

Direito Administrativo II
Prof.^a Rita Tourinho
2014.2

26/08/2014

Nós vamos começar com ato administrativo, depois nós vamos falar de poder de polícia, licitações, contratos administrativos, concessão de serviços públicos, parcerias publico-privadas, intervenção do estado na propriedade privada e bens públicos.

1. Ato administrativo

Esse assunto, quando vai falar de ato administrativo, você tem alguma noção porque o ato administrativo nada mais é do que o ato jurídico administrativo, então no direito administrativo, nós também trabalhamos com aquela diferença que vocês trabalham em direito civil de fato jurídico e ato jurídico. Fato jurídico é todo evento que produz efeitos jurídicos. O ato jurídico estrito é uma manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos. No direito administrativo nós também trabalhamos com fato jurídico administrativo e o conceito de ato jurídico administrativo, que é o que nós vamos estudar. Nós temos no direito administrativo também alguns eventos que produzem efeitos jurídicos, por exemplo, o decurso do tempo, a morte de servidor público, que são exemplos de fatos que produzem efeitos jurídicos no âmbito da administração pública. Nós temos também o chamado ato jurídico administrativo, que é uma manifestação da administração pública que também produz efeitos jurídicos. Quando falamos no ato jurídico em sentido estrito no direito civil, há uma manifestação de vontade subjetiva, que vem de uma pessoa. No caso do ato administrativo, essa vontade é uma vontade administrativa, que não necessariamente está associada a uma pessoa e que não necessariamente vai ser levada ao vício por um vício subjetivo na pessoa. Um exemplo de vontade administrativa que não é vontade subjetiva da pessoa é o semáforo porque ele é uma manifestação que produz efeito jurídico. É uma manifestação de vontade administrativa sim, porque quando o semáforo tá aberto, você tem que parar e isso é um efeito jurídico. Nós vamos estudar o pregão eletrônico, e no pregão eletrônico existe determinado momento em que o sistema por si só gera um prazo para que as empresas apresentem propostas e noutro momento o sistema diz que tá encerrada a seção, o que é um ato administrativo. Não é o agente, não é o pregoeiro que tá ali, é o próprio sistema que vai encerrar a seção de lance, então, há a manifestação de uma vontade. Não de uma vontade subjetiva, quanto um ato jurídico em sentido estrito em direito civil, mas uma vontade administrativa. Nós vamos ver também que diferentemente do ato administrativo, o fato administrativo não tá sujeito a recurso administrativo e etc.

1.1. Conceito de ato administrativo

Vamos dar o conceito mesmo de ato administrativo. Eu vou dar um conceito de ato administrativo em sentido amplo, e depois em sentido estrito, que só acrescenta duas palavras quando se fala em sentido estrito.

1.1.1. Ato administrativo em sentido amplo

Em sentido amplo, ato administrativo é a declaração do estado ou de quem o faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas, mediante providências complementares à lei, para a sua fiel execução, sujeita ao controle de legalidade pelo poder judiciário.

Quando a gente fala que ato administrativo é a manifestação “do estado ou de quem o faça às vezes”, é porque você pode ter atos de natureza administrativa que são praticados, por exemplo, por uma concessionária de serviço público. Por isso que se fala “do estado ou quem o faça às vezes”, que não seja estado, mas aquele que esteja atuando em nome do estado. “No exercício de prerrogativas públicas” significa que o ato administrativo tá sujeito ao regime jurídico administrativo ou regime jurídico de direito público. Então o regime jurídico do ato administrativo é o regime jurídico de direito publico ou o que chamam de regime jurídico administrativo. “Mediante providências complementares à lei”, isso é típico do princípio da legalidade que o ato administrativo seria uma declaração e essa declaração seria respaldada na lei, mesmo no caso dos chamados “atos administrativos no exercício de competência discricionária” porque essa discricionariedade decorre da lei, sendo a lei que dá essa margem de liberdade pra que o administrador possa atuar. Então mesmo nesse exercício de atribuições discricionárias, é também complementar à lei e sujeito ao controle de legalidade pelo poder judiciário, lembrando a vocês que essa legalidade aí é a legalidade em sentido amplo. A legalidade em sentido amplo é conhecida também como princípio da juridicidade. Princípio da legalidade em sentido amplo ou princípio da juridicidade significa que você não vai controlar somente o ato administrativo frente à lei como regra, sendo possível controlar o ato administrativo frente aos demais princípios do direito. Esse é o conceito de ato administrativo no sentido amplo.

1.1.2. Ato administrativo em sentido estrito

No sentido estrito, você acrescenta mais duas palavras ao conceito que aí está. Primeiro, a declaração do estado é uma declaração UNILATERAL do estado. Se no sentido estrito, o ato administrativo é uma declaração unilateral, eu posso concluir que o contrato administrativo, ele é um ato administrativo em sentido amplo, mas ele não é um ato administrativo em sentido estrito porque o contrato administrativo por exemplo, ele é bilateral e não unilateral.

Além dessa questão da declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, mediante providências CONCRETAS complementares à lei para a sua fiel execução. Então, utilizem a palavra “concretas”. Se é uma declaração e eu utilizo a palavra “concretas”, significa que o chamado ato normativo, um decreto por

exemplo do chefe do executivo, ele é um ato administrativo no sentido amplo, mas não é no sentido estrito porque ele não produz efeitos concretos. Por exemplo, se você tem um decreto do chefe do executivo que regulamenta a utilização de outdoor na cidade, tá regulamentando uma lei dispondo sobre como é que deve ser colocado outdoor na cidade. Esse decreto, esse regulamento, decreto regulamentar, ele não produz efeitos concretos porque se ninguém quiser colocar outdoor na cidade, isso não faz esse decreto produzir nenhum efeito. Vai ter efeito concreto é o ato administrativo que for praticado com base nesse decreto. No dia que eu quiser botar um outdoor, eu vou ter que ir nos órgãos responsáveis e a partir daí vão ser praticados atos administrativos com base nesse decreto, mas esse decreto não produz efeitos concretos nunca. O decreto pode ser regulamentar, que aí por exemplo regulamenta a colocação de outdoors em Salvador. Esse decreto, ele não tem efeitos concretos porque se ninguém quiser colocar outdoor, não vai ter nenhuma consequência o fato de ter emitido esse decreto. Só vai ter alguma consequência se alguém praticar atos concretos e esses atos concretos serão praticados com base nesse decreto. Eu posso ter decreto que são individuais, por exemplo, o decreto expropriatório do chefe do executivo dizendo que determinado imóvel estará sujeito a uma ação de expropriação. Este decreto, o decreto individual do chefe do executivo, ele pode produzir efeitos concretos, então ele é um ato administrativo. O decreto que não produz efeitos concretos, ele é um decreto regulamentar, é aquele que é um ato normativo.

