõe que: “**Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei**”, e que “**a outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei**”.

A pessoa jurídica de direito privado interessada em obter a qualificação de OSCIP é que deverá formular o requerimento escrito ao Ministério da Justiça, que decidirá no prazo de 30 dias, **somente podendo indeferi-lo quando** a requerente não atender aos requisitos expressos na lei ou se a documentação apresentada estiver incompleta. Nesse caso, verifica-se que a outorga da qualificação é ato vinculado, independente de juízo administrativo quanto a sua conveniência e verdadeiro direito subjetivo do requerente, vinculado apenas ao cumprimento dos requisitos legais pela entidade privada.

Além disso, a lei não especifica como se dará o incentivo à OSCIP, ao contrário da lei sobre as OS, a qual dispõe sobre cessão de recursos financeiros, bens públicos e servidores.

Ficam claras as intenções dos legisladores nos dois diplomas legais: no primeiro caso, caberá ao Estado qualificar uma entidade como OS quando lhe convier, sem licitação, a fim de transferir-lhe bens e pessoal, extinguindo órgãos da Administração; por outro lado, no segundo caso, é direito subjetivo de qualquer entidade privada que cumpra os requisitos legais obter a qualificação de OSCIP, mas, nesse caso, a Administração realizará licitação para selecionar a OSCIP com quem irá trabalhar e definirá, caso a caso, quais as metas a serem alcançadas na prestação do serviço social e como ocorrerá o incentivo público.

Nesse sentido, dispõe a lei das OS que “será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a **absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União**”.

#### QUESTÃO COMENTADA

##### AFRF – 2005 – Esaf

Assinale entre o seguinte rol de entidades de cooperação com o Poder Público, não integrantes do rol de entidades descentralizadas, aquela que pode resultar de extinção de entidade integrante da Administração Pública Indireta.

- a) Organização social.
- b) Fundação previdenciária.
- c) Organização da sociedade civil de interesse público.
- d) Entidade de apoio às universidades federais.
- e) Serviço social autônomo.

##### Comentário

O gabarito é letra A. De fato, a OS é uma verdadeira privatização da Administração Pública, relacionada diretamente à extinção de órgãos e entidades.

#### • Substituir o Item 2.7.6 pelo seguinte:

##### 2.7.6. Organizações da Sociedade Civil – OSCs

Em 31/07/2014 foi editada a Lei nº 13.019, que só veio entrar em vigor 540 dias após a publicação, ou seja, só a partir de janeiro de 2016 (embora, para os Municípios, a lei só entre em vigor a partir de 01/01/2017, salvo se o mesmo optar pela entrada em vigor a partir de 2016, por ato administrativo local). A referida lei estabeleceu regras gerais, aplicáveis a todos

os entes federados, para a celebração de parcerias firmadas entre a Administração Pública e qualquer Organização da Sociedade Civil - OSC.

Diferentemente do que ocorre quanto às Leis nº 9.637/1998 e 9.790/1999, que estabelecem os critérios para a **qualificação de entidades como OS e OSCIP no âmbito federal**, a Lei nº 13.019/2014 estabelece regras gerais para a efetivação de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, aplicável a toda a Administração, direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estando compreendida na competência da União para legislar sobre normas gerais de contratação, prevista no art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Uma vez que cabe à União editar apenas normas **gerais** sobre contratação, nada impede que Estados, Distrito Federal e Municípios editem normas específicas para as suas parcerias, contanto que não contrariem as normas da Lei nº 13.019/2014.

Vimos nos itens anteriores que a Administração **qualifica** uma entidade filantrópica como OS ou OSCIP, no âmbito da respectiva esfera de governo, **por ato administrativo**. A partir daí a Administração firmará contrato de gestão ou termo de parceria com a entidade já qualificada como OS ou OSCIP, respectivamente.

A Lei nº 13.019/2014, de forma diversa, **não prevê qualquer qualificação formal da entidade como OSC**, tratando apenas de definir regras gerais para que qualquer ente federado possa firmar parcerias com essas entidades filantrópicas. Considera-se Organização da Sociedade Civil:

*- Entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;*

*- As sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867/1999 (Cooperativas Sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico); as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;*

*- As organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;*

Tínhamos dito, até a 9ª edição dessa obra, que as OSCIP eram na verdade uma espécie de OSC, a partir da previsão expressa da Lei nº 13.019/2014 de que a lei das OSC aplicar-se-ia aos termos de parceria firmados com as OSCIP. Ocorre que a referida lei foi profundamente alterada pela Lei nº 13.204, de 14/12/2015, mudando-se essa lógica.

A lei das OSC (após alteração pela Lei nº 13.204/2015) dispõe expressamente que suas normas **não são aplicáveis às OS, às OSCIP, aos serviços sociais autônomos** e a várias outras entidades filantrópicas que atuam em áreas específicas como saúde, cultura e atendimento a pessoas com deficiência.

Devemos entender, portanto, que a lei das OSC só é aplicável a entidades filantrópicas não previstas em legislações específicas.

O vínculo jurídico formado entre a Administração e a OSC, quando não envolva transferência de recursos financeiros, será o **acordo de cooperação**. O vínculo que envolva a transferência de recursos será denominado **termo de colaboração** (quando houver sido proposto pela Administração) ou **termo de fomento** (quando houver sido proposto pelas Organizações da Sociedade Civil), conforme definição legal:

*- Termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a*

consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;**

- **Termo de fomento:** instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;**

- **Acordo de cooperação:** instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que **não envolvam a transferência de recursos financeiros;**

Ou seja:

#### Instrumento jurídico entre a Administração Pública e a OSC:

- Sem transferência de recursos                      →                      Acordo de cooperação.
- Com transferência de recursos:
  - Proposto pela Administração                      →                      Termo de colaboração
  - Proposto pelas OSCs                                      →                      Termo de fomento

O instrumento jurídico de **convênio** (regulado pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/1993) a partir de agora só poderá ser firmado entre os entes da Administração Direta e Indireta ou com as entidades privadas sem fins lucrativos que atuem no Sistema Único de Saúde – SUS.

A lei das OSC estabelece vários requisitos e vedações às OSC, tais como possuir CNPJ ativo por no mínimo 1 ano (para parceria com Município), 2 anos (para parceria com Estado e Distrito Federal) ou 3 anos (para parceria com a União); experiência prévia; instalações e capacidade para o desenvolvimento da atividade. Esses requisitos são necessários para a celebração de **termos de colaboração** ou **termos de fomento**, mas não para **acordos de cooperação**.

É permitida a **atuação em rede**, por duas ou mais OSCs, mantida a **integral responsabilidade da OSC que assinar o termo de fomento ou de colaboração**, devendo essa OSC possuir mais de 5 anos de inscrição no CNPJ e capacidade técnica e operacional para supervisionar as demais OSCs. A OSC “líder” deverá celebrar um **termo de atuação em rede** (comunicando à Administração em até 60 dias) para poder repassar recursos às demais OSCs, ficando obrigada a verificar a regularidade jurídica e fiscal dessas OSCs.

#### 2.7.6.1. Chamamento público

A Lei nº 13.019/2014 dispõe que se considera:

**chamamento público:** procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, 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;

**CUIDADO!!!**

Exige-se **chamamento público** para formalização de **termos de colaboração** e **termos de fomento**, mas em regra não para os **acordos de cooperação**, uma vez que nesses não há transferência de recursos financeiros (mas se o **acordo de cooperação** envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, será exigido o chamamento público).

Trata-se, de fato, de uma nova modalidade de licitação específica para a seleção de OSC. A referida lei se aproxima muito da lei geral de licitações e contratos – Lei nº 8.666/1993, no sentido de que apresenta os mesmos princípios a serem observados, além de tratar das hipóteses de dispensa e inexigibilidade do chamamento público, sanções aplicáveis à entidade, dentre outros. A diferença entre elas reside no fato de que a lei das OSCs não define com precisão as fases da licitação e os critérios de escolha do vencedor, embora assegure o “julgamento objetivo” das propostas, se limitando a dispor que:

A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria.

Um dos fundamentos da legislação em comento é a “participação social” e, nesse sentido, criou-se a possibilidade de organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderem apresentar propostas ao poder público.

A Administração **deverá** tornar públicas as propostas em seu sítio eletrônico e **poderá**, conforme o seu juízo de conveniência e oportunidade, realizar o denominado “procedimento de manifestação de interesse social”, pelo qual a sociedade será ouvida sobre o tema. Após esse procedimento, a Administração **poderá**, novamente de acordo com a sua análise de conveniência, independentemente do resultado do procedimento anterior, instaurar ou não o “chamamento público” para que as OSCs apresentem suas propostas e planos de trabalho.

**CUIDADO!!!**

A Administração:

**DEVE** dar publicidade, em seu *site*, às propostas da sociedade;

(poder vinculado)

**PODE** realizar o procedimento de manifestação de interesse social;

**PODE** realizar o chamamento público.

(poder discricionário)

O edital deverá ser amplamente divulgado no *site* oficial da Administração Pública na internet, com antecedência mínima de 30 dias, e as propostas serão julgadas por uma **comissão de seleção**, constituída por ato oficial, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da Administração.

Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a Administração procederá à verificação dos documentos da OSC mais bem classificada. Caso essa entidade não atenda aos requisitos, será verificada a documentação da próxima OSC e assim sucessivamente até a escolha do vencedor.

De forma similar à lei geral de licitações, também há, para o chamamento público, a previsão de hipóteses de **inexigibilidade** (quando é **inviável** a competição entre as entidades) e de **dispensa** (quando existe em tese a possibilidade de competição entre entidades mas a lei

permite, ainda assim, que seja feita a contratação direta sem licitação, por alguma razão específica).

A única hipótese de **inexigibilidade** é a prevista no artigo 31 da lei:

*Será considerado **inexigível** o chamamento público na hipótese de **inviabilidade de competição** entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza **singular** do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.*

Em se tratando de **dispensa**, o artigo 30 dispõe que:

*A administração pública poderá **dispensar** a realização do chamamento público:*

*I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;*

*II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;*

*III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;*

*VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.*

Além dessas hipóteses, determina a Lei das OSC que “os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais” serão celebrados sem chamamento público.

Já foi dito em itens anteriores que a OSC não pode ser obrigada a realizar licitação pública, pelo simples fato de a OSC não integrar a Administração, embora a mesma seja obrigada a observar os princípios da Administração em suas contratações, uma vez que estará lidando com dinheiro público.

Nesse sentido a Lei nº 13.019/2014 dispunha, em sua redação original, que a OSC deveria possuir um “regulamento próprio de compras e contratações”. A Lei nº 13.204/2015 simplesmente acabou com essa obrigatoriedade, tendo sido revogados todos os dispositivos da lei que tratavam dessa matéria, passando a redação atual da lei a dispor apenas que:

*O processamento das compras e contratações que envolvam recursos financeiros provenientes de parceria **poderá** ser efetuado por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela administração pública às organizações da sociedade civil, aberto ao público via internet, que permita aos interessados formular propostas.*

Resumindo, as OSCs agora não precisam mais estabelecer (nem apresentar à Administração) as normas que utilizarão para suas compras e contratações, cabendo à Administração verificar, *a posteriori*, se alguma contratação foi feita de forma pessoal ou superfaturada.

### 2.7.6.2. Execução da parceria

Pela execução deficiente da parceria pela OSC poderão ser aplicadas, garantido o direito à defesa prévia, as seguintes sanções:

*I - advertência;*

*II - suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades **da esfera de governo da administração pública sancionadora**, por prazo não superior a dois anos;*

*III - declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades **de todas as esferas de governo**, 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 a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II.*

### CUIDADO!!!

Essas sanções são basicamente as mesmas aplicáveis às empresas **contratadas** pela Administração, previstas na Lei nº 8.666/1993 e estudadas no capítulo relativo a contratos administrativos (com exceção da pena de **multa**, prevista na lei de licitações e não prevista na Lei nº 13.019/2014).

Em relação aos contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993), entende-se que as sanções de **suspensão temporária** e **declaração de inidoneidade** devem se estender a **TODOS** os entes da federação (aconselha-se a leitura do item no capítulo de contratos administrativos), mas, em se tratando das OSC, vê-se que a **suspensão** é aplicável apenas à **esfera de governo que aplicou a sanção**, enquanto a **declaração de inidoneidade** é aplicável a **todas as esferas**.

Além disso, na Lei nº 8.666/1993, **apenas a declaração de inidoneidade** é aplicada por Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, com prazo de defesa de 10 dias. Na lei das OSC, **ambas as sanções** são de competência dessas autoridades e têm prazo de defesa de 10 dias.

A Lei nº 13.019/2014 estabelece ainda a “**responsabilidade exclusiva** da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, **não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública** a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento”.

### CUIDADO!!!

Dispõe a Lei nº 8.666/1993, em relação aos **contratos administrativos**, que haverá a responsabilidade **solidária** da Administração apenas pelos encargos **previdenciários** do contratado relacionados ao contrato administrativo em questão.

Além disso, há decisão do STF de que pode haver responsabilidade **subsidiária** da Administração quanto aos encargos **trabalhistas** (vide capítulo de contratos administrativos).

Diferentemente, aqui, a lei **não prevê qualquer responsabilidade da Administração por quaisquer encargos da OSC** (nem mesmo os previdenciários ou trabalhistas).

### QUESTÃO COMENTADA

#### ANALISTA/ANAC – 2016 – ESAF

Assinale a opção correta.

...

c) A eventual inadimplência da organização da sociedade civil no pagamento



dos encargos trabalhistas relativos ao cumprimento do termo de colaboração ou de fomento é de sua responsabilidade, havendo apenas a responsabilidade subsidiária da administração pública parceira.

#### **Comentário**

A letra C foi considerada errada, adotando a disposição literal da lei das OSC, a despeito de haver entendimento diverso do STF.

Como já dito no início do livro, em uma questão objetiva, na dúvida entre a lei e a doutrina/jurisprudência, devemos sempre optar pela lei!

Boa parte da lei das OSC é dedicada ainda aos controles financeiros dessas parcerias, estabelecendo regras sobre liberação, movimentação e aplicação financeira de recursos públicos e prestações de contas, temas importantes relacionados às disciplinas de Direito Financeiro e Administração Financeira e Orçamentária – AFO que não serão aqui tratados para que não se fuja do objetivo nessa obra.

#### • **Substituir o Item 5.5.2. inciso III pelo seguinte:**

III – o prazo de validade do concurso público será de **até** dois anos, prorrogável uma vez, **por igual período**; (*Grifos do autor*)

O estabelecimento do prazo do concurso e a sua prorrogação são atividades discricionárias da Administração, desde que o prazo inicial seja de no máximo dois anos e a sua prorrogação, se houver, seja por prazo igual ao inicial, sabendo-se ainda que essa prorrogação só poderá se dar por ato administrativo editado antes do término do prazo inicial. A contagem do prazo se dá a partir da homologação do concurso, que é o ato pelo qual a Administração reconhece a legalidade de todo o procedimento executado, demonstrando o seu resultado final.

O STF vinha entendendo que a aprovação do candidato no concurso público não lhe daria direito à nomeação, mas apenas uma **expectativa de direito**, uma vez que o ato de nomeação é um ato discricionário, dependente do juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Esse entendimento, porém, foi alterado com o julgamento do RE nº 227.480, em 16/09/2008, quando a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que **a aprovação do candidato dentro do número de vagas estipulado no edital lhe confere o direito à posse até o final do prazo de validade do certame**, posição esta ratificada em outras ações posteriores – RE nº 598.099/2011.

Nossas Administrações, de forma muito “criativa”, visando contornar essa decisão judicial, criaram o chamado “cadastro de reserva” a fim de não divulgarem o número de vagas oferecidas e, portanto, não se verem obrigadas à nomeação.

Além disso, de acordo com a Súmula nº 15 do STF, “*dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação*”.

Questão polêmica que se formou foi quanto ao direito (ou não) dos candidatos aprovados fora do número de vagas do edital quando, durante o prazo de validade do concurso, surgissem novas vagas. Algumas decisões chegaram a ser proferidas a favor desses candidatos, até que, em 09/12/2015, ao julgar o RE nº 837.311, o STF decidiu de forma definitiva a questão, fixando a seguinte tese de repercussão geral:

*O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, **não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público***

*exsurge nas seguintes hipóteses:*

- 1 – Quando a **aprovação** ocorrer **dentro do número de vagas** dentro do edital;
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por **não observância da ordem de classificação**;
- 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a **preterição** de candidatos de forma **arbitrária e imotivada** por parte da administração nos termos acima.

Vê-se, portanto, que a simples abertura de novo concurso não gera direito aos aprovados, uma vez que a Administração pode desejar não convocar os aprovados do 2º concurso naquele momento (deixando para fazê-lo depois do término da validade do 1º concurso). Até mesmo a **convocação** dos aprovados no 2º concurso dentro da validade do 1º concurso antes dos aprovados nesse 1º certame pode ser considerada legal se essa preterição dos primeiros aprovados não for arbitrária nem imotivada.

Em tese, me parece que se a Administração convocar os aprovados do concurso 2 e justificar a não convocação dos aprovados (fora do número de vagas) do concurso 1 no fato de que eles teriam sido classificados em posição acima do que a Administração considera aceitável para o cargo, essa preterição não seria arbitrária ou imotivada e, assim, seria aceita. Devemos ficar atentos às ações judiciais que certamente surgirão, e à posição do STF em relação a elas.

Entende o STF que os aprovados em concurso público passam a ter direito subjetivo à nomeação quando se verifica que a Administração está ocupando os cargos efetivos existentes com funcionários terceirizados ou comissionados (esse entendimento não deve ter sido alterado com a tese de repercussão geral anterior, uma vez que a ocupação de funções de servidores efetivos por terceirizados ou comissionados constitui preterição arbitrária dos aprovados):

É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. – AG. REG. no RMS nº 29.915-DF, 16/10/2012.

A elaboração do programa do edital do concurso é atividade administrativa tipicamente discricionária, desde que, obviamente, respeitados os princípios da legalidade e da razoabilidade, razão pela qual entende o STF não caber controle jurisdicional sobre o conteúdo do programa e das questões, por se tratar de mérito da Administração. Há, no entanto, possibilidade de verificação judicial quanto a determinada questão estar ou não prevista no programa do edital, vez que este, após elaborado, vincula a Administração Pública, passando a ser a “lei” do concurso, constituindo-se aí em controle de legalidade da Administração:

Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas. (AO 1.627, 08/12/2010).

Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital – nele incluído o programa – é a lei do concurso (RE nº 434.708-RS, 21/6/2005).

A Carta Magna prevê no § 2º do art. 37 que: “A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. Isso significa que o ato da posse de um servidor que não foi aprovado em concurso público ou, ainda que aprovado, tal posse tenha se dado depois de expirado o prazo de validade daquele

concurso público, será **anulado**. As consequências da anulação do ato de posse são as consequências características de anulação de qualquer ato administrativo, pelo que se recomenda uma leitura sobre o assunto “anulação”, no capítulo de atos administrativos. Preliminarmente, cabe revelar que uma anulação se dá quando verificada a ilegalidade do ato, como no presente caso concreto, sem que o seu destinatário possa alegar direito adquirido vez que de um ato nulo não se originam direitos. Assim, quando constatada aquela irregularidade quanto à posse, deverá a mesma ser anulada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, mesmo que o servidor já tenha adquirido estabilidade após três anos de efetivo exercício.

● **Substituir o Item 5.5.8. pelo seguinte:**

**5.5.8. Acumulação de cargos, empregos e funções**

**XVI** – é vedada a acumulação **remunerada** de cargos públicos, **exceto, quando houver compatibilidade de horários**, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

**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; (*Grifos do autor*)

Nas edições anteriores do livro, fiz alusão a que o texto constitucional vedava apenas a acumulação **remunerada** de cargos públicos, assim, a princípio, não estaria vedada a acumulação não remunerada, assim como ocorre quando um servidor em licença **não remunerada** toma posse em outro cargo público. Agora, porém, passo a verificar que não tem sido esse o entendimento atualmente adotado.

O TCU dispõe, em sua Súmula nº 246, que “*o fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo art. 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias*”. Em conclusão, verifica-se que o STF tem decidido, nesse sentido, pela impossibilidade de acumulação de cargos públicos ainda que não remunerados.

Essa proibição de acumulação é bastante ampla, incluindo-se cargos, empregos e funções nas Administrações Direta e Indireta e em qualquer empresa que, mesmo sem integrar a Administração, seja controlada pelo Poder Público, envolvendo-se a União, Estados, Distrito Federal e Municípios nos seus três Poderes.

A vedação à acumulação não é absoluta, vez que comporta algumas exceções constitucionais desde que os horários de desempenho de cada função não sejam coincidentes, razão pela qual, em todos os casos constitucionalmente permitidos de acumulação de cargos deverá haver, como condição necessária, a compatibilidade de horários entre ambos. É o caso do cargo de professor que possui carga horária semanal de 20 horas e que poderá ser facilmente acumulado com outro cargo de professor de igual carga horária, trabalhando-se em um cargo no turno da manhã e no outro no turno da tarde, por exemplo. Resta assinalar que todas as exceções se referem à acumulação de **dois** cargos, sendo impossível, em qualquer hipótese, a acumulação remunerada de três ou mais cargos.

Nas edições anteriores dessa obra, afirmamos que o entendimento do STJ era o de que a acumulação dependia de “compatibilidade de horários” e que seria lícita ainda que o somatório da carga horária ultrapassasse 60 horas semanais, uma vez que a Constituição Federal não estipulava essa carga horária máxima (contrariando os entendimentos da AGU e do TCU). Nesse sentido decidiu o STJ no AgRg no AREsp nº 291.919, de 18/04/2013.

A partir de 2014, o STJ começou a decidir que a limitação da carga horária a sessenta horas semanais era lícita nas acumulações na **área de saúde**, sob o fundamento de que a carga semanal superior a isso colocaria em risco a eficiência no atendimento nos hospitais. Nesse sentido o assunto foi cobrado em concurso cujo edital fora publicado em 2014:

#### QUESTÃO COMENTADA

##### DEFENSOR PÚBLICO/PE – 2014 – Cespe/UnB

Não é possível a acumulação de um cargo de professor com outro de caráter técnico ou científico se a soma da carga horária ultrapassar o limite de sessenta horas semanais, pois não há, nessa situação, o requisito constitucional da compatibilidade de horários.

##### Comentário

O gabarito foi ERRADO. Em 2014 o STJ entendia que a acumulação era lícita ainda que a carga horária semanal ultrapassasse 60 horas se não fosse na área de saúde (como foi o caso da questão).

Em 2016, no entanto, o STJ passou a concordar com o entendimento do TCU e da AGU de que, **em qualquer hipótese de acumulação de cargos públicos, a carga horária semanal não pode ultrapassar 60 horas**, nos seguintes termos:

*É vedada a acumulação de um cargo de **professor com outro técnico ou científico** quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de **sessenta horas semanais**. A Primeira Seção do STJ reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar sessenta horas semanais. Isso porque, apesar de a CF permitir a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, deve haver, além da compatibilidade de horários, observância ao princípio constitucional da eficiência, o que significa que o servidor deve gozar de boas condições físicas e mentais para exercer suas atribuições (MS 19.300-DF, DJe 18/12/2014). Nessa ordem de ideias, **não é possível a acumulação de dois cargos públicos quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas**. (STJ - REsp nº 1.565.429. DJe 04/02/2016).*

#### QUESTÃO COMENTADA

##### JUIZ SUBSTITUTO/TJDFT – 2016 – Cespe/UnB

Considerando o regime jurídico dos servidores públicos e as jurisprudências consolidadas do STF e do STJ, assinale a opção correta.

...

c)

Ao profissional médico é permitida a cumulação de dois cargos públicos na área de saúde, sem limitação quanto à duração da jornada total de trabalho, desde que não haja comprometimento do princípio constitucional da eficiência.

##### Comentário

A letra C foi considerada ERRADA, seguindo o entendimento atual de que não se pode ultrapassar a carga horária semanal de 60 horas. A afirmativa foi relativa à área de saúde, mas ainda que fosse em outra hipótese de

acumulação, a assertiva estaria errada.

Resumindo, os casos possíveis de acumulação são os seguintes:

1. dois cargos de professor;
2. dois cargos de profissional de saúde, com profissões regulamentadas;
3. um cargo de professor com um cargo técnico ou científico;
4. um cargo de professor com um de Juiz;
5. um cargo de professor com um de Membro do Ministério Público;
6. um cargo de professor com um de Membro de Tribunal de Contas.

Quanto ao item 2, cumpre verificar que a redação atual do inciso XVI, c, da Constituição Federal foi dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/2001, sendo que, anteriormente a ela, desde a promulgação da Carta Magna em 1988, só era permitida a acumulação “*de dois cargos privativos de médico*”, sendo proibidas portanto acumulações de outros cargos da área de saúde, como dentistas e enfermeiros. O art. 17, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –, entretanto, assegurou o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estivessem sendo exercidos na Administração Pública Direta ou Indireta na data da promulgação da Constituição Federal. Assim, antes da Emenda Constitucional nº 34/2001, só era permitida a acumulação de cargos privativos de **médico** (mas preservando-se quem já acumulava quaisquer cargos de profissionais de saúde antes da promulgação da Constituição) e, após a emenda, passou-se a permitir acumulações de quaisquer cargos de profissões regulamentadas de saúde.

O item 3 permite que o professor ocupe outro cargo técnico ou científico. Infelizmente, não existe consenso sobre a definição de “cargo técnico ou científico”, havendo autores que entendem que os termos são sinônimos, conforme definição de Hely Lopes Meirelles: “*cargo técnico é o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nessa acepção é que o art. 37, XVI, b, da CF o emprega, **sinonimizando-o com cargo científico**, para efeito de acumulação*”.

Não existe consenso, portanto, quanto ao significado e extensão do termo “cargo técnico ou científico” nem na doutrina nem na jurisprudência. O STJ e o STF têm entendido que são considerados como tais aqueles cargos para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos, não necessariamente de nível superior, e não aqueles de natureza eminentemente burocrática.

Nesse sentido, decidiu o STF que a acumulação do cargo de agente administrativo do Ministério da Saúde com o de professor da rede estadual de ensino era ilegal:

A partir da análise das atribuições do cargo ocupado pela recorrente no Ministério da Saúde, seria possível concluir que não teria natureza técnica. No ponto, assinalou que a natureza técnica apenas poderia ser conferida aos cargos que exigissem, no desempenho de suas atribuições, a aplicação de conhecimentos especializados de alguma área do saber. Anotou que não estariam nessa categoria os cargos que implicassem a prática de atividades meramente burocráticas, de caráter repetitivo e que não exigissem formação específica (RMS nº 28.497, 20/05/2014).

**QUESTÃO COMENTADA****TCU – 2008 – Cespe/UnB**

Maria, servidora pública federal, com 25 anos de idade, tomou posse e entrou em exercício no seu cargo efetivo de analista no TCU, cargo para o qual se exige formação de nível superior em qualquer área do conhecimento. Tempos depois, ela tomou posse e entrou em exercício no cargo público de professor universitário, na Universidade de Brasília (UnB). A respeito da situação hipotética acima, julgue:

O exercício do cargo de analista é legalmente acumulável com o cargo de professor, conforme jurisprudência do STJ, desde que haja compatibilidade de horários.

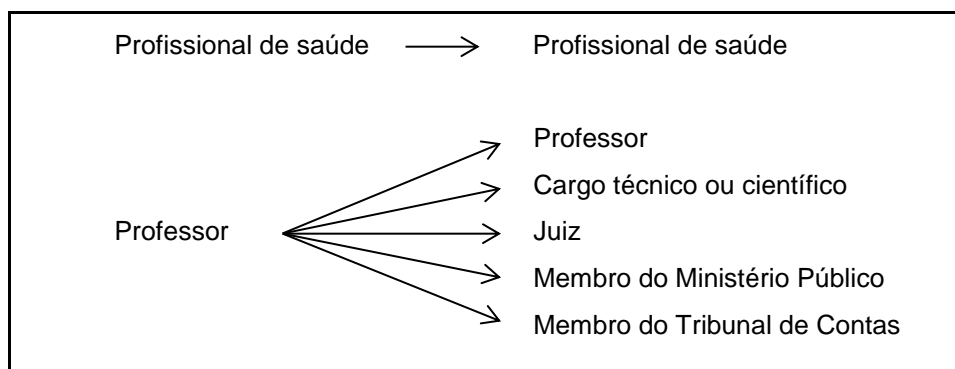
**Comentário**

O gabarito oficial foi errado, de forma a reconhecer que o cargo de analista do TCU, apesar de nível superior, não é considerado “técnico ou científico” para fins de acumulação. Considerando que a questão foi cobrada no concurso para o próprio TCU, entendo que o candidato, conhecedor das atribuições do cargo, tivesse condições de verificar se aquele cargo poderia ou não ser considerado técnico ou científico, embora tenha havido muita polêmica sobre a questão.

Além disso, o cargo de professor ainda permite a acumulação com o de Juiz, conforme previsto no art. 95, parágrafo único, I, ou com o de membro do Ministério Público (procuradores e promotores), conforme art. 128, § 5º, II, d, ou de membro de Tribunal de Contas (Ministros e Conselheiros), de acordo com o art. 73, § 3º, todos da Constituição Federal.

Resta deixar claro que as vedações de acumulações se referem a cargos, empregos e funções **públicos**, ou seja, nada impede, a princípio, que determinado servidor público tenha ainda um emprego em uma empresa privada não controlada pelo Poder Público. Excepcionalmente, a ocupação de determinados cargos, de forma específica, proíbe o desempenho de algumas atividades privadas por serem com ele incompatíveis, regras essas criadas caso a caso e que não demonstram a regra geral.

Podemos então resumir que as possibilidades de acumulação remunerada de cargos públicos envolverão sempre um cargo de professor ou de profissional de saúde, da seguinte forma:



Suponhamos que o teto remuneratório em determinado ente federado seja de R\$ 20.000,00 e que o servidor acumule licitamente dois cargos cujas remunerações sejam de R\$ 18.000,00 cada um (totalizando R\$ 36.000,00). Nesse caso, o teto remuneratório deve ser aplicado a cada cargo isoladamente ou à remuneração total recebida?

Diante da falta de consenso sobre o tema, decidiu o STF, em 2011, reconhecer a repercussão geral da matéria e, assim, deverá decidir de forma definitiva acerca da questão:



*RE 602 584 – Incidência do teto remuneratório sobre o somatório das remunerações ou sobre cada remuneração isoladamente – Repercussão geral reconhecida em 24/02/2011*

Enquanto não há uma decisão definitiva, a corrente predominante parece ser a de que o teto deve se aplicar a cada cargo isoladamente, ou seja, não haveria qualquer corte de remuneração, no exemplo citado.

#### QUESTÃO COMENTADA

##### AUDITOR SUBSTITUTO/TCE-RJ – 2015 – FGV

Maria é médica e pretende prestar concurso público, com a intenção de obter mais de um cargo público. A propósito do tema, é correto afirmar que:

...

(B) na acumulação remunerada de cargos públicos, o limite remuneratório incide sobre a soma das remunerações percebidas pelo servidor público;

##### Comentário

A opção B não foi considerada correta, seguindo o entendimento atual do STF de que o teto deve se aplicar a cada cargo individualmente, e não à soma das remunerações.

- **Substituir o Item 7.2.4. pelo seguinte:**

#### 7.2.4. Teoria do risco administrativo

É a regra atual no Brasil, disposta pelo supracitado art. 37, § 6º, da Constituição Federal, conforme o qual o Estado responderá objetivamente pelos danos causados por seus agentes. É conhecida por teoria do **risco**, uma vez que aqui não é necessária a demonstração de culpa, assumindo o Estado o risco de se ver obrigado a indenizar terceiros pela simples atuação estatal, ao se presumir a responsabilidade pelo dano como sendo do Poder Público. Essa presunção de responsabilidade, no entanto, é relativa, ou *juris tantum*, significando dizer que é possível a comprovação em contrário, a cargo do Estado. Assim sendo, o Estado deverá indenizar os prejuízos causados ao veículo do particular em uma colisão com um veículo estatal ocorrida em um cruzamento, por presumir-se a responsabilidade como sendo do Poder Público, a menos que este consiga provar a culpa total ou parcial do particular, quando então a responsabilidade estatal poderá ser totalmente afastada ou ao menos atenuada, dividida com o particular. É o que ocorrerá caso o Estado consiga provar que o acidente foi consequência do ato do particular, que avançou o cruzamento desrespeitando o sinal vermelho.

Assim sendo, são **causas excludentes ou atenuantes de responsabilidade** do Estado a culpa total ou parcial do particular, além das hipóteses de caso fortuito e força maior. Como também já estudado anteriormente, são elementos constitutivos, necessários para que se configure a responsabilidade objetiva do Estado o dano causado ao particular e o nexo de causalidade (o dano tem de ter decorrido da ação do Estado), sendo irrelevante o elemento subjetivo (dolo ou culpa do agente). Quanto às hipóteses de caso fortuito ou força maior, entendem a doutrina e jurisprudência dominantes que não haverá a responsabilidade estatal por estar afastado o nexo causal, uma vez que o dano não estará relacionado com a atuação estatal, mas sim será devido a um evento da natureza (caso fortuito), tal como uma tempestade ou um raio, ou será devido a um evento humano (força maior), tal como uma rebelião ou uma guerra:

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RE nº 291.035/SP, 28/3/2006 – STF).



**DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA!!!**

Existe divergência quanto à exclusão de responsabilidade do Estado em hipótese de *caso fortuito*, causada, na verdade, pela falta de consenso relativa à definição do que seja “caso fortuito”. O entendimento doutrinário mais usual tem sido aquele pelo qual tanto caso fortuito quanto força maior são acontecimentos imprevisíveis, independentes e externos à atuação da Administração, sendo o primeiro caracterizado por evento da natureza, como uma tempestade, e o segundo por evento humano, como uma rebelião, em que estará afastado, em ambos os casos, o nexo causal, afastando-se assim a responsabilidade objetiva do Estado.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, entende que apenas a **força maior** é acontecimento imprevisível e externo à Administração, afastando a responsabilidade, enquanto no **caso fortuito** o dano é decorrente de ato humano ou de falha da Administração, havendo, portanto, responsabilidade do Estado. Resumindo o entendimento da professora, podemos dizer que se um poste cai sobre um veículo particular em virtude de uma tempestade, estará configurada a força maior, afastando-se a responsabilidade estatal (efeitos externos); mas se o poste cai, de repente, sem nenhum desses motivos, haverá o caso fortuito, que não poderá afastar a responsabilidade estatal (a queda, a princípio, foi devida a falhas na construção ou na manutenção).

Não há, portanto, consenso sobre o tema. A maioria dos doutrinadores entende que caso fortuito é evento da natureza e força maior é evento humano, mas outros entendem que as expressões são sinônimas e muitos costumam ainda utilizar a expressão **fato de terceiros** para se referir a atuações externas e excludentes da responsabilidade estatal.

**CUIDADO!!!**

A princípio, a **melhor saída** em um questão objetiva, é entender que **todos devem ser considerados excludentes de responsabilidade**; apenas **se não houver solução**, deve-se adotar a tese de que algumas hipóteses de **caso fortuito** podem estar relacionadas a fatos **internos**, imputáveis às falhas da própria Administração e, assim, **não seriam excludentes de responsabilidade**.

**QUESTÃO COMENTADA****ADMINISTRADOR/FUB – 2015 – Cespe/UnB**

Considerando a responsabilidade civil do Estado, julgue o item seguinte.

A responsabilidade civil do Estado deve ser excluída em situações inevitáveis, isto é, em caso fortuito ou em evento de força maior cujos efeitos não possam ser minorados.

**Comentário**

A afirmativa está correta, sobretudo porque assinalou que o caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade em situações **inevitáveis, quando** os efeitos não puderem ser minorados, ou evitados.

**QUESTÃO COMENTADA****ANALISTA JUDICIÁRIO/TRE-RS – 2015 – Cespe/UnB**

Assinale a opção correta concernente à responsabilidade do Estado.

- a) De acordo com a teoria do risco, a demonstração de culpa não é necessária para se impor ao Estado responsabilidade objetiva.
- b) O caso fortuito, como causa excludente da responsabilidade do Estado, se caracteriza pela imprevisibilidade e inevitabilidade.
- c) A culpa exclusiva de terceiro afasta automaticamente a responsabilidade do Estado.

**Comentário**

Nessa questão de **múltipla escolha**, da mesma banca e mesmo ano que a questão anterior, o gabarito foi a letra A. Resolvendo a questão por eliminação, não poderíamos deixar de marcar essa letra, que faz uma afirmativa óbvia! As letras B e C foram dadas como erradas, seguindo a corrente de que o caso fortuito não é **sempre** causa excludente, e que a culpa de terceiro não afasta **sempre** a responsabilidade.

Nessa segunda linha de raciocínio é que alguns autores têm relacionado as hipóteses de caso **fortuito externo** aos fatos “extra Administração” (excludentes da responsabilidade), e as hipóteses de **fortuito interno** aos fatos “intra Administração” (não excludentes).

**QUESTÃO COMENTADA****DIREITO/MPE-MS – 2013 – FGV**

João, policial militar do Estado “X”, ao presenciar uma tentativa de assalto, realiza disparos de arma de fogo que impedem a ocorrência do crime e atingem um automóvel estacionado no local. Considerando a situação acima descrita, assinale a afirmativa correta.

...

- (E) O dano ao automóvel, por decorrer de fortuito externo, não gera a responsabilização nem do Estado “X”, nem de seu policial, João.

**Comentário**

A letra E foi considerada errada. A conduta do policial é inerente à atuação interna da Administração, não podendo ser considerado fortuito **externo**, apesar da participação do criminoso, pessoa alheia à Administração; nesse caso haverá sim a responsabilidade do Estado.

Outro requisito para a caracterização da responsabilidade objetiva é haver, em regra, uma **ação** administrativa, ou seja, um **ato comissivo** do agente. Caso o dano seja causado por atuação de terceiros ou por fenômenos da natureza, e não por ação da Administração, só subjetivamente poderá ser responsabilizado o Estado, caso se comprove que este poderia ter evitado aquele dano, ou seja, provada a **omissão** estatal. Havendo omissão, ou seja, um **ato omissivo** da Administração, a responsabilidade do Estado será subjetiva, do tipo culpa anônima.

**QUESTÃO COMENTADA****TRF – 2006 – Esaf**

A responsabilidade civil objetiva, da Administração Pública, compreende os

danos causados aos particulares, até mesmo:

- a) sem haver culpa ou dolo do seu agente, pelo ato ou fato danoso;
- b) quando houver culpa do respectivo paciente;
- c) sem nexos causal entre o ato ou fato e o dano;
- d) quanto aos atos predatórios de terceiros e fenômenos naturais;
- e) quando seu agente não agiu nessa condição, ao causar o dano.

#### **Comentário**

O gabarito é letra A, vez que a responsabilidade objetiva independe de culpa; é necessário haver apenas o dano e o nexo causal (abordado na letra C). A letra D exclui a responsabilidade estatal em força maior e caso fortuito, e a letra B exclui a responsabilidade em caso de culpa do paciente (na verdade, o que exclui é a culpa **exclusiva** da vítima, vez que, se houver culpa concorrente, os danos serão repartidos). A letra E ressalta a necessidade de ação na qualidade de agente.

O Estado responde de forma **objetiva**, ainda, quando tem o dever de cuidar de bens e pessoas colocadas sob a sua custódia. Assim, deverá se responsabilizar por lesões sofridas por detentos dentro de uma penitenciária, por pessoas internadas em hospitais públicos e por estudantes em escolas públicas. Nesse caso, de forma excepcional, estará o Estado respondendo **objetivamente** pela sua **omissão** no dever de **custódia** dessas pessoas.

A responsabilidade do Estado pelos danos sofridos por essas pessoas não significa dizer que o Estado será **sempre** responsabilizado. A vítima não precisa provar a culpa do Estado (uma vez que este responde objetivamente), mas é possível que o Estado consiga provar que o dano sofrido pela pessoa era inevitável, apesar de ter tomado todas as medidas necessárias para tentar evita-lo.

Já decidiu o STF pela responsabilidade objetiva do Estado por morte de detento por suicídio, por entender-se que poderia o Estado evitar o fato, nos seguintes termos:

*Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento. (...) A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. (...) A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, não sendo sempre possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. Portanto, a responsabilidade civil estatal fica excluída nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. Na espécie, entretanto, o tribunal “a quo” não assentara haver causa capaz de romper o nexo de causalidade da omissão do Estado-Membro com o óbito. Correta, portanto, a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal (RE nº 841.526, 30/03/2016).*

A mesma regra da responsabilidade objetiva do Estado se aplica em caso de danos causados não pela prestação de um serviço público, mas sim pela execução de uma **obra pública**. Esses danos podem ser aqueles normais, conhecidos como **danos derivados do só fato da obra**, tais como os prejuízos causados aos comerciantes de uma rua por seu fechamento ao público em decorrência de uma obra nas galerias subterrâneas, ou aqueles devidos à culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na execução da obra. De qualquer forma responderá o Estado de forma objetiva, que poderá acionar regressivamente o empreiteiro particular contratado em caso de culpa deste.

**QUESTÃO COMENTADA****PROCURADOR PGE/SP – 2009 – FCC**

Em matéria de responsabilidade civil do Estado,

...

- e) a responsabilidade objetiva do Estado pelo só fato da obra pública não elide o direito de regresso contra o empreiteiro.

**Comentário**

A letra E está errada e não é o gabarito. No caso do **só fato da obra**, a responsabilidade objetiva deve ser do Estado, e não do empreiteiro, uma vez que este não está prestando um serviço público, mas apenas realizando uma obra, e não haverá o direito de regresso do Estado contra o empreiteiro uma vez que os prejuízos causados à população não decorrem de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do empreiteiro, mas sim dos inconvenientes normais gerados pela obra ou pelo “só fato da obra”.

Em edições mais antigas dessa obra, fizemos alusão ao entendimento do STF segundo o qual a responsabilidade objetiva abrangeria apenas os prejuízos causados aos particulares **usuários do serviço público** prestado, e não aos não usuários (RE nº 262.651/2004), entretanto, isso foi modificado pelo decidido no RE nº 591.874/2009, segundo o qual *“enfazando a mudança da jurisprudência sobre a matéria, o Tribunal [...] concluiu pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não usuário do serviço”*. Na espécie, uma empresa de transporte coletivo foi condenada a indenizar danos decorrentes de acidente que envolvera ônibus de sua propriedade e um transeunte, não usuário do serviço de transporte, respondendo objetivamente.

● **Substituir o Item 7.3.4. pelo seguinte:**

**7.3.4. Prescrição**

O particular prejudicado poderá pleitear o ressarcimento de seus prejuízos pela Administração enquanto ainda não tiver ocorrido a respectiva prescrição. O Decreto nº 20.910/1932 inicialmente estipulou, para as entidades da Administração Direta, autarquias e fundações públicas, que tal prescrição ocorreria em cinco anos, conferindo verdadeiro privilégio a estas pessoas jurídicas de direito público, uma vez que, para as entidades de direito privado, valiam os prazos prescricionais previstos no então vigente Código Civil, maiores que o referido prazo de cinco anos. É o que se convencionou chamar de **prescrição quinquenal de suas dívidas**, prerrogativa conferida às pessoas jurídicas de direito público e, posteriormente, estendida às pessoas jurídicas de direito privado **prestadoras de serviços públicos** por força do art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997.

Ocorre que, com o advento do atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o instituto da prescrição recebeu diversas alterações; nesse sentido, o art. 206, § 3º, V, dispõe agora que prescreve em **três anos** a **“pretensão de reparação civil”**, significando dizer que se o particular não exercer a sua pretensão indenizatória frente a terceiros nesse prazo de três anos, não poderá mais fazê-lo.

Em decorrência dessa alteração legislativa, surgiu a polêmica acerca de qual prazo prescricional seria aplicável à Administração. É sabido que a lei especial prevalece sobre a lei geral, assim, considerando-se que o Código Civil é legislação geral e a Lei nº 9.494/1997 é lei especialmente voltada às **pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público**, poderíamos deduzir que a essas pessoas aplicar-se-ia ainda o prazo prescricional de cinco anos da Lei nº 9.494/1997. A isso se somaria o fato de que o Código Civil dispõe regras de direito privado, enquanto que, ao Poder Público, aplicam-se normas de direito público tais como as da referida lei.

Em visão oposta, temos que as regras de direito público são aquelas que prevejam **prerrogativas** ao Estado, colocando-o em posição privilegiada em relação ao particular, ao qual são aplicáveis as regras comuns de direito privado, o que, na espécie, não estaria ocorrendo, uma vez que a prescrição trienal de suas dívidas é mais benéfica do que a prescrição quinquenal. Assim, por exemplo, a prescrição contra uma empresa estatal que explora atividade econômica (assim como as demais pessoas privadas não prestadoras de serviço público) ocorreria em 3 anos, enquanto que a prescrição contra o Estado ocorreria em 5 anos, conferindo-lhe desvantagem em relação ao setor privado.

### DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA!!!

Nesse sentido, na opinião abalizada de José dos Santos Carvalho Filho, “a prescrição da pretensão de terceiros contra a Administração, no que tange à responsabilização civil, passou de quinquenal para trienal”, de forma a assegurar-lhe regra mais benéfica, no entanto, ainda não há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria.

A par dessa discussão, acho que, em uma questão objetiva de concurso público, a afirmativa genérica de que “dentre as prerrogativas asseguradas às pessoas jurídicas de direito público encontra-se a prescrição quinquenal de suas dívidas” deve ser considerada correta.

Apesar da falta de consenso sobre a matéria, a posição doutrinária atualmente dominante é a de que o **prazo prescricional para as ações contra as pessoas jurídicas de direito público e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos é de 5 anos**, nesse sentido combinando com a jurisprudência do STJ:

É quinquenal o prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória ajuizada por vítima de acidente de trânsito contra concessionária de serviço público de transporte coletivo. ... O art. 1º-C da Lei 9.494/1997, que se encontra em vigor e que é norma especial em relação ao Código Civil, determina que "Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos" (REsp nº 1.277.724, 26/05/2015)

As ações de indenização contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. Por se tratar de norma especial, que prevalece sobre a geral, aplica-se o prazo do art. 1º do Dec. nº 20.910/1932, e não o de três anos previsto no CC. Precedentes citados: EREsp 1.081.885-RR, DJe 1º/2/2011 e AgRg no Ag 1.364.269-PR, DJe 24/9/2012. AgRg no AREsp 14.062-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 20/9/2012.

### QUESTÃO COMENTADA

#### ANALISTA/CERPRO – 2008 – CESPE/UnB

Uma concessionária do serviço público federal causou danos morais a determinado usuário do serviço. Nesse caso, a responsabilidade da concessionária será objetiva, e o prazo prescricional da ação, de 5 anos.

#### Comentário

A afirmativa foi considerada correta, retratando disposição literal da Lei nº 9.494/97 de que o prazo prescricional contra pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público é de **5 anos**.

Até aqui tratamos do prazo prescricional das ações **movidas pelos particulares** em face do Estado. Quanto à prescrição relativa às ações movidas **pelo Estado** em face dos particulares, aí incluindo a ação regressiva do Estado contra o agente público causador do dano a terceiros, o assunto é ainda mais controvertido, tendo se formado três correntes: prazo

trienal, prazo quinquenal e imprescritibilidade das ações.

A tese da imprescritibilidade das ações é baseada no artigo 37 § 5º da Constituição Federal, que define que as ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário por **atos ilícitos** é imprescritível.

A discussão decorre da definição de “ato ilícito” dada pelo artigo 186 do Código Civil, segundo o qual “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Nesse sentido, discutia-se se qualquer prejuízo causado ao erário por atuação dolosa ou simplesmente culposa de um particular seria qualificado como ilícito civil e, assim, traria como consequência a imprescritibilidade da ação de ressarcimento.

Nas edições anteriores dessa obra, sempre me posicionei no sentido de que nem todo prejuízo causado aos cofres públicos poderia ser considerado ato ilícito e, assim, que nem toda ação de ressarcimento movida pela Administração contra um particular seria imprescritível, embora tivesse ressaltado a falta de consenso sobre o tema.

O STF enfim reconheceu a relevância da matéria em 2013, ao julgar o RE nº 669.069, e decidiu de forma definitiva em 03/02/2016, fixando a tese de repercussão geral de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

A decisão é no sentido de que nem toda atuação que cause prejuízo aos cofres públicos configura **ilícito**, nos termos do artigo 37 § 5º da Constituição Federal, a ponto de gerar a imprescritibilidade das ações, confirmando o que já defendíamos em edições anteriores.

No caso concreto, a União havia proposto ação de ressarcimento contra uma empresa de transporte rodoviário e um de seus motoristas por entender que houve culpa exclusiva do condutor do ônibus em batida contra um veículo da União, ocorrida em 1997. Decidiu o STF que já havia ocorrido a prescrição.

Ressaltou o STF que a decisão apenas reconhece a possibilidade de prescrição de **ilícitos civis**, mas que não houve discussão quanto a **ilícitos penais e atos de improbidade**, ou seja, reconheceu a Suprema Corte, implicitamente, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário por atuações criminosas e por atos de improbidade administrativa.

Sepultada de vez a tese irrestrita de imprescritibilidade, persiste ainda a discussão quanto ao prazo de prescrição.

A tese do prazo trienal se baseia no simples fato de que o prazo prescricional aplicável às ações de responsabilização movidas contra os particulares, por força do Código Civil, é o de três anos. Outra corrente sustenta que, como o prazo prescricional contra a Administração é o de 5 anos, igual prazo deve se aplicar às ações movidas pela Administração contra os particulares.

Essa última corrente é a que vem sendo adotada atualmente pelo STJ, sob o argumento da isonomia, uma vez que as ações **contra** a Administração não poderiam ter prazo prescricional maior que as ações **a favor** da Administração:

*Nas demandas ajuizadas pelo INSS contra o empregador do segurado falecido em acidente laboral, visando ao ressarcimento dos valores decorrentes do pagamento da pensão por morte, o termo a quo da prescrição quinquenal é a data da concessão do referido benefício previdenciário. Dessa forma, **em respeito ao princípio da isonomia, quando a demanda indenizatória for ajuizada pelo ente estatal contra particular, o prazo prescricional será também o de 5 anos, ou seja, o mesmo aplicado às ações indenizatórias ajuizadas contra a fazenda pública** (STJ - REsp nº 1.457.646, 14/10/2014).*

#### QUESTÃO COMENTADA

ADVOGADO/SERPRO – 2013 – Cespe/UnB

Assinale Certo ou Errado:



Caso o poder público seja condenado em ação de responsabilidade civil pelos danos causados por seu servidor a terceiro, caberá ação regressiva do Estado contra o servidor, ação esta cujo prazo prescricional será de três anos.

#### **Comentário**

O gabarito inicialmente divulgado pela banca foi Certo, mas posteriormente, após recursos, a banca alterou o gabarito para Errado, tendo justificado expressamente que a jurisprudência atual do STF seria no sentido de que todas as ações de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis. Note-se que essa questão foi de 2013, quando havia de fato a divergência.

Hoje, após a decisão definitiva do STF, essa ação não é mais imprescritível e, conforme jurisprudência do STJ, o prazo é o de cinco anos.

### **QUESTÃO COMENTADA**

#### **TÉCNICO ADMINISTRATIVO/ANS – 2016 – FUNCAB**

Acerca da responsabilidade civil do Estado, é correto afirmar que:

- a) nas demandas ajuizadas pelo INSS contra o empregador do segurado falecido em acidente laboral, visando ao ressarcimento dos valores decorrentes do pagamento da pensão por morte, o termo a quo da prescrição trienal é a data do óbito.
- b) o prazo prescricional para as ações de reparação civil é de 3 anos, conforme o artigo 206, § 3º, V do Código Civil de 2002, sendo tal assunto pacífico tanto na jurisprudência, como na doutrina.

#### **Comentário**

As letras A e B foram consideradas erradas, devendo-se entender que o prazo prescricional das ações movidas pelo Estado é de 5 anos, e não de 3.

Resumindo, atualmente a melhor corrente (apesar de não haver consenso sobre a matéria) é a de que os prazos prescricionais das ações movidas pela Administração ou contra a Administração são de cinco anos.

#### **• Substituir o Item 8.5. pelo seguinte:**

#### **8.5. Emenda Constitucional nº 88**

Essa emenda, de 07/05/2015, criou a hipótese de aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade nos casos a serem definidos em lei complementar, além da hipótese geral de aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade.

A emenda nº 88 havia ainda acrescentado o artigo 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispondo quais agentes iriam se aposentar compulsoriamente aos 75 anos enquanto não fosse editada a referida Lei Complementar. Esse artigo, no entanto, não tem mais serventia uma vez que em 03/12/2105 foi editada a Lei Complementar nº 152 dispondo que:

Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 anos de idade:

I - os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações;



- II - os membros do Poder Judiciário;
- III - os membros do Ministério Público;
- IV - os membros das Defensorias Públicas;
- V - os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.

Parágrafo único. Aos servidores do Serviço Exterior Brasileiro, regidos pela Lei nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006, o disposto neste artigo será aplicado progressivamente à razão de 1 (um) ano adicional de limite para aposentadoria compulsória ao fim de cada 2 (dois) anos, a partir da vigência desta Lei Complementar, até o limite de 75 (setenta e cinco) anos previsto no caput.

Resumindo, atualmente a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade se aplica a **todos** os servidores efetivos e membros do Poder Judiciário, MP, TC e Defensorias, com **exceção** dos servidores do Serviço **Exterior** Brasileiro.

• **Substituir o Item 9.4. pelo seguinte:**

#### 9.4. Formas de vacância

A vacância é o ato de desocupação do cargo público, pelo qual este se tornará vago. São formas de vacância previstas na Lei nº 8.112/1990: falecimento, aposentadoria, demissão, exoneração, readaptação, promoção e a decorrente de posse em outro cargo inacumulável.

A demissão e a exoneração se diferenciam pelo fato de que a **demissão** é ato de punição ao servidor, decorrente de processo administrativo disciplinar instaurado em função de algum ilícito por ele praticado. **Exoneração**, por outro lado, é o desligamento do servidor sem configurar-se ato punitivo, havendo, porém, a **exoneração a pedido** do servidor e a **exoneração de ofício**, por iniciativa da Administração, nos casos previstos em lei, todos sem caráter punitivo. Não é possível, portanto, pedido de demissão no serviço público, por motivos óbvios.

A **readaptação** e a **promoção** são, ao mesmo tempo, formas de vacância e provimento. A vacância decorrente de **posse em outro cargo inacumulável** ocorre quando o servidor promove a “declaração de vacância” do cargo atual a fim de tomar posse em outro cargo em que a acumulação não é permitida, não havendo, portanto, o pedido de exoneração do servidor. Como não existe a previsão desta forma de vacância em vários estatutos de outros entes federados, ocorre que o servidor, para tomar posse em outro cargo, é forçado a pedir exoneração do cargo atual e então, se reprovado no estágio probatório do novo cargo, ainda que fosse estável antes do pedido de exoneração, não terá direito à recondução vez que, ao pedir exoneração, desligou-se da Administração, não havendo “cargo anterior” para o qual pudesse ser reconduzido.

#### **CUIDADO!!!**

O direito à recondução do servidor estável ao seu cargo anterior, em caso de inabilitação em estágio probatório, deve ser encarado como regra, estando expressamente previsto no estatuto federal; entretanto, o mesmo não ocorre em outros estatutos. Ao estudar para algum concurso público estadual ou municipal, o candidato deve estar atento a essa previsão naquele determinado estatuto local.

O servidor estável de determinado ente federado (X) que for aprovado em concurso e tomar posse em outro cargo público (desse mesmo ente federado X ou de outro ente federado Y), e for reprovado no estágio probatório do novo cargo, só poderá retornar ao cargo anterior caso haja, no estatuto do ente X, a previsão de **vacância por posse em outro cargo inacumulável** e de **recondução em decorrência de reprovação em estágio probatório**.

**QUESTÃO COMENTADA****OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR – TJ/RJ – 2001 – NCE/UFRJ**

Um servidor público **estadual, estável**, foi aprovado em concurso público para outro cargo na Administração Pública estadual. Não tendo sido aprovado no estágio probatório do novo cargo, após o seu término, o servidor será:

- a) exonerado do novo cargo sem direito a recondução ao cargo anterior;
- b) demitido do novo cargo sem direito a recondução ao cargo anterior;
- c) exonerado do novo cargo com direito a recondução ao cargo anterior;
- d) demitido do novo cargo com direito a recondução ao cargo anterior;
- e) dispensado do novo cargo com direito a recondução ao cargo anterior.

**Comentário**

O gabarito é letra A, visto não haver, no estatuto do Estado do Rio de Janeiro, previsão para a recondução por inabilitação em estágio probatório; o servidor estadual pediu exoneração do cargo anterior, portanto, não poderá mais ser reconduzido de volta. No nível **federal**, o servidor **não pede exoneração** do cargo quando aprovado em outro concurso federal; nessa hipótese, a vacância se dá em virtude de “**posse em outro cargo inacumulável**”, sem pedido de exoneração.

Como já dito, entende-se que há direito de recondução após reprovação no estágio probatório ainda que os cargos sejam de entes federados distintos, conforme decisão do STJ:

*O servidor público federal, diante de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990, mormente em face do texto constitucional, tem direito líquido e certo à vacância quando tomar posse em cargo público, independentemente do regime jurídico do novo cargo, não podendo, em razão disso, ser exonerado antes da estabilidade no novo cargo. Uma vez reconhecido o direito à vacância (em face da posse em novo cargo não acumulável), deve ser garantido ao agente público, se vier a ser inabilitado no estágio probatório ou se dele desistir, a recondução ao cargo originariamente investido (MS nº 12.576, 26/02/2014).*

**QUESTÃO COMENTADA****ANALISTA LEGISLATIVO/CÂMARA DOS DEPUTADOS – 2014 – Cespe/UnB**

Julgue o item a seguir. Servidor público federal estável submetido a estágio probatório em novo cargo público estadual tem o direito de ser reconduzido ao cargo ocupado anteriormente, ainda que os mencionados cargos sejam submetidos a regimes jurídicos diversos.

**TÉCNICO JUDICIÁRIO/TRE-PI – 2016 – Cespe/UnB**

Teobaldo, servidor público do estado do Piauí, adquiriu sua estabilidade em 27/1/2012. Em novembro de 2012, ele foi nomeado para o cargo de técnico judiciário no TRE/PI. Dentro do prazo legal, Teobaldo tomou posse e entrou em exercício em seu novo cargo, após solicitar vacância por posse em outro cargo inacumulável. Na avaliação de seu estágio probatório, no tribunal, Teobaldo foi reprovado, ou seja, foi considerado inapto para o exercício do cargo ocupado no TRE/PI. Nessa situação hipotética, a

administração deve aplicar, em relação a Teobaldo, o instituto denominado

- recondução.
- aproveitamento.
- exoneração.
- demissão.
- readaptação.

#### Comentário

A primeira afirmativa está correta e o gabarito da segunda questão é a letra A, confirmando a possibilidade de recondução entre entes federados distintos. O estatuto federal e o estatuto do Estado do Piauí preveem a recondução por reprovação em estágio probatório e a vacância por posse em outro cargo inacumulável.

#### • Acrescentar ao final do Item 10.5:

A aplicação das sanções pelo ato de improbidade **independe** da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas. As ações por atos de improbidade administrativa poderão ser propostas nos seguintes prazos prescricionais:

- Cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
- No prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego;
- Cinco anos após a prestação de contas final, para as entidades que recebam algum tipo de subvenção, benefício, incentivo ou em que o erário aporte recursos.

#### • Substituir o Item 12.2.4. pelo seguinte:

##### 12.2.4. Igualdade ou competitividade

O art. 37, XXI, da Constituição Federal dispôs que as contratações devem ser feitas “*mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições** a todos os concorrentes*”, só sendo aceitas exigências de qualificação “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. O princípio da igualdade ou da isonomia entre os participantes é o que veda implicação de preferências entre eles, não sendo aceitas exigências meramente discriminatórias, despropositadas, no sentido de afastar participantes das licitações, que levam à impossibilidade de competição. O princípio da competitividade é decorrência da isonomia, conforme previsão do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que veda aos agentes públicos

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais. (*Grifo do autor*)

**QUESTÃO COMENTADA****AGU (ADMINISTRADOR) – 2006 – NCE/UFRJ**

No que tange aos princípios da licitação previstos na Lei nº 8.666/1993, é correto afirmar que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Tal afirmação mostra-se compatível com o princípio da:

- a) legalidade;
- b) razoabilidade;
- c) competição;
- d) publicidade;
- e) eficiência.

**Comentário**

Gabarito: letra C; ou competitividade ou igualdade.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 estabelece o princípio da isonomia e trata de apresentar exceções de dois tipos. Um deles se refere a **margens de preferência** para que determinadas empresas sejam declaradas vencedoras na licitação ainda que com preços superiores a outras; outro tipo é o que estabelece preferência em caso de **empate na licitação**.

Os parágrafos 5º a 12 do artigo 3º da lei de licitações estabelecem que nos processos de licitação **poderá** ser estabelecida margem de preferência para:

I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, poderá ser estabelecida outra margem de preferência adicional a essa, contanto que a soma dessas margens, a serem estabelecidas caso a caso por ato do Poder Executivo federal, não ultrapasse 25%.

Assim foi editado, por exemplo, o decreto federal nº 8.224, em 2014, estabelecendo margens de preferência para aquisição de máquinas e equipamentos em geral. Considerando que a margem de preferência estabelecida para a compra de elevadores foi de 15%, caso em uma licitação pública o menor preço de fornecimento de elevadores tenha sido oferecido por uma empresa estrangeira que não atende normas técnicas brasileiras, no valor de R\$ 100.000,00, uma empresa que atende às normas brasileiras venceria a licitação caso houvesse apresentado preço de até R\$ 115.000,00.

Em se tratando de empate, dispõe o § 2º do mesmo artigo 3º que:

*Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:*

*I – (Revogado);*

*II - produzidos no País;*

*III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.*

*IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.*

*V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.*

Caso ainda persista o empate, deverá ser feito sorteio público, conforme art. 45, § 2º.

Além de todo o exposto, a Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu regras diferenciadas para a contratação de Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, que serão estudadas em item específico.

• **Substituir o Item 12.5. pelo seguinte:**

**12.5. Fases da licitação**

O procedimento licitatório é composto pelas seguintes fases sequenciais: abertura do processo administrativo, elaboração do instrumento convocatório, publicidade, recebimento e julgamento das propostas, homologação e adjudicação.

Dispõe a Lei nº 8.666/1993 que as obras e serviços só poderão ser licitados quando:

I - houver **projeto básico** aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

**Projeto Básico** é o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. Resumindo, o projeto básico tem que possuir todas as informações necessárias para que o licitante possa elaborar o **orçamento** para sua proposta.

**Projeto Executivo** é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à **execução completa** da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Normalmente a Administração elabora o projeto básico, depois elabora o projeto executivo e então parte-se para a execução das obras e serviços, mas é possível que a Administração elabore apenas o projeto básico e então realize a licitação, ficando a empresa contratada responsável por elaborar o projeto executivo e executar os serviços.

• **Acrescentar ao Item 12.6.2.2.:**

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

- **Acrescentar os itens 12.14. e 12.15:**

#### 12.14. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC

O denominado RDC foi instituído pela Lei nº 12.462/2011, a fim de criar regras mais ágeis e excepcionais de licitação, aplicáveis a todos os entes da Federação, para a realização dos eventos esportivos internacionais que viriam a ser executados no Brasil (Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas), incluindo as reformas dos aeroportos que seriam utilizados nesses mundiais.

O que era para ser exceção, no entanto, passou a ser regra, e assim, a referida lei começou a ser alterada, de forma a estender o regime a diversas outras contratações, afastando a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002.

Além disso, outras leis permitiram que o RDC fosse utilizado em outras hipóteses:

- Lei nº 12.833/2013: permitiu que a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República utilizasse o RDC para a contratação de bens e serviços necessários à modernização, construção, ampliação e reforma de aeródromos públicos.
- Lei nº 12.873/2013: permitiu que a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB usasse o RDC para as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.
- Lei nº 12.983/2014: acrescentou o art. 15-A à Lei nº 12.340/2010 e permitiu que o RDC seja usado para a contratação de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres.

Atualmente então, o RDC deixou de ser excepcional e pode ser utilizado para as contratações necessárias à realização de:

- Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de 2014;
- Obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos citados mundiais;
- Ações do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento;
- Obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS;
- Obras e serviços de engenharia de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;
- Ações no âmbito da segurança pública;
- Obras e serviços de engenharia relacionados a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística;
- Locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial do bem especificado pela Administração;
- Ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação;
- Obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia;
- Contratação de bens e serviços necessários à modernização, construção, ampliação e reforma de aeródromos públicos pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República;
- Ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural, pela CONAB;
- Ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres.

O RDC é um regime criado com o objetivo principal de **ampliar a eficiência nas contratações** públicas, a partir do **incentivo à inovação** tecnológica, afastando as regras da Lei nº 8.666/1993 referentes aos procedimentos licitatórios instaurados (salvo em alguns casos em que a lei do RDC manda aplicar regras daquela lei geral de licitações), mas não afastando



as regras relacionadas aos contratos administrativos a serem firmados, que deverão, em regra, seguir as normas da lei geral.

Considerado muito avançado, o RDC incorporou importantes características da lei do pregão (tais como a inversão da fase de habilitação, o oferecimento de lances e a possibilidade de negociação com o licitante de melhor proposta) e trouxe características inovadoras, tais como o procedimento de **pré-qualificação permanente** de fornecedores, a **não divulgação prévia do orçamento** previsto para a contratação, a possibilidade de **remuneração variável da contratada** conforme seu desempenho, a possibilidade de **contratação de mais de uma empresa para executar o mesmo serviço**, a **fase recursal única**, dentre outras que serão a seguir estudadas.

A Lei nº 12.462/2011 define que são **procedimentos auxiliares** das licitações do RDC a **pré-qualificação permanente**, o **cadastro**, o **sistema de registro de preços** e o **catálogo eletrônico de padronização**.

Os sistemas de **cadastro** e de **registro de preços** previstos no RDC são similares aos relativos aos demais procedimentos licitatórios, na forma estabelecida pela Lei nº 8.666/1993. A **pré-qualificação permanente** é um procedimento anterior à licitação, permanentemente aberto aos interessados, destinado a identificar fornecedores habilitados e produtos de qualidade; nesse sentido, a Administração **poderá** realizar licitação exclusivamente entre os pré-qualificados. A pré-qualificação terá validade máxima de um ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

O **catálogo eletrônico de padronização** de compras, serviços e obras é um sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração. Esse catálogo **poderá** ser utilizado nas licitações públicas cujo critério de julgamento seja o **menor preço** ou o **maior desconto**, tipos de licitação que serão tratados adiante.

A lei do RDC dispõe ainda que *“o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado 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”*. Nessa sistemática, o orçamento terá caráter sigiloso e não será informado a nenhum licitante, de forma que as empresas não venham a elevar suas propostas, procurando “colar” seus preços no valor da Administração.

A Administração divulgará apenas as informações necessárias e suficientes à elaboração de propostas pelos licitantes e, caso a proposta de menor preço venha a ficar acima do orçamento disponível, a Administração terá a chance de negociar os preços oferecidos para baixo, de forma a se adequar ao seu orçamento, como veremos adiante.

Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida **remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada**, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega **definidos no instrumento convocatório e no contrato** de forma clara e objetiva, a fim de se evitar qualquer análise subjetiva quanto aos serviços prestados pela contratada. A determinação da remuneração deverá ser motivada pela Administração, assegurando-se sempre os direitos ao contraditório e à ampla defesa ao contratado.

Outra inovação do RDC é a disposição expressa de que a Administração **poderá**, quando conveniente, **contratar mais de uma empresa para executar o mesmo serviço** (desde que não seja serviço de engenharia), controlando de forma separada e individualizada a execução contratual de cada empresa.

#### 12.14.1. Fases da licitação

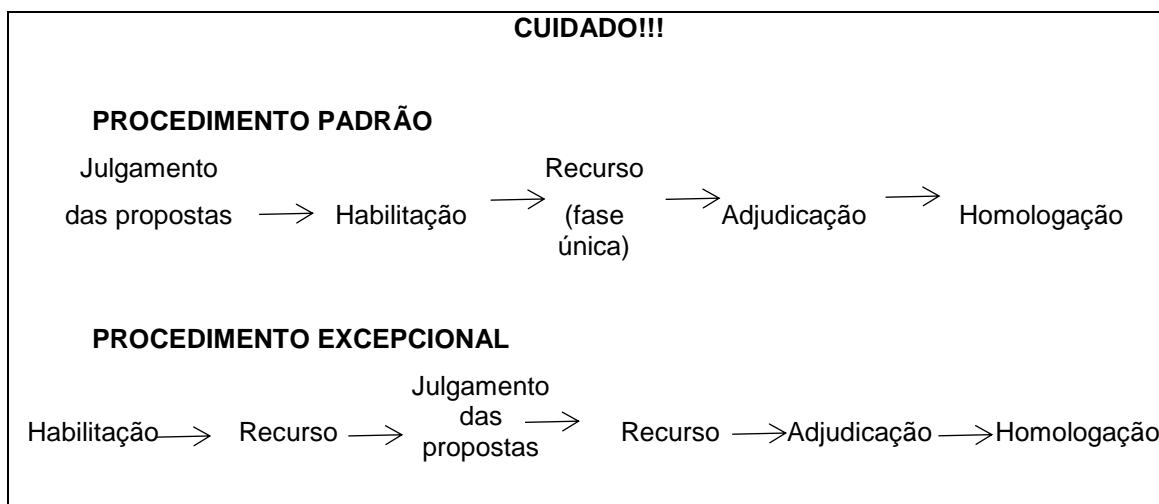
As licitações deverão ser realizadas **preferencialmente** sob a forma eletrônica, admitida a presencial e, conforme previsão legal expressa, o procedimento licitatório adotado no RDC observará, nesta ordem, as seguintes fases:

1. Preparatória;
2. Publicação do instrumento convocatório;
3. Apresentação de propostas ou lances;



4. Julgamento;
5. Habilitação;
6. Recursal;
7. Encerramento.

A regra é, portanto, que a fase de habilitação seja feita *a posteriori*, ou seja, após o julgamento das propostas de preços, como ocorre no pregão; nesse caso, haverá uma fase recursal única, após a habilitação, onde serão julgados ambos os recursos (julgamento das propostas e habilitação). Apenas excepcionalmente, caso haja essa previsão no edital, a fase de habilitação antecederá a análise das propostas, havendo duas fases de recurso. O encerramento da licitação, pela autoridade competente, ocorrerá com a **adjudicação** do objeto e a **homologação** do procedimento (nessa ordem).



#### 12.14.1.1. Fase preparatória

É a chamada **fase interna** da licitação, que envolve todos os procedimentos necessários **anteriores** à divulgação do instrumento convocatório, tais como a elaboração do anteprojeto e/ou do projeto básico, definição das especificações e quantitativos a serem fornecidos pelo contratado, definição do orçamento estimado da contratação, constituição da comissão de licitação, dentre outros.

Na elaboração das especificações dos bens a serem adquiridos, a Administração poderá, excepcionalmente, indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, quando houver a necessidade de **padronização** do objeto, ou quando determinada marca ou modelo for a **única** capaz de atender às necessidades da entidade, ou quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

A **comissão de licitação** pode ser permanente ou especial, e será composta **majoritariamente** por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes do órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela licitação. Os membros da comissão responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo em caso de posição individual divergente de determinado membro, devidamente registrada em ata de reunião.

#### 12.14.1.2. Publicação do instrumento convocatório

Para a publicidade do procedimento, **exige-se a publicação** do edital no **Diário Oficial** do ente federativo contratante (ou do ente consorciado de maior nível, no caso de consórcio público), além da **divulgação pela internet**; é **facultada** ainda a divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não e, quando possível, a publicação de extrato em jornal diário de grande circulação. É dispensada a publicação no *Diário Oficial* para obras de até R\$ 150.000,00 e para bens e serviços, inclusive de engenharia, de até R\$ 80.000,00.

### **CUIDADO!!!**

#### **Obrigatória:**

- Publicação no *DO* (salvo compras e serviços até R\$ 80.000,00 e obras até R\$ 150.000,00);
- Divulgação pela internet (site oficial da Administração).

#### **Se possível:**

- Publicação em jornal de grande circulação.

#### **Facultada:**

- Divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não.

Os prazos **mínimos** entre a publicidade da licitação e a data de entrega das propostas serão os seguintes:

- Aquisição de bens:
  - 5 dias úteis (critérios de julgamento **menor preço** ou **maior desconto**);
  - 10 dias úteis (outros critérios).
- Obras e serviços:
  - 15 dias úteis (critérios de julgamento **menor preço** ou **maior desconto**);
  - 30 dias úteis (outros critérios).
- Licitação pelo critério **maior oferta**:
  - 10 dias úteis.
- Licitação pelos critérios **técnica e preço**, **melhor técnica** ou **melhor conteúdo artístico**:
  - 30 dias úteis.

#### **12.14.1.3. Apresentação de propostas ou lances**

O RDC admite duas formas distintas de apresentação das propostas de preços, denominados por **modos de disputa fechado e aberto**.

Em algumas licitações, as propostas serão apresentadas em envelopes **lacrados** que serão abertos na presença de todos os licitantes, sendo declarado vencedor aquele cuja proposta seja a mais vantajosa para a Administração (tal como ocorre na **concorrência** prevista na Lei nº 8.666/1993). Esse procedimento, no RDC, é chamado de **disputa no modo fechado**.

Outras licitações admitirão a apresentação de ofertas por meio de **lances públicos e sucessivos**; esses lances serão **crecentes**, até se chegar ao maior lance (quando a Administração aliena algo a quem oferecer o **maior preço**, tal como ocorre no **leilão** previsto na Lei nº 8.666/1993) ou serão **decrecentes**, até se chegar ao menor lance (quando a Administração contrata algo pelo **menor preço**, tal como ocorre no **pregão** previsto na Lei nº 10.520/2002). Esse procedimento, no RDC, é chamado de **disputa no modo aberto**.

A lei do RDC prevê expressamente que esses modos de disputa “poderão ser combinados na forma do regulamento”. Nesse sentido, o Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC no âmbito federal, dispõe em seu art. 24, que:

*Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma:*

*I – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos;*

*II – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.*

Na **disputa aberta**, quando a diferença entre o melhor lance e o segundo melhor lance chegar a 10% ou mais (em relação ao melhor preço), a disputa poderá ser paralisada e reiniciada, para definição de novos valores.

O RDC inovou, ainda, ao criar os chamados **lances intermediários**, institutos no mínimo “curiosos”. Basicamente, consiste na possibilidade de a Administração permitir a apresentação de lance igual ou inferior ao maior já apresentado, quando os lances são crescentes (critério do maior preço), ou permitir um lance igual ou maior que o menor já apresentado, quando os lances são decrescentes. O objetivo buscado pelo legislador só pode ser o de incentivar ao máximo a competição entre licitantes, não descartando qualquer oferta apresentada.

#### **CUIDADO!!!**

O leilão e o pregão não admitem, em nenhuma hipótese, a apresentação dos chamados “**lances intermediários**” criados no RDC.

#### **12.14.1.4. Julgamento**

Será feito conforme o **critério de julgamento** (tipo de licitação) estabelecido no instrumento convocatório. Os critérios de julgamento previstos no RDC são os seguintes:

- menor preço;
- maior desconto;
- técnica e preço;
- melhor técnica;
- melhor conteúdo artístico;
- maior oferta de preço;
- maior retorno econômico.

No julgamento pelo **maior desconto**, o vencedor será aquele que oferecer o maior desconto sobre o preço global fixado no instrumento convocatório.

O critério **técnica e preço** será utilizado exclusivamente para objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica ou que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado. Da mesma forma que ocorre na Lei nº 8.666/1993, nesse tipo de licitação haverá uma avaliação ponderada entre as propostas técnicas e de preço apresentadas, a partir dos critérios objetivamente estabelecidos no edital.

O julgamento pela **melhor técnica** ou pelo **melhor conteúdo artístico** considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores. Poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia.

O RDC define que o julgamento pela **maior oferta de preço** “será utilizado no caso de **contratos que resultem em receita para a administração pública**”, ou seja, quando o

vencedor será aquele que pagar mais à Administração. Nesse caso haverá uma simplificação da fase de habilitação, podendo-se para tal exigir o recolhimento de 5% do valor ofertado, a título de garantia.

A novidade do RDC é de fato quanto ao julgamento pelo **maior retorno econômico**, utilizado exclusivamente para a celebração dos chamados **contratos de eficiência**.

No contrato de eficiência o contratado prestará determinados serviços com o objetivo de **proporcionar economia** à Administração, na forma de redução de despesas correntes. Assim, por exemplo, desejando a Administração reduzir seus gastos com energia elétrica, os licitantes apresentarão seus projetos, incluindo a prestação de serviços diversos, obras, fornecimento e operação de equipamentos, de forma a propiciar redução sobre os gastos atuais. Será vencedora a proposta que oferecer a maior economia para a Administração Pública, decorrente da execução do contrato.

O contratado será remunerado com base em percentual da economia gerada, comprometendo-se a gerar um valor estipulado em contrato, denominado **economia contratada**. Caso a economia efetivamente gerada seja inferior à economia contratada, a diferença (entre a economia gerada e a economia contratada) será descontada da remuneração da contratada; se a remuneração da contratada for insuficiente para a aplicação do desconto, será aplicada multa à contratada; se a diferença entre a economia contratada e a economia gerada ficar acima do limite máximo estabelecido em contrato, poderão ser aplicadas ainda outras sanções.

Suponhamos, por exemplo, que uma empresa tenha sido contratada para reduzir os gastos com energia elétrica de determinado empreendimento, comprometendo-se a gerar uma economia de 10 milhões de reais (**economia contratada**) e que a diferença máxima entre a economia gerada e a economia contratada, estipulada em contrato, seja de 5 milhões de reais. A partir daí, imaginemos as seguintes hipóteses:

- 1ª: economia gerada de 9 milhões de reais e remuneração da contratada de 3 milhões: será descontado 1 milhão da remuneração da empresa;
- 2ª: economia gerada de 7 milhões de reais e remuneração da contratada de 2 milhões: como a remuneração da empresa é insuficiente para o desconto que deveria ser aplicado (3 milhões), a mesma será então multada;
- 3ª: economia gerada de 4 milhões de reais (diferença de 6 milhões para a economia contratada). A empresa nada receberá, será multada e estará sujeita ainda a outras sanções.

#### 12.14.1.5. Habilitação

Nessa fase são aplicáveis, no que couber, as disposições da seção relativa à habilitação da Lei nº 8.666/1993, ou seja, poderão ser exigidos os documentos de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, como já estudado em relação à lei geral de licitações. Além disso, poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação.

Outra disposição interessante do RDC é a que estabelece que, ainda que a fase de habilitação seja anterior à análise das propostas, os documentos de habilitação relativos à **regularidade fiscal** poderão ser exigidos em **momento posterior ao julgamento das propostas**, e **apenas em relação ao licitante mais bem classificado**.

Após o resultado do julgamento, a Administração poderá **negociar** condições mais vantajosas com o primeiro colocado e, caso o seu preço ainda permaneça acima do orçamento estimado, essa negociação poderá ser feita com os demais licitantes, na ordem de classificação.

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

1. Disputa final (licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada);

2. Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes (desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído);

3. Critérios da Lei nº 8.248/1991 (para bens e serviços de informática):

3.1 Bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País.

3.2 Bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

4. Critérios da Lei nº 8.666/1993:

4.1 Bens e serviços produzidos no País;

4.2 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

4.3 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

4.4 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência;

5. Sorteio

#### 12.14.1.6. Fase recursal

Como já dito, haverá uma **fase recursal única** logo após a fase de habilitação, na qual serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas e à habilitação do vencedor, salvo quando houver a inversão de fases, ou seja, quando a fase de habilitação seja anterior à fase de julgamento das propostas.

Os licitantes que desejarem apresentar recursos quanto ao julgamento das propostas ou habilitação deverão manifestar **imediatamente** a intenção de recorrer, sob pena de preclusão, podendo apresentar os referidos recursos depois, em até cinco dias úteis.

Os prazos gerais para recurso (em sentido amplo) são os seguintes:

Recurso	Hipóteses	Prazo
<b>Pedido de esclarecimento e impugnação ao edital</b>	Aquisição ou alienação de bens	dois dias úteis antes da data de abertura das propostas
	Contratação de obras e serviços	cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas
<b>Recurso hierárquico</b>	Pedido de pré-qualificação Fase de habilitação Julgamento das propostas Anulação ou revogação da licitação Inscrição em registro cadastral Rescisão contratual Aplicação de sanções	cinco dias úteis a partir da data da intimação
<b>Representação</b>	Quando não couber recurso hierárquico	cinco dias úteis

**CUIDADO!!!**

Na Lei nº 8.666/1993, o prazo de recurso contra as penas de advertência, multa e suspensão temporária é de cinco dias úteis (ou dois em caso de convite); para declaração de inidoneidade, o prazo é de 10 dias úteis. No RDC, o prazo é de cinco dias úteis para todas as sanções.

**12.14.1.7. Encerramento**

O procedimento será encerrado com a **adjudicação** do objeto e a **homologação** da licitação (nesta ordem), tal qual ocorre no pregão, pelo que recomendamos a leitura desses tópicos específicos nessa obra.

**12.14.2. Regimes de execução**

As obras e os serviços de engenharia poderão ser executados pelos seguintes regimes:

- Empreitada por preço unitário
- Empreitada por preço global
- Empreitada integral
- Tarefa
- **Contratação integrada**

Os regimes de empreitada por preço unitário, preço global, integral ou por tarefa são os mesmos previstos na Lei nº 8.666/1993, e, da mesma forma que na referida lei, as licitações só poderão ser realizadas caso tenha sido feito o **projeto básico** para exame dos licitantes, ficando a empresa contratada responsável pela elaboração do **projeto executivo**.

De forma diversa, no regime de **contratação integrada**, a licitação ocorrerá sem o projeto básico, ficando a empresa contratada responsável por elaborar ambos os projetos, executar as obras e realizar todas as operações até a entrega final do objeto. Nesse caso, o edital deverá conter apenas um **anteprojeto de engenharia**, e o valor estimado da contratação poderá ser calculado com base nos valores de mercado ou nos valores pagos pela Administração em obras similares.

**QUESTÃO COMENTADA****PERITO DA PF – 2013 – Cespe/UnB**

De acordo com a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), julgue o item que se segue. Ao se adotar o regime de contratação integrada, é permitida a realização da obra ou do serviço sem projeto executivo.

**Comentário**

A afirmativa está errada. Esse regime permite que a **licitação** seja feita sem o projeto executivo e sem o projeto básico, mas, seja qual for o regime de execução, as obras e os serviços de engenharia só podem ser **executados** após os projetos básico e executivo.

A contratação integrada só poderá ser utilizada para obras e serviços de engenharia quando haja a possibilidade de execução com diferentes metodologias ou haja a possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado ou quando o objeto envolva inovação tecnológica ou técnica.



Os contratos firmados por contratação integrada não admitem a celebração de termos aditivos, salvo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior ou em virtude da alteração do projeto ou das especificações pela Administração.

### 12.14.3. Dispensa e inexigibilidade de licitação

Dispõe a Lei nº 12.462/2011 que “as hipóteses de **dispensa e inexigibilidade** de licitação estabelecidas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 aplicam-se, **no que couber**, às contratações realizadas com base no RDC”.

#### CUIDADO!!!

Há uma diferença muito importante no caso de contratação, por dispensa de licitação, do remanescente do fornecimento em caso de rescisão contratual. O art. 24, XI, da Lei nº 8.666/1993 determina que essa contratação direta deve ser feita **nas condições** (inclusive o preço) **do vencedor da licitação**. O art. 41 do RDC prevê que a contratação será feita **nas condições ofertadas**, na licitação, **pela empresa convocada**.

#### CUIDADO!!!

São aplicáveis ao RDC as hipóteses de licitação **dispensável** para **contratação** de bens e serviços (art. 24 da Lei de Licitações), mas não as hipóteses de licitação **dispensada** para **alienação** de bens da Administração (art. 17 da Lei de Licitações).

### 12.14.4. Condições específicas para a participação no RDC

Em obediência aos princípios da impessoalidade e da isonomia entre os licitantes, dispõe a Lei nº 12.462 (art. 36) que é vedada a participação direta ou indireta nas licitações de:

- I – pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo (salvo em **contratações integradas**);
- II – pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo (salvo em **contratações integradas**);
- III – pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado (salvo em **contratações integradas**);
- IV – servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Considera-se **participação indireta** a existência de **qualquer vínculo** de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista **entre o autor do projeto** (pessoa física ou jurídica) **e o licitante** (incluindo os membros da comissão de licitação) **ou o fornecedor** dos bens e serviços contratados.

É vedada ainda a contratação direta, sem licitação, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que mantenha relação de parentesco, inclusive por afinidade, até o terceiro grau civil com:

- I – detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação;
- II – autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública.

#### 12.14.5. Sanções

Aplicam-se ao RDC as sanções administrativas e criminais previstas na Lei nº 8.666/1993; além disso, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até cinco anos o licitante que (art. 47 da Lei nº 12.462/2011):

- I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato;
- II – deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;
- III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- IV – não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal;
- VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

#### 12.15. Regime de licitação e contratos das empresas estatais

Como já dito anteriormente, a Lei nº 13.303/2016 estabeleceu o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, criando sistemática específica para as licitações e contratos de todas as estatais. Essa lei entrou em vigor em 01/07/2016, mas as licitações iniciadas e os contratos celebrados em até 24 meses a partir dessa data continuarão regidos pela legislação anterior.

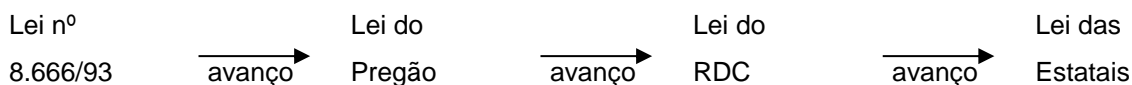
Para a aquisição de bens e serviços comuns, deve-se adotar **preferencialmente** a modalidade de pregão, e **preferencialmente** na forma eletrônica. O pregão eletrônico deverá ser realizado exclusivamente em portais de compras de acesso público na internet.

As licitações e contratos devem observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo, de forma a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize **sobrepreço** ou **superfaturamento**.

Passo importante dado pela lei das estatais foi a definição de sobrepreço e superfaturamento, diferenciando os conceitos. O **sobrepreço** ocorre quando os **preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado**; o **superfaturamento** ocorre quando há **dano ao patrimônio da estatal causado por outras manobras**, tais como: medições de quantidades superiores às reais; deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança; alterações contratuais que causem revisão do valor contratado em favor do contratado, recebimentos indevidos ou prorrogação injustificada do prazo contratual.

A Lei nº 10.520/2002 (lei do pregão) promoveu um avanço em relação à ultrapassada Lei nº 8.666/1993; posteriormente, a Lei nº 12.462/2011 (lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC) avançou ainda mais, além de manter várias inovações trazidas pela lei

do pregão. Partindo-se desse raciocínio, verificamos que o estatuto jurídico das estatais adotou a maioria das inovações trazidas pelo RDC.



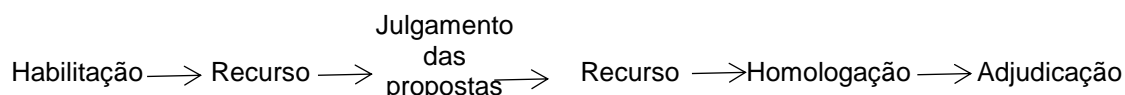
A fim de evitar a repetição de tudo o que já foi dito nos tópicos anteriores, faremos aqui um estudo comparado do estatuto jurídico das estatais, em relação às leis do RDC, do pregão e da lei geral de licitações e contratos. Esses pontos devem ser estudados nos tópicos anteriores.

### 12.15.1. Características comuns à lei do RDC

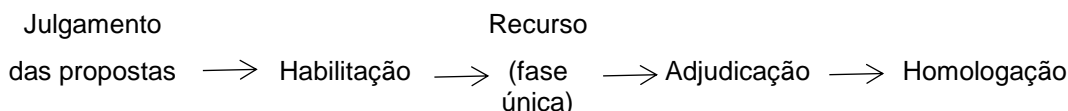
Várias inovações da lei do RDC (algumas delas advindas da lei do pregão) foram mantidas na lei das estatais, tais como:

**1. Fases da licitação:** inversão entre as fases de julgamento das propostas de preços e de habilitação; inversão entre as fases de adjudicação e homologação; fase recursal única.

#### Lei nº 8.666/1993



#### Leis do pregão, RDC e das estatais



OBS: Apenas excepcionalmente, no RDC e na lei das estatais, a fase de habilitação será antes do julgamento das propostas.

**2. Modos de disputa:** poderá ser adotado o **modo de disputa aberto** (lances sucessivos) **ou modo de disputa fechado** (propostas entregues em envelopes lacrados) e, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos. No modo de disputa aberto poderá ser admitida a apresentação de lances intermediários.

**3. Procedimentos auxiliares das licitações:** pré-qualificação permanente, cadastramento, sistema de registro de preços, catálogo eletrônico de padronização.

**4. Sigilo do orçamento:** o valor estimado do contrato a ser celebrado será sigiloso, facultando-se à contratante, de forma excepcional e mediante justificação, dar prévia publicidade ao valor estimado do objeto da licitação.

**5. Remuneração variável do contratado:** na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

**6. Possibilidade de contratação de mais de uma empresa:** mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, poderá ser celebrado mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado.

**7. Critérios de desempate entre duas ou mais propostas:**

1. Disputa final (licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada);
2. Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes (desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído);
3. Critérios da Lei nº 8.248/1991 (para bens e serviços de informática):
  - 3.1 Bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País.
  - 3.2 Bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.
4. Critérios da Lei nº 8.666/1993:
  - 4.1 Bens e serviços produzidos no País;
  - 4.2 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
  - 4.3 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
  - 4.4 Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência;
5. Sorteio

#### 12.15.2. Procedimento licitatório

As licitações observarão a seguinte sequência de fases:

1. preparação;
2. divulgação;
3. apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
4. julgamento;
5. verificação de efetividade dos lances ou propostas;
6. negociação;
7. habilitação;
8. interposição de recursos;
9. adjudicação do objeto;
10. homologação do resultado ou revogação do procedimento.

A **fase de divulgação** ocorrerá com a publicação do edital de licitação no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet. Os prazos **mínimos** entre a publicidade e a data de entrega das propostas serão os seguintes:

- Aquisição de bens:
  - 5 dias úteis (critérios de julgamento **menor preço** ou **maior desconto**)
  - 10 dias úteis (outros critérios)
- Obras e serviços:
  - 15 dias úteis (critérios de julgamento **menor preço** ou **maior desconto**)
  - 30 dias úteis (outros critérios)
- Licitação pelos critérios **melhor combinação de técnica e preço**, **melhor técnica** ou para a contratação **semi-integrada** ou **integrada**:
  - 45 dias úteis

A **fase de julgamento** das propostas ocorrerá de acordo com o critério de julgamento (tipo de licitação) definido no edital, que poderá ser um dentre os seguintes:

- Menor preço
- Maior desconto;

- Melhor combinação de técnica e preço
- Melhor técnica
- Melhor conteúdo artístico
- Maior oferta de preço
- Maior retorno econômico
- **Melhor destinação de bens alienados**

O único critério de julgamento novo, não presente na lei do RDC, é o de **melhor destinação de bens alienados**, no qual será avaliada a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente. O descumprimento da finalidade ajustada resultará na imediata restituição do bem à estatal, sem indenização ao adquirente.

A **fase de verificação de efetividade dos lances ou propostas** ocorrerá após a fase de julgamento, quando então serão desclassificadas as propostas que:

- Contenham vícios insanáveis;
- Descumpram especificações técnicas ou apresentem desconformidade com o edital;
- Apresentem preços manifestamente inexequíveis;
- Encontrem-se acima do orçamento;
- Não tenham sua exequibilidade demonstrada;

Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a 70% do menor dos seguintes valores:

I - média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor do orçamento estimado;

II - valor do orçamento estimado.

Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação, terá início a **fase de negociação** de condições mais vantajosas com essa empresa; se o preço continuar acima do orçamento, a negociação será feita com os demais licitantes, na ordem. Caso os valores permaneçam acima do orçamento, será revogada a licitação.

Dispõe a lei ainda que a “**homologação** do resultado implica a constituição de **direito relativo à celebração do contrato** em favor do licitante vencedor”, e que a estatal “não poderá celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação”.

### 12.15.3. Regimes de execução

Os contratos de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:

- Tarefa;
- Empreitada por preço unitário;
- Empreitada por preço global;
- Empreitada integral;
- Contratação integrada;
- **Contratação semi-integrada.**

O único regime que não existe no RDC é a **contratação semi-integrada**. Já foi visto no tópico do RDC que o regime de contratação integrada é aquele no qual a Administração fornece apenas um anteprojeto e, a partir daí, realiza a licitação, deixando a cargo da empresa contratada a obrigação de elaborar o projeto básico, o projeto executivo e executar a obra.

No regime de contratação semi-integrada, a Administração fornece o projeto básico, deixando a cargo da empresa contratada a obrigação de elaborar o projeto executivo e a execução da obra.

#### 12.15.4. Vedações à participação nas licitações

Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela estatal a empresa:

- Cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% do capital social seja diretor ou empregado da estatal;
- Suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;
- Declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a estatal, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;
- Cujo sócio ou administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;
- Cujo sócio ou administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;
- Que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Essas vedações aplicam-se:

- Ao próprio empregado ou dirigente;
- A quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:
  - dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista
  - empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação
  - autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada
- A empresa cujo sócio tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 meses.

#### **CUIDADO!!!**

A pena de **suspensão** aplicada por uma empresa pública ou sociedade de economia mista só impede a pessoa jurídica de participar de licitação **naquela empresa estatal**.

A pena de **declaração de inidoneidade** aplicada por um Município só impede a pessoa jurídica de participar de licitação em empresas públicas e sociedades de economia mista **daquele Município**.

A pena de **declaração de inidoneidade** aplicada pela União, Estado ou Distrito Federal impede a pessoa jurídica de participar de licitação em empresas públicas e sociedades de economia mista **de qualquer esfera**.

Além disso, é vedada a participação direta ou indireta nas licitações para obras e serviços de engenharia:



- De pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação;
- De pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da licitação;
- De pessoa jurídica da qual o autor do anteprojeto ou do projeto básico da licitação seja administrador, controlador, gerente, responsável técnico, subcontratado ou sócio com mais de 5% do capital votante.

#### 12.15.5. Dispensa e inexigibilidade de licitação

A lei dispõe que os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O processo de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, exige a demonstração da razão da escolha do fornecedor ou do executante, a justificativa do preço e a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso.

As hipóteses de **inexigibilidade de licitação**, previstas de forma **exemplificativa** na lei, são aquelas em que não é possível, é inviável a competição; de forma diversa, nas hipóteses de **dispensa de licitação**, previstas de forma **taxativa na lei**, haveria em tese a possibilidade de competição, mas a lei admite a dispensa. Essas podem ser subdivididas em situações de licitação **dispensável** e licitação **dispensada**.

##### 12.15.5.1. Inexigibilidade de licitação

*Art. 30. A contratação direta será feita quando houver **inviabilidade de competição, em especial** na hipótese de:*

*I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por **produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**;*

*II - contratação dos seguintes **serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:*

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

*Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

**CUIDADO!!!**

As hipóteses de inexigibilidade de licitação da Lei nº 8.666/1993 são similares às da lei das estatais, com exceção da possibilidade de contratação de **artistas consagrados**.

**12.15.5.2. Licitação dispensável**

*Art. 29. É **dispensável** a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:*

*I - para **obras e serviços de engenharia** de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;*

*II - para **outros serviços e compras** de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) 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 realizado de uma só vez;*

Esses valores podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

Com a Lei nº 13.303/2016, deixam de valer os valores de dispensa de licitação de R\$ 30.000,00 para obras e serviços de engenharia, e de R\$ 16.000,00 para compras e outros serviços, previstos no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

*III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;*

Essa é a hipótese de **licitação deserta**, similar à Lei nº 8.666/1993.

*IV - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;*

Essa hipótese de **licitação fracassada**, de forma diferente do que ocorre na Lei nº 8.666/1993, não exige que haja uma nova apresentação de propostas e que os preços continuem superiores aos valores de mercado, para a dispensa de licitação.

*V - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;*

*VI - na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*

Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação pelo preço e condições do contrato anterior, a estatal poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor não ultrapasse o orçamento estimado para a contratação.

*VII - 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 ético-profissional e não tenha fins lucrativos;*

*VIII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;*

*IX - na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;*

*X - na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.*

*XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;*

*XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;*

*XIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;*

*XIV - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;*

Contratação de serviços relacionados às atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação científica e tecnológica.

*XV - em situações de emergência, 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 e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º;*

*XVI - na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;*

*XVII - na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;*

*XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.*

### **12.15.5.3. Licitação dispensada**

*Art. 28 § 3º. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista **dispensadas** da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*

*I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;*

*II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.*

*Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3o a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.*

### **CUIDADO!!!**

A diferença crucial entre as espécies de dispensa, na Lei nº 8.666/1993, é que a licitação **dispensada** se refere aos casos de **alienação** de bens, enquanto que a licitação **dispensável** se refere em regra a hipóteses de **aquisição** de bens e serviços.

Essa lógica não foi seguida na lei das estatais, uma vez que os incisos XVI, XVII e XVIII da lista de licitação dispensável se referem a alienação de bens.

As hipóteses de licitação **dispensada** ficaram apenas para a prestação de serviços ou comercialização de produtos **pela estatal**, ou para a celebração de **parcerias** específicas.

Em virtude da confusão do legislador, não ficou claro se a venda de bens produzidos pela estatal deve ser considerada licitação dispensada ou dispensável.

#### **12.15.6. Contratos firmados pelas empresas estatais**

Os contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista são regidos por **normas de direito privado** e, assim, não devem ser considerados contratos administrativos propriamente ditos, mas sim contratos da Administração, não admitindo as chamadas cláusulas exorbitantes.

Nesse sentido, dispõe a lei expressamente que o contrato **só poderá ser alterado de comum acordo**, e nunca de forma unilateral. O contratado **poderá** aceitar os acréscimos ou supressões contratuais até 25% do valor do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos. Admite-se a redução além desses valores com a concordância do contratado, mas nunca o acréscimo.

##### **12.15.6.1. Exigência de garantia**

Poderá ser exigida prestação de garantia, cabendo ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária. A garantia não excederá a 5% do valor do contrato, salvo em caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, quando o valor poderá chegar a 10%.

##### **12.15.6.2. Prazo contratual**

Os contratos não poderão ser firmados por prazo indeterminado. A duração dos contratos não excederá a 5 anos, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

#### 12.15.6.3. Execução contratual

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento.

O contratado poderá subcontratar **partes** da obra, serviço ou fornecimento, **até o limite admitido**, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto **no edital** do certame, desde que a subcontratada atenda as mesmas exigências de qualificação técnica impostas ao contratado. É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado da licitação original ou da elaboração de projeto básico ou executivo.

#### 12.15.6.4. Sanções administrativas

Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa no prazo de 10 dias úteis, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa (de forma isolada ou conjunta com as demais sanções);

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 anos.

A suspensão temporária poderá também ser aplicada às empresas ou aos profissionais que, em razão do contrato:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

#### **CUIDADO!!!**

As empresas públicas e sociedades de economia mista não podem aplicar a pena de declaração de inidoneidade.