

Direito Administrativo II

Profa. Cristiana Fortini

Livros:

- 1) Celso Antônio Bandeira de Mello (importante para Administrativo I, não é muito completo para Administrativo II).
- 2) Di Pietro (não muito completo em termos de jurisprudência).
- 3) Carvalho Filho (para a professora, o mais adequado para a graduação).

Obs.: Não usar o livro do professor Hely Lopes de Meirelles.

3 provas: uma aberta, uma fechada, uma mista.

Matéria do semestre: agentes públicos, licitações e contratos.

03/02/2014

Agentes Públicos

Agentes públicos são as pessoas físicas que atuam em colaboração com o Estado (administração direta e indireta).

São pessoas que auxiliam essas entidades a realizar seu objetivo - objetivos esses definidos formalmente, seja em lei, seja na Constituição.

"Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado". (Carvalho Filho)

A atividade pode ser prestada gratuitamente ou onerosamente, não interessa se essa atividade é prestada perenemente ou não, se há contrato ou não, se ela é política ou jurídica.

Expressão que abarca as mais diversas categorias.

O que significa ser agente público? Qual a importância de ser agente público? As consequências podem variar segundo a sua categoria, mas tem uma coisa que não muda: **o agente público personifica o Estado**. Qual a consequência para o Estado? Responsabilidade.

Art. 37, § 6º, CR: *"§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

O agente atrai a responsabilidade da pessoa jurídica com a qual ele possui liame jurídico. *Isso porque é através dele que o Estado manifesta sua vontade.*

Três categorias macros de agentes: **levam em conta a natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao poder público.**

1) AGENTES POLÍTICOS

Agentes políticos são aqueles que elaboram as políticas públicas que conduzem a vida dos estados e dos municípios. Desenham os destinos fundamentais do Estado.

Alçam esse posto **substancialmente pelo processo de eleição**, mas não somente, porque os **ministros e os secretários** (nomeados) também são considerados agentes políticos. São aqueles que comandam a vida desse país: presidente, vice, senadores, deputados, etc. Os agentes políticos possuem **cargos transitórios, em teoria** - aqueles que continuam por lá continuam por uma questão, direta ou indiretamente, de aclamação popular.

O valor que eles recebem tem natureza de **subsídio**. O subsídio é uma forma de pagamento que foi reinserido no Brasil através da EC 19/1998. Há duas formas de pagamento estatal: subsídio ou remuneração. Subsídio é uma "parcela única" (expressão constitucional) - uma pessoa que recebe subsídio não pode receber mais nenhuma parcela remuneratória, somente parcelas indenizatórias (ex.: diárias).

Obs.: antigamente os deputados e senadores recebiam o "gratificação" que era um "extra" por sessões extraordinárias, isso acabou.

Discussão: agentes políticos podem receber 13º salário? (1) se recebe subsídio não pode receber mais nada; (2) extensão dos benefícios do art. 7º da CR, pois são trabalhadores.

2) PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

São pessoas que, na sua maioria, não tem vínculo com o Estado.

"tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas".

Quem são essas pessoas? Ex.: Motoristas dos ônibus das concessionárias de transporte coletivo, seu vínculo é com as empresas concessionárias, mas essas pessoas, indiretamente, colaboram com o Estado, isso porque essas empresas ocupam o lugar do Estado, executam tarefa pública, logo, os empregados dessa empresa colaboram com a execução dessa tarefa pública. E se esse motorista causa um acidente, como fica a responsabilidade do Poder Público? A responsabilidade aqui é subsidiária (município), pois a responsabilidade primária é da empresa.

Outro exemplo seriam os terceirizados (lembrar de terceirização lícita e ilícita). Eles colaboram, nas atividades meio, aos fins da entidade estatal.

Nesses dois casos, o sujeito tem um contrato com alguém que é contratado pelo Poder Público, mas há outros exemplos: jurados, mesários (não têm vínculo contratual, não recebem, atuam por pouco tempo, etc), advogado que é indicado pela OAB para participar

de uma banca de concurso público.

Pergunta: A viu um acidente de carro e resolveu ajudar e pegar o acidentado, provocando, assim, uma lesão medular. A é agente público? Se sim, sua atuação atrai responsabilidade estatal?

Não é agente público, porque o Estado não te reconhece como tal, não houve determinação ou convite estatal, o Estado não responde.

3) SERVIDORES PÚBLICOS (sentido amplo)

Servidores públicos são a mão de obra do Estado, possuem compromisso laboral com o Estado. Ajudam o Estado porque essa é a sua função, mão de obra remunerada (ou subsídio ou remuneração - conjunto de verbas, como o quinquênio).

Os servidores públicos se subdividem em três subcategorias:

3.1) Servidores Públicos Estatutários

"Regime estatutário".

Antes chamados de funcionários públicos - essa expressão não existe mais.

É o sujeito que possui direitos e deveres fixados em lei, não há celebração de um contrato com ele, o instrumento que dita seus direitos e deveres é o Estatuto do Servidor.

"O certo é que tais agentes se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período, a sua correspondente remuneração. São, na verdade, profissionais da função pública."

Características:

a) **Unilateralidade:** o Estado determina de maneira unilateral os direitos e os deveres do servidor, uma vez que é ele quem faz a lei.

Ex.: H passa num concurso federal e antes o estatuto previa férias *premium* após 10 anos de trabalho. Com 9 anos, 11 meses e 29 dias o estatuto muda e tira as férias *premium*.

O que H pode fazer? Segundo a doutrina clássica, o servidor não tem direito adquirido a o estatuto, não tem direito à imutabilidade do estatuto, então, H só pode chorar.

ADI 492-1 que questionou a Lei 8.112, especialmente o dispositivo que tratava de negociação coletiva.

Voto do STF: negociação coletiva não combina com vínculo estatutário, porque o estatuto muda de acordo com a conveniência do Poder Público, unilateralidade.

Min. Marco Aurélio, em seu voto vencido: a CR não mudou o nome de funcionário púb

lico para servidor público estatutário a toa. Trata-se de uma nova ordem constitucional, que estabelece um novo patamar de relação entre o Estado e a sociedade, bem como entre seus servidores. Não a toa a CR garantiu o direito de greve aos servidores, isso ocorreu porque o servidor pode participar das negociações, ainda que através da greve. E mais, a nomeação é a manifestação da vontade do estado, mas quando o servidor toma posse, ele manifesta a sua vontade, o que contratualizaria a relação. É cooperação, não servidão.

Primeira vez que o STF se manifestou no sentido de se afastar da doutrina clássica, mas isso não aconteceu, apesar da mudança de entendimento com relação ao direito de greve (antes: não há lei regulamentando, não é possível; hoje: é).

b) Pluralidade normativa: há uma pluralidade de estatutos convivendo. Isso porque o Estatuto do Servidor pode mudar em cada ente federado, apesar de haver uma base constitucional comum, art. 7º e 39, §3º, CR. O estatuto trata de coisas como licenças, quinquênio, biênio, triênio, férias *premium*, etc.

Art. 39. § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; [...]

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) [...]

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...]

c) **Cargos**: é um posto de trabalho ao qual correspondem várias atribuições, responsabilidades. Como regra geral, a lei cria o cargo, extingue o cargo (paralelismo) e dá atribuições à pessoa que irá ocupar o cargo.

"Cargo é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos." (p. 581)

(1) De provimento comissionado ou em comissão: são os popularmente chamados de "cargos de confiança". Art. 37, II, CR: **Cargos de livre nomeação e livre exoneração**. Por que exoneração e não demissão? Porque demissão é sanção, envolve processo administrativo disciplinar. Por isso, quando um servidor de cargo comissionado comete algum ilícito, normalmente o que ocorre é sua exoneração e não a "destituição" (nome correto para cargo comissionado, não se usa demissão). **De ocupação transitória, dispensam concurso público, logo, a exoneração não exige formalidade especial.**

Cargo comissionado serve para **direção, chefia e assessoramento**: importância do critério o técnico, não só do político. Por isso existem ações populares questionando determinações das nomeações.

Há um percentual mínimo definido em lei dos ocupantes desses cargos que devem ser servidores efetivos.

Cabe lembrar, aqui, ainda, a Súmula Vinculante n. 13 do STF: *"A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."*

A liberdade de exoneração possui alguns entraves criados jurisprudencialmente: mulheres grávidas e pessoas doentes. E, ainda, **há cargos comissionados no qual as pessoas cumpram mandato**: diretores, dirigentes de agências reguladoras - **não podem ser livremente exonerados**, estão ali para cumprir um mandato.

(2) **Vitalício/De provimento vitalício:** aposentadoria compulsória aos 70 anos. Por que o nome? Para dar a ideia de **ampla proteção**, mais proteção do que os efetivos, que adquirem estabilidade. Para dar a ideia de que eles são intocáveis. **Maior garantia de permanência a seus ocupantes que, via de regra, apenas podem perder seus cargos através de processo judicial. Existe para tornar a atuação desses agentes independente.**

Quais são os cargos? **Magistrados, representantes do Ministério Público e Ministros ou Conselheiros do Tribunal de Contas.**

O concurso público é requisito? No que tange aos conselheiros e ministros dos tribunais de contas, **não**. Apesar de auditores e membros do MP poderem se tornar conselheiros ou ministros, a maioria dos cargos é por indicação. Da mesma forma ocorre com relação à magistratura, isso porque há o 1/5 constitucional e os ministros do STF. Só no MP o concurso é requisito.

Disso se depreende que **não é o concurso público que determina quando o cargo é vitalício ou não, mas, sim a Constituição.**

A única hipótese de **perda do cargo** é por **sentença transitada em julgado**. A pena máxima em processos administrativos é a aposentadoria compulsória.

Não há necessidade de essa sentença ser penal, pode ser por uma ação de improbidade. Além disso, cumpre destacar que um vitalício, aposentado compulsoriamente em razão de processo administrativo, pode perder o cargo (e a aposentadoria) após sentença transitada em julgado.

Obs.: Tabela - situação *sui generis*, não há relação de trabalhador e patrão, logo, a figura se assemelha mais aos particulares em colaboração com o Poder Público. Não se apóia aos 70 anos.

Para Carvalho Filho, os titulares de registro e ofício de notas não são agentes particulares colaboradores, isso porque exercem função em caráter privado, mas há necessidade de aprovação em concurso público e sujeição ao controle judicial. Se sujeitam a regime jurídico singular, híbrido.

(3) **Efetivo/De provimento efetivo -> Estabilidade:** **cargo que exige prévia aprovação em concurso público.** Cargos ocupados por aqueles aprovados em concurso público, nomeados e que tomaram posse. O concurso público é exigência. *"São aqueles que se revestem de caráter de permanência, constituindo a maioria absoluta dos cargos integrantes dos diversos quadros funcionais."*

O concurso público passou a ser exigência **após a EC 19/1998**. Reforma efetivada por FHC, visando melhorar a administração pública, modificar o aparato estatal.

Art. 41, CRFB.

Antes de 1998: "Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público."

Interpretava-se, então, que a Constituição dava estabilidade ao empregado público (para a Profª., erroneamente).

Após 1998: "Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

Fez duas modificações no caput: acrescentou um ano para se adquirir a efetivação e exigiu o concurso público.

Alterou o §4º estabelecendo que a avaliação de desempenho formal é indispensável.

Após essas modificações, aumentou-se os concursos públicos para empregados públicos (sem estabilidade), porque, na lógica do Ministro lá, a estabilidade era o grande problema da administração pública.

O que não deu certo dessa estratégia? O §4º, porque a interpretação do Poder Judiciário foi em sentido diverso do que se desejava ao fazer a reforma. Isso porque a avaliação de desempenho poderia não ocorrer ou porque o que deve fazê-la não quer, ou não sabe que tem que fazer, ou não tem os meios.

Ex.: por questões políticas, a avaliação de desempenho não era feita para que a pessoa não adquirisse a estabilidade.

Assim, os Tribunais entenderam que, **após os 3 anos, se a pessoa não for avaliada, ela adquire a estabilidade.** A pessoa não pode ser prejudicada pela morosidade do poder público.

A avaliação tem um momento para ocorrer? A Constituição não estabelece o momento, mas, ela, em teoria, deve ocorrer ao longo dos 3 anos.

Se a pessoa é avaliada e toma bomba, ela perde o cargo.

A estabilidade não é no cargo, é no serviço público. O cargo pode ser extinto ou ser declarado desnecessário, mas a pessoa continua no serviço público: "Art. 41, § 3º **Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

Remuneração proporcional ao tempo = por pelo menos 3 anos. A pessoa fica "de férias

" até ser realocada.

Se, entretanto, o cargo é extinto ou declarado desnecessário e a pessoa que o ocupa ainda não adquiriu a estabilidade, ela perde o cargo, sai do serviço público.

Extinguir cargo, por regra, é por lei, porque ele é criado por lei.

Declarar a desnecessidade é resquício da época da ditadura, porque a autoridade simplesmente publica um decreto com tal declaração. Lógico que a pessoa pode recorrer ao judiciário se entender que a declaração foi arbitrária.

"Art. 41, § 2º Invalorada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aprovado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

A pessoa que ocupa cargo estável pode ser "demitida". Daí, ela pode recorrer ao judiciário para voltar para o cargo. Se ganha, ocorre aquilo disposto no artigo. A pessoa que passou a ocupar o cargo no lugar da demitida pode sofrer as consequências.

Perda da estabilidade:

Lembrar que "enquanto a demissão é de caráter punitivo, representando uma penalidade aplicada ao servidor em razão de infração funcional grave, a exoneração é a dispensa do servidor por interesse deste ou da Administração, não havendo qualquer conotação de sentido punitivo".

(i) Processo administrativo disciplinar. (art. 41, §1º, II) Cometi determinada **falta, com dolo ou culpa**, sofro um processo administrativo em que se decide pela perda da estabilidade/do cargo. Falta ou falha grave varia de estatuto para estatuto.

Penas geralmente são: **(i) advertência**, pena leve, para situações leves; puxão de orelha, com anotação em sua ficha funcional; **(ii) suspensão**, pena média, para situações médias; pessoa não trabalha e não recebe; prazo depende do estatuto; **(iii) demissão**, pena grave **ou (iv) cassação da aposentadoria**, pena grave aplicável ao servidor aposentado quando o que ele cometeu o levaria a ser demitido.

Qual o procedimento? Sindicância = inquérito, sem respeito ao contraditório, com colheita de provas. Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

Obs.: Para a professora, ainda que a advertência seja leve, deve-se respeitar o contraditório e a ampla defesa, porque ela pode gerar consequências futuras.

Vale lembrar que o PAD não precisa ser precedido de uma sindicância. Essa sindicância a somente é instaurada se há algo a se apurar, a se investigar.

No estatuto federal, há previsão de Sindicância punitiva, para penas menores, daí é preciso se respeitar o contraditório e a ampla defesa.

Aqui está uma diferença entre estabilidade e vitaliciedade. **O vitalício nunca perde o cargo por PAD, a pena máxima é a de aposentadoria.**

(ii) Sentença judicial transitada em julgado (art. 41, §1º, I). Ex.: ação de improbidade administrativa, sentença penal. **Demissão.**

(iii) Fracasso em avaliação de desempenho (art. 41, §1º, III). Introduzido pela EC 19. Essas avaliações devem ser feitas de tempos em tempos anos, periodicamente, não somente depois de 3 anos de exercício efetivo. **Demissão.**

Essas três hipóteses do art. 41 ocorrem quando a pessoa fez algo, ela tem alguma "culpa".

(iv) Art. 169, §4º. Exoneração.

"Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar."

Lei de Responsabilidade Fiscal, LC101 - 50 a 60%, dependendo do ente, pode ser gasto com pessoal.

"§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - exoneração dos servidores não estáveis. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

A Administração Pública deverá adotar essas determinações do §3º. Isso é compulsório, mas se isso somente não resolver, entra o §4º:

"§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior **não forem suficientes** para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, **o servidor estável poderá perder o cargo**, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

Aqui evidencia-se outra diferença entre os estáveis e os vitalícios, **os vitalícios jamais perderão o cargo em virtude de excesso de gastos.**

Observar que os §§ anteriores são compulsórios, o §4º não.

10/02/2014

(iv) **Art. 169, §4º (continuação)**

Servidores não estáveis: Art. 169, §3º e seguintes - A administração pública é obrigada a tomar providências para observar os limites de gasto com pessoal, primeiramente deve-se reduzir os gastos cortando aqueles que ocupam cargos não estáveis. Os servidores estáveis apenas são atingidos se esse corte de pessoal não for suficiente.

(a) Cargo comissionado e funções de confiança (Art. 37, V, CR)

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

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

Cargo comissionado: Posto de trabalho ao qual correspondem diversas atribuições - de chefia, direção e assessoramento - para o qual as pessoas não se submetem a concurso público. É possível visualizar os cargos em um organograma. Pode ser:

- **De provimento amplo:** Qualquer pessoa, mesmo que sem qualquer vínculo com o aparato estatal pode, dentro de determinadas condições, ser chamada/nomeada para exercer as atribuições do cargo. **No caso de corte de gastos o servidor será exonerado.**

- **De provimento efetivo:** A autoridade que irá nomear, tem liberdade de escolher dentro daqueles que já estão trabalhando dentro da administração pública (cargo efetivo). **No caso de corte de gastos o servidor sairá do cargo em comissão e retornará ao efetivo.**

A lei criadora do cargo determinará a forma de provimento.

Deve existir uma lei em cada unidade da federação que estabeleça qual o percentual dos cargos comissionados que deverão ser exercidos por quem já ocupe cargo efetivo.

Funções de confiança: Se não há o posto (cargo comissionado), um **servidor efetivo**, sem se deslocar para outro cargo, irá receber uma **gratificação pelo exercício da função de chefe, diretor ou assessor**. É uma função a mais que se dá a quem já está em um posto. Pressupõe que o sujeito ocupe cargo efetivo (já tenha feito o concurso.). **No caso de corte de gastos, a pessoa perde a função e, com isso, a gratificação, mas não o cargo.**

(b) Exoneração dos não estáveis:

Aqueles que ocupam cargos de confiança de provimento amplo;
Os que ocupam cargos efetivos, mas que não adquiriram a estabilidade;
Os empregados públicos e os servidores temporários;
Os que ocupam cargos efetivos sem terem feito concurso público (após 5/10/1983).

O art. 19 do ADCT lembra da possibilidade fática de existirem pessoas nomeadas para cargo efetivo pós 83 sem terem feito concurso público.

"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público."

Isso porque o ADCT estabilizou os servidores que entraram na administração pública em concurso público até o dia 05/10/1983 (i.e., 5 anos antes da promulgação da CR). O pção pela segurança jurídica em detrimento da moralidade administrativa. Essas pessoas são estáveis, não entram, portanto na última hipótese de exoneração dos não estáveis, só entram ali quem entrou após 05/10/1983.

O art. 19 do ADCT é exceção à frase "estabilidade é consequência da efetividade".
"Estabilização constitucional".

(c) Exoneração dos estáveis

Só após todas essas exonerações dos §§ anteriores que se chega à hipótese do §4º.

§4º: necessita de se seguir determinadas regras para evitar que se exonere determinadas pessoas, inimigos políticos, etc. Individualizo o local, o cargo, mas como escolho as pessoas? Lei 9.801 (não é lei federal, mas nacional). Critérios: (1) etário: sai a pessoa mais jovem; (2) menos tempo de serviço público; (3) maior remuneração: sai quem recebe mais (Por quê? Para se exonerar menos pessoas). Há de se adotar um dentre esses critérios. O único critério de desempate é o número de dependentes, não se pode utilizar nenhum dos critérios macro como desempate, apenas esse.

Os que foram agraciados pelo art. 19 do ADCT entram nesse §4º, mas os critérios acima não levam eles em consideração, i.e., eles não tem "preferência" sobre os que fizeram concurso público para serem exonerados. Ver art. 33 da EC19: *"Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983."*

Pois bem. Após tudo isso, demite-se alguém. Mas esse alguém é exonerado sem que tenha feito nada de errado, diferentemente do caso do art. 41. Qual a forma de tratamento

diferenciado? **Indenização. Art. 169, §5º:** "O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)".