1.2. Atos da administração

Eu quando vou decidir o que é ato administrativo na administração pública, eu não vou usar do critério subjetivo porque aí é de acordo com a pessoa. Porque se eu chegar pra você e perguntar “atos administrativos são praticados somente no âmbito do poder executivo ou no âmbito da administração pública?” Não. Eu posso ter atos administrativos no âmbito do judiciário, por exemplo, um ato que interfere nas férias do servidor do judiciário é um ato administrativo, e ele foi praticado no âmbito do judiciário. Então eu tenho atos administrativos praticados no âmbito dos demais poderes, então, o fato do ato administrativo ser praticado no âmbito da administração pública, do executivo, do legislativo, do judiciário, não é suficiente para traçar uma diferenciação, uma característica essencial. Do mesmo jeito, que eu posso ter atos praticados no âmbito da administração pública, que não são atos administrativos, são os chamados “atos da administração”. Então eu tenho na administração pública, atos que não são caracterizados como atos administrativos e sim como atos da administração. Quais são eles? Nós temos, primeiro, os atos regidos pelo direito civil. Atos da administração não são atos administrativos porque vai faltar alguma das características que estão no conceito de ato administrativo.

1.2.1. Espécies de atos da administração

Então nós temos: atos regidos pelo direito privado; atos materiais; atos políticos, também chamados de atos de governo (mesma coisa); contratos administrativos; atos normativos; e também nós vamos falar ainda em atos opinativos.

1.2.1.1. Atos regidos pelo direito privado

Vamos falar dos atos regidos pelo direito privado. Existem alguns autores que falam que – inclusive isso foi muito difundido, se você olhar qualquer livro de direito administrativo da doutrina nacional como da estrangeira, eles todos vão falar a mesma coisa no que diz respeito aos atos da administração, todos eles falam isso – que os atos regidos pelo direito privado não são atos administrativos, porque eles não são praticados no exercício de prerrogativas públicas. Ou seja, esses atos regidos pelo direito privado (isso é uma teoria tradicional), eles não estão sujeitos ao regime jurídico de direito público que é o regime administrativo, eles são regidos pelo regime de direito privado, por isso eles não seriam considerados atos administrativos. Por exemplo, a doação de um bem que o estado faz pra alguém, ou um contrato de locação, por exemplo, se o estado locar um bem ou ele for locatário, ele vai se sujeitar a princípio às mesmas regras que se eu for locar um bem. Ele não vai ter nenhum tipo de prerrogativa ou privilégio por causa disso. Lembrem vocês, que quando eu disse que os atos administrativos são praticados no exercício de prerrogativas públicas, lembrem que eu disse que tá sujeito ao regime jurídico de direito público. Regime jurídico seria o conjunto de regras, conjunto de normas que dão fisionomia a um instituto jurídico. Nós vimos que o regime jurídico administrativo, quais são as características dele? A característica dele é que o regime jurídico administrativo, ele está sujeito à 2 princípios que são pilares: princípio da supremacia do interesse público e princípio da indisponibilidade do interesse público. O princípio da indisponibilidade seria que como o estado não é proprietário do patrimônio que gere, ele tem uma série de restrições que nós não temos nas nossas relações privadas. Então, o princípio da indisponibilidade do interesse público gera uma série de restrições que nós nas nossas relações privadas não temos, por exemplo, eu posso admitir funcionário sem concurso, a administração não, eu posso contratar minha família toda, já a administração estaria cometendo nepotismo, eu não sou obrigado a mostrar pra todo mundo quanto eu tenho aplicado no banco pra ninguém. Tem uma série de restrições que decorrem do princípio da indisponibilidade do interesse público, que é um dos pilares que sustentam o regime jurídico do direito administrativo. Por outro lado, as prerrogativas que existem na execução dos atos administrativos, “declaração unilateral no exercício de prerrogativas públicas”, essas prerrogativas públicas são privilégios, os quais decorrem do princípio da supremacia do interesse público. Há a questão da ponderação do princípio da supremacia do interesse público, que tem que ser ponderado e que hoje não é absoluto. Ainda assim, esse princípio, ele existe, é aceito, ele pode estar mitigado sim, mas não tá excluído, e esse princípio da supremacia significa que como o estado atua para a satisfação dos interesses públicos, ele tem determinados privilégios, determinadas prerrogativas que nós não temos. Então, os atos administrativos decorrem dessas prerrogativas administrativas, eles são praticados por supremacia de poder.

O que eu quero dizer quando eu falo dos atos administrativos regidos pelo direito privado, é que muitas vezes a administração pública pratica atos que se igualam ao particular, então não teria essa prerrogativa, não teria essa supremacia e eu falei dos contratos de locação. Existem autores, por exemplo, Agostinho Gordillo, que é um autor argentino, ele tem um tratado de direito administrativo e ele coloca que na verdade que mesmo os atos que a administração pública supostamente pratica regidos pelo direito privado, existem normas de direito público que são aplicadas, por exemplo, a administração pública só pode praticar atos que tenham uma finalidade pública, ela não pode praticar atos que tenham finalidade privada, então a finalidade sempre vai ter natureza pública. So quem pode praticar o ato, a forma do ato, ele tem uma forma determinada que ele vai ter que seguir. Então assim, o que ele quer dizer é que por mais que tenha atos praticados pela administração pública que são regidos pelo direito privado, jamais eu vou ter um ato que seja 100% regido pelo direito privado. Em algum momento eu vou ter um elemento de direito público naquele ato. Então é essa observação que se faz; você não pode ter um ato regido cem por cento pelo direito privado quando praticado pela administração pública. Mas ainda hoje se fala que os atos praticados pela administração pública, que a princípio são regidos pelo direito privado, que esses atos não são atos administrativos porque a administração pública não tem prerrogativa especial, ela se iguala ao particular.

1.2.1.2. Ato material

O ato material, ele nada mais é do que a concretização de um ato administrativo, a concretização de uma declaração contida num ato administrativo. Por exemplo, eu pratico um ato administrativo e determino que seja demolida determinada obra que tenha sido construída irregularmente. O ato administrativo determina a demolição, agora o ato de demolição propriamente dito seria um ato material.

1.2.1.3. Atos políticos ou atos de governo

Os atos políticos ou atos de governo são aqueles cuja competência decorre diretamente da Constituição Federal, praticados por altas autoridades normalmente não submetidas a um regime de hierarquia e tais atos são praticados, segundo alguns autores, na condução da vida política do País e por tal razão, não se sujeitam ao controle de legalidade exercido pelo poder judiciário.

A teoria dos atos políticos surgiu na era de Napoleão. Foi criado o conselho de Estado na França. Quando da próxima queda do governo lá do Napoleão, se tentou colocar algumas questões para o controle desse conselho de estado. Questões que são ligadas ao governo, decisões ligadas à alta cúpula. Daí o conselho de estado francês decidiu que quando fossem atos que fossem praticados pra condução da vida política do país, que o conselho de Estado não podia intervir, não poderia exercer nenhum controle sobre esses atos. Aí criou-se os atos políticos ou atos de governo, que aí não estariam sujeitos ao controle de legalidade do poder judiciário. Essa teoria foi tomando corpo e até hoje ela existe, só que hoje essa teoria de atos políticos ou atos de governo, ou seja

eu ter um tipo de ato que não se sujeita ao controle do judiciário, isso hoje não se sustenta tão confortavelmente como já se sustentou há anos atrás. Por exemplo, no nosso ordenamento jurídico, Celso Antonio Bandeira de Melo diz que na nossa constituição, diz que quando há lesão ou ameaça de lesão, tá sujeito a apreciação do judiciário. Se a Constituição fala isso no art. 5º, que fala de direitos fundamentais, significa dizer que se eu tiver um ato, mesmo que você diga que é um ato político, se ele causar lesão ou ameaça de lesão, ele vai poder se controlado sim pelo poder judiciário. Então, acontece que começou a se tratar cada vez mais desses atos de forma bem reduzida. Dentro de um livro de um autor espanhol chamado Abelardo Garcia, ele diz que entende hoje que só existem atos políticos de duas naturezas. Só tem atos políticos na relação do legislativo com o executivo, no sentido de encaminhamento de projeto de lei, veto de projeto de lei, sanção de projeto de lei, voto concebido em projeto de lei pelo legislativo, ou então as relações internacionais do estado. Então, esses tratados internacionais, a decisão de firmar esses tratados ou não, são atos políticos, ou seja, não tá sujeito ao controle do poder judiciário. Hoje muito pouca coisa está excluída do controle do poder judiciário. Mas essa atividade do poder executivo, do chefe do executivo, que normalmente é exercida por altas autoridades, esses atos políticos, vc vê que muita pouca coisa é excluída do controle do poder judiciário. Sanção de lei, alguém pode controlar isso? Veto de lei você não tem como controlar, o ato vc não tem como controlar. Você pode até dizer o seguinte: “eu vou controlar a lei pq ela é inconstitucional”. Isso é outro departamento. Por exemplo, você pode impedir o prefeito ou o governador de encaminhar (se eu tiver um vício formal, eu posso) um projeto de lei pro legislativo? É um ato político. Nós concordamos que cada dia mais existe uma diminuição, um encolhimento daquilo que podemos chamar de ato político no nosso ordenamento político, mas não pode dizer que não existe. Sanção e projeto de lei não tenho dúvida. Tem um autor, Gustavo Benegoe, que fala q hj não se pode falar em ato discricionário e sim naqueles com maior ou menor grau de vinculação pq quando eu digo que todo ato tá sujeito à observância dos princípios, eu acabo submetendo ao controle, de uma forma ou de outra, do judiciário. Inclusive, tem um autor, Seara Fegundes, que diz que não adianta nem eu dizer que se o ato político causa lesão ou ameaça de lesão. Eu não vou controlar pelo judiciário, porque normalmente o ato político, ele não causa uma lesão direta nem uma ameaça de lesão direta. O fato de eu aprovar ou sancionar um projeto de lei não vai ser necessariamente uma lesão ou ameaça de lesão direta que o ato em si provoca. A lei poderia até provocar, mas aí seria a lei. Eu não acho que você possa chegar pro governador ou pro prefeito e dizer: “olha, você está impedido, retire o projeto de lei!”. O que a gente pode defender, e eu defendo é que a gente não pode pensar mais que temos hoje milhares de atos políticos, porque são atos praticados pelo executivo na sua relação com o legislativo, e os atos praticados em relação a tratados internacionais. Além desses atos da administração, nós temos os contratos administrativos.

1.2.1.4. Contratos administrativos

Os contratos administrativos, eles não são atos administrativo em sentido estrito, mas todos concordam que são atos administrativos em sentido amplo. Eles só não são em sentido estrito mesmo porque o contrato é bilateral e o ato administrativo em sentido estrito é unilateral. O contrato é um ato administrativo em sentido amplo, porque ele também é uma declaração de vontade, no exercício de prerrogativas públicas, tudo direitinho, só que não é unilateral e o contrato é bilateral. Então, ele é um ato administrativo em sentido amplo, mas não é um ato administrativo em sentido estrito.

1.2.1.5. Atos normativos

No que diz respeito aos atos normativos, eles são atos administrativos em sentido amplo e não são em sentido estrito porque não produzem efeitos concretos. Os atos normativos são atos de efeitos gerais e abstratos, ou seja, não produzem efeitos concretos, eles não são atos normativos em sentido estrito, porém são atos administrativos em sentido amplo. O decreto é um exemplo, agora se lembre de que eu posso ter um decreto individual como um decreto expropriatório que é um ato administrativo em sentido estrito. Decreto regulamentar é um ato administrativo em sentido amplo, mas não em sentido estrito, pois é um ato normativo, que não produz efeito concreto. O ato administrativo em sentido estrito, ele produz efeito concreto, a exemplo de uma licença pra construir, a multa que é aplicada, um ato que determina a abertura de um processo, todos eles são atos administrativos em sentido estrito.

1.2.1.6. Atos opinativos

Os atos opinativos também não são atos administrativos porque não produzem efeitos concretos também. Por exemplo, é o parecer de um juiz, um parecer dado por um assessor jurídico. O parecer é um ato opinativo e o ato opinativo não produz efeito nenhum. O que pode acontecer é o ato administrativo que pode ser praticado com base naquele ato opinativo, mas o ato opinativo por si só, não produz efeito nenhum, como o próprio nome já diz.

1.3. Histórico do ato administrativo

A teoria do ato administrativo surge na fase liberal do Estado de direito como uma forma de legitimar o exercício do poder. Porque é uma declaração unilateral com prerrogativa, então não deixa de ser uma forma de se continuar exercitando o poder. Essa teoria do ato administrativo, ela surge, ao mesmo tempo é trabalhada na França e na Alemanha com Otto Meyer. Tanto na França como na Alemanha eles começaram a trabalhar o ato administrativo como uma forma de legitimação do poder. E o que é interessante é que a primeira fase do Estado de direito, que é o estado liberal que é a postura de conservar a liberdade com pouca intervenção do estado na vida do particular. Então aqui na fase liberal, toda intervenção do estado na esfera individual era pra restringir direitos porque o estado tinha uma postura de resguardar tranquilidade, segurança e salubridade, então o estado só entrava na sua esfera pra regulamentar isso.

Então se o estado tinha pouca intervenção na vida do particular e só aparecia pra garantir a ordem, os atos administrativos eram basicamente para restringir direitos. Nessa primeira fase, quando surge o ato administrativo, a principal característica do ato administrativo é a executoriedade. Por exemplo, os atos administrativos na fase liberal tinham essa característica de executoriedade no sentido que a administração pública poderia exigir o cumprimento da obrigação contida no ato, sem precisar do judiciário. Tanto quanto Otto Meyer começa a trabalhar com a teoria do ato administrativo, ele chega a comparar com a sentença judiciária, ou seja, o que administração pública determinasse através de um ato, você tinha que cumprir. Ele tem essa característica de executoriedade e dentro disso, era impositivo.

Mas com a evolução do estado de direito, o estado passou a intervir na vida social e na vida econômica da população. Então, nessa fase, quando o estado passa a intervir tanto na vida social, quanto na econômica da sociedade, os atos administrativo deixam de ser somente restritivos de direito e passam a ser também atos ampliativos de direito. Por exemplo, vocês foram contemplados com um ato ampliativo de direito, o ato administrativo de admissão de vocês numa universidade pública. É óbvio que o ato ampliativo de direito, ele não vem com essa característica de executoriedade porque você forçar a ampliação de direito não tem a menor lógica. Então, nessa segunda etapa se começou a trabalhar com ato administrativo, dizendo que a principal característica do ato administrativo não é mais a executoriedade, passou a ser a unilateralidade, na época do estado social.

Atualmente, quando se fala do ato administrativo, essa declaração unilateral, hoje, principalmente na Europa, se trabalha muito com administração pública consensual, que é aquela em que as decisões são tomadas juntamente com a coletividade, a exemplo das audiências públicas, nós temos alguns conselhos como o conselho municipal de saúde, que são entidades que participam de decisões administrativas e que possuem na sua composição membros da sociedade. Então com essa questão da administração consensual, se fala hoje que o ato administrativo, que já foi considerado o instrumento da administração pública. Se a administração se declara, declara através de ato administrativo. Mas hoje se incentiva muito essa administração consensual, que no Brasil acaba sendo uma utopia. Na verdade ela existe no papel, mas não é efetivada. Então nós temos hoje no nosso País uma tentativa muito grande de falar em administração consensual, mas nós estamos muito distantes do que seria uma administração consensual. Hoje fala-se que o ato administrativo não tem mais o mesmo padrão que tinha anteriormente, não é mais a figura mais importante da administração pública, mas é uma das formas pelas quais a administração pública mais se manifesta, a administração pública normalmente se manifesta através de atos administrativos.

1.4. Atributos do ato administrativo

Atributo é uma característica do ato administrativo. Primeiro, presunção de legitimidade; segundo, imperatividade; terceiro, exigibilidade; quarto, executoriedade; e tipicidade.

1.4.1. Presunção de legitimidade

Presunção de legitimidade significa que presume-se que os atos administrativos sempre são praticados de acordo com a Lei. De acordo com a lei, leia no sentido amplo; tá de acordo com a lei e de acordo com os princípios.

Essa presunção de legitimidade, alguns autores considera um princípio. Essa presunção é uma presunção *juris tantum* porque ela admite prova ao contrário, ela não é uma presunção absoluta. Presume-se que são praticados de acordo com a lei, mas obviamente eu posso provar o contrário. Fala-se que o princípio da presunção de legitimidade, alguns autores falam também que esse princípio não estaria, esse atributo não estaria presente nos atos que tenham nulidade aparente. Os atos que tem nulidade aparente, não possuem presunção de legitimidade. Isso é óbvio, se tem um vício aparente... Por exemplo, a questão dum ato praticado por uma pessoa que não seja servidor público, ou então o ato praticado por um agente publico que chega prum chefe de seção e ele resolve aplicar como sanção deixa-lo em cárcere privado por dois dias. Isso é uma nulidade ou vício aparente, então nesse caso em momento algum essa característica de presunção de legitimidade tá fora desse ato. O fundamento da presunção de legitimidade seria a submissão da administração pública ao principio da legalidade. Tem autores, quem for estudar por Maria Silva Zanela de Pietro, ela diferencia presunção de legitimidade de presunção da veracidade. Alguns autores não fazem essa diferença, por exemplo, presunção de legitimidade é se o ato foi praticado de acordo com a lei, e de veracidade é se os fatos articulados num ato administrativo são verdadeiros. Tem autores que não diferem, então se os fatos, os atos não forem verdadeiros, dá também a falta da presunção de legitimidade. Mas, tem uma decisão do STJ, ele se manifestou expressamente ao invés de falar presunção de legitimidade.

1.4.1.1. Consequências da presunção de legitimidade

Esse atributo que já é tão frequente no ato administrativo, primeiro é que essa presunção de legitimidade dos atos leva à inversão do ônus da prova. Por exemplo, no processo civil, normalmente, quando eu entro com uma ação, o autor tem que provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu tem que mostrar fatos modificativos ou extintivos do direito do autor. Já na presunção de legitimidade dos atos administrativos, existe a inversão do ônus da prova. Por exemplo, a multa de trânsito antecede dizendo que você tava dirigindo falando no celular. Ele não precisa provar, ele não prova não, porque aquela declaração do agente de trânsito tem presunção de legitimidade, que engloba pra muitos a presunção de veracidade. Então, eu que vou ter que demonstrar que não estava falando no celular naquele momento. Então gera inversão do ônus da prova porque presume-se que são verdadeiros, que foi praticado de acordo com a lei. Durval diz que nessa questão da multa seria muito complicado você não trabalhar com a inversão do ônus da prova porque iria inviabilizar. Em algumas situações, possa ser até que não haja inversão, por exemplo, se nos processos disciplinares a administração publica instruir um processo contra você, a administração é que tem que provar que você praticou o ato delituoso. Nesse caso se decidiu que é assim pq se entende que aí o

princípio da presunção de inocência tem um patamar superior ao princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade. Então, eu prestigio no processo disciplinar mais o princípio da presunção de inocência do que da presunção de legitimidade. Tem situações também que eu posso entrar com uma ação, por exemplo, sempre quem faz a prova é o administrado, mas nesse caso aí não, por exemplo, eu vou entrar com um mandado de segurança dizendo que aquele processo é nulo porque eu não fui notificada, eu tô alegando uma omissão da administração pública e nesse caso a administração é que tem que provar que eu fui notificada. Então assim, tem situações que se o objeto de prova tiver com a administração, ela é que vai ter que provar, mas normalmente quem prova é o administrado, agora obviamente que é ele em função da presunção de legitimidade e essa inversão do ônus da prova é uma das consequências da presunção de legitimidade.

Outra consequência é que os recursos administrativos normalmente não possuem efeitos suspensivos, em regra os efeitos são devolutivos. Efeito suspensivo é quando entra com recurso, suspende a decisão, não pode fazer nada. Normalmente o recurso administrativo não possui efeito suspensivo, em função da presunção de legitimidade do ato administrativo. Agora, vai ter efeito suspensivo quando a lei especificamente diz, ou em situações excepcionais. Por exemplo, a questão de tributo, débito tributário. Você paga pra discutir. Porque você paga pra discutir? Porque tem presunção de legitimidade. E o recurso não tem efeito suspensivo.

28/08/14

1.4.2. Imperatividade

Agora nós vamos falar do segundo atributo do ato administrativo que é a imperatividade. Atributo da imperatividade significa que a administração pública pode legitimamente impor obrigações ao administrado, independente de sua concordância.

Então assim, por exemplo, no trânsito é muito comum você ver alteração de gestão de via, quando uma via não era contramão e agora você não pode mais entrar aqui. Ele acaba impondo determinadas obrigações sem que haja consentimento do administrado. Essa característica, no direito italiano é chamada de poder extroverso da administração pública. E, diferente da presunção de legitimidade que atinge todos os atos administrativos, ou seja, todos os atos administrativos possuem o atributo da presunção de legitimidade, a imperatividade é um atributo que só atinge os atos administrativos que impõem obrigações aos administrados. Por exemplo, eu posso dizer que a licença ela é um ato administrativo, mas ela não é dotada de imperatividade. Por exemplo, você vai ter uma licença pra construir, uma licença pra funcionamento, uma licença de habilitação de trânsito, se vocês pedirem, então não tem imperatividade. Então nem todos os atos administrativos possuem essa característica de imperatividade. Para que um ato administrativo possua essa característica de imperatividade, é necessário que seja um ato administrativo que esteja impondo obrigações.

1.4.3. Exigibilidade

O outro atributo do ato administrativo, que eu vou citar aqui é a exigibilidade. A exigibilidade é atributo que permite que a administração pública obtenha o cumprimento de obrigação contida no ato administrativo utilizando de meios indiretos, sem precisar para tanto recorrer ao poder judiciário.

Então assim, a multa de trânsito tem exigibilidade porque o poder público não tem como obrigar você a pagar multa, só que se você não pagar multa, você não licencia o veículo. Então, por exemplo, essa questão do passeio, você tá obrigando que todos os prédios façam essas obras requalificando os passeios, se não fizer, o prédio será multado. Essa questão dessa multa nesse caso, ela tem exigibilidade, é um meio indireto que o município tá utilizando pra fazer com que o administrado cumpra com essa obrigação. Então na exigibilidade, a administração pública utiliza-se de um meio indireto para obter o cumprimento da obrigação contida nesse ato administrativo.

1.4.4. Executoriedade

Já a executoriedade, significa que a administração pública poderá compelir materialmente o cumprimento de obrigação contida em ato administrativo, utilizando-se de meios diretos, sem para tanto precisar recorrer ao poder executivo.

Nesse caso aí, a administração manda o administrado fazer e se o administrado não fizer, ela mesma vai fazer. Na executoriedade, ela lança o cumprimento da obrigação diretamente, sem precisar recorrer ao judiciário. Só existem duas situações em que o ato administrativo possui executoriedade. Primeiro, quando a lei assim estabelecer. Por exemplo, a vigilância sanitária pode fechar um estabelecimento se tiver vendendo material estragado. Outra coisa é obra clandestina, aquela obra que é feita sem licença, sem nada, ele pode notificar o dono pra poder desfazer, pro dono demolir e se o dono não demolir, ele vai lá e faz. Então, se a lei determinar, pode ter executoriedade e também em situação de urgência. Situação de urgência pode ter executoriedade, ela não precisa ir no judiciário pra alcançar o que ela quer, ela vai lá e faz, precisa nem de um meio indireto, vai lá diretamente e faz. A situação de urgência, o prédio tá pra cair, ele notifica o proprietário e o proprietário não faz, numa situação de urgência ele pode ir lá e fazer. Então se ele provar que tem uma situação emergencial, que não dá pra recorrer ao judiciário, ou então tem uma situação legal pra ter executoriedade, ele tem, porque alguns atos administrativos possuem executoriedade. Agora, tem uma questão do Supremo Tribunal Federal dizendo que o poder público só pode ingressar em propriedade privada mediante ordem judicial. Então, se ele precisar ingressar em uma propriedade privada, ele vai precisar de ordem judicial. Agora, quando se falou em propriedade privada, é aquela que não seja aberta ao público. Mas, eu acho que mesmo com essa decisão do STF, você vai ter que em algumas ponderações em algumas situações. Pode existir situações emergenciais que possibilitem isso. Teve uma questão há uns três anos atrás do mosquito da dengue que tava afetando várias casas e muitas casas abandonadas tavam com suspeita de foco de mosquito. Nessa época a administração pública teve que pedir ao juiz um alvará.

A executoriedade é um plus com relação a exigibilidade. Na exigibilidade eu vou utilizar de meios indiretos, e na executoriedade ele mesmo vai lá e faz. Na executoriedade, ele vai lá e faz, só precisa de urgência e previsão legal.

1.4.5. Tipicidade

Outro atributo de ato administrativo que muitos falam, mas que não tem muita consequência é a tipicidade. A tipicidade é um atributo que confere uma garantia ao administrado. Significa que a administração pública só pode atuar fundamentada, tendo como base a lei. Quando se fala em lei, hoje em dia tem uma questão de lei em sentido amplo também, questão de princípio também, porque hoje os princípios tem uma grande valia. Ainda hoje a gente trabalha dizendo que muitas atividades da administração pública, a maioria é fundada na lei em sentido estrito, mas algumas vezes a administração age com base em princípios, mesmo porque algumas situações permitem que seja usada a chama da ponderação de princípios.

1.5. Elementos do ato administrativo

Essa questão de elementos do ato administrativo depende muito do livro que vocês forem estudar. Alguns autores chamam elementos de elementos, q é a nomenclatura mais utilizada. Outros falam em requisitos do ato administrativo. Celso Antonio Bandeira de Melo, que de ato administrativo quem escreve melhor é ele, esses elementos ele chama de pressupostos de validade, pressuposto de existência e ele só acha que elemento só seria dois desses do que a gente vai ver aqui. Na concepção dele, elemento do ato é o que eu vou ver quando o ato é praticado, ou seja, se eu abrir o diário oficial e olhar hoje um decreto expropriatório dizendo que determinada área poderá ser expropriada, isso é um ato administrativo. Quando eu olho esse decreto, na concepção de Celso Antônio, eu só vou enxergar duas coisas: o conteúdo, que é o que o decreto está dizendo e a forma que é o decreto, que vem escrito. Ele acha que a competência, que é quem praticou o ato, a finalidade, a motivação, todos esses outros elementos não seriam elementos, seriam pressupostos porque não estavam no ato propriamente dito. Então ele faz esse raciocínio, só chamando de elemento o conteúdo e a forma, sendo os demais elementos – alguns autores chamam tudo de elemento, como Maria Silva – os demais elementos ele chama de pressupostos.

Na verdade, no nosso ordenamento, a única coisa que nós temos com relação aos elementos do ato administrativo, seria a própria lei de ação popular, que é a lei 4717/65, no art. 2º acaba se manifestando sobre alguns dos elementos do ato administrativo.

“Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.”

Então, acaba que ela acaba elencando aqui, os elementos do ato administrativo. Eu também quero dizer, que além de existirem divergências em relação a essa nomenclatura, se eu vou utilizar elementos, se eu vou utilizar pressupostos, se eu vou utilizar requisitos, ou até aspectos, como fala Massau, além dessa divergência, nós temos divergências com relação aos próprios elementos. Por exemplo, ali na lei de ação popular, fala em competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Alguns autores diferenciam objeto de conteúdo. Uns falam de objeto e outros pegam objeto e destrincham, tratam de objeto como se fosse objeto, e conteúdo. Então eles transformam esse elemento objeto em mais um, conteúdo. Celso Antonio, por exemplo, ele fala de forma e pressuposto formalístico como se fosse dois elementos diversos, quando na verdade, muitos falam só em forma, Maria Silvia fala só em forma, englobando tanto a forma como aquilo que Celso Antonio chama de pressuposto formalístico, ou seja, ele desmembra essa forma. E ainda, nós temos alguns autores que se reportam à chamada causa ou elemento do ato administrativo.

1.5.1. Competência

Muitas vezes vcs vão ver ao invés do autor falar em competência, ele vai falar em sujeito, que não vai ter muita diferença. Competência são atributos ou prerrogativas concebidas à órgãos ou agentes públicos. Então assim, a competência são esses atributos e quando fala em sujeito é aquele à quem a lei atribui competência para a prática daquele ato administrativo. Então tanto faz, pq se eu falo em sujeito, to falando a quem a lei atribui competência e se eu falo em competência, eu to falando do próprio atributo. Sujeito é aquela pessoa ou aquele órgão, provavelmente pessoa porque você tá falando de sujeito, a quem a lei atribui a competência para quem a lei atribui a prática do ato administrativo. Se eu falar logo em competência é melhor, porque competência pode estar em um sujeito, uma pessoa só ou em um órgão. Órgão é um plexo de competências que não é dotado de personalidade jurídica. A secretaria de saúde do estado é um órgão, que não tem personalidade jurídica. Eu não posso acionar a secretaria de saúde, eu não posso acionar a secretaria de educação, porque é um órgão. Eu posso ter um órgão formado de vários agente, como por exemplo a secretaria de saúde, que é um órgão formado por vários sujeitos, mas eu posso ter um órgão formado por uma só pessoa, aí você pode confundir o órgão com o próprio agente público, quando só tem uma pessoa.

1.5.1.1. Características da competência

A competência tem uma série de características. A competência sempre decorre de lei, a lei sempre vai dizer quem é competente, isso é óbvio. Quando vc vai prestar um concurso público, você vai saber o que você vai fazer porque você vai ver as atribuições do cargo. Eu não posso criar um cargo sem atribuição e essas atribuições são exatamente a competência. A competência sempre é oriunda da própria lei, daí porque se diz que a competência é um elemento vinculado do ato administrativo, sempre alguém tem que dizer o sujeito que é competente para a prática do ato.

Outra característica é que a competência é irrenunciável. Se eu tiver todos os requisitos para o exercício de uma competência pública, eu não posso renunciar. Por exemplo, se eu sou auditor fiscal, eu não posso deixar de fiscalizar as empresas porque eu não posso renunciar a competência. A competência é irrenunciável: você pode até renunciar o cargo, mas a competência não se renuncia.

A competência é intransferível, salvo o caso de delegação. A delegação é quando o agente público ou órgão transfere sua competência para outro de mesma hierarquia ou de hierarquia inferior. O delegado, a quem eu transfiro, ele tem que ter a mesma hierarquia ou hierarquia inferior ao do delegante. A delegação é feita em razão de conveniência territorial, conveniência econômica, tem algumas situações que permitem essa delegação. Temos algumas regulamentações sobre o instituto da delegação, como no âmbito federal, nós temos a lei de processo administrativo federal, que é a lei 9784/99 e essa lei, no art. 12 diz:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.”

Então há esse tipo de possibilidade. A própria lei aqui diz quais são as competências que não são delegáveis. Diz assim:

“Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;”

Então por exemplo, o prefeito tem competência pra expedir decretos regulamentares e como é um ato normativo, ele não pode transferir essa competência.

“Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

Então assim, a lei diz “compete exclusivamente”, se for de competência exclusiva, não pode ser delegada. Então fala aí da questão da delegação. Claro que os atos praticados pelo delegado em razão da delegação são de sua responsabilidade.

Além da delegação, a competência está sujeita à avocação, à modificação de competência através da avocação. Vejam vocês que a avocação é um processo mais traumático porque na delegação eu to pegando uma atribuição que é minha e tô dando pra uma pessoa. Na avocação eu faço exatamente o contrário, a autoridade hierarquicamente superior chama para si competência de órgão hierarquicamente inferior, então ele vai chamar para si uma competência. Como é uma situação mais traumática, a própria lei no art. 15, diz assim:

“Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.”

Então veja que a avocação chama para si atribuição de órgão hierarquicamente inferior. Normalmente a delegação decorre de questões técnicas. Então essas seriam as características da competência.

Lembrem-se que competência não se confunde com a questão da capacidade, a capacidade do agente atuar. Se eu tiver que falar de competência como elemento do ato administrativo, não me interessa a capacidade ou incapacidade porque capacidade não é competência. Eu posso dizer que algumas regras de capacidade você tem dentro da administração pública, como por exemplo, você não pode exercer cargo público se for menor de 18 anos, você não tem capacidade para tanto, então menor de dezoito anos não exerce cargo público. Outra coisa que é interessante em relação à capacidade por exemplo, no direito civil, se você pratica um ato acometido de uma doença mental, esse ato é nulo. Agora, no caso do direito administrativo, se o agente público pratica um ato acometido por um distúrbio mental, não necessariamente ele será nulo. Isso quer dizer que a capacidade no direito civil não é idêntica à capacidade no direito administrativo, lembrando que nos interessa como elemento de ato administrativo é o aspecto da competência como elemento do ato administrativo e não a capacidade. ISSO PROVAVELMENTE CAI NA PROVA! A capacidade é um aspecto subjetivo, então na administração pública, muito pouco se trabalha com o aspecto subjetivo. A competência é diferente, o que nos interessa como elemento do ato é a competência. A capacidade como elemento subjetivo do sujeito pode ter alguma influência a depender da situação. Incapacidade decorrente de transtorno mental no código civil, sua importância na administração vai depender das circunstâncias. Por exemplo, tem uma pessoa que trabalha num órgão público e ela trabalha na Sucom e essa pessoa é a responsável pela questão da licença pra construir. Aí ela foi trabalhar e se teve conhecimento que aquela pessoa naquele dia que ela trabalhou tava com distúrbio, inclusive ela tomou cada atitude inacreditável no local de trabalho e todo mundo pensou que realmente ela tava com problema mental, o q se confirmou ao final do expediente. Mas passando por esse distúrbio mental gravíssimo em que elea estava totalmente fora de si, ela praticou alguns atos administrativos como a expedição de licença para construir. Esse ato será nulo? Se fosse no direito civil, sim, mas no direito administrativo, como foi um ato vinculado, que a lei estabelece todos os elementos para a sua prática, se o ato foi praticado de acordo com a lei, pode prevalecer o ato. Então, o tratamento da capacidade no direito

civil é diferente do tratamento da capacidade no direito administrativo, mas é um elemento subjetivo. O que a gente tá estudando, o que nos interessa como elemento do ato administrativo não é a capacidade, é a competência. A competência não tá vinculada à pessoa em si e nem sempre tá vinculada ao cargo, porque se eu for contratada por REDA (temporário), eu não tenho um cargo e eu tenho competência. Então eu posso ter uma atribuição que não seja necessariamente ligada a um cargo.

Celso Antonio chama a competência de pressuposto subjetivo de validade.

1.5.2. Forma do ato administrativo

Além da competência, nos temos também a forma. A forma ela pode ser vista de duas maneiras. Tem autores como Maria Silva que diz que a forma tanto é um revestimento externo do ato, como também formalidades exigidas na constituição do ato. Pra Maria Silva, tudo é forma. Já Celso Antônio chama o revestimento externo do ato de elemento, então ele diz que forma é um elemento do ato administrativo porque ele acha que o elemento é aquilo o que eu vejo quando eu pratico o ato. Ele acha que quando o ato é praticado, eu só vejo a forma, que o revestimento e o que o ato tem escrito, que é o conteúdo e é por isso que ele chama esses dois de elemento. Então ele acha que o revestimento externo do ato é chamado de forma, e as formalidades exigidas na prática do ato, Celso Antonio chama de pressuposto formalístico de validade. Se eu tenho um ato convocatório para uma licitação, quando eu abro o diário oficial, eu só vou ver duas coisas, eu só vou ver o ato convocatório cuja forma é edital, que é o revestimento externo e eu vou ver também o conteúdo, que é o que o ato tá dizendo. Eu não vou ver quem praticou o ato, os motivos também são anteriores, a finalidade também é anterior à prática do ato, tudo veio antes. O revestimento externo de todos os atos do chefe do executivo é decreto, da licença é sempre um alvará, de uma autorização também, sendo que às vezes eu tenho uma nomenclatura específica, outras, não. As formalidades da prática do ato administrativo, são chamadas por Celso Antonio como pressuposto formalístico de validade.

Então vamos falar da forma enquanto revestimento externo. Quando falo da forma enquanto revestimento externo, eu posso dizer que todo ato administrativo tem em regra a forma escrita, são escritos. Eu posso ter hoje uma coisa que se fala muito, que é o ato administrativo eletrônico, que são aqueles praticados através da internet. Eles já existem no nosso ordenamento, mas ainda não substituíram os atos escritos.

Tem alguns autores, que eu não concordo, que falam que existe o ato administrativo tácito, a exemplo que seria a seguinte situação. Duas pessoas pedem autorização para utilizar determinada área pública para realizar um determinado evento. Esses dois pedidos de autorização chegam no mesmo período, nos mesmos horários. Aí a administração autoriza que A utilize a área e em nada se manifesta com relação ao pedido de B. O que se entende é que tacitamente houve um ato negando a autorização a B e que esse ato seria um ato tácito. Eu prefiro entender que o que aconteceu em relação à B foi a consequência da autorização dada a A, e não um ato tácito negativo. Isso não tem absolutamente nenhuma importância, mas falei porque existe essa menção de alguns autores ao chamado ato tácito.

Eu posso ter atos administrativos praticados através de sinais ou verbalmente em três situações. Situação de transitoriedade do ato administrativo, irrelevância do ato administrativo ou urgência na prática do ato administrativo. Um exemplo de ato administrativo transitório é o semáforo e por sua transitoriedade, é praticado através de sinais. A situação de irrelevância é, por exemplo, você tem o expediente num determinado órgão público, que por uma questão de que faleceu alguém ou tá chovendo muito, ou tá tendo greve, aí ao invés de liberar no horário normal, libera meia hora, uma hora antes. Esse ato que determina a liberação, pode não ser escrito. Pode gerar consequências, por exemplo, eu tenho um recurso pra entrar naquele órgão, cheguei lá e já tinha liberado há dez minutos, mas eu tava dentro do expediente. Então eu vou poder no dia seguinte ingressar, mesmo tendo sido um dia após a data determinada, porque ele foi capaz de gerar uma inconstitucionalidade. Se diz que o ato é irrelevante porque é um ato que muita pouca consequência jurídica pode levar. É um ato administrativo e pode gerar consequência, mas não são consequências escritas, por isso que nesse caso pode não ser praticado, excepcionalmente, por escrito. São situações excepcionabilíssimas, eu não vou saber dar vários exemplos porque em regra o ato administrativo tem que ser escrito mesmo. A situação de urgência pode levar a necessidade de praticar um ato administrativo sem que ele seja escrito, a exemplo das determinações dadas na Polícia Militar. Na Polícia Militar, que exerce o poder de polícia, existem muitos atos administrativos que são praticados sem ser por escrito. Ou até a própria sucuma, que pode determinar. Chegou uma questão, até com executoriedade, porque tá caindo lá um determinado prédio, tá chovendo e tá vendo que vai cair, então vamos mandar lá uma pessoa e vamos demolir. Eu posso fazer essa determinação sem nem ser por escrito, mas eu tenho que ter muito cuidado nessa questão de urgência porque se eu to praticando um ato administrativo sem ser escrito, por uma situação de urgência, eu tenho que deixar bem claro que há aquela situação de urgência, eu tenho que deixar bem claro, não pode restar dúvida. Você tá praticando um ato fora da regra normal, que deveria ser por escrito.

1.5.2.1. Silêncio na administração pública

Vamos falar agora do silêncio na administração pública, ainda dentro da forma. A grande questão é: o silêncio na administração pública, gera consequências jurídicas? E ele seria um ato administrativo? Em que sentido?

Por exemplo, eu entrei com um requerimento pedindo uma autorização para utilizar uma determinada área pública, que eu quero fazer uma festa. Uma festa, assim, de igreja e tal... e eu queria uma autorização pra utilizar determinada área. Eu entro com esse pedido de autorização e a administração não me dá resposta nenhuma. Esse silêncio da administração, pode gerar alguma consequência jurídica? Qual a consequência jurídica desse silêncio?

Um dos melhores textos que eu já li sobre silêncio da administração pública foi escrito por Celso Castro. Tem autores como Eduardo Garcia, que é um autor espanhol, que faz referência a dois tipos de silêncio: o silêncio positivo e o silêncio negativo. Silêncio positivo é quando a lei estabelece consequências jurídicas para o silêncio.

Exemplo: a administração pública tem quinze dias pra se manifestar quanto ao pedido de autorização de uso realizado. A não manifestação da administração pública nesse prazo significa o indeferimento do pedido. Pronto, eu tenho uma consequência jurídica do silencio. Aí questiona: esse silencio que teve uma consequência jurídica, ele é um ato administrativo? Essa que é a grande questão. A maioria da doutrina nacional entende que não seria ato administrativo porque faltou o que? Qual é o conceito de ato administrativo que não tem aí no silencio? É a declaração. Então lembre que eu falei que o ato constitui uma declaração. Então o silencio não é uma declaração, então não seria um fato administrativo, seria um ato administrativo, porque o decurso do tempo gerou uma consequência jurídica. Porém, tem autores com Marsal, que ele entende que o silencio positivo, que é quando produz efeito jurídico, ele diz que é ato administrativo. Eu acho que é fato administrativo, mas há essa pergunta, certo? A maioria entende como fato administrativo o silencio positivo. Hoje em dia, a gente não tá falando muito dessa questão do silencio porque também de qualquer sorte, nós temos a lei de acesso à informação e essa lei tem contribuído muito pra essa questão do silêncio na administração pública porque de qualquer sorte, nós temos uma legislação que estabelece prazos para informações prestadas a particular. Pode dizer: “bom, mas aí não é uma informação, é um requerimento”. Aí você vai ver como é que vai ficar, porque as informações hoje, você tem prazos acrescidos. No âmbito federal, covê tem a lei de acesso à informação, que é a lei 12.527/11 que diz que a administração tem 20 dias pra poder se manifestar e pode ser prorrogado por mais dez no pedido de informação. Então, de qualquer sorte, ela estabelece um parâmetro e até se eu entrar com um requerimento, eu posso estabelecer um prazo porque muitas vezes a administração pública, a administração pequena de municípios, não se tem um prazo determinado pra atendimento de demanda. O que é muito comum é concurso público, que você entrar com recurso, nem é recurso administrativo, é alguma coisa e você quer saber quando você vai ser nomeado. Aí: “volte amanhã... volte depois de amanhã...” e nunca responde. Então quer dizer, você não tinha uma regulamentação dessa, de informações. Hoje em dia nós temos uma norma mais ou menos geral sobre essa questão. É importante porque quando eu faço um pedido à administração pública, eu quero saber quando é que a administração pública vai tar em mora comigo, porque um dia ele vai tar em mora, porque eu tenho o direito de petição, que é assegurado Pela constituição federal. Ora, se ela me assegurou o direito à petição, ela deve ter me assegurado que a administração pública, conseqüentemente, implicitamente, o dever de atender o meu pleito. Então, ela tem o dever de me atender, porque à todo direito corresponde um dever. Então, vai me atender quando? Isso é importante, porque quando eu fizer um pleito pra administração e ela não me atender, eu vou querer ir no judiciário, porque eu tinha esse direito, eu tenho o direito líquido e certo à manifestação da administração, eu posso entrar com um mandato de segurança. O que acontece é que se eu tenho o silêncio positivo, eu to numa situação muito melhor porque no silencio positivo, o decurso do tempo traz uma consequência pro silencio. Então se eu quiser ir pro judiciário, eu não vou questionar o silencio, eu vou questionar o indeferimento por decurso do prazo. Por exemplo, se disser assim: “passado os quinze dias, significa que indeferiu”, a única coisa que eu vou poder discutir em juízo é esse indeferimento porque o indeferimento já

existiu, porque a lei diz que o silêncio tem uma consequência jurídica. Outro caso é o caso que eu to pedindo a informação e a lei não estabelece prazo nenhum, ou então estabelece um prazo pra resposta mas não diz qual é a consequência do silêncio. Nesse caso quando a lei não diz qual é a consequência do silêncio, eu vou ter que ir no judiciário pedir que a administração se pronuncie. Por exemplo, foi a autorização que eu pedi pra ocupar uma área, ela não se manifestou. Então eu vou pra o judiciário: “judiciário, determine que a administração diga se ela autoriza ou não!”, porque eu tenho esse direito de querer a resposta. Então, claro que quando você tem o silêncio positivo, pelo menos você já tem pelo menos algum ponto positivo, digamos assim, porque pelo menos o decurso do prazo acaba em consequência jurídica.

Lembrando que nós tratamos do silêncio porque nós estamos falando de forma, de revestimento externo e pra dizer que na nossa opinião, lembrando que há divergências, o silêncio não seria um ato administrativo porque ao silêncio falta exatamente uma declaração, e não existe uma forma também, o silêncio não tem forma. Com relação às formalidades exigidas na prática do ato, nós vimos aqui que, por exemplo, Celso Antonio chama essa formalidade de pressuposto formalístico de validade, e Maria Silvia chama de forma. O que são essas formalidades? Eu vou dar um exemplo. Por exemplo, o edital de licitação, ele tem que ser publicado num jornal de grande circulação e no diário oficial, isso é uma formalidade e pra Maria Silvia também é forma. No processo administrativo, a notificação do indiciado tem que ser feita pessoalmente, isso é uma formalidade. Então você tem forma e tem formalidade, que Maria Silvia chama tudo de forma. Tanto a forma quanto a formalidade pode ser tanto às vezes vinculada, como pode ser discricionária. Tanto a lei muitas vezes diz qual é a forma, qual é a formalidade exigida, como pode não dizer. Quando ela diz, é vinculada; quando ela não diz, é discricionária. Por isso que a gente fala que a forma é um elemento discricionário do ato administrativo, porque muitas vezes a lei não estabelece uma forma específica, ou uma formalidade específica.

02/09/2014

1.5.3. Conteúdo do ato administrativo

Vamos falar agora do conteúdo. Existem autores que distinguem conteúdo de objeto e outros que não fazem essa distinção. Quem distingue conteúdo de objeto adota uma teoria que foi desenvolvida na Itália por Guido Zanovini. Guido Zanovini foi quem trouxe essa teoria separando conteúdo de objeto. Quem não faz essa separação só fala em conteúdo.

Conteúdo é tudo o que o ato declara. Tudo o que o ato administrativo declara, estabelece, é o conteúdo do ato administrativo. Já o objeto é aquilo a que o ato se reporta. Exemplo: Numa declaração expropriatória, o conteúdo desse ato é a manifestação da administração pública dizendo que vai desapropriar tal imóvel, isso é o conteúdo da declaração expropriatória. Então, se olharmos os atos expropriatórios, que é chamado decreto expropriatório, o conteúdo é exatamente o que tem escrito lá no ato dizendo que o município de Salvador determina que será desapropriada a área tal, isso é

o conteúdo do ato que o ato determina. E qual vai ser o objeto? O objeto é o imóvel que vai ser desapropriado, aquilo a que o ato se reporta. Eu quero lembrar pra vocês que até mesmo Celso Antonio chama conteúdo de elemento do ato administrativo. Lembrei a vcs que celso antonio chama alguns elementos de pressupostos, mas no caso do conteúdo, ele também chama de elemento do ato administrativo. E o objeto, celso antonio chama de pressuposto de existência do ato administrativo. Porque o vício no objeto do ato administrativo pode levar a inexistência do ato. Objeto é aquilo a que o ato se reporta. Por exemplo, digamos que eu instale um processo administrativo contra um servidor publico, aí no curso desse processo administrativo, ele veio a falecer. Depois do servidor falecido, a autoridade competente vai e demite o servidor falecido. Entao nesse caso existe uma impossibilidade material. O ato é inexistente porque você não pode demitir servidor falecido. Celso chama de pressuposto de existência porque ele entende que o vício no objeto pode levar a inexistência do ato. O conteúdo do ato administrativo pode ser tanto vinculado quanto discricionário, vai depender da situação. Tem situações em que o conteúdo é vinculado, a própria lei diz qual é o conteúdo. Mas eu posso ter situações em que o conteúdo é discricionário. Eu vou dar um exemplo de conteúdo discricionário. A lei de licitações tem um artigo, que é o art. 87, que diz que a inexecução total ou parcial do contrato pode levar a aplicação das seguintes sanções. Aí tem lá: declaração de idoneidade, suspensão temporária, multa... Ora, nesse caso em que a lei diz isso e não especifica quais os casos que cabe a sanção, o administrador publico, quando ocorrer a inexecução total ou parcial do contrato, vai escolher uma daquelas sanções para aplicar ao contratado. Entao nesse caso, esse conteúdo desse ato é discricionário, porque ele vai poder escolher qual sanção vai ser conteúdo do ato. Se eu disser que se você praticar improbidade, a sua sanção é de demissão. Então o conteúdo do ato vai ser uma demissão, porque a lei já diz. Nesse outro caso que diz assim “a inexecução total ou parcial do contrato, pode levar às seguintes sanções:”, ele não diz qual é a sanção vai ser aplicada, o administrador é que vai escolher qual a sanção que vai aplicar. Nesse caso eu to numa situação em que o conteúdo do ato é discricionário e o conteúdo é aquilo que o ato determina.

1.5.3.1. Motivos

Motivos são os pressupostos de fato ou de direito que levam a pratica do ato. O motivo antecede a pratica do ato, seria aquela situação que vai levar a pratica do ato, que vai justificar a pratica do ato. Existem dois motivos, que a gente falou aí: os motivos de direito e os motivos de fato. Os motivos de direito são aqueles que estão estabelecidos na norma para a pratica do ato administrativo, então são aqueles que estão na norma, que justificam na lei a pratica do ato administrativo. E o motivo de fato é a ocorrência ou a verificação fática do motivo previsto abstratamente na norma. Entao quando ocorre, é a ocorrência fática do motivo previsto abstratamente na norma. Entao quando um motivo que ta previsto na norma acontece na situação fática, na realidade nós estamos diante de um motivo de fato. Pegando aquele caso da demissão, no estatuto do servidor público, que é a lei 8112, diz no art. 132 que “a demissão será aplicada nos seguintes casos.” Entao quando eu leio a lei, eu to dizendo aqui quais são os motivos de

direito que levam a aplicação da sanção de demissão. “A demissão sera aplicada nos seguintes casos”, então ocorrendo estes casos, eu posso aplicar