Extinção do cargo da pessoa exonerada. **Art. 169, §6º:** "O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)". Essa extinção se dá sem lei. Com isso se quer que a escolha do local, cargo e pessoa se dê da melhor maneira, porque **o atingido não é somente o exonerado, mas também a administração pública**, já que o cargo também acaba e não pode ser criado nos próximos 4 anos.

Por que o §4º não é compulsório? Primeiro porque na primeira hipótese de exoneração para se adequar a LRF, pode-se exonerar mais que 20% dos que ocupam cargo de confiança de provimento amplo. Além disso, se colocar o efetivo em disponibilidade (art. 41, §3º) resolver o problema, não seria necessária essa medida tão drástica.

14/02/2013

3.2) Empregados públicos

"Regime trabalhista".

Fonte normativa: **legislação federal, mormente CLT**. Logo, não há diferença em respeito aos direitos e deveres de acordo com o lugar - unidade legislativa, direitos e deveres editados pela União. **Unicidade normativa**.

Ao contrário dos servidores públicos, cuja mudança de regras e a relação é unilateral (não há direito adquirido à imutabilidade da relação estatutária), **os empregados públicos possuem relação contratualizada com os entes públicos**.

O contrato visa a uma relação mais paritária, a mudança não pode ser unilateral, deve ser acordada. Discute-se, então, que, se vier uma mudança na CLT que reduzisse a lista de direitos, o contrato não poderia ser modificado para piorar a situação do empregado público.

Mas, o que fariam os entes públicos a querer utilizar essa forma de contratação, de vínculo? As **empresas estatais** (empresas públicas e sociedades de economia mista), que **exploram atividade econômica ou prestam serviços públicos que admitem contraprestação econômica** (tarifa, taxa ou preço público).

Obs.: Estado realiza 4 atividades administrativas básicas:

(1) **De fomento**: Estado ajuda o particular que desenvolve atividades de interesse público, terceiro setor;

(2) Poder de Polícia: Estado verificando o comportamento da coletividade para adequá-lo ao interesse público, engloba atividade normativa (proibição de venda de produtos piratas, estacionamento proibido, etc.), fiscalizatória e sancionatória. É uma atividade negativa - Estado não acrescenta nada ao particular.

(3) Prestação de serviço público: atividade reconhecida como algo sensível, ligada à dignidade da pessoa humana, não é vulgar, é notadamente relevante, tão imprescindível que deve ser prestada pelo Estado.

Quem diz o que é serviço público? E qual a consequência de se entender que uma atividade é serviço público? As atividades mudam com o tempo e com o Estado, e estão intimamente ligadas à nossa concepção de função do Estado. O núcleo duro da lista está na nossa Constituição, mas não se exaure lá.

As consequências? Sobre essas atividades consideradas serviço público recai um regime jurídico diferenciado, submetido à continuidade (questão da greve e a porcentagem de funcionamento); gratuidade ou modicidade tarifária (qual a tarifa ideal?); aplicação do princípio da isonomia (gratuidade para idosos, meio passe estudantil, etc).

(4) Atividade econômica: não é típica do Estado, art. 173, CR: Estado só pode atuar na área econômica (vendendo um produto, ex.: Embraer; ou prestando um serviço, não público ou público que permite cobrança, ex.: Bancos estatais), quando há imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo - o que leva o Estado a explorar a atividade econômica, então, não é o lucro. Quando há carência na iniciativa privada de produção do produto, há monopólio, há falta de interesse ou incompetência do particular, o Estado entra para atuar, assume o papel de iniciativa privada, para atuar na seara privada. Assim, **o regime jurídico é o privado, com interferências do público, a mão de obra deve ser no regime mais próximo do privado, até para possibilitar a competitividade.**

Nesse contexto, nasceram os empregados públicos.

Como as Empresas são submetidas a regime jurídico de direito privado, menos rígido e regulamentado, o Estado passa a adotá-las de forma volumosa - depois, houve as privatizações. Ademais, no início, se entendia que elas não precisavam licitar e tampouco exigir concurso público (hoje não mais).

Apesar de nascerem no âmbito das empresas estatais, hoje os empregados públicos não mais existem somente nelas, foram para outras áreas da Administração Pública.

Art. 39, CR: **Regime jurídico único:**

(1) Di Pietro: significa que a CR quer que **dentro do mesmo ente federativo só exista uma forma de vínculo jurídico**: todo mundo é ou estatutário ou empregado público. Não se pode misturar os regimes. Empregado público poderia existir fora das estatais.

(2) Hely Lopes de Meirelles: regime jurídico único significa "regime estatutário", então empregado público só pode existir nas empresas estatais - esse conceito foi consagrado pelo STF.

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)"

Com a EC 19 acabou-se com o RJU (o art. 39 da CF não mais traz o RJU), estimulando-se o aumento do número de empregados públicos na esfera federal, para além das estatais. Essa EC 19 visou a estabilidade. Vale lembrar que tem uma ADIN no STF questionando essa mudança - a liminar foi deferida e os efeitos da emenda foram suspensos, houve uma falha no processo legislativo, a questão não é material:

"A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo o representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da CF, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. [...] Víci os formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/1998, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior." (ADI 2.135-MC, Rel. p / o ac. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-8-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008).

Os empregados públicos não possuem estabilidade, mas isso não significa que podem ser dispensados a qualquer tempo ou por qualquer razão. A empresa continua sendo estatal, então se sujeitam aos princípios da AP, implícitos e explícitos (LIMPE). Os critérios para a dispensa devem, portanto, ser objetivos, impessoais e razoáveis - esses critérios não têm previsão legal. O mais comum é se instalar Programas de Desligamento Voluntário ou de Incentivo à Aposentadoria. Para demissão por culpa do empregado (ex.: corrupção), é necessária a instalação de um processo administrativo. Isso evidencia que os

empregados públicos não estão completamente desprotegidos, mas não são tão protegidos quanto os estáveis, ex.: se acabarem com o cargo de agente da BHtrans, por exemplo, ele não ficará em disponibilidade, os agentes serão dispensados - não há nenhuma obrigação de realocar. Se acabarem com todos, um critério objetivo é desnecessário, se acabarem com alguns, deve haver critério objetivo.

Vale destacar que a doutrina entende haver funções incompatíveis com o emprego público: "atividades exclusivas de Estado" devem ser realizadas por servidores efetivos.

17/02/2014

Lei Federal n. 9.962/2000 - lei que disciplina o regime de emprego público no âmbito federal, complementação à CLT, não trata de direitos e deveres, considera que o empregado não trabalha para empresas privadas, mas para a **União, suas autarquias e fundações** - **NÃO atinge empregados públicos das empresas estatais.**

Depois da EC19 clareou-se que os empregados públicos não possuem estabilidade.

Essa lei diz quais são as hipóteses em que os empregados públicos federais (União, autarquias e fundações federais) **poderão ser dispensados**. Essa lei beneficia os empregados públicos, porque dá a eles uma "estabilidade" relativa. Não é a estabilidade dos efetivos, primeiro porque não é constitucional, segundo porque as hipóteses aqui não são exatamente idênticas às que traz a Constituição.

(i) **Insuficiência de desempenho**. (parece com fracasso em avaliação de desempenho)

(ii) **Falta grave**. (parece com a hipótese do PAD)

(iii) **Acumulação ilegal de cargos**. (não é hipótese direta no art. 41, porque lá o efetivo tem de escolher primeiro entre os dois cargos e, somente após isso, se ele não escolher, que ele perde o cargo) - para os empregados públicos isso também ocorre.

(iv) **Necessidade de redução de cargos por excesso de despesa (art. 169, CF)**.

Na verdade, para os empregados públicos, tanto para sair por (ii) e (iii) há necessidade de se abrir um processo administrativo disciplinar - na prática isso é um problema, porque o PAD está previsto no estatuto e esse não se aplica aos empregados públicos, daí ocorrem convênios ou arranjos institucionais para que o PAD se aplique.

Enquanto essa lei existir, a diferença no fundo, no fundo, entre os empregados públicos da União, das Autarquias Federais e das Fundações Federais é unicamente a hipótese (i v).

Por que as empresas estatais não estão nessa lei? Bem, para aquelas que atuam na atividade econômica se justifica em razão da concorrência, precisam de maior maleabilidade para atuar. Já no caso daquelas que prestam serviço público, a lógica é que esse modelo é opção política, porque reúne o que há de bom na iniciativa privada: a leveza, daí não faz sentido agora enrigecê-lo. Ou as estatais estão concorrendo com a iniciativa privada ou são prestadoras de serviço público e desde o início há opção por um regime mais flexível - no que couber, lembrando que elas têm de fazer concurso público, por ex.

Essa lei evidencia como o tiro saiu pela culatra - a EC19 é de 1998, dois anos depois, de vido a pressões, o governo criou essa lei.

Os Estados podem fazer uma lei equivalente? Segundo parte da doutrina, não, porque essa lei trataria de direito do trabalho, de competência exclusiva da União. Outra parte da doutrina diz que não é de direito do trabalho, mas de direito administrativo, pois cria auto restrições ao ente público. Essa discussão não é muito recorrente porque os Estados e Municípios não legislam no mesmo sentido dessa lei.

Obs.: existe a figura do emprego público comissionado, ex.: diretores da Cemig.

3.3) Servidores temporários

"Regime especial". Exerce função pública.

Art. 37, IX, CF - necessidade temporária de excepcional interesse público: "IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

Esse dispositivo está presente desde 1988. Isso significa que o constituinte pensou que o Estado poderia precisar de mais trabalhadores (além dos servidores e dos empregados públicos). 3ª espécie de servidor. **Relação contratual.**

Que lei é essa de que trata esse inciso? Cada ente federado tem autonomia política e administrativa, logo, assim como cada um tem seu estatuto, cada um tem sua lei, que estabelece quais as hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público. **Lei Federal 8.745.**

Ex.: professor substituto, previsto na legislação federal.

Se a necessidade não é temporária, é preciso criar cargos ou empregos e provê-los a partir de pessoas que passaram no concurso público.

Exs. de contratação temporária legítimas: agentes que combatem endemias e aumento sazonal; praias famosas e garis; censo de 10 em 10 anos e corpo de pesquisadores.

As demandas são periódicas, sazonais: não tem demanda antes e ela surgiu, tem deman

da antes, mas ela teve um pico (verão e área da saúde).

O caso do professor substituto: é legítimo fazer contratação de professor substituto para substituir o Gov. Anastasia e a Secretária da Casa Civil, ambos professores da casa que estão licenciados. Também é legítimo em caso de professores que estão fora fazendo doutorado, etc. Mas o que ocorre é contratação de professores para suprir carência do corpo efetivo.

Obs.: discussão sobre o uso da CF para "atividade temporária".

Discussão de necessidade temporária e atividade permanente: ex. dos professores. A jurisprudência e a doutrina majoritárias entendem que o ente público apenas pode contratar servidor temporário em caso de necessidade temporária e atividade temporária. Para a professora, isso é dizer mais do que a Constituição disse. O que você vai fazer com o gari? Com o agente que combate endemia?

A lei estabelecerá os casos de contratação - que contrato é esse? Não é o contrato temporário da CLT. Contrato administrativo, feito com base na lei do ente público. contrato administrativo de caráter funcional. Qual o prazo? A lei federal traz quatro prazos: 6 meses, 1 ano, 2 anos e 4 anos. Deve haver razoabilidade, para a professora, talvez 4 anos se já muito, considerando que o contrato pode ser prorrogado. Quais são os direitos e deveres do contratado? Está previsto na lei do ente que trata desse tipo de contratação.

Crítica ao julgamento do STJ que considerou que a trabalhadora temporária não tinha direito à licença maternidade por ausência de previsão na lei do ente contratador - "*pacta sunt servanda*". Para a professora: são trabalhadores e, conseqüentemente, tem todos os direitos básicos, independentemente de previsão em lei.

- **Há necessidade de concurso público?** A maioria da doutrina e da jurisprudência defende que não [críticas da professora]: (i) só seria cabível para casos de urgência [o que não é verdade, caso do recenseador]; (ii) a CF diz que só cabe concurso público para cargo e emprego (art. 37, II) [isso é verdade, mas ainda que esse inciso saísse e da CF, o concurso público seria obrigatório em razão do *caput*, da moralidade e da impessoalidade, assim, na prática, em alguns casos se faz concurso público, como no caso dos professores substitutos, em outros não - para a professora só não deveria se fazer em caso de urgência].

21/02/2014

- **Diferença entre terceirizado e contratado temporário.**

Contrato temporário: art. 37, IX, CF.

Terceirização: Lei 8.666; Dec. Federal 2.271/1997; IN MPOG n. 2, modificada pela IN n. 3.

Obs.: MPOG = Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IN = instrução normativa.

-> **Relação entre entidade pública e entidade privada.**

-> **Só para atividade meio.**

-> **Sem subordinação - discussões.**

-> **Sem escolhas diretas.**

O **contratado temporário**, com base na Lei federal, estadual, municipal, distrital, celebra um **contrato direto com o ente federado**; a **relação tem dois pólos**.

A terceirização é algo que nasce na órbita da iniciativa privada e a Administração pública. A lei geral de licitações (Lei 8.666) permite a terceirização, permite que o Poder Público contrate uma empresa para oferecer um serviço. Mas há limites.

Ex.: INFRAERO ---> empresa X ----> João. A infraero contrata uma empresa x para prestar um serviço (limpeza, recepção, monitoramento) e essa empresa contrata o João.

Daí a **principal diferença entre a terceirização e o contrato temporário: há uma empresa intermediária, que é contratada para prestar um serviço**. Três pólos.

Segundo o Dec. Federal 2.271, **somente se pode terceirizar atividades meio** e as traz de maneira exemplificativa, não taxativa. Lembrar que, se federal, o decreto só vale no âmbito federal, mas é um grande parâmetro para os estudos sobre terceirização, da mesma forma são as IN do MPOG.

Problema para pensar: percebeu-se que na Petrobrás há um declínio enorme no número de empregados públicos e um aumento correspondente do número de terceirizados. Também se percebeu que às vezes o empregado aposentava e voltava a trabalhar na Petrobrás por meio de uma terceirizada. O TCU começou a investigar e percebeu que havia inúmeras atividades terceirizadas de forma irregular. O mesmo se deu no BNDES e na Infraero.

O grande problema da terceirização no âmbito da Administração Pública no Brasil é que, como **não há rol taxativo de atividade meio**, terceiriza-se muita coisa que não deveria. As pessoas começam a achar que "atividade meio" é o conceito delas. Existem atividades que definitivamente são meio e outras que definitivamente são fim, o problema são aquelas no meio do caminho.

O Dec. Federal já citado estabelece, ainda, que o foco dos contratos de terceirização não é o número de pessoas ou horas trabalhadas, mas o produto, o serviço - cumprimento de níveis de desempenho, o pagamento se dá a partir do cumprimento desses índices pré-estabelecidos para avaliar o desempenho.

Outra questão importante é a ausência de subordinação. Se há um problema na execução do contrato, a Administração Pública não deve lidar com o empregado, mas com o preposto da empresa. Para a aplicação de uma advertência ou de rescisão de contrato é necessário se tratar com o preposto. Na prática, isso nem sempre ocorre, porque há situações urgentes; nem sempre o preposto está disponível; etc. Daí há mitigações.

Além disso, a lei estabelece que não é possível se indicar as pessoas contratadas. Porém, na prática, as empresas são trocadas a cada licitação, mas as pessoas se perpetuam. Explicação: deve haver licitação para a contratação da terceirizada de 72 em 72 meses. Só que, mesmo que a empresa mude, a tendência é que ela contrate ou mantenha as pessoas que já estavam trabalhando em determinado setor, fazendo determinado serviço, pois estão habituadas, além de, por óbvio, haver pressões políticas para a manutenção de determinadas pessoas.

4. CONCURSO PÚBLICO

"Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas." Aferição da capacidade intelectual, física e psíquica. São escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras impostas no procedimento.

Representa o sistema de mérito. Três postulados fundamentais: (1) Princípio da igualdade; (2) Princípio da moralidade; (3) Princípio da competição.

Art. 37, *caput* e inciso II, CR.

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

Existe para preencher os **cargos (exceto os comissionados e alguns vitalícios) e os empregos públicos (exceto os comissionados).**

Concurso de **provas ou de provas e títulos.**

A fase de títulos tem o olhar voltado para trás: o que você até hoje acumulou de experiência. Vida pregressa profissional e acadêmica.

A prova de títulos beneficia os mais velhos (mais tempo) e os mais ricos (mais investimentos). Por isso que **a fase de títulos não é vista como prova, mas como uma fase.** Isso vem em da própria redação da CR. Daí, primeiro se avalia o sujeito na(s) prova(s) e aí avaliamos os títulos. Para a professora, título tinha que ser uma fase de **classificação.**

Se o concurso não respeita essa ordem, é inconstitucional.

Provas de conhecimento e análise dos títulos - estes apenas podem refletir a classificação, não a aprovação ou reprovação do candidato.

É importante, ainda, que a fase de títulos faça sentido - a atividade pregressa deve fazer alguma diferença. **Princípio da razoabilidade.**

Além disso, é necessário que o edital traga expressamente o que é considerado título e quantos pontos cada um representa (barema).

Quais são as provas que eu posso ter em um concurso público? A CR não estabelece quais, logo, **vai depender fundamentalmente do edital do concurso.**

Provas: objetiva, aberta, oral, física.

Prova física: o edital pode estabelecer distinções de gênero, idade, altura mínima etc., desde seja justificável - exemplo: concurso para agente carcerária para presídio feminino, exigir o sexo feminino é razoável.

Prova oral: deveria ser feita de uma maneira diferente do que usualmente é, porque a pessoa fica como um refém e, além disso, deveria ser gravada, para que a pessoa tenha direito à ampla defesa.

Exame psicotécnico. Para haver prova psicotécnica, segundo a jurisprudência do STF, **não basta previsão no edital, deve haver: (1) previsão na lei; (2) metodologia unificada; (3) possibilidade de ampla defesa e recurso; (4) não pode ser eliminatória.**

Na prática, a pessoa é reprovada no psicotécnico, passa, e depois a reprovam em outra fase. O problema do psicotécnico é que, muitas vezes, a pessoa que tem uma posição ideológica diferente, ou incomoda a banca, de alguma forma, é reprovada no psicotécnico.

24/02/2014

4.1. Prazo de validade

Prazo máximo: até 2 anos, prorrogáveis por mais 2 anos.

Lembrando que a prorrogação corresponde ao período inicial de validade do concurso.

Se o período inicial de validade é de 6 meses, pode-se prorrogar por mais 6 meses.

- Caso do candidato aprovado que pediu a prorrogação no concurso. Julgado do STF. A Administração sequer analisou o pedido dele, engavetou o pedido. O candidato buscou o judiciário e obteve o direito de ser nomeado e, ainda, indenizado. Por quê? Porque além de não ter seu pedido respondido justificadamente, a Administração não prorrogou o concurso e logo em seguida abriu novo concurso. Ora, se a AP ainda tinha demanda, por que não prorrogou o prazo? Esse acórdão demonstrou que a prorrogação não é obrigatória, mas não prorrogar e abrir em seguida novo concurso vai contra os princípios da AP (até porque é uma fortuna fazer um concurso).

Processo seletivo: o processo seletivo não é regulado, pode ser só entrevista, só análise curricular, etc. Primo pobre do concurso. Se tenho um concurso em vigor e, ao invés de nomear os candidatos, faço um processo seletivo simplificado, isso é inconstitucional.

4.2. Nomeação: RE 598.099

A doutrina começou a questionar uma prática comum da AP: abria concurso público para 10 vagas e, mesmo com vários aprovados, nomeava apenas 1, 2 ou nenhum. O STJ começou a julgar no sentido que, se a AP tinha indicado a existência de 10 vagas, a AP é obrigada a nomear os 10 aprovados. A questão foi pacificada no julgamento do RE 588.099 do STF. A AP é obrigada a nomear os aprovados dentro do número de vagas, a não ser que haja algum impeditivo que é ônus dela apontar - ex.: limite de gastos.

Forma da AP fugir dessa obrigação:

(1) apontamento de menor número de vagas no edital;

Ex.: quer 200, faz concurso para 100. Há como se obrigar a AP a nomear o 101? A princípio, não. Mas se a AP demonstrar que precisa de mão de obra - por ex., contratando servidores temporários - o 101º aprovado conseguirá judicialmente sua nomeação.

(2) concurso apenas para cadastro de reserva.

Apenas se justificado.

Após a decisão do STF, a doutrina e o judiciário começaram a olhar com mais cuidado para esses concursos.

Caso: primeiramente, importante lembrar que em ano eleitoral, para se nomear as pessoas aprovadas em concurso público, o concurso deve ser homologado até 3 meses antes do pleito. Em BH, os professores aprovados nos concursos de professor sempre são nomeados, além daquele número de vagas indicado. Lembrando também que não é possível contratação temporária de professores aqui. Então, em ano eleitoral, a Secretaria de Educação abre, além do concurso normal, concurso para cadastro de reservas, para suprir

ir eventual falta de professores.

Esse é um exemplo de concurso para cadastro de reserva justificado.

A Constituição exige concurso público para toda e qualquer investidura em cargos e em empregos públicos, exceto os comissionados e alguns vitalícios.

Antes se dizia que para a primeira investidura em cargo público era obrigatório o concurso público. Após, havia concursos internos. Hoje não é mais assim. Se entro como porteiro e quero ser procurador, tenho que fazer novo concurso aberto ao povo. - Há exceções: **Hipóteses de investidura sem concurso:**

(1) **Cargo foi extinto ou declarado desnecessário.** Pessoa será colocada em disponibilidade e, depois, realocada, sem necessidade de novo concurso. Apenas para o servidor que já é estável.

(2) **Promoção.** Sujeito entrou "médico 1", depois sobe para "médico 2", depois para "médico 3". Por tempo ou qualificação, sem necessidade de novo concurso público. **Lembrando que não pode ser "promovido" ou "transferido" para cargo de carreira diversa daquela na qual ingressou através de concurso público.**

(3) **Reintegração.** Sujeito é demitido, questiona judicialmente e é reintegrado. Nova investidura, sem concurso.

(4) **Reversão.** Volta do aposentado por invalidez ou cujo laudo médico era falso ou porque a causa da invalidez acabou.

(5) **Recondução.** Volta do servidor estável ao cargo de origem, quando o servidor estável "titular" do cargo é reintegrado. Art. 41, §2º.

(6) Volta do servidor estável "titular" do cargo que estava ocupando cargo comissionado.

(7) **Readmissão.** Situação daquele que se arrepende de pedir exoneração e pede pra voltar. Antes da CR 88, apenas a primeira investidura dependia de concurso público, então as pessoas saíam e voltavam - por óbvio que dependia de permissão da AP. Após a CR, a readmissão é inconstitucional.

Obs.: transferência (mudança de lotação do cargo) e cessão (mudança de pessoa jurídica).

5. ACUMULAÇÃO

Art. 37, XV e XVI, CR

Regra geral: não se pode acumular cargos, empregos públicos e funções públicas remuneradas, seja na AP direta, seja na indireta:

"Art. 37. XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, [...]

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações

es, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)"

O principal fundamento é distribuir a possibilidade de as pessoas terem vínculos com o Estado. Segundo Carvalho Filho, o fundamento da proibição é impedir que o acúmulo faça com que o servidor não execute qualquer das tarefas com a eficiência necessária, bem como impedir o acúmulo de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas.

Cabe ressaltar que aqueles que acumulavam cargos antes da mudança (EC19) não podem alegar direito adquirido "por tratar-se de situação jurídica com efeitos protraídos no tempo". Aplicabilidade imediata. Os efeitos da acumulação anterior são lícitos e, a não ser que se trate de alguns dos casos que veremos abaixo (possibilidade de acumulação de cargos), o servidor deve escolher em qual cargo permanecerá.

Um vínculo apenas com a AP inteira.

Exceções: "Art. 37. XVI. [...] exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)"

Compatibilidade de horários: deve-se considerar o tempo de deslocamento. Os horários não podem ser iguais nem interferirem um no outro.

O entendimento da UFMG é de que um professor 40h só pode ter mais um cargo de 20h, mas a UFMG perde na justiça. Prof. Onofre, procurador do Estado, teve de ajuizar ação para conseguir tomar posse.

Havendo compatibilidade de horários, as possibilidades de acumulação são:

" a) a de dois cargos de professor; (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)"

Cargo técnico ou científico: deve-se demonstrar que, para prover o cargo, há necessidade e de formação técnica ou científica, ex.: juiz, MP, procuradores do Estado, etc.

"c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 34, de 2001)"

Profissional de saúde com profissão regulamentada = médico, enfermeiro, fisioterapeuta, nutricionista, dentista, fonoaudiólogo, etc.

Apesar de o artigo dizer só "cargo", vale também para emprego ou função, i.e., o acúmulo vale para mesmo regime ou regimes diversos.

28/02/2014

5.1. Teto remuneratório

Art. 37, XI, CF: "a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, inc

luídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)"

Como era a redação original?

Antes, a CR não dizia que a soma da percepção de dois cargos, empregos públicos ou funções não poderia passar o teto.

A EC 19 trouxe a regra de que as percepções acumuladas não poderiam ultrapassar o teto.

Questionamentos:

(1) O que ocorreria com aqueles que eram já estavam acumulando cargos e salários?

(2) A, médica, trabalha 4 horas em BH (8h-12h) e 4 horas em Contagem (14h-18h), ganhando 15mil reais por mês para cada cargo, totalizando 30mil por mês. Isso ultrapassa o teto (28mil), então a percepção sofreria desconto. Assim, o trabalho de A valeria menos do que o trabalho de outros médicos que só trabalham em BH ou em Contagem por 4 horas e ganhavam 15mil. Violaria o princípio da isonomia.

STF ainda não se pronunciou, mas o STJ entendeu, ano passado, que essa mudança seria inconstitucional e que o teto deveria ser analisado por cargo, não pela acumulação.

(3) Qual ente faz o desconto do subsídio daqueles que acumulam os cargos?

Em 1988: não havia teto nacional.

Município -> Prefeito. Teto era o valor do salário do Prefeito, nem o Legislativo nem outros membros do Executivo poderiam ganhar mais.

Estado e União -> por Poder. Um teto para cada poder. No executivo = Governador/Presidente; No legislativo = Deputado estadual/Senador; No judiciário = Desembargador/Ministro STF.

Subsídio - parcela única, nome da remuneração dos prefeitos, etc.

Destaque para art. 17, ADCT: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título."

Então, os servidores que ganhavam mais que o teto constitucional (na forma do estabelecido originalmente), teriam o "salário" reduzido ao teto.

Esse dispositivo é constitucional, eis que formulado pelo poder constituinte originário.

STF, ADIn 14: vantagens pessoais

STF entendeu que não estariam incluídas no teto as vantagens pessoais (quinquênio, etc), só valeria o salário-base. Por isso, em 1988, o teto não fazia tanta diferença, "para inglês ver".

EC 19 -> alterações

Teto nacional = subsídio dos Min. STF -> Lei de iniciativa conjunta -> Não auto-aplicável.

Essa EC estabeleceu um teto nacional: subsídio do STF.

Para se estabelecer esse teto, uma lei de iniciativa conjunta dos Três Poderes fixaria o valor daquele subsídio.

O STF entendeu, numa decisão administrativa, que a mudança não se aplicaria enquanto a lei não existisse.

Acumulações, vantagens pessoais: incluídas no teto. Por redação expressa do art. 37, XI, CR.

Subtetos: a EC estabeleceu um "tetão" = subsídio dos ministros do STF. Além disso, há "subtetos", que são os tetos originais (no caso do município, o do prefeito; no caso dos Estados e do DF, por poderes). Na esfera Federal, o único limite é o subsídio dos ministros do STF, não tem subteto.

O Prefeito, o Governador, os Deputados estaduais e os Desembargadores podem, então, receber a mesma coisa que um ministro do STF.

Além disso, nos Estados, se a Constituição estadual quiser, é possível unificar esses subtetos em um só: o subsídio do Desembargador, não é o caso de MG.

Com a EC 19, se sabia qual era o subteto, mas não se sabia o teto nacional: inaplicabilidade.

Teto inclui todas as parcelas de caráter remuneratório, só não inclui as parcelas indenizatórias (ex.: diárias, ajuda de custo). Vide art. 39, §4º, CF (subsídio para quem ocupa mandato eletivo). **O que está fora, legalmente, do teto: 13º, férias, se você atua na justiça eleitoral, etc** - ver resoluções do CNJ sobre o assunto.

EC 41: definiu valor do subsídio do Ministro do STF.

Valor atual: +/- 28 mil reais.

A EC estabeleceu que **lei poderia atualizar os valores.**

A EC41 se remete ao art. 17 do ADCT. Pessoas que acumulavam cargos não tem direito adquirido ao salário. Professora critica, porque o ADCT se refere a regra originária da Constituição e emenda não pode retirar direito adquirido. Essa alegação de direito adquirido vale para aqueles que ganhavam acima do teto após 88 e antes da EC.

Problema: A, médica, trabalha 4 horas em BH (8h-12h) e 4 horas em Contagem (14h-18

h), ganhando 15mil reais por mês para cada cargo (para cada cargo, A não pode ganhar mais que o Prefeito do município que trabalha) totalizando 30mil por mês.

O limite para a acumulação é o do ente com maior subteto entre os dois que ela trabalha. Antes a profa tinha falado que o teto que valia era o nacional, porque a médica trabalhava em dois entes diferentes. Mas, qual município descontará os 2mil reais? Não há regra na Constituição. O que se faz hoje, é que o município em que A entrou depois, tomou posse e passou a exercer o cargo depois, pode realizar o desconto.

Mas, como o município saberá que A exerce outro cargo? Sempre que uma pessoa toma posse, ela deve apresentar seu histórico, então ela tem de apresentar certidões, etc, por isso, no caso, o município onde A entrou depois saberá que ela já era médica em outro local.

Vale lembrar que se a médica tivesse dois cargos dentro da prefeitura de BH, o teto seria o do Prefeito.

As empresas estatais não estão incluídas no teto. O que significa dizer que nas estatais a questão do teto remuneratório é fluida. Isso tudo porque se pensa nas estatais como figuras independentes do tesouro (caso da Petrobras, Cemig, BB). Mas nem todas as estatais são independentes. Para a professora, então, as estatais dependentes devem entrar no teto. Para Carvalho Filho, as empresas estatais estão, sim, incluídas.

Para se cortar os salários acima do teto é necessária a notificação da pessoa, com prazo razoável para Defesa. Lembrar dos supersalários no Senado.

Outra questão que está no STF = a EC19 considera o subteto do judiciário para os Defensores Públicos, para os Procuradores e para os membros do MP. Discute-se a questão do Procurador Municipal - seu teto deve ser o do Desembargador ou o do Prefeito?

Aplica-se em BH o teto do Prefeito. Procuradores de BH ajuizaram ação questionando isso. STF recebeu a ação como repercussão geral.

07/03/2014 (matéria copiada do caderno da Júlia)

6. APOSENTADORIA

Art. 40, CR: "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)"

Há uma lei geral, de caráter nacional, sobre a aposentadoria no Serviço Público – Lei 9.

717.

Previdência = aposentadoria e pensão. Regime previdenciário é o conjunto de regras que regem os benefícios pagos aos servidores em razão de situações especiais expressamente previstas (CR, lei ou estatuto), como forma de assegurar-lhes e à sua família amparo e retribuição. Na CR, estão previstas a aposentadoria e a pensão.

Preceitos fundamentais: contributividade (pagamento de contribuições paulatinas) e solidariedade (caráter social, pessoas já beneficiadas continuam a pagar).

Aposentadoria é o direito constitucional do servidor público de "*perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos*". Precisa se formalizar através de um ato administrativo da autoridade competente. Esse ato está sujeito a controle do Tribunal de Contas, que verifica sua legalidade.

6.1) Regime Próprio de Previdência Social (RPPS): só para titulares de cargo efetivo e vitalício.

Historicamente, há um regime de previdência próprio dos servidores públicos e ele é muito melhor e mais qualitativo do que o regime geral. Contudo, as vantagens mais evidentes que o regime oferecia ele não tem oferecido mais. Cada mudança na CF aproxima mais os dois regimes. Ainda assim, subsistem algumas vantagens.

A **EC/20 de 98** – Apenas os servidores titulares de cargo efetivo e os vitalícios aposentam com esse regime. A EC trouxe os servidores vitalícios, que tinham regimes especiais, para o RPPS. **A Emenda excluiu do RPPS, por sua vez, os ocupantes exclusivamente de cargo comissionado.**

Assim, a EC **diminuiu o campo do RPPS, que é mais vantajoso ao servidor** (Ex. facilidades para se alcançar a aposentadoria).

Até 98 a maior discussão em termos de previdência era o déficit da previdência; o rombo era enorme. Isso pois, até a época, o servidor público homem aposentava recebendo a totalidade da remuneração dele, cumprindo apenas um requisito: 35 anos de serviço. A mulher, somente 30 anos de serviço. Não se exigia tempo de contribuição portanto, que era característica do regime geral.

Em dezembro de 2003, no apagar das luzes, chegou a Emenda 41 para diminuir o rombo.

Aqueles do art. 19 do ADCT também entram no regime próprio, porque, apesar de estarem mas não efetivos (eles só são efetivos se, posteriormente, fizeram e passaram em concurso), não há outro lugar para encaixá-los. Além disso, até 98, a redação do artigo não diferenciava os efetivos dos não efetivos, de forma que acabou que esses do ADCT se aposentavam no regime próprio. Enfim, assim continuou.

Ainda, aqui entram os servidores titulares de cargo comissionado de provimento efetivo, i.e., na realidade, eles são servidores efetivos.

6.1.1) Modalidades de aposentadoria: originárias da constituição, que adquiriram nova coloração com a EC 41. **Diferença dos suportes fáticos que as autorizam.**

Art. 40. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

a) Invalidez permanente: "Art. 40. §1º. I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)"

A invalidez (impossibilidade física ou psíquica de exercer as funções do cargo) deve ser permanente; se ela for temporária, deve-se ficar de licença. Ademais, exige-se que a pessoa seja incapaz de exercer outra função, de readaptação da pessoa. **A análise é médica:** a junta médica deve afirmar que é caso de aposentadoria por invalidez. **O ato é vinculado,** portanto.

Pode-se receber proventos integrais ou proporcionais, segundo a causa da aposentadoria por invalidez:

Integral:

- Moléstia profissional e acidente em serviço: se estiver relacionada ao trabalho, o Estado tem maior responsabilidade, vez que deu causa a moléstia.
- Doenças graves, contagiosas ou incuráveis: causas determinadas em lei. Contagiosa, nesse caso, deve ser a ponto de impedir a convivência no trabalho.

Se não for por essas causas, a aposentadoria será **proporcional ao tempo de contribuição.**

Anteriormente, o parâmetro era o tempo de serviço e, a partir da EC 20 passa-se a falar em contribuição: o servidor tira do bolso todo mês (por meio de desconto na remuneração) para contribuir para a aposentadoria. Leva-se em conta, portanto, o **histórico de contribuição.** Leva-se em conta as contribuições para **ambos os regimes públicos de contribuição; RPPS e RGPS. Os regimes se comunicam;** passam dinheiro um para o outro, o patrimônio é do servidor.

Ex.: motorista de férias – a aposentadoria é proporcional.

b) Compulsória: "Art. 40. §1º. II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)" **Aos 70 anos – não atinge servidor de cargo comissionado,** portanto; estes podem ter mai

s de 70 anos. **Presunção absoluta de incapacidade do servidor.**

Ainda que empregado público não esteja atingido pelo artigo 40, há entendimento do STF de que esta idade se aplica a empregados públicos (interpretação). **Não se aplica aos notários e oficiais de registro.**

Recebe-se proventos proporcionais, no caso. A mudança de parâmetro da EC (tempo de serviço → tempo de contribuição) também se operou aqui.

c) Voluntária: 10 anos de serviço público + 5 anos no cargo da aposentação: "Art. 40. §1º. III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)"

Anteriormente o homem tinha que ter apenas 35 anos de serviço e a mulher 30 para se aposentar com proventos integral. **O único requisito era o tempo de serviço.**

A EC/20 criou regras para a aposentadoria voluntária que dificultariam a chegada a esse ponto. Duas exigências básicas: 10 anos de Serviço Público (independe do órgão) + 5 anos no cargo da aposentação. Por vezes, a pessoa era promovida e logo depois se aposentava, para o cálculo se dar com base no subsídio do novo cargo. Atualmente, deve-se permanecer 5 anos no cargo para que a aposentadoria se dê com o novo subsídio. **Caso se permaneça menos tempo, o subsídio será o do cargo anterior em que se permaneceu 5 anos.**

- **"Integral"** – Mais dois requisitos: Introduziu-se o **requisito idade** e o tempo de serviço se transformou em **tempo de contribuição** (para o RGPS ou RPPS).

Homem: 60 anos + 35 anos de contribuição;

Mulher: 55 anos + 30 anos de contribuição.

- **Proporcional** – Mais um requisito: idade, que é superior. Opta-se por ela quando não se tem os anos de contribuição.

Homem: 65 anos;

Mulher: 60 anos.

Quem na data da emenda já preenchia os requisitos até então vigentes, não é por ela atingido (há direito adquirido). Quem não tinha os requisitos, mas estava já na Administração Pública, pelo princípio da segurança jurídica, boa-fé etc., poderia se utilizar de **re**

gras de transição (com um pé em um cenário e outro pé no outro).

O cálculo: "Art. 40. §3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)"

Valor máximo: "Art. 40. §2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)"

O máximo que se recebe é o que se recebia no cargo efetivo ou vitalício. A redação também é novidade no artigo; anteriormente era possível receber mais após a aposentadoria

Ex.: Apostilamento. O certo seria não recebê-la dentro da aposentadoria, vez que ela não tem relação com o cargo efetivo.

O Governo Lula mudou o conceito de integralidade através da emenda 41; pode ser que não se receba tudo. O dinheiro sai se o dinheiro tiver antes entrado (cálculo atuarial que leva em conta o histórico de contribuição).

Obs.: salário de contribuição – sobre o qual se calcula a contribuição.

O Governo Lula **extinguiu ainda a paridade; qualquer aumento dado ao servidor na ativa implicava aumento na aposentadoria, o que não mais ocorre.** O aumento do servidor da ativa não vai impactar necessariamente o colega aposentado.

A EC 41 garantiu contudo um reajuste, para que se mantenha o **valor real da aposentadoria.**

Há um teto constitucional para a aposentadoria, que limita, inclusive, os proventos integrais. É vedada, ainda, a incidência nos proventos de vantagens pecuniárias compatíveis apenas com os servidores em atividade.

6.2) Regime Geral de Previdência Social (RGPS): cargo comissionado, emprego público e servidor temporário.

É aquele tutelado/comandado/gerenciado pela autarquia - INSS. Abarca a grande maioria da população brasileira; é o regime da população em geral.

10/03/2014

- **Paridade/Integralidade:** foram suprimidas a partir da EC41, do governo Lula. Duas leis de mudanças no regime próprio dos servidores públicos, uma com a EC20 (FHC) e a outra na EC41.

Paridade: correspondência entre a atividade e a aposentadoria. Ou seja, todas as ve

zes que se aumenta o que se paga aos servidores na ativa deve-se aumentar o valor da aposentadoria daqueles que já estavam inativos. Isso se extinguiu com a EC41 - há regras de transição para aqueles que trabalhavam quando ela surgiu.

Lembrar que nem tudo o que se pagava ao servidor da ativa se pagava ao aposentado. Isso porque havia a parcela *propter labore*, que se pagava somente a quem estava laborando - então, se pagavam abonos, gratificações, etc, e se dizia que isso apenas se pagava pelo trabalho (ex.: gratificação por meta).

Integralidade: correspondência entre o que se recebia na atividade e o que se recebe a título de aposentação - integralidade material, se se aposentava ganhando 10, continuava-se ganhando 10. Hoje, a integralidade leva em consideração o histórico de contribuição.

Licitações

As fraudes em matéria de licitação começam na fase interna da licitação, quando se decide como é que vai se dar a licitação. Momento da preparação.

Necessidade que a AP tem de contratar serviços e bens de terceiros para exercer suas finalidades.

1. CONCEITO

Licitação é um procedimento. Não é um ato, mas um conjunto de atos.

Esse procedimento visa a propiciar aos interessados uma oportunidade de se apresentar perante a Administração Pública, disputarem o objeto da licitação para, depois, em regra, serem contratados ao final.

Definição de Carvalho Filho: *"o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico".*

2. FINALIDADE

Por que a AP quer fazer licitação?

- **Art. 3º, Lei 8.666 (Lei Geral de Licitação):** *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento obje*

tivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) "

1º) Impessoalidade

2º) Busca da proposta mais vantajosa: que tipo de vantagem? Função social da licitação.

Quanto mais competição, mais fácil de se encontrar a proposta mais vantajosa. Universos amplia, a possibilidade de se encontrar a proposta ideal é maior.

Mas, o que seria uma proposta ideal para a AP? Será sempre a de menor preço? Claro que existe a busca pela vantagem financeira (melhor preço), mas não é a única vantagem em mente.

Ex.: AP tem uma série de PCs que são "inservíveis" (expressão da lei) - não estão estragados, mas não servem para a AP. Como a AP pode vendê-los? Pode fazer uma licitação para todo mundo e ganha quem paga o maior preço. Mas, a AP pode diminuir o escopo de participação - e, conseqüentemente, a vantagem financeira -, mas diminuí-lo com um motivo impessoal, e dar uma finalidade social à licitação, restringindo os participantes àqueles que ganham até 3000 reais.

Função social da licitação: a licitação não busca somente a vantagem econômica, há outras vantagens importantes para a AP. Ex.: **LC 123/2006** trata da licitação para as micro e pequenas empresas. **Arts. 170 e 179, CR.**

Fundamentos da licitação, para Carvalho Filho:

- Moralidade administrativa: deve guiar atos dos administradores, "*a estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares*". Licitação veio para prevenir eventuais condutas de improbidade.
- Igualdade de oportunidades.

Princípios, para Carvalho Filho:

- Básicos: legalidade (observância das regras do procedimento, devido processo legal); moralidade e impessoalidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa (exercício honrado e honesto da função pública); vinculação ao instrumento convocatório (garantia do administrador e dos administrados, garante que os critérios de julgamento não sejam alterados, além de dar certeza ao que pretende a AP); julgamento objetivo (corolário do anterior).
- Correlatos: competitividade (AP não pode criar regras ou adotar medidas que obstem ou comprometam o caráter competitivo da licitação); indistinção (vedado criar preferências relativas à naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes); inalterabilidade do edital; sigilo das propostas; formalismo; vedação à oferta de vantagens (licitante não pode ofe

recer vantagem própria ou baseada na oferta de outro); obrigatoriedade.

3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA: art. 22 e 27, CR.

Competência privativa da União a legislar sobre normas gerais de licitações.

Isso não suprime a competência dos Estados e Municípios, que existe em duas hipóteses: (1) omissão da União (que não existe); (2) normas específicas ou especiais a envolver licitações e contratos.

Discussão desde 1993: a Lei 8666 só traz normas gerais e, conseqüentemente, os Estados e Municípios não podem legislar sobre regras nela previstas, ou a lei tem regras gerais e específicas e parte dela é passível de ser afastada por leis estaduais e municipais?

4. OBRIGATORIEDADE

Administração Direta e Indireta (fundações, empresas estatais e autarquias - agências reguladoras e consórcios públicos). Obs.: os consórcios públicos, quando regidos pelo direito público, são espécie de autarquia; quando regidos pelo direito privado, não o são.

Pois bem, quem deve licitar? Autarquias, fundações...

Obs.:

(1) Agências reguladoras

Quando se fez a lei da ANATEL (Lei 9472), se previu que a agência apenas observaria a lei 8666 quando contratasse obras e serviços de engenharia - que não é o dia a dia da ANATEL. A lei da ANATEL previu que, quando ela fosse contratar bens e serviços comuns (que ordinariamente se encontram no mercado), ela utilizaria o pregão (ainda não havia a lei de pregão).

Criou-se, aqui, uma autarquia que fugiria da Lei 8.666. Depois, essa regra se estendeu a todas as agências reguladoras.

(2) Estatais exploradoras: art. 173, §1º, II

Quando a lei 8.666 foi criada, não se fazia nenhuma consideração acerca das estatais exploradoras de atividade econômica. Apenas se estabelecia que elas poderiam fazer regulamentos (art. 116) sobre as licitações, mas esses regulamentos, por óbvio, não poderiam contrariar a lei. Falava-se, então, que era necessário criar um mecanismo que engessasse e menos a situação das estatais exploradoras. Daí, a EC19, que instituiu o princípio da eficiência, mudou a redação do art. 173, estabelecendo que haveria lei própria para as empresas estatais exploradoras.

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevant

e interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

A lei não existe, só que as empresas entendem que, na ausência dela, não por culpa delas, as licitações podem ser regulamentadas por elas, unilateralmente.

(3) **O.S.:** Lei 9637/98, art. 17; ver também Dec. 6170, art. 11

Organizações sociais.

Estão dentro do terceiro setor - setor público, mas fora da AP. [Paraestatal](#).

Governo: FHC. Tendência a flexibilizar a Lei 8.666. Programa/Plano de reforma do Estado: envolveria a reforma de todos os poderes - reforma administrativa: Plano de reforma da AP. Premissa: entregar à iniciativa privada tudo o que ela pode fazer. Serviços públicos: interessa à iniciativa privada aqueles que podem ser cobrados. Estado apenas regula. Ex.: telecomunicações, energia, transporte público, etc. Mas, o que fazer com os serviços públicos que não podem ser cobrados? Potencialização do terceiro setor - fora do Estado, das mazelas de ser Estado e fora da lei de licitações.

Há uma disposição na lei das OS de que **elas devem respeitar os princípios da licitação** (necessidade de se fazer um procedimento, de ampla participação, etc).

As OS **não tem de licitar nos termos técnicos da Lei 8.666, tem de fazer um procedimento, criado por elas mesmas, que respeite os princípios da licitação.**

Discussão acerca da constitucionalidade desse dispositivo que afasta a necessidade das licitações. Elas podem receber dinheiro público, usar servidores públicos, usar patrimônio público, no seu conselho existe participação estatal, etc. Fucinho, orelha e rabo de Estado, mas não é Estado.

Chegou a se fazer o decreto 5.540 que previa que a entidade do terceiro setor que quisesse receber dinheiro público, teria de licitar ou fazer pregões - discussão se um decreto pode criar uma restrição que a lei não exige.

Esse dispositivo foi revogado pelo art. 11 do Dec. 6.170, que afirma que as OS apenas precisam respeitar os princípios das licitações.

(4) Sistema S: Sebrae, Senai, Senac, etc. **Pacífico na jurisprudência do TCU que não precisam licitar, apenas seguir os princípios da licitação.**

(5) Consórcios públicos: federalismo de cooperação. Vários entes públicos se unem e m torno de um problema comum. Ex.: consórcios de saúde, de proteção às mulheres, et c.

Lei 11.170, que alterou a Lei 8.666, estabelece tratamento especial aos consórcios. Tem, sim, de licitar, mas o tratamento é diferente, mais flexível - para estimular a formação de consórcios.

5. MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

5.1) Modalidade da Lei 10.520/2002: Pregão

O pregão surgiu com a ANATEL. Depois, regulamentado por MP que virou a Lei do Pregão.

Por que não alterar a Lei 8.666? Porque essa lei se insere em outro contexto, outro ambiente.

A **Lei 8.666** surgiu após a saída de Collor e, ai, pensava-se que, se se controlasse todos os passos, em uma **AP burocrática**, não haveria irregularidades, se conseguiria o melhor contrato. Já a lei do **Pregão** surgiu num contexto de **AP gerencial**, célere, não burocrática. Pensou-se uma outra forma de se licitar. Não há como conjugar os dois pensamentos em uma mesma lei, por isso a necessidade de lei diferente.

14/03/2014

A Lei 8666 e a Lei do Pregão são leis que possuem normas gerais e trazem regras sobre a licitação. A primeira possui mais matéria que a Lei de Pregão, porque traz regras sobre contratos, diferentemente da do Pregão.

Lembrar da questão dos ambientes diferentes.

A **Lei 8.666** consagra a AP burocrática, que significa que se parte de um pressuposto de que, se houver um regramento muito detalhado, minucioso, que é seguido e controlado, tudo dará certo. **Ritual, procedimento muito valorizado.** Pressupõe controle hierárquico. Dá pouca liberdade aos servidores, coisa robótica. Crença doutrinária de que isso era fundamental; sem isso haveria problemas, com isso haveria virtudes. Depois, percebeu-se que essa lei não conseguiu evitar a corrupção e, pior, aplicá-la não significou conseguir melhores contratos. Essa lei deu **mais atenção a fase externa da licitação**, fase da disputa - entendia-se que ai haveria maior probabilidade de corrupção. Não se preocupou muito nem com a fase inicial, preparatória (preparação do edital), nem com a final, controle do contrato. Esse engessamento não trouxe bons frutos e ela está desgastada. Há m

ais de 12 anos que se fala em mudança de toda a concepção da lei.

Princípio da eficiência = também se focar no resultado. **Fazer em tempo e com emprego de recursos públicos adequados para se conseguir o melhor resultado.** Eficiência social.

Depois, nasceu o pregão, forma de licitar, na lei da ANATEL. A Lei 10.520 expandiu o uso do Pregão. E qual o seu pressuposto? Nós temos de nos focar, não no rito, mas em fazer com que a licitação consiga atingir suas finalidades - busca de vantajosidade. Isso é **o que sustenta o pregão: procurar fazer com que a AP realmente tenha a proposta mais vantajosa.** A lei muda a forma de alcance desse resultado, cria um rito mais suave do que os ritos clássicos da Lei 8.666.

O pregão é destinado a **serviços e produtos comuns.** Não se pode licitar, via pregão, a contratação de obra, serviços de engenharia, a compra de um produto que não seja comum.

Produto comum = aquilo que é ordinário, produto que se encontra sem maiores exigências, especificações muito robustas, **"produto de prateleira".**

Serviço comum = serviço **fornecido ordinariamente pelo mercado,** limpeza, copeiragem, atendimento, etc.

-> Pode e deve haver alguma especificação, detalhação, mas é algo comum, fornecido ordinariamente.

Ex.: Avião. Existem aviões comuns para o mercado da aviação. Agora, existem aviões mais complexos (como o da Ivete Sangalo). Então, a AP pode considerar o avião um produto comum.

O preço do produto ou serviço não importa, importa se o mercado próprio entrega o bem/serviço com facilidade.

Obra não é nem serviço nem produto, engloba as duas coisas, conceituação própria. Em princípio, porque o pregão não serve para obra; segundo porque a forma de escolher o licitante do pregão é o preço - ganha quem fornecer o melhor preço - e em obra, não deve apenas se observar o preço, mas também a técnica.

Serviço de engenharia. Não é obra. Em regra, não pode ser feito no pregão porque, além de não ser um serviço comum, deve-se analisar também a **técnica** do projetista. O TCU considera, porém, que há a possibilidade de se escolher serviço de engenharia por pregão, desde que se possa escolher apenas pelo preço.

Pois bem. A escolha se dá pelo critério do preço, mas a partir de uma definição do que eu quero - n. de unidades, características, etc. O sujeito não apresenta o preço do produto que ele quer entregar, ele apresenta o preço do produto ou serviço que eu quero.

Obs.: não pode ser produto sob encomenda. Se a pessoa tiver de parar para fazer a coisa especificamente para mim, não é comum.

Depois dessa especificação, se escolhe pelo menor preço.

Pregoeiro: pode ser de cargo efetivo ou comissionado. Se responsabiliza pela fase externa do pregão, de competição e concorrência - a fase interna (edital, termo de referência, que descreve o que se quer) é feita por outra equipe; o edital é publicado no D.O. e em jornal de grande circulação. O que se espera desse pregoeiro? Postura ativa para estimular os licitantes a abaixarem os preços - na licitação clássica, a proposta que o licitante faz é única, não há possibilidade de renovação. Quando os lances já acabaram (ninguém mais baixa o preço), aí o pregoeiro, que encontrou a proposta mais vantajosa, vai analisar se aquele licitante tem os documentos para ser contratado.

Obs.: Fase em que se examina os documentos: **habilitação**.

Fase de **juízo de propostas: classificação**.

No pregão, primeiro se analisa as propostas, se analisa os preços (classificação), somente depois é que se passa à fase de habilitação - análise dos documentos daquele cuja proposta é mais vantajosa. A inversão de fases do pregão foi considerada uma das melhores mudanças, porque a licitação clássica costuma não andar, já que a análise de documentos de todos os licitantes é prévia e gera muitos mandados de segurança.

Pregão eletrônico: feito virtualmente, pregoeiro não vê os licitantes.

Pregão presencial: feito presencialmente. Comportamento humano.

Nem tudo é feito na mesma sessão.

Controle da exequibilidade da proposta: o que ocorre se, no afã de vender, a empresa oferece um preço inexequível (pregoeiro tem um valor de referência)? Ex.: caneta a R\$ 0,05 - O pregoeiro abre oportunidade de a empresa se justificar. Ex.: empresa que tinha passado em outra licitação, importou os móveis, mas a licitação foi inviabilizada, empresa estava com os móveis no porto de Santos pagando aluguel caro e preferia vender os móveis a preço de banana.

Depois que se tem o melhor preço, analisa-se os documentos, se não forem suficientes, os documentos do segundo colocado são analisados e aí por diante. **Ganha a licitação quem apresentar o melhor preço, bem como a documentação necessária.** Pode haver alguma discussão sobre o documento mas, via de regra, se a empresa não apresentar algum documento, está fora da licitação.

O pregoeiro analisa tudo da fase externa, até a apresentação dos documentos. Ele pode, ainda, ser ajudado por uma **comissão de apoio**, mas isso não exime sua responsabilidade - lembrar da imprescritibilidade das ações que buscam ressarcimento do dano ao erário.

Um só pregoeiro, curso de habilitação para tanto.

Sessões são públicas, todas as decisões do pregoeiro precisam ser motivadas e é considerada a melhor modalidade de licitação, mais transparente, critério mais objetivo, menos propícia à corrupção.

A licitação é homologada por um superior.

Pode haver o cargo de pregoeiro? Deveria haver, sim, mas, na maioria dos casos as pessoas não são pregoeiras por natureza, são procuradores, assessores, fiscais, e aí, após o curso de preparação são chamados para serem pregoeiros. Professora só conhece uma cidade no interior de SP que tem o tal cargo de pregoeiro.

a) Pregão presencial

Ex.: Empresa A - R\$100,00

B - 102,00

C - 108,00

D - 110,00

E - 112,00

No pregão presencial tem um detalhe: **a lei exclui aqueles que colocam o preço que ultrapassaram 10% do preço de início mais bem classificado.** No exemplo, a empresa E está excluída. Quem começa com a proposta de lances? Daquela que ofereceu o preço mais caro ao preço mais barato. No caso, D começa e tem, necessariamente, que **bater o preço de A.** O **edital** vai determinar a diferença mínima entre as propostas (ex. D tem que diminuir 5%, 8% do preço que A ofereceu). Mas as empresas não são obrigadas a oferecer novas propostas. Aquelas que não oferecem não são desclassificadas, porque pode ha

ver problema na fase de documentos com as outras. Não há limite de tempo nem de lances (decisão do TCU nesse sentido).

Fase de recursos única: diferença em relação à Lei 8.666. Não se pode recorrer da fase de classificação somente. O prazo recursal abre após o final da licitação, em que se pode discutir a licitação inteira.

b) Pregão eletrônico ou digital

Chave para a empresa entrar no sistema. Mesma rodada de lances e de análise de documentos.

Diferenças:

No pregão eletrônico o pregoeiro não sabe quem está fazendo as propostas, apenas vê os números. As empresas e o pregoeiro podem falar, mas sempre pelo sistema.

Não há filtro inicial dos 10%.

Não há necessidade de se bater a menor proposta: a empresa não tem obrigação de reduzir o preço com relação ao outro, mas de reduzir o preço com relação a si mesma.

Mais célere: tempo pré-determinado no pregão. Há acréscimo de tempo - tempo aleatório, randomico, determinado pelo sistema, de 1 a 30 minutos.

17/03/2014

5.2) Tipos de licitação: critério para se escolher o vencedor da licitação.

a) Pregão -> Menor preço -> O que significa?

No pregão, o tipo de licitação é o "menor preço".

A AP não quer qualquer coisa pelo menor preço, ela quer que os concorrentes ofereçam aquilo que está dentro de especificações/descrições ditas no termo de referência (que acompanha o edital). As ofertas devem respeitar essas balizas. Se a definição não estiver clara ou não houver a fiscalização devida da entrega do produto, a AP terá problemas no final.

Ex1.: licitação para a compra de galinhas para matar escorpiões - esqueceram de explicar o motivo, bem como a necessidade de as galinhas estarem vivas.

Ex2.: licitação para comprar tubos para colocar plantas arquitetônicas - escreveram "vasos para plantas".

b) Lei 8.666/93:

As modalidades de concorrência, tomada de preços e convite são utilizadas para licitar obras e serviços de engenharia, por ex., além de uma infinidade de produtos/serviços.

- **Menor preço:** vide explicação acima.

- **Melhor técnica: trabalho intelectual;** interessa a AP saber quem tem melhores condições técnicas de levar adiante a atividade, ex.: consultoria, auditoria de folha de pagamento.

Quando este é o critério, a AP recebe da empresa licitante, além dos envelopes com os documentos, outros dois: (1) envelope com a proposta técnica; (2) envelope da proposta de preços.

Estando na fase de julgamento de propostas, a primeira coisa que se examina é o envelope da proposta técnica. A avaliação é feita seguindo parâmetros estabelecidos no edital; a AP verificará quantos pontos a empresa recebe por um dos quesitos previstos no edital.

Ex.: se a empresa realizou aquele serviço entre 10 e 20x - 1 ponto; entre 30 e 40x - 2 pontos e por aí vai.

Lembrando que a empresa deve apresentar documentação comprovando suas respostas aos quesitos.

Após a análise de todos os quesitos, tem-se a pontuação de cada uma das empresas licitantes. O edital estabelece, então, uma média de pontos (nota de corte) necessária para se passar à próxima fase: as empresas que não obtiverem tal nota, estão fora da disputa, não se abre os envelopes de preço.

Ex.: média = 70 pontos.

A - 83 pontos - \$\$\$

B - 74 pontos - \$\$

C - 70 pontos - \$

~~D - 60 pontos - eliminada.~~

O que fazer nesses casos? A lei estabelece que a Comissão deve perguntar a empresa A se ela quer fazer pelo preço da C. Se a A não aceitar, a A é descartada. O mesmo ocorre com a B. Se a B também rejeitar, ganha a C - a com a pior técnica.

A licitação é tipo "melhor técnica", desde que o preço seja menor.

Julgamento objetivo, nos termos do ato convocatório.

- Técnica + Preço:

Abre-se os dois envelopes ao mesmo tempo: o da proposta técnica e o da proposta de preço. Faz-se então uma média ponderada, sendo que os pesos são definidos no edital. Se o edital estabelece média 2 para técnica e 1 para preço, ela dá mais valor à técnica, e vice versa.

Esse tipo também é utilizado em caso de trabalho intelectual, como na melhor técnica. Concorrência, tomada de preços e convite.

- **Maior lance**

A AP também pode se desfazer do seu patrimônio, imobiliário ou mobiliário. A AP pode doar, pode permutar ou pode vender.

Esse tipo ocorre quando a AP quer vender um bem ou escolher quem ocupará o espaço público para fins de exploração comercial (ex.: mercado do crizeiro) - transfere-se a posse, não a propriedade.

Nesses casos, de permissão de uso remunerado de espaço público, a AP determina os fins para que o local será utilizado, sua delimitação, etc, e ganha quem pagar mais.

O leilão é a modalidade de licitação em que, necessariamente, o critério é o maior lance. O leilão é utilizado na hipótese de venda de patrimônio público.

No caso de uso de espaço público, usualmente se faz concorrência (que admite melhor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço, e, até, melhor lance).

Obs.: Não se pode mudar o critério da licitação durante o procedimento. Licita-se para: (1) dar tratamento impessoal; (2) encontrar a melhor proposta; (3) função social da licitação. Três objetivos.

Se a AP perceber que errou alguma coisa, ela não pode mudar as regras, dois primados/princípios da licitação: (1) julgamento objetivo; (2) vinculação ao ato convocatório: regras imutáveis.

Se houver alguma ilegalidade, não é possível se emendar o edital, deve-se cancelar a licitação e começar tudo de novo. Mas, se se tratar de pequenos detalhes que não afetam a disputa em si (como erro do número do endereço onde se deve deixar os papéis), a emenda é possível, desde que se dê a ela a devida publicidade.

Obs.: Modalidade de licitação: Concurso - Não é o mesmo que concurso público, este é utilizado para determinar quem será nomeado para cargo efetivo ou emprego público. Já essa modalidade de licitação, é utilizada para escolher o melhor trabalho, dentro dos critérios fixados no edital.

Ex.: concurso da prefeitura para revitalização das áreas embaixo do viaduto; concursos de melhor monografia, etc.

O tipo de licitação aqui é melhor técnica, mas não conforme os critérios da Lei 8.666; é a técnica segundo o edital. O licitante nem sempre ganha dinheiro, quando ganha, chama-se "prêmio". Ao contrário dos outros tipos, em que o sujeito primeiro ganha para depois realizar a atividade, no concurso, primeiro a pessoa faz algo para depois ver se ganhou ou não.

c) Há outros tipos em leis específicas:

- Lei 8.987/95: Lei de Concessões de Serviços Públicos

21/03/2014 (aula com orientanda) (considerações da professora)

5.3) Modalidades da Lei 8.666/93:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

Art. 22, §8º: veda combinação e adoção de outras modalidades. Nada impede que uma lei nacional crie outra modalidade, como o pregão.

"Art. 22. § 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo."

Art. 23: patamares de valor determinam, em regra, a adoção de uma ou outra modalidade.

Serviços de engenharia e obras.

Compras e serviços de outra natureza.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Art. 23, §8º: Consórcios públicos (dobro ou triplo de valores)

Os patamares podem ser dobrados ou triplicados em caso de consórcio: com até 3 entes, dobra; com mais de 3 entes, triplica.

"Art. 23. § 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número."

Art. 23, §4º: adoção de outra modalidade pertencente ao patamar de valor superior.

"Art. 23. § 4º **Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.**"

O contrário (adotar modalidade de valor inferior) não é possível, isso porque, quando maior o valor do negócio, maior a complexidade e a rigorosidade da modalidade. As modalidades de valor inferior tem regras mais flexíveis.

- Divulgação

Art. 21, §2º: publicação ou aviso contendo resumo do edital ou envio de carta-convite.

Prazos mínimos de divulgação: prazos podem ser ampliados de acordo com o interesse da AP e sempre levando em conta vantajosidade, a complexidade do objeto e o critério de avaliação.

Art. 21. § 2º *O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:*

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

Art. 21, §3º: prazos em dias corridos, à exceção do convite (dias úteis). O início e o fim devem ser em dias úteis e que tenham expediente no órgão público que está promovendo a licitação.

"Art. 21. § 3º *Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.*"

Art. 21, §4º: reinício do prazo por alteração do edital.

"Art. 21. § 4º *Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.*"

Quando há uma alteração no edital que afete as propostas (ex.: mudança quanto a alguma especificação do objeto), deve-se republicar o edital e reabrir o prazo para a apresentação das propostas.

A doutrina entende, ainda, que, além dessa hipótese legal, se a alteração do edital afetar os documentos a serem entregues pelos licitantes, deve-se republicar e reabrir o prazo.

Esfera federal: publicação no DOU

Esfera estadual: DO e jornal de grande circulação

Municípios: não existe regra expressa, mas se houver **DO**, lá deve ser divulgado.

Concorrência, Tomada de Preços e Convite -> Modalidades usadas basicamente para as mesmas coisas: obras, serviços, compras: critério de escolha é o valor estimado da contratação.

Pode-se usar qualquer delas, em princípio, para compra de produtos ou para licitar serviços/obras. O que determinará a escolha de uma em detrimento da outra não é o objeto da licitação, mas o valor estimado da contratação. Este é definido na fase interna/preparatória da licitação. Pode-se sempre usar a modalidade estipulada para um valor maior, para licitação de valor menor. **A regra, entre essas modalidades, é quantitativa:** o dinheiro que se irá gastar um futuro contrato.

Há aí uma **diferença para o pregão, que usa critérios de natureza qualitativa;** as características do bem, que deve ser comum, independente do valor.

(parte copiada do caderno da Júlia)

Há situações em que a lei vai impor o uso da concorrência, independentemente dos gastos que a AP terá.

Regra = gastos muito altos = concorrência; muitas propostas, participação ampla.

Gastos médios = tomada de preços = participação média.

Gastos baixos (para a AP) = participação baixa.

a) Concorrência

Art. 22, §1º: modalidade genérica: *"Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto."*

Se dá maior publicidade, se abre ao maior número de licitantes possíveis, qualquer um pode participar, desde que preencha requisitos da lei e do edital. Modalidade mais complexa, patamar de valor mais alto.

Qualquer empresa pode participar, basta cumprir requisitos do edital = **maior número de licitantes e de propostas.**

Concorrência obrigatória: art. 23, §3º, entre outros, como Lei 8.987/95.

"Art. 23. § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões

de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País."

Em situações mais complexas, como na concessão de serviço público (Lei 8.987), a lei impõe a concorrência, por entender emblemática uma maior participação de licitantes. Isso porque se você cumprir as regras do edital você pode participar (tomada de preço exige que você esteja no cadastro, convite exige convite).

Na concorrência, assim como no Pregão, há uma fase de habilitação própria, para se conhecer os licitantes: **regularidade fiscal** (certidão negativa; certidão positiva com efeitos negativos, em caso de débitos parcelados), **trabalhista** (que não tem débitos trabalhistas inadimplidos) e **jurídica** (constituição regular da empresa) (sempre exigidas), **experiência e corpo profissional** (atestado, se o objeto da licitação exigir), **demonstração da qualificação econômica da empresa** (nem sempre exigida).

Na concorrência, geralmente a fase de habilitação é anterior a fase de julgamento de propostas - em casos especiais isso se inverte. Primeiro se examina a documentação de todo mundo e, só depois, as propostas.

Divulgação (do edital): **30** (compras ou serviços de outra natureza) **ou 45 dias** (serviços de engenharia e obras). A depender do objeto e do critério de julgamento. É ou 30 ou 45, i.e., se o objeto for compras e serviços de outra natureza, o prazo mínimo para entrega de propostas é de 30 dias; se o objeto for serviços de engenharia e obras, o prazo mínimo para entrega das propostas é de 45 dias.

Cada etapa tem uma oportunidade de recurso. O recurso tem efeito suspensivo. A licitação pode ser constantemente bloqueada por recursos. Isso ocorre também nas outras modalidades da Lei 8.666.

b) Tomada de preços

Art. 22, §2º: licitantes cadastrados ou que requeram cadastro: "Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação."

Expressão econômica mediana, não está aberta a um universo tão amplo. Licitantes devem estar cadastrados nos registros cadastrais (pessoas que geralmente licitam com a AP). Também podem participar aqueles que **requererem cadastro até 3 dias antes da abertura das propostas**. Recurso, prazo: 5 dias, efeito suspensivo.

O número de licitantes é menor.

A tomada de preços nasceu com um decreto lei, que regulamentava as licitações antes de 1993. A lei 8.666 mudou um pouco a tomada de preços, porque ampliou a possibilidade de participação, já que permitiu que participe da licitação aqueles que requerem o cadastro - para pedir o cadastro as exigências são as mesmas de para participar de uma licitação qualquer (regularidade jurídica, trabalhista e fiscal, etc.). O cadastro é específico o daquele objeto (cadastro de fornecedores de papel higiênico, cadastro para obras). Além disso, é importante frisar que a AP pode estabelecer exigências específicas para aquele objeto.

Divulgação: 15 (compras ou serviços de outra natureza) **ou 30 dias** (serviços de engenharia e obras), a depender do objeto e do critério de julgamento.

c) Convite

Art. 22, §3º: "Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas."

Objetos de menor expressão econômica. Participam os interessados que a AP convocar para licitar, não são abertos para todo mundo. Mais célere, normas flexíveis, especialmente quanto à isonomia entre os licitantes.

Devem ser convidadas no mínimo 3 pessoas.

Prazo de divulgação: 5 dias úteis. - a carta convite fica afixada na repartição pública local. Não há exigência de publicação em jornais.

Modalidade mais densamente tratada pelo legislador, pois há grande risco de apadrinhamento. O legislador da lei 8.666 era paranóico, então pensou que não poderia deixar o convite como era regulamentado pelo decreto lei citado supra. Para a professora, o certo seria acabar com o convite. Mas isso não ocorreu. O legislador manteve a modalidade, mas a descaracterizou, estabelecendo a possibilidade de uma empresa não convidada participar.

Ao pé da letra da lei, basta convidar três. Mas a orientação do TCU é de que há de se ter 3 participantes com propostas examinadas (um não pode parar na fase de documentos, então). Então, a AP começa a convidar muitas empresas, o que desnatura a modalidade.

Excepcionalmente, pode-se convidar apenas 2, se houver justificativa plausível. Muito difícil de ocorrer, se houver outro possível convidado na cidade limítrofe, ele deve ser convidado, a justificativa não vale.

E o que ocorre quando o mercado é muito aquecido? Quando, por exemplo, vou comprar produtos de limpeza. Problema = a lei não estabelece critério. O correto seria convidar alguém com quem a AP já teve relação (anterior licitação que deu certo), cadastro, etc. O convite também tem fase de documentação, menos imponente que a da concorrência, porque eu já conheço as empresas. As certidões apresentadas anteriormente perdem a validade (trabalhista, fiscal).

Há, ainda, possibilidade de uma pessoa de fora participar. Legislador criou isso para democratizar o convite. Mas estabeleceu requisitos próprios para essa empresa. Primeiramente, a empresa deve ser cadastrada. Além disso, ela deve avisar com, no mínimo, 24h de antecedência que estará no dia da sessão pública da licitação. Para que isso serve? A justificativa é a logística, mas em 24h a AP não tem que fazer nada e, se tivesse, não faria. Na verdade, não há justificativa. Na prática, é apenas para saber que pode haver alguém que estragará a festa - apresentará a proposta mais baixa. Isso evidencia que o convite é fadado à pessoalidade. Com o pregão, o convite está em feliz declínio, a ponto de ter sido tirado do projeto da nova lei de licitações.

Não há regra para que se escolha entre pregão e as demais modalidades de licitação. Na esfera federal, sempre que couber o pregão ele é obrigatório (decreto nesse sentido). Aqui em BH, há uma resolução da controladoria nesse sentido também. Enfim, cabe a cada ente se regular.

É uma modalidade inconstitucional?

Há um questionamento quanto à constitucionalidade do convite, porque ele flexibiliza a té por demais as normas de publicidade (não é necessário sequer publicação do edital em jornal, basta envio da carta convite e fixação do edital no mural de avisos do ente que está licitando). Além disso, não existem regras ou normas que determinem quem será convidado pela AP, fere, assim, a isonomia.

Outros autores entendem que a AP deve publicar o edital. A orientanda acha isso salutar. A professora defende a inconstitucionalidade do convite.

Repetição do convite: art. 22, §7º: "Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite".

te."

Repetição do convite quando não apareçam no mínimo 3 pessoas - a AP pode justificar a ausência de licitantes alegando questões de mercado (ex.: catástrofe que prejudicou a lavoura, não há mais fornecedores) ou falta de interesse (ex.: AP chamou mais de 3 pessoas, mas nem 3 apareceram). Senão, deverá repetir o convite.

Na concorrência, na tomada de preços e no convite, como o envelope é fechado, se houver empate no "tipo" escolhido, faz-se sorteio.

d) Concurso

Art. 22, §4º: trabalho técnico, científico ou artístico: "Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias."

Prazo: 45 dias (no mínimo).

Pessoa não firma contrato com a AP, como ocorre nas outras modalidades

e) Leilão

Art. 22, §5º: venda de bens móveis (inservíveis; dação em pagamento; "penhorados") ou imóveis (processo judicial; dação em pagamento).

"Art. 22. § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação."

AP visa vender bens, imóveis ou móveis, ou que não tem mais utilidade, ou adquiridos por execução judicial ou recebidos em dação em pagamento.

Prazo de divulgação: 15 dias.

Bens móveis inservíveis = não serve para a AP, as outras hipóteses são explicações dessa. Adquiridos por dação em pagamento = ex., deve-se IPTU, dá-se em pagamento um bem móvel. "Penhorados" = empenhados, não é penhorado porque bem penhorado é ainda do outro.

Bens imóveis: podem ser vendidos por leilão (lances renováveis) ou concorrência (lance único). Se o bem for muito valioso, superar 1.500.000 reais, é obrigatória a utilização de concorrência, ex.: terreno onde está se construindo hospital do Mater Dei.

Primeiramente, antes da fase externa da licitação, faz-se uma avaliação do bem. Se for bem imóvel, é necessária, ainda, autorização legislativa para qualquer tipo de alienação. Para bem móvel, não é necessária essa autorização, mas podem existir bens móveis m

ais caros que bens imóveis na AP (ex.: um Portinari, mas ele ficará no museu, probabilidade ínfima de ser vendido).

Há outro tipo de leilão, que não o da lei 8666: **Leilão como privatização**. Venda de cotas em sociedades para passas para a AP empresas ou concessão de serviço público. Prevista na Lei 9.074.

Tipos de licitação: critérios de julgamento aplicados pela AP.

Menor preço: padrão

Melhor técnica: art. 46, hipóteses de cabimento.

Preço e técnica: art. 46, hipóteses de cabimento.

Maior lance: venda de bens e concessão de direito real de uso.

Esses critérios não se aplicam ao concurso.

A licitação pode e deve ser repetida quando o ente não encontrar uma boa proposta.

24/03/2014

Considerações da professora sobre a matéria passada em verde.

28/03/2014

Aula de resolução de dúvidas. Respostas no corpo do texto.

07/04/2014

6. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

1. Diferenças conceituais

Dispensa -> casos "fechados", taxativos: art. 24 da lei de licitações.

A CF estabelece que a União pode editar normas gerais de licitação, da mesma forma, e a pode legislar sobre as hipóteses em que a licitação é dispensável.

A licitação é realizada para se encontrar a melhor proposta. É feita em prol do Poder Público. Contudo, o legislador (em sua própria avaliação) entende que **há situações que a licitação não é conveniente, oportuna, benéfica. Não são casos em que a licitação é impossível. Ela é possível, mas a AP tem permissivo legal para não licitar.** *"Hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório"*. (Carvalho Filho, 2011, p. 230) A ressalva à obrigatoriedade é admitida na próp

ria CR: art. 37, XXI.

Os casos de dispensa de licitação são normas gerais, logo, **estados e municípios não podem criar outros casos**. E, menos ainda, é impossível que o administrador crie outros casos de dispensa. **Excepcionalidade e taxatividade**.

Significa uma **autorização legal para se celebrar contratos diretos, não precedidos de licitação**.

A lei de Licitações exige que os casos de dispensa de licitação (a partir do inciso III do art. 24) sejam previamente justificados, sendo necessária comunicação à autoridade superior - o mesmo se dá nos casos de inexigibilidade. A justificativa detalhada não é necessária nos casos de dispensa pelo critério do valor (art. 24, I e II) - sua legalidade é objetivamente comprovada.

Em alguns casos, não há obrigatoriedade de não licitar, mas faculdade de não fazê-lo

Inexigibilidade -> casos exemplificativos (art. 25 da Lei de Licitações)

Por alguma razão, **a competição é inviável**. Logo, por mais que a AP deseje licitar, ela não consegue, porque é impossível. Assim, os **casos de inexigibilidade trazidos pela lei 8.666 são exemplificativos**. Por quê? Porque o legislador não consegue prever todos os casos em que o administrador não conseguirá realizar a licitação.

Também há a necessidade de justificativa, comunicação e publicação.

Há casos de vedação legal que o administrador declare a hipótese ser de inexigibilidade - Lei 11.284/2006, sobre concessões florestais. Nesses casos, a contratação direta só pode ocorrer quando houver dispensa de licitação.

2. Alguns casos de dispensa

a) Valor (incisos I e II)

Na fase interna da licitação, faz-se uma pesquisa de mercado, para saber mais ou menos quanto o Poder Público gastará com aquele contrato (valor estimado da contratação). Primeiro, para verificar qual modalidade utilizar e, ainda, para verificar se é necessário ou não fazer a licitação. Ocorre que, em determinados casos, o custo da licitação é maior que o do contrato.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

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

ez; (*Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998*)

8 mil reais -> compras/serviços.

15 mil reais -> obras e serviços de engenharia.

Esses valores são anuais, não por cada contrato, mas por objeto. Ex.: vou comprar caneta a esse ano. Se eu verificar que vou gastar até 8 mil com caneta nesse ano, posso dispensar a licitação.

Atentar ao §1º: *"Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)"*

Ou seja, **para os consórcios, as agências executivas e as empresas estatais, o limite é o dobro (16 mil e 30 mil).**

Lembrar que essas empresas estatais não são as exploradoras, essas, no fundo, não são as destinatárias dessa norma (previsão de lei específica de licitação para elas). Então, qual a finalidade desse dispositivo, que abarca apenas as estatais prestadoras? Bem, as empresas estatais visam a uma maior leveza, é uma das formas de se prestar os serviços. O legislador meio que incentiva a criação de empresas públicas. Então, esse dispositivo é forma de dar a elas a flexibilidade que se pensa que ela tem.

Agências executivas: autarquias ou fundações que aceitam se "separar" das autarquias/fundações normais, fazendo um plano de reestruturação e contratualizando metas.

Quando as autarquias nascem, elas não tem metas, elas tem objetivos. Metas são formas de alcançar seus objetivos. Ex.: objetivo = quero emagrecer; meta = perder 500g por semana.

As vantagens também estão contratualizadas, dentre elas, essa desse parágrafo.

Consórcios: criados pelos entes públicos. Tem número mínimo, mas não tem número máximo. Entre municípios, estados, estados e municípios, etc. Consórcios podem ser regidos pelo direito público (autarquias interfederativas ou associações públicas) ou pelo direito privado. De toda forma, serão tratados nesse §. Por quê? Para se ter vantagem ao se fazer o consórcio. Um dos vários dispositivos da Lei 8.666 que dá vantagens a eles. Federalismo de cooperação.

b) Emergência ou calamidade pública (inciso IV)

"Art. 24. IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao aten

dimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;"

Situação que exige solução rápida e eficaz sob pena de se causar prejuízo para as pessoas e para os bens. O contrato deve ser suficiente para solucionar o problema vivenciado no momento e o contrato deve durar, no máximo, 180 dias, incluídas eventuais prorrogações.

Ex.: janeiro, época de chuvas, ponte que cai. Concorrência: tempo médio para a fase interna e externa: 1 ano.

A dispensa apenas vale para solucionar aquela situação específica, não se pode incluir naquele contrato outras coisas.

Por que o prazo é de 180 dias? Se a obra for enorme (ex.: ponte rio niterói), não é possível concluí-la nesse prazo. Então, nesse caso, se contrata por 180 dias para começar e, enquanto isso, faz-se a licitação para continuar a obra. Vale lembrar que a jurisprudência dos tribunais de contas dão uma interpretação mais maleável desse dispositivo, flexibilizando esses 180 dias.

Há, por outro lado, emergências causadas por falta de planejamento da licitação. ex.: A AP não controla o estoque e os remédios para pressão alta acabam. Essa situação entra nessa hipótese? Sim, porque o prejudicado não é a AP, nem o funcionário público, nem o prefeito. Nesses casos, contrata-se diretamente e, dever-se-ia abrir processo administrativo para apurar a falta de planejamento.

c) Licitação deserta (inciso V)

"Art. 24. V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;"

Quando ninguém aparece para participar da licitação. Diferente da fracassada (os licitantes aparecem, mas, por ex, não apresentam determinado documento). O dispositivo apenas fala da deserta, interpretação restritiva.

Não se pode mudar as condições da licitação deserta, contratar alguém que não tem os requisitos exigidos nela. Legislador preocupa-se com a seguinte situação: AP faz licitação rigorosa, exige determinados documentos, determinada experiência e ninguém aparece, daí, em vez de repetir a licitação, eu contrato alguém diretamente que não tem aqueles requisitos exigidos --> Não pode.

Quando a licitação é deserta, a AP tem, primeiro, que refletir se não foi muito rigorosa. A empresa que cumpre aqueles requisitos poderia, por ex, estar impedida no momento d

a licitação.

d) Por remanescente (inciso XI)

"Art. 24. XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;"

Licitei, mas houve rescisão contratual que fez com que houvesse serviço/obra a concluir. Daí, ao invés de licitar de novo, chamo o segundo colocado e pergunto se ele quer terminar a obra/serviço pelo preço do primeiro colocado, se não aceitar, vai acionar o terceiro, etc.

Esse dispositivo é dos mais antigos da lei quando não havia o pregão. Contudo, no pregão a empresa que ficou em segundo colocado sabia que ia ser a segunda colocada. Entende-se, então, que, no pregão, não é necessário que a empresa abaixe o preço, se ele, por óbvio, for um bom preço (não é pacífico).

Para a professora, esse dispositivo não é caso de dispensa, porque houve licitação.

e) Instituições de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional sem fins lucrativos (inciso XIII)

"Art. 24. XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

Usava-se muito para a realização de concurso público. O MP e o TC ficam muito atentos a esse dispositivo e entendem que, se há mais de uma empresa apta a fazer o concurso, deve-se licitar.

Carvalho Filho afirma que é necessário se verificar a presença de vínculo de pertinência (ao menos relativa) entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato - evitar fraudes, dissimulações.

Preço deve ser compatível com o de mercado.

f) Incisos X e XV

"Art. 24. X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

Ex.: escola municipal, ensino fundamental, que precisa ser no bairro Betânia. Prédio tem que ter características específicas.

Descrição do local e das características. Pode ocorrer de apenas haver um imóvel que atenda a esses requisitos.

"Art. 24. XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade."

Voltado a museus.

Por que eu compro um Portinari e não um Monet? Existe um critério objetivo que sirva para obra de arte? Preço não serve.

Pois bem. O que aproxima esses dois dispositivos? Será que nesses casos é possível de se licitar? Boa parte da doutrina afirma que esses dois dispositivos são de inexigibilidade, mal localizados.

11/04/2014

3. Alguns casos de inexigibilidade

Sempre que a competição for inviável, não é exigível impor ao administrador público o encargo de se fazer licitação.

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

O legislador exemplifica alguns casos de licitação. Da a entender ao intérprete que ele não está preso aos três incisos. Opção diametralmente oposta à forma como se trata a dispensa (rol é taxativo). Há casos em que não há possibilidade de se fazer a competição porque o critério não é objetivo, ou porque não quero escolher só um, etc.

a) Atividades Artísticas: "Art. 25. III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública."

Não há critério objetivo, como no caso das pinturas, obras de arte, etc. O critério é meramente subjetivo, questão de gosto e de mercado. Porém, é necessário bom senso. Não é possível se fazer qualquer coisa em nome da música (se aproxima do art. 24, incisos X e XV).

b) Contratação de serviço técnico especializado, de natureza singular, prestado por profissional de notória especialização.

"Art. 25. II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;"

Conceitos indeterminados.

Serviço técnico, contudo, é definido pela própria lei:

"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabal

hos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)"

Pois bem. Então vou contratar alguém para fazer um parecer (serviço técnico). A licitação já é inexigível? Não. Porque **deve-se cumprir os outros requisitos. Primeiramente, deve ser um parecer singular.** O serviço é singular se exige certa particularidade, peculiaridade; executados segundo características próprias do executor. Aqui, há certa **discricionariedade** do administrador - por óbvio, sujeito a controle, mas a primeira avaliação é do administrador.

O terceiro requisito também é aberto, mas a própria redação do artigo dá certos parâmetros: "Art. 25. § 1o Considera-se de **notória especialização** o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de 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."

A pessoa deve ter artigos na área, etc. Aqui na faculdade, a Misabel e o Marcelo Leonardo entrariam facilmente nesse requisito. **Prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade.**

É importante ressaltar que, ainda que haja mais de uma pessoa com notória especialização e que se encaixe nos demais requisitos, a licitação é inexigível - não preciso fazer uma concorrência entre Di Pietro, Celso Antônio e Carvalho Filho. Há discricionariedade e, gosto do administrador aqui.

Para saber o parâmetro do preço, compara-se a pessoa com ela mesma: vê-se o valor que ela cobra para serviços semelhantes.

O caso da cidade administrativa foi esse: contratou-se o Oscar Niemeyer para fazê-la.

O TCU também entende que para casos de cursos é possível se contratar professores (desde que com notória especialização) sem licitação.

c) Fornecedor exclusivo: "Art.25. I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;"

A forma de comprovação explicitada é exemplificativa.

Há quem diga que o âmbito de pesquisa deve ser o tamanho do ente federativo que quer contratar. Para a professora, isso é perigoso, especialmente no âmbito municipal e em MG. Há municípios que são separados por uma estrada, alguns metros - no AM esse parâmetro doutrinário faz mais sentido.

Caso mais comum: posto de gasolina. Município só tem um, mas no município do outro lado da estrada tem outro. O TCU entende que não cabe a inexigibilidade aqui. A avaliação é casuística. Por óbvio que se o próximo posto for a 30km de distância, fica muito caro pra AP.

Lembrando que é vedada a escolha da marca, porque isso pode induzir a um fornecedor específico. Contudo, se a marca for a única que cumprir as especificações, aí pode. O foco não seria a marca, mas as especificações.

d) Credenciamento

Situação muito comum não prevista em lei. Costuma acontecer mais do que as situações expressamente previstas.

Ex.: SUS. Há instituições privadas que atendem pelo SUS, o serviço não é pago pelo usuário, mas pelo poder público. Nesses casos, as instituições devem se inscrever, apresentando certos documentos e cumprindo certos requisitos. Basta a instituição querer, não há disputa. O estado não estabelece que vai credenciar X instituições e elas disputam entre si. Todas que quiserem e cumprirem os requisitos podem se cadastrar.

Também é muito frequente com creches.

O credenciamento ocorre quando o Estado não quer um parceiro só, mas uma pluralidade de parceiros, por motivos diversos. Não há sentido em se fazer uma competição.

14/04/2014

Contratos

I. DO ATO AO CONTRATO

O interesse público depende do ato.

Presunção de veracidade, legalidade, pode ser imperativo, etc.

A questão é que o direito administrativo hoje não tem o ato administrativo como sua principal figura, mas sim os contratos.

Quando surgiu o D. Administrativo, os atos eram a figura principal.

Como ramo autônomo, o D. Administrativo é filho da revolução francesa - forma de controlar a atuação do Estado na vida dos burgueses. Dá contornos restritos à atuação do Estado. Princípio da Legalidade nasce com o Direito Administrativo - revolucionários queriam que o Estado não se movimentasse, a não ser que eles fabricassem leis que o impulsionasse. Queriam um Estado menos intrometido.

Nos seus primórdios, estudava-se basicamente o poder de polícia do Estado - porque essa era a função estatal, não se pensava em intervenção estatal na economia ou em prestação de serviços. Assim, por ser o ato administrativo a forma com a qual o Estado exercia o poder de polícia, era o ato que era estudado no Direito Administrativo.

O ato administrativo é um ato *sui generis*, possui características próprias.

Aqui no Brasil e no mundo tb, via de regra, **as populações clamam por mais Estado. Daí que a variedade de atividades exercidas pelo Estado aumentou muito - necessidade de mecanismos para realizá-las. Então, do ato administrativo (ligado ao poder de polícia) passou-se à primazia do contrato administrativo (ligado, especialmente, à prestação de serviços públicos). Estado precisa celebrar contratos para atender a todos os anseios da população.**

II. CONTRATO × CONVÊNIO

Doutrina clássica

Hely Lopes Meireles - condensou o Direito Administrativo, daí sua grande importância.

O pacto administrativo seria um ajuste em que uma parte é um ente da AP e a outra um particular, por meio do qual interesses contrapostos são regulados. Então, o particular pode obrigar a AP a fazer o que ela se obrigou e vice versa.

Convênios seriam pactos que regulariam interesses convergentes - não se fala em partes, mas em signatários.

Para a professora, essa diferenciação não tem base científica.

A lei de licitações fala que ela se aplica aos convênios no que couber. Então, a doutrina ao longo dos anos entendeu que a lei de licitações não se aplica aos convênios.

Isso dá margem para muita corrupção - a AP escolhe a entidade que vai receber dinheiro sem critério. Casos do início do Governo Dilma - Ministros que cobravam propina pa

ra celebrar contrato com a ONG, ou que escolhiam entidade ligada ao partido.

Para a professora, existem convênios que são verdadeiros contratos - quando a AP repasa dinheiro para uma entidade para que ela execute alguma coisa, no fundo, no fundo, está contratando, pouco importa que a entidade seja do terceiro setor (ongs).

II. CONTRATOS CELEBRADOS PELA AP

1. Diferenciação

Contratos de direito privado: são aqueles que não nasceram dentro do direito administrativo, não são próprios da administração. São contratos típicos do direito privado (ex.: compra e venda, locação, etc.), qualquer um pode celebrar. Regidos pelo Direito Civil ou Empresarial. Contudo, esses contratos sofrem certas modificações quando a AP dele faz parte, fazendo com que ele tenha certas características próprias (ex.: terceirização). A situação jurídica da AP, nesses casos, em muito se aproxima à do particular.

Contratos de direito público (contratos administrativos): nascem no direito administrativo, não no código civil. Nascem para atender às necessidades da AP. O particular é, necessariamente, parte contratada, nunca contratante. ex.: concessão de serviços públicos, parceria público privada.

A diferença, se vê, está na origem do contrato, não no fato de haver ou não interesse público na contratação - esse deve sempre estar presente. A diferença, portanto, é o regime jurídico do contrato. Cuidado com que diz a doutrina clássica.

2. Cláusulas exorbitantes:

"Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo e em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada." (2011, p. 177)
Constituem verdadeiros princípios de direito público.

Estão tacitamente presentes nos contratos de direito público. Podem estar presentes nos contratos de direito privado, mas devem estar expressas.

Cláusulas exorbitantes não são típicas de uma relação contratual - exorbitante significa aquilo que ultrapassa, que foge. A AP tutela o interesse público, então, pensando nisso, o ordenamento jurídico faz com que o interesse público esteja em proeminência.

Essas cláusulas vão contra a ideia de que as partes devem estar no mesmo patamar, fazem a AP ter mais vantagens. Relação desnivelada.

Isso está muito presente na lei de licitações, mas é mitigado nas leis mais recentes.

Parte-se do pressuposto de que os interesses públicos e privados são antagônicos. Vem do direito francês.

As cláusulas exorbitantes não são só válidas, como decorrentes da própria lei.

2.1) Alteração unilateral

Contratos são precedidos, via de regra, pela licitação. Nessa, já se estabelece os parâmetros do objeto da contratação. Então, o que leva a AP a mudar esses parâmetros? Ocorre que o interesse público é volátil - e se a demanda é menor ou maior, dependendo de uma situação superveniente? ex.: Enchente acaba com as cadeiras da escola. AP é refém da realidade.

Além das alterações pactuadas, a AP pode impor alterações unilateralmente. Por quê? Porque o interesse público necessita daquela alteração.

O particular deve fazer. Se não fizer, pode configurar inexecução contratual - sanções.

A intenção foi permitir alguma flexibilização na relação contratual em virtude de novos fatos administrativos. O motivo que resultou a alteração poderá ser questionado.

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

I - unilateralmente pela Administração:"

a) Quantitativa:

-25% / +25%

"Art. 65. I. b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]

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

Ex.: compra de carteiras (cláusula deve estar expressa). Licitou 1000 carteiras. AP quer 750 ou 1200.

A AP pode reduzir ou aumentar a quantidade do contratado em até 25%.

O preço é calculado pela unidade e, se a quantidade é reduzida ou aumentada, paga-se menos ou mais do que o licitado.

Importante dizer que a AP não está livre para usar dessa cláusula como bem quiser. A alteração deve ser motivada e deve ser dado um prazo razoável. Se a AP disser que quer diminuir o número de objetos comprados e o particular já comprou o insumo, pode cobrar indenização da AP.

b) Qualitativa

Pode-se alterar as especificações do contrato.

"Art. 65. I. a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;"

Ex.: AP vai construir uma estrada, mas não consegue desapropriar determinada casa, daí tem de mudar o traçado da estrada.

Ex.: escoramento contínuo ou descontínuo da obra.

A lei não estabelece limites para a alteração qualitativa, mas parte da doutrina entende que deve-se aplicar os mesmos limites da alteração quantitativa - ou seja, pode-se alterar as especificações do contrato desde que ele não fique mais do que 25% mais caro.

Professora discorda desse limite, porque a lei não diz isso.

TCU, no fundo, no fundo, não estabelece limites.

Carvalho Filho entende que os limites do §1º aplicam-se a ambos os tipos de alteração unilateral, já que o referido parágrafo não traz distinções.

25/04/2014

2.2) Rescisão unilateral (art. 78 e 79 da Lei 8.666)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

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

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

Diante de uma postulação que o judiciário recebe formulada pelo contratado, porque o contratante (AP), se quiser rescindir, o faz sem problemas. Quem tem dificuldades para isso é o particular. A AP, como disposto no inciso I, dispõe de cláusula exorbitante que a possibilita rescindir unilateralmente o contrato.

A rescisão unilateral pode ocorrer por duas razões:

(1) Falhas do contratado.

Princípio da proporcionalidade - não é qualquer falha que admitem a rescisão. Falhas pontuais, que não causam grandes danos à AP, que podem ser corrigidas, não devem causar a rescisão do contrato, causam penalidades.

Lembrar que a rescisão do contrato, ainda que por falhas do contratado, é prejudicial tanto para o particular como para a AP - interrupção do processo, alguém tem que continuar o processo (chamar segundo, terceiro colocado, que pode recusar fazer pelo preço do primeiro, nova licitação, etc).

(2) Falta de interesse público na manutenção do contrato.

Cláusula extremamente exorbitante. AP não quer o particular mais. Rescinde o contrato mesmo sem que o particular tenha feito alguma falha.

Ex.: Prefeitura contratou uma empresa para substituir os porteiros das escolas por equipamentos de vigilância. O problema é que começou uma "revolta" nas escolas, isso porque a figura do porteiro tem uma questão afetiva. Enfim, a Prefeitura rescindiu o contrato por falta de interesse público.

Mas, quais as diferenças jurídicas entre rescindir por falhas e rescindir por falta de interesse?

Art. 78. Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Quais casos de rescisão são esses?

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

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

Falhas do particular.

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

Falta de interesse público.

Conclui-se, portanto, que quaisquer casos de rescisão implicam a garantia da ampla defesa e do contraditório. Isso porque, a CR assegura essas garantias não somente quando há um acusado, mas quando há um litigante - interesses contrapostos.

Contudo, o que a empresa pode apresentar em caso de rompimento por falta de interesse público? Ela pode tentar convencer a AP de que há interesse público no contrato - ofertar algo, apresentar algum dado. Isso já basta para que seja necessário ouvi-la.

A rescisão, portanto, nunca é imediata, o contrato vai sangrar um pouco.

Volta-se a pergunta acima: quais as diferenças jurídicas entre rescindir por falhas e rescindir por falta de interesse?

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

Vê-se, então, que a lei tratou duas coisas diversas de forma igual: tanto quando a AP não quer mais o contrato por falta de interesse público (incisos XII a XVI do art. 78) como quando ocorre caso fortuito ou força maior (inciso XVII), i.e., quando o cont

rato não pode mais continuar. Para a professora, isso é inconstitucional.

I - devolução de garantia;

Se eventualmente a empresa deu uma garantia à AP, deve ela ser devolvida.

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

Tudo o que a empresa executou deve ser pago.

III - pagamento do custo da desmobilização.

O que é mobilização? Equipamentos mobilizados: montagem de um escritório para a administração central, máquinas no canteiro de obras, etc.

Incisos desse artigo não são taxativos. A AP deve pagar todos os prejuízos regularmente comprovados. Se a empresa teve de contratar advogado, por ex, a AP deve pagar, etc.

Lucros cessantes devem entrar.

Na hipótese de rescisão por falha da empresa, não há indenização, como supra, porque a empresa é a culpada, **ela apenas recebe pelo que já executou - contraprestação.**

2.3) Sanções aplicadas pela AP

O art. 87 da lei 8.666 traz as sanções que podem ser aplicadas ao particular. Atentar para o fato de que esse artigo é da Lei GERAL de Licitações.

As sanções são: **advertência, multa, suspensão/impedimento e declaração de inidoneidade.**

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

I - advertência;

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

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

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

O curioso desse artigo é que, diferentemente do resto da lei, nessa parte o legislador não explicitou quais penas cabem para quais casos, apenas disse que elas cabem em caso de inexecução parcial ou total do contrato.

Discrecionabilidade do administrador - por óbvio, deve considerar as circunstâncias do caso concreto (a falha é pontual, reiterada?, etc).

Lembrando que entre a advertência e a declaração de inidoneidade há um oceano. A seriedade vai aumentando:

- **Advertência:** é praticamente indolor - é pena, mas não causa reflexos no bolso da empresa. Boa parte da doutrina entende, inclusive, que não é sequer necessário contraditório e ampla defesa - professora discorda, pois a advertência fica registrada e pode ter reflexos posteriores.

- **Multa:** os contratos devem prever as hipóteses e porcentagens de aplicação da multa. Pode-se compensar a multa com a contraprestação devida, executar a garantia...

- **Suspensão/Impedimento:** a empresa não pode participar de novas licitações (suspensão) e tampouco pode firmar contratos com a AP (lembrar dos casos de contratação direta). **Prazo não maior do que 2 anos.** Para empresas cujo mercado é a AP, isso é complicado.

Obs.: Segundo a Lei 8.666 (vide art. 6º):

Administração Pública = conjunto de entes que formam a AP, todos os entes.

Administração = figura da AP envolvida naquele cenário, não o conjunto. É o município, a fundação, a autarquia, a união, o ente da AP que contrata naquele caso.

Assim, **essa pena fica circunscrita ao ente que aplicou a pena.** Se o município de BH que a aplicou, a empresa pode contratar com a BHTrans. **Carvalho Filho discorda e parece que a jurisprudência do STJ é em sentido diverso tb e que a do TCU está mudando.**

No inciso III, portanto, a pena é ligada à entidade da AP que a aplicou - questão "geográfica".

Além disso, **em princípio, se a empresa tiver outros contratos com a AP, eles não são atingidos. Os efeitos da punição são ex nunc.** Contudo, se a pena tiver sido aplicada por um motivo que pode se estender para além daquele contrato (ex.: empresa Delta que apresentou laudos falsos para participar da licitação), a pena pode se estender a eles - deve haver relação.

- **Declaração de inidoneidade:** "pena de morte" no direito administrativo. **A empresa não pode mais participar de qualquer licitação no Brasil, com qualquer ente da AP. A empresa deve ficar, no mínimo, 2 anos assim.**

Os outros contratos já celebrados não são atingidos pela sanção, a não ser que a falha que a resultou tenha relação com esses.

A empresa pode recorrer ao judiciário para questionar a sanção de acordo com os parâmetros da razoabilidade, da proporcionalidade, se houve ampla defesa e contraditório.

Para a professora, essa alta discricionariedade do administrador é alimento para a corrupção. Para ela, o legislador deveria ter, ao menos, explicitado o que leva à última pena. Acaba tendo muita diferença de tratamento de acordo com o ente, com a empresa, etc.

A rescisão não é sanção, então, pode se cumular a rescisão com uma das penas, senão a rescisão fica frágil e acabará sendo desconstituída judicialmente. Pode-se rescindir após a aplicação da primeira e da segunda sanção. A terceira e a quarta implicam automaticamente a rescisão do contrato.

Possibilidade legal de cumulação de penas, de *bis in idem*: cumulação de qualquer das penas com a pena de multa: "§ 2o As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis."

2.4) Não aplicação da "exceção do contrato não cumprido"

"Art. 78. XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;"

A empresa deve suportar até 90 dias de inadimplência e continuar executando o contrato. Durante esse tempo, pela redação literal do artigo, a empresa não pode parar de executar o que lhe cabe, mesmo se a AP parar de executar a sua - impossibilidade, nesse período, de aplicar a exceção de contrato não cumprido. Isso decorre do princípio da continuidade do serviço público.

A jurisprudência atenua esse dispositivo. Isso porque as empresas podem quebrar por conta dessa inadimplência e não há interesse nisso - empresas recolhem impostos, geram empregos, etc. Assim, a empresa pode postular administrativamente ou judicialmente a rescisão antes desse prazo, alegando que não tem condições de continuar a cumprir o contrato ante à inadimplência da AP.

09/05/2014

2.5) Garantias

Art. 56:

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

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

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

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

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

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

§ 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4o A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5o Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Possibilidade -> decisão discricionária

É chamada de cláusula exorbitante, mas, para a professora, não seria. Essa cláusula prevê a possibilidade de a AP exigir garantia. **Nem todo contrato com a AP é garantido**, de veria ser, afinal, seria um zelo ao interesse público. Contudo, **a garantia onera o contratante - precificação** = quando se exige muito do particular, isso onera a proposta. Quem de última análise sofre com a garantia? A AP. Por isso, não há obrigatoriedade de garantia. Em contratos mais simples, de entrega única, ela é dispensada.

Teto para a garantia: 5% do valor do contrato; se de engenharia: 10%.

Previsão no ato convocatório

O edital deve prever que se exigirá a garantia, contudo, o tipo de garantia será do contratado. A AP pode, porém, fazer exigências: seguro só de seguradoras de determinada lista; etc.

Escolha do tipo de garantia: feito pelo contratado

Caução

Seguro garantia

Fiança bancária

Regra: os contratos duram 1 ano, um exercício financeiro. (Art. 57)

Há, no entanto, exceções. Contratos previstos no plano plurianual, contratos de locação, terceirização. Na prática, as exceções são tantas que os contratos acabam durando mais de um ano.

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

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

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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

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

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

III. CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1. Qual serviço público?

O Estado concede/permite porque ele é titular exclusivo do serviço. Se fosse um serviço que o titular já é o particular, ele não precisaria de um ato de vontade da AP. Ex.: gás canalizado, energia, transporte público.

Saúde e educação não podem ser concedidas/permitidas, porque o Poder Público não é o único dono. Se alguém quiser montar uma escola, não é necessária decisão do Poder Público, basta cumprir os requisitos, isso porque a CR determina que tanto o Poder Público quanto o particular podem atuar nessas áreas.

Além disso, só pode se conceder/permitir serviços públicos que podem ser cobrados - natureza econômica. Lei 8.987/1995.

Assim, são dois requisitos: (1) titularidade exclusiva do Poder Público; e (2) admitir contraprestação.

2. Concessão -> decisão política-administrativa -> lei autorizativa.

Conceito:

Art. 2º. II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

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

Como é o Executivo que gere os serviços públicos, ele que toma a primeira decisão, idealizando a concessão/permissão a partir de estudos que indicam que ela é o melhor caminho: busca, especialmente, pela eficiência. O Executivo envia projeto de lei para o legislativo - instrumento de representação da população, não é necessária audiência pública.

Art. 175, CF: obrigatoriedade de licitação - óbvio. A legislação infraconstitucional regula isso. **Serviço público só pode ser concedido/permitido por concorrência.**

A Lei 8.987, além de tratar do contrato de concessão/permissão - mais importante celebrado pela AP -, trata da licitação - assim, o tema não se esgota na lei 8666. Prevê **outros tipos de licitação: menor tarifa; menor tarifa + melhor técnica; maior valor de outorga** (o serviço é concedido/permitido a quem oferecer o maior valor, pessoa pagará para ser o concessionário, critério mais antipático).

3. Contrato de concessão

a) **Delegação a particular -> só pessoa jurídica (obs.: consórcio)**

b) **Particular "assume o risco"**

- **tarifa.**

Art. 2º, inciso II: assunção do risco: “[...] por sua conta e risco e por prazo determinado;”

Art. 11: receitas alternativas: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

Art. 13: “Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

Da análise desses três artigos, percebe-se que **o particular não será pago pelo Poder Público, mas pela contraprestação pelo serviço (tarifa) e por outras fontes** (ex.: propaganda no ônibus) - normalmente não previstas de forma exaustiva no edital, não precisam estar previstas na lei autorizadora.

Poder Público não tem o custo com o serviço e não paga ao particular pela prestação.

Existe possibilidade de se conceder serviço público com obra.

O contrato não dura somente um ano, sua duração é calculada de acordo com o gasto q

ue o particular terá para fornecer o serviço e receber o lucro.

Consórcio = de consorte, agrupamento de empresas.

- subsídio estatal?

É possível que uma das fontes alternativas seja o subsídio estatal? Há quem diga que sim (lei não fala quais são as possíveis fontes), há quem diga que não (o particular que assume o risco).

A AP não tem interesse que o particular não tenha lucro - isso porque aí ninguém vai querer prestar o serviço

c) Responsabilidade objetiva: art. 37, §6º, CR

“Art. 37. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

STF - responsabilidade subjetiva no caso de não usuários: um julgado do STF nesse sentido, mas já mudou o entendimento: tanto quando é usuário, quanto quando não é, a responsabilidade é objetiva.

Responsabilidade subsidiária do Poder Concedente: particular assume o risco. Não compartilha os lucros e não compartilha os prejuízos.

Obs.: questão da BR-381: por causa dessa responsabilidade subsidiária do Poder Público o que ninguém quer ser concessionário do serviço.

12/05/2014

Delegação do SP a uma empresa ou a um conjunto de empresas (consórcio), por meio do qual esta ou estas pessoas jurídicas assumem a obrigação de prestar o SP, que é titularizado exclusivamente pelo ente da federação que decide pela delegação. As empresas assumem o risco do serviço, tendo em vista que a remuneração é feita basicamente por tarifas pagas pelos usuários, podendo haver fontes alternativas.

d) Precedido de concorrência

e) Prazo determinado: o que significa?

Pode ser qualquer prazo. Não há onerosidade para o poder público.

Tem prazo determinado, como os contratos da AP de maneira geral, conforme Lei 8666.

O prazo será fixado no edital da concorrência realizada para escolher. Não há baliza temporal na Lei Geral; os Estados e Municípios podem ter prazos específicos fixados em lei própria. Ainda que juridicamente possível, não é ideal, vez que deve-se decidir com base no caso concreto.

O elemento econômico é fundamental:

- economistas irão definir o prazo necessário para o contratado receber o

investimento e ter lucro. A AP precisa atrair parceiros e, neste caso, em que o parceiro irá assumir o risco para ser o concessionário, deve-se garantir que ele o será por tempo suficiente para reaver o investimento. Não há tempo mínimo nem tempo máximo previsto na Lei. Isso pois não há gasto público; o Poder Público não está se onerando pois não vai pagar à empresa.

- **a tarifa nem sempre é definida pelo vencedor (menor tarifa).** Os economistas podem ter que calcular o preço ideal da tarifa e, ainda, se será necessário fontes alternativas.

(parte copiada acima do caderno da Júlia)

O fato de haver um contrato concedendo o serviço, isso não significa que há transferência da titularidade: o Poder Concedente continua "dono" do serviço, por força de disposição constitucional. Por isso, **é possível que haja o rompimento prematuro do contrato.** O prazo do contrato (ex.: 23 anos) dá à empresa uma expectativa de que ela explorará o serviço por aquele tempo - não dá a ela um direito real/adquirido de explorá-lo. Há duas razões pelas quais o Poder Concedente pode romper o contrato:

- Encampação = falta de interesse público.

Importante: se eu quiser romper o contrato por encampação, **deve haver lei autorizativa de rompimento.** Assim como conceder o serviço é uma decisão político-administrativa, rompê-lo por encampação também o é.

Muito difícil de ocorrer, porque a empresa faz grande pressão na respectiva casa legislativa.

- Caducidade = falhas do contratado.

É possível, não necessário, que antes de romper por caducidade o Poder Público faça uma **intervenção na empresa**, trocando seu administrador, etc. Essa intervenção é de difícil aplicação, porque depois o Poder Público deverá prestar contas da época que estava lá - e a AP não é boa para administrar empresas.

O rompimento por falha é **precedido de decreto do Chefe do Executivo** - do Prefeito, do Governador, do Presidente. Em havendo **agência reguladora, a decisão é transportada para ela** - não há, portanto, decreto.

- Efeitos: em ambos os casos há **indenização.**

Diferença: na **encampação é prévia** ao rompimento, na caducidade, não.

A lei prevê uma indenização igual nos dois casos, algo completamente ilógico: trata-se o "bonzinho" e o "malzinho" de forma igual - a empresa não tem estímulos para ser uma boa concessionária.

A indenização é composta por **parcela não amortizada de bens reversíveis.**

Obs.: reversão. Como no caso do aposentado que volta.

Toda vez que há concessão de serviços, há bens utilizados para a prática do serviço (ex.: ônibus) que são formalmente privados (estão no nome da empresa), mas materialmente e públicos.

Art. 98, CC: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

São bens públicos aqueles pertencentes a entes públicos, suas autarquias e fundações; são bens privados aqueles pertencentes às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado (incluindo empresas estatais e consórcios públicos de direito privado). Bens públicos têm regime jurídico próprio, cuja finalidade é a proteção do bem: imprescritível (não passível de usucapião, art. 183, §3º, CR), impenhorável (não pode ser penhorado, porque a penhora, em princípio, não muda a titularidade do bem, mas é possível que ele mude de mão), não onerabilidade (não podem ser dados em garantia, hipoteca e penhor), alienabilidade condicionada (é possível a alienação, mas é necessário o cumprimento de certos pressupostos - em caso de alienação de bem imóvel, deve haver autorização legislativa).

Pois bem. Os bens das concessionárias são formalmente privados, mas materialmente públicos. São bens pertencentes a entes privados mas que estão dirigidos à serviços públicos, afetados ao serviço público. O edital de concessão deve indicar quais bens (de forma genérica, não esse ou aquele ônibus, mas os ônibus em geral) a AP considerará materialmente públicos, chamados de "reversíveis", são bens considerados fundamentais para a prestação do serviço público. Isso porque, sem esses bens, o problema não afeta somente a concessionária, mas também o usuário.

Se não houver rompimento prematuro do contrato, os bens reversíveis são transferidos à AP, sem que haja pagamento de nada a ninguém - essa perda dos bens é computada no cálculo da tarifa, empresa ganha um pouco de cada vez.

Havendo o rompimento prematuro do contrato, os bens reversíveis passam para a titularidade da AP, mas a empresa não teve o tempo de reaver o investimento feito. Assim, deve haver indenização pela parte que a empresa ainda não recebeu. Isso ocorre, segundo a professora, porque, apesar de o confisco estar previsto na CR, essa hipótese não está lá prevista. A AP não pode tomar bens privados porque a empresa não prestou o serviço direito. A única diferença é que a má prestadora não sabe quando vai receber.

O rompimento por caducidade pode ser cumulado com sanções.

Para a professora, no caso de rompimento por encampação, a empresa deveria receber a parcela não amortizada e lucros cessantes, porque ela nada tem a ver com o rompimento.

f) Contratação de 3ºs e subconcessão

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Contratação de 3º s para atividades acessórias: pintar o ônibus, consertá-lo, etc.

Subconcessão: é menos que a concessão, a empresa abre mão de uma parte do serviço para que ele seja prestado por outra empresa. A concessionária pode abrir mão de sua obrigação final, não somente da obrigação acessória. A subconcessionária se subroga

O edital de concessão deve prever a possibilidade de subconcessão. Além disso, a empresa concessionária deve pedir, o Poder Público deve autorizar e deve haver concorrência (promovida pela AP) para a contratação da subconcessionária. Ex.: a empresa não dá conta de todas as linhas de ônibus e, daí pede ao poder público para fazer concessão de parte das linhas.

g) Transferência da concessão ou do controle societário

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.”

Coisas muito diferentes, que são tratadas juntas.

A transferência da concessão é a substituição total da concessionária. Sai a Oi e entra a Claro. O vínculo é terminado e outro é iniciado.

A transferência do controle societário é o seguinte: a Oi continua sendo a concessionária, mas o grupo controlador deixa de ser a Andrade Gutierrez e passa a ser a Odebrecht.

Para a professora é um absurdo não haver previsão de licitação para o caso de transferência da concessão, apenas é necessária a anuência do Poder Público.

Há quem entenda, ainda, que a necessidade de anuência do Poder Público para a transferência do controle acionário é um exagero - professora discorda, entende que esse dispositivo peca apenas por não exigir a licitação para a transferência de concessão.

No segundo caso, a anuência é necessária para evitar monopólio da prestação de serviços públicos. Os usuários não tem liberdade de escolha, no fundo - casos em que o serviço público deve ser prestado por várias empresas. Além disso, a mudança do controlador pode significar diminuição da qualidade do serviço.

4. Permissão

Conceito -> art. 40 -> problemas: revogabilidade e caráter precário

“Art. 2º. IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade e para seu desempenho, por sua conta e risco.”

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

Conceito de concessão: *“Art. 2º. II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”*

Revogabilidade é característica de ATO, não de CONTRATO.

Antes, a permissão era vista como um ato. Contudo, a CR tratou a permissão como contrato, vez que a condicionou a uma licitação.

A Lei 8.987 reforçou essa ideia.

A questão da precariedade: contrato não serviria para tirar a precariedade, dizer o que cabe a quem?

Não é pacífico o entendimento de qual seria a diferença entre concessão e permissão.

- Di Pietro: contrato de permissão seria de prazo indeterminado, passível de rompimento a qualquer tempo.

- Carmem Lucia: tem prazo, mas para o rompimento da permissão não é necessária lei autorizativa ou decreto.

Art. 2º, IV: a permissão pode ser à pessoa física também. Pessoa física tem mais limitações que a pessoa jurídica (vai morrer, questão patrimonial, etc). Há serviços públicos que se pode entregar a uma pessoa física sem prejuízo do serviço público (ex.: permissão para táxi) e outros que não (ex.: ônibus).

Vê-se, portanto, que a permissão envolve serviços públicos de menor complexidade.

A lei não estabelece que a permissão deva ser precedida por concorrência, mas, pela importância da questão, entende-se que há necessidade de concorrência.

A concessão e a permissão envolvem serviços autossustentáveis. Não se pode conceder/permitir serviços que não sobrevivam sozinhos (ex.: concessão de estrada entre Uberlândia e Ituiutaba). Quando o Poder Público entende que o particular vai precisar de uma mesada todo mês, a coisa toma outra forma.

Na concessão, pode ser que haja uma obra para a prestação do serviço público, mas o foco é o serviço, não a obra.

16/05/2014

IV. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

1. Contexto

2. Finalidade: projetos em que exista necessidade de contraprestação, mas que não recomendem o modelo da Lei 8.666.

Por quê? Traços da Lei 8.666: desnivelamento e antagonismo entre dois pólos - público × privado.

- AP e cláusulas exorbitantes; e, por outro lado

- AP e maior proteção do contrato.

-> **Reequilíbrio econômico-financeiro**

Na lei de concessão e permissão, estava-se num momento de reforma do Estado, em que se entendia que dever-se-ia passar a prática de certos serviços aos particulares. Contudo, a Lei de Concessões não deu conta de um dos gargalos do Estado: infraestrutura - estradas, portos, aeroportos, ferrovias (envolve escoamento de produtos, mas infraestrutura é mais amplo, envolve hospitais, escolas, etc).

Primeira ideia: vamos investir mais dinheiro público e continuar firmando contratos no âmbito da Lei 8.666. Qual o problema desse modelo? Primeiro, a AP tem que ter o dinheiro para ir pagando. Segundo, este modelo não impulsiona o particular a fazer - se chover, ele para; se tiver greve, ele para; se tiver qualquer coisa, o sujeito usa isso contra a AP, e **cada problema do contrato que vai onerando-o, ele vai pedindo o reequilíbrio econômico do contrato (relação de ônus e bônus)**. Ex.: aumenta o tributo, particular pede reequilíbrio do contrato. Reequilibrar porque houve fato do príncipe - pode ser negativo. Ainda, pode se reequilibrar o contrato porque houve, por ex, aumento do custo da matéria prima, aumento do piso da categoria por ACT ou CCT, etc - não é fato do príncipe, não é culpa da AP, teoria da imprevisão. **Poder Público traz para ele o ônus - o particular não absorve as oscilações que são oriundas de fatores diversos e, de alguma forma, pode acabar forçando certas situações** - como greves. O particular, portanto, não tem interesse em ver a obra concluída, porque ele ganha mês a mês, não ganha "bônus" em fazer a obra a tempo.

Outro problema da Lei 8.666: questões até contraditórias, traço de bipolaridade -> Se pressupõe que o interesse público é maior que o privado - daí as cláusulas exorbitantes, lado bruxa da AP. Contudo, a AP também tem um lado vovó, vez que a lei garante o reequilíbrio econômico-financeiro - ex.: dispositivo que garante indenização ao particular caso ocorra caso fortuito ou força maior que impeça a prestação do serviço.

Então, temos na Lei 8.666 duas coisas que são importantes: cláusulas exorbitantes e maior proteção do contrato.

Não se pode tratar a questão de infraestrutura com a Lei de Concessões, isso porque o foco é o serviço e, ainda, há pagamento pelo usuário e fontes alternativas.

Então, por ex.: AP quer construir presídios. Tem como fazê-lo pela Lei de Concessões? Não. Deveria ser pela Lei 8.666.

Outro exemplo: estrada. Se for possível cobrar pedágio (possibilidade econômica, não jurídica), pode-se fazer concessão, se não puder, Lei 8.666.

A Lei de PPP veio voltada para **resolver o problema de infraestrutura**: lei de 2004, governada no Lula.

Há quem diga que o Brasil não tem dinheiro para resolver o problema de infraestrutura, então, deve atrair o particular para fazê-lo. Com a Lei 8.666 isso não era possível.

Pensou-se em como fazer uma **relação mais nivelada entre Estado e particular**, para sediá-lo.

Não há cláusulas exorbitantes e nem garantia só do particular para a AP. Muda-se a ideia a. Dois interesses que precisam ser protegidos: o público e o particular.

Além disso, os contratos de PPP são aqueles em que, necessariamente, o Estado paga: inerente a ela a ajuda pública.

Comparação: duas estradas: Fernão Dias e uma qualquer: se a estrada tem condições econômicas de entrar na concessão, não se deve usar PPP. Contudo, se isso não é possível (ex. MG050), se o pedágio não basta para remunerar o particular, deve-se usar PPP.

Modelo usado mais nos Estados do que na União e nos Municípios. MG é onde há mais PPP.

3. Lei 11.079/2004 -> Lei Nacional -> Regras gerais

4. Modelos de PPP

a) Concessão patrocinada

"Patrocinada" já nos diz alguma coisa: dinheiro do Estado.

- Foco -> serviço público

Pode ter obra, mas o foco é o serviço público - mesma ideia da concessão.

- Remuneração -> tarifa + contraprestação pública

Obs.: fontes alternativas

Por estudos econômicos, percebe-se que a tarifa não basta para remunerar o serviço. Pode haver fontes alternativas se previstas no edital. **Serviço público não é autossustentável** - se o fosse, dever-se-ia utilizar a concessão normal.

A concessão patrocinada seria uma solução possível para o transporte público - admite

contraprestação pública.

b) Concessão Administrativa

- Foco: serviço, público ou não. O foco é serviço. Pode ser público (i.e., rotulado legalmente como tal) ou não.

Serviço em que a AP seja usuária direta ou indireta. Ex.: centro administrativo de BH - PPP na rodoviária. Juntar quem faz a obra com quem faz a manutenção predial - particular acaba tendo de fazer algo que gere menos onerosidade a ele próprio.

- Remuneração: contraprestação pública. Não há cobrança de tarifa, quem paga o particular é a AP. Pode haver **fontes alternativas**, mas o básico da remuneração é contraprestação pública.

Enquanto a concessão patrocinada é uma espécie de concessão, a concessão administrativa não o é. Críticas da doutrina com relação ao nome.

PPP é precedida de um processo licitatório, necessariamente por concorrência.

5. Sinergia

Lei 8.666: primeiro licitarei a obra. Depois, licitaria o serviço de manutenção. Dualidade e contratual. Os contratos da PPP, por outro lado, tendem a contemplar as duas coisas.

Ex.: prisão. A PPP fez a obra e toma conta dos serviços (limpeza, acompanhamento psicológico, saúde, etc). O que se questiona é a questão dos motins - não se pode entregar ao privado o Poder de Polícia. Justiça do Trabalho condenou a AP por ter entregue essa questão ao particular (na verdade, se entregou só a parte do primeiro contato, depois, a PPP deveria acionar o poder público).

Ex.: Hospital Metropolitano do Barreiro. Município dividiu a questão: obra nos moldes da Lei 8.666 e serviço nos moldes da PPP. Empresa que fazia a obra quebrou. Município o entendeu que não se deve dividir. Conclusão: se deve envolver obra, incluir a obra.

A atividade fim, aqui, é pública, os médicos, enfermeiros, etc são servidores públicos, mas a obra e a manutenção é privado. Em Salvador, a obra foi pela Lei 8.666, mas a atividade é privada, tudo é privado.

23/05/2014

PPP sempre voltada a serviço, público ou não, com ou sem outra coisa (obra, entrega de material, etc).

6. Características:

6.1. Repartição objetiva de riscos

Lembrando que, no caso da lei 8.666, todas as coisas que afetem o equilíbrio econômico-financeiro impactaram no contrato. Por que é assim? Para contrapor o "super-poder" da AP. AP super mandona e protetiva.

Na Lei de PPP, como não tem AP madastra, também não tenho AP vovó. Não existem cláusulas exorbitantes e tampouco proteção ao contratado.

A AP já vai prever na minuta do futuro contrato, que acompanha o edital, o que é risco do particular e o que é risco do Poder Público. O que for risco do particular não poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro. Riscos objetivamente repartidos entre a AP e o particular. O que for risco da AP e se materializar enseja reequilíbrio econômico-financeiro.

Por exemplo, nas PPP que envolvem obras, comumente se coloca que a obra é risco do particular. Assim, se tiver um fóssil de dinossauro, problemas geológicos, etc, que enseje em mudança e mais custo na obra não é ônus da AP, mas única e exclusivamente do particular. Isso é dito a ele antes do jogo começar.

Assim foi a licitação do Mineirão - dois problemas que aconteceram: (1) quando foram baixar o campo, descobriram pedaços de concreto que tiveram de ser removidos, se fosse licitação nos termos da lei 8.666, o consórcio pediria reequilíbrio do contrato e a AP teria que arcar com isso, mas, como era PPP, o consórcio que arcou com isso; (2) greve dos empregados.

Obs.: consórcio em licitação: reunião de empresas. Elas se unem para, juntas, apresentam uma proposta.

SPE: sociedade de propósito específico - o consórcio de empresas que ganha a PPP - após ganhar - deve criar uma pessoa jurídica específica para executar o contrato. O consórcio do Mineirão envolveu várias empreiteiras que criaram a Minas Arena.

Por outro lado, riscos de desapropriação ou de licenças ambientais, por exemplo, são ônus do Poder Público. Assim, em geral, se tiver que desapropriar, a AP que desapropria - na verdade, a desapropriação poderia até ser feita pelo particular, o Poder Público faria o decreto e as concessionárias ou a SPE faz a desapropriação, mas, se esse risco fosse por conta do particular ninguém iria participar da licitação.

Ainda, no caso das licenças ambientais, elas ficam por conta do poder público porque para ele é mais fácil.

Outra questão: riscos da demanda. Lembrando da diferença de remuneração no caso de concessão patrocinada e administrativa. Em todo contrato, discute-se isso. Corre toda a parte particular, pelo Poder Público ou pelos dois?

No Mineirão, há um piso, um mínimo que o Estado deve garantir à Minas Arena.

>> Encontrar o ponto de equilíbrio econômico desses contratos.

6.2. Pagamento condicionado à entrega do serviço

Toda PPP envolve pagamento pelo Poder Público, mas a remuneração só se inicia quando o serviço está entregue. No caso do Mineirão, a Minas Arena o construiu por 2 anos por conta própria - o Poder Público apenas começou a pagar a partir do primeiro dia de jogo.

Obs.: Remuneração variável

Não é um imperativo da lei, para a professora deveria.

Ex.: Hospital do Barreiro. Quantidade de leitos disponíveis (não pode faltar equipamentos necessários, goteiras, etc) + qualidade do atendimento. Uma auditoria avaliará isso no mês e, de acordo com essa avaliação, o Poder Público pagará ao particular.

A remuneração, portanto, variará segundo a quantidade e a qualidade do serviço e isso, não necessariamente, mas preferencialmente, será aferido por um terceiro (auditorias).

6.3. Garantias de lado a lado

Na lei 8.666 a AP não garante o particular. Na PPP as garantias são dos dois, até porque o particular tem que aportar grande valor inicialmente na PPP (mínimo 20 milhões).

Questão polêmica: tipos de garantias:

1) Criação de imposto como garantia. Ou seja, o imposto será destinado ao pagamento ao parceiro privado - problema: imposto não é tributo vinculado e a vinculação só seria possível pela Constituição.

2) Criação de uma empresa estatal exclusivamente para dar os bens dela em garantia. Como a empresa é de direito privado, os bens são considerados privados pelo CC e, consequentemente, podem ser dados em garantia. O problema é que essa empresa não terá o objetivo, finalidade alguma.

6.4. Uso de arbitragem

Há quem entenda pela inconstitucionalidade porque afasta o poder judiciário.

Todas as PPP que a professora conhece prevêem isso.

7. Licitação

a) Inversão de fases, apesar de concorrência.

Concorrência por ser a mais ampla.

Inversão é uma possibilidade. Ocorre como no pregão - primeiro análise das propostas, depois habilitação.

b) Saneamento de falhas.

Deve estar previsto no edital a possibilidade. Se a empresa deixou de apresentar algum documento, será dada a ela a oportunidade de apresentá-lo.

Exemplos de PPP em BH:

- PPP do aterro sanitário - primeira do Brasil, Governo Pimentel.
- Hospital do Barreiro
- PPP das escolas - para construir ou reformar escolas. Questão da desapropriação.

Todas são administrativas.

Exemplos de PPP no Estado:

- Mineirão - receita de comercialização dos espaços publicitários e do ingresso (fontes alternativas). Compartilhamento de riscos. É concessão administrativa.
- UAI.
- Complexo Penal. Concessão administrativa. Avaliação de desempenho.
- Estrada MG-050. Concessão patrocinada.

O custo da PPP é maior, mas ganha-se tempo.

26/05/2014

Bens Públicos

1. Conceito Formal -> art. 98, CC.

“Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Por esse conceito, bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas de direito público.

Por esse conceito, não importa se o bem esta ou não tendo alguma utilização, cumprindo o sua função social. O que importa é a titularidade. Ainda, por esse conceito, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da AP não seriam públicos.

2. Conceito Material -> jurisprudência e doutrina.

Se os bens estão afetados a uma atividade pública, desempenhando missão/função pública

ca (ex.: poder de polícia, etc), eles são públicos. Nesse conceito, os bens das empresas e estatais prestadoras de serviços públicos seriam públicos, desde que voltados à prestação do serviço. Da mesma forma, as entidades do terceiro setor teriam bens públicos e, ainda, as concessionárias (lembrar da reversão).

Leva em consideração para que serve o bem e sua afetação.

Para a professora, esse conceito, assim como valoriza os bens de pessoas jurídicas de direito privado se afetados a uma atividade pública, expandindo o conceito, deveria desvalorizar - i.e., restringir o conceito - quando os bens, apesar de serem da titularidade de uma pj de direito público, não estiverem cumprindo sua função social. Contudo, não é isso que a doutrina e a jurisprudência majoritárias dizem.

Obs.: Classificação dos bens

Bens comuns: bens a que temos livre acesso. Pode haver restrições, pode ser necessário o cumprimento de alguma condição (ex.: pedágio).

Bens de uso especial: tem uma finalidade específica e, por isso, o uso deve ser compatível a essa finalidade. Ex.: prédio da Copasa, da Faculdade de Direito.

Bens dominicais/dominiais: não estão afetados, não cumprem função alguma, ao menos naquele momento. Ex.: lotes vazios. Pode ser transmutado a outra categoria.

Tanto um bem afetado pode ser desafetado como vice versa. A doutrina geralmente considera que para um bem afetado ser desafetado é necessária uma lei.

Para a professora, os bens dominicais/dominiais não deveriam ser considerados bens públicos.

3. Consequência de ser "bem público"

Regime jurídico protetivo

a) Alienabilidade condicionada

Costumava-se dizer que eles seriam bens inalienáveis, mas isso é uma inverdade. É possível sua alienação, mas ela é condicionada. Quatro motivos (Art. 17, Lei 8.666):

(1) para transferir, primeiramente, deve-se proceder a uma avaliação;

(2) em segundo lugar, se for bem afetado, deve ser desafetado;

(3) em terceiro, se for bem imóvel, deve haver autorização legislativa; (críticas da professora com relação a isso, porque há bens móveis mais caros do que os bens imóveis)

(4) por fim, é necessária licitação para vender, permutar (em regra), etc - leilão e concorrência.

"Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidade

s autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]"

Para a professora, em se tratando de doação, o bem deve ser doado para cumprir uma finalidade específica, então, se após a doação, o particular não desse ao bem a finalidade acordada, ele deveria voltar à administração. Não é isso o que geralmente acontece.

b) Imprescritibilidade

Bens não seriam possíveis de serem adquiridos via usucapião.

Discussão quando das discussões sobre o Estatuto da Cidade. FHC vetou os dispositivos sobre a CUEM, mas se comprometeu a regulamentar o instituto. Daí a MP 2220 - EC perpetuou MP que ainda não foram discutidas.

Obs.: MP 2220 -> concessão de direito especial para fins de moradia -> mesmos requisitos da usucapião constitucional: finalidade de moradia, 5 anos de posse, 250m², não pode ter/possuir outro bem, etc.

Diferenças: não transfere domínio; retroativa; pedido administrativo.

“Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.”

A MP previu algumas ressalvas que não estavam previstas no Estatuto da Cidade. Primeiramente, marco temporal: os 5 anos deveriam ter sido cumpridos até determinado dia de 2001. Não projeta para o futuro. A justificativa é que se não tivesse esse marco, as pessoas seriam incentivadas a ocupar bens públicos.

Há críticas e elogios. Há quem diga que isso prejudicou os municípios, que foram pegos de surpresa.

c) Impenhorabilidade

Insuscetíveis a penhora. Isso porque a penhora está num caminho que, ao final do processo judicial, pode levar à transferência do bem.

d) Não onerosidade

Penhor

Hipototeca

Não podem ser dados em garantia.

4. Utilização privativa de bens públicos

Os bens públicos podem ser usados privativamente por particulares.

Discricionariedade: A decisão é da AP - decisão discricionária.

Precariedade: A utilização não é *ad eternum*, pode ser por certo tempo, passível de prorrogação, ou por tempo indeterminado, de toda forma a utilização é precária.

Autorização, permissão e concessão:

Para Di Pietro, a diferença entre autorização e permissão é que enquanto a primeira é dada no interesse do particular, a permissão é dada no interesse do poder público. Logo, dada a permissão, a utilização do bem seria obrigatória.

Para a professora, sem fundamento. Isso porque, não há lei nacional sobre isso. A autorização e a própria permissão tratam dos bens de determinados entes, assim, eles mesmos regulamentam isso. Daí, se uma banca de revista é permissão ou autorização ou qualquer outra coisa, depende da lei municipal.

Concessão, por sua vez, é contrato, enquanto permissão e autorização são atos. Ela depende da vontade da AP, precedida de licitação, discricionariedade, possibilidade de rompimento se a AP quiser, etc. Esse conceito também tem exceções -> CUEM. Não depende da vontade da AP, AP não pode romper a qualquer momento, etc.

Para a professora, a questão é que esses conceitos tentam generalizar algo que é local.

Obs.: uso normal e uso anormal

Vimos que a AP autoriza a utilização de bens públicos de forma privativa - Ex.: Av. Afonso Pena e Feira Hippie, Mercado do Cruzeiro, etc. Pois então. No caso do Mercado do Cruzeiro, o uso é normal, porque a ele é dada a utilização para a qual ele foi feito. Já à Av. Afonso Pena é dado um uso anormal, pois a avenida não foi feita para ter esse uso. Isso não significa que o uso é ilícito, não. Apenas que é anormal.

Pode ser que seja necessária licitação para que seja dada essa autorização. No caso do mercado do cruzeiro, ganhou o direito de usar o local quem pagou mais.

30/05/2014

Responsabilidade Civil do Estado

Responsabilidade extracontratual patrimonial do Estado.

1. Conceito: *"é a obrigação de reparar economicamente danos provocados sobre a esfera juridicamente garantida de terceiros e que lhe sejam imputáveis por comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, lícitos ou ilícitos"* (Ceslso Antônio Bandeira de Mello).

2. Fases:

2.1. Irresponsabilidade: nessa fase não se concebia que o Estado pudesse ser responsabilizado pelos seus comportamentos danosos aos seus súditos. A figura do estado se confundia do soberano (Absolutismo) e não se concebia que seu poder poderia ser reduzido para reparar danos.

2.2. Responsabilidade subjetiva: dentro do Estado de Direito - submissão do estado ao ordenamento jurídico. Regrada pelo direito civil - necessidade de culpa (negligência, imperícia e imprudência).

2.3. Responsabilidade objetiva (risco): fase consagrada hoje. **A responsabilidade independe da demonstração de culpa no caso concreto, sendo necessária apenas a demonstração do nexo causal entre o comportamento danoso e o resultado e que esse comportamento pode ser imputado ao Estado.**

Estado = ser moral, sem existência fática. Se manifesta através de seus agentes - a ações desses que é com culpa ou dolo.

Caso Guam, França 1873, menina atropelada por uma van do Estado. Conflito de competência entre a jurisdição comum e a administrativa - entendeu-se que essa última deveria ser a competente e essa entendeu que **a responsabilidade do Estado não poderia ser vista como a dos particulares, isso porque o Estado de tem prerrogativas maiores e, justamente por isso, a sua responsabilidade deveria ser tratada de forma diferente, para contrabalançar com essas maiores prerrogativas.**

3. No Brasil

Aqui nunca vigorou a primeira fase. A responsabilidade do Estado era, nos primórdios, tratada como subjetiva. Mesmo no império já se concebia que o Estado poderia ser responsabilizado, ainda que o agente tb o fosse.

- CC/1916: responsabilidade subjetiva

O CC/1916 foi o primeiro diploma brasileiro que tratava da responsabilidade do Estado. Demonstração de culpa ou dolo do agente. A doutrina, porém, começou a defender que

a responsabilidade deveria ser objetiva então...

- Constituição de 1946: responsabilidade objetiva

Primeiro diploma brasileiro a prever a responsabilidade objetiva. Previa também o direito de regresso caso o agente tivesse agido com culpa ou dolo. Aqui apenas se falava da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público.

- Constituição de 1967 e EC 1/1969

A regra da Constituição de 46 foi repetida na Constituição de 67 e na EC de 69 - dentro do período militar.

- CR/88, art. 37, §6º

Hoje, temos a seguinte regra geral: §6º - *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Quem são as pj de direito público? Entes federados, autarquias, fundações, etc.

Pj de direito privado prestadoras - empresas estatais prestadoras, concessionárias e permissionárias e, ainda, as de PPP.

Para a professora, **as OS ensejam responsabilidade estatal.** O que são as OS? São pj de direito privado que exercem funções de interesse social e recebem essa qualificação. Elas recebem, também, incentivos do Estado. Há quem entenda que elas não ensejam responsabilidade estatal porque não exercem funções públicas. Porém, a professora entende que há casos em que se verifica verdadeira transferência de funções do Estado para as OS (ex.: questão da saúde). Assim, para fins do §6º, para a professora, elas seriam estado.

4. Quem responde? Agente público "nessa qualidade" -> responde se tiver agido com culpa ou dolo.

Agente público = qualquer pessoa que atue em nome e por conta do Estado.

Só o agente que atue nessa qualidade que enseja a responsabilidade do Estado. Mas, o que é nessa qualidade? Duas correntes:

(1) Celso Antônio Bandeira de Mello entende que basta o agente ser agente público, independentemente se ele estiver agindo em nome do Estado ou não. Ainda que um policial pegue uma arma e cometa um crime passional, isso ensejaria responsabilidade do Estado.

(2) A segunda visão, mais restrita, entende que **o agente deve estar no exercício das fun**

ções ou a pretexto de exercê-las para atrair a responsabilidade estatal (Di Pietro) - essa é a majoritária na doutrina. A jurisprudência não é pacífica.

5. Contra quem reclamar reparação? (Alternatividade de pólo?)

Só contra o Estado ou pessoa jurídica de direito público ou privado

Só contra o agente - responsabilidade subjetiva.

Contra o Estado e o agente.

Celso Antônio Bandeira de Mello e Di Pietro entendem, na doutrina, que há a possibilidade de alternatividade de pólos. Isso porque a responsabilidade objetiva existe para beneficiar a pessoa. Então, ela pode escolher contra quem demandar, lembrando que, se escolher demandar contra o agente, deve provar culpa ou dolo.

O STF, porém, entende que não se pode demandar contra o agente, apenas contra o Estado que deverá utilizar seu direito de regresso (ler RE 327904).

6. A responsabilidade por comportamento omissivo

No caso de comportamento omissivo, a responsabilidade é objetiva ou subjetiva? Discussão doutrinária.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello e Di Pietro, é subjetiva. Há a necessidade de se demonstrar a culpa, mas a culpa do não serviço, da falta, do atraso, da falha, não aquela individual, do agente. Há uma presunção de culpa, o Estado pode demonstrar que o serviço foi prestado dentro dos padrões normais.

A jurisprudência vai nos dois sentidos. Tanto por objetiva como subjetiva. Mas, o entendimento majoritário doutrinário é de que é subjetiva.

Hely Lopes Meirelles entende o contrário, que a responsabilidade é objetiva.

Lembrar que o STF entendeu, em um caso, que somente no caso dos usuários da concessionária prestadora de serviços a responsabilidade seria objetiva. Contudo, esse posicionamento mudou e hoje é cediço que, ainda no caso dos não usuários, a responsabilidade é objetiva.

7. Reparação do dano:

Cabe denúnciação à lide? (via judicial)

(1) não caberia. Porque atrasaria o processo e porque uma coisa seria a responsabilidade do Estado, objetiva, outra seria a do agente, subjetiva.

(2) caberia. Isso se, na sua argumentação, a pessoa tratar da negligência, imprudência ou imperícia do agente, seria possível que o Estado denunciasse o agente à lide.

Direito de regresso - Prescrição? “Art. 37, §5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Caso o dano provoque prejuízo ao erário, a ação de regresso do Estado é imprescritível.

Exceção constitucional expressa à prescribibilidade. O STF entende assim (interesse público em zelar por aquele patrimônio) a doutrina se manifesta contrariamente (segurança jurídica), entendendo que o prazo seria de 5 anos.

8. Excludentes de responsabilidade

- **Culpa exclusiva da vítima:** há rompimento do nexo causal em razão de um comportamento da vítima.

- Força maior e caso fortuito

Força maior: ligada a acontecimentos naturais. Inevitabilidade do acontecimento.

Caso fortuito: ligado a comportamentos humanos, não há inevitabilidade do acontecimento.

Parte da doutrina (Di Pietro e Celso Antônio) entende que só a força maior isenta o Estado, já o caso fortuito não.

Por expressa previsão constitucional, independentemente da causa (podendo ser caso fortuito ou força maior), o estado responde por acidentes nucleares e ataques terroristas. Estado como segurador universal.

- **Atenuante: culpa concorrente da vítima** - não há rompimento do nexo causal, mas a ação da vítima também leva ao dano. Ex.: pessoa que atravessa fora da faixa e o carro do Estado estava acima da velocidade.

9. Responsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais

A regra é a da irresponsabilidade.

Por quê? Soberania dos poderes. O Legislativo não pode legislar pensando nos possíveis danos que podem ser causados. Da mesma forma com os atos jurisdicionais.

- Exceções:

No caso dos atos legislativos, entende-se que há responsabilidade objetiva quando a lei é declarada inconstitucional; quando a lei... ; quando há omissão em legislar.

No caso dos atos jurisdicionais, são as seguintes exceções: (1) erro judiciário (art. 5º, LXXV); (2) responsabilidade por demora na prestação jurisdicional - talvez criasse mais um problema que uma solução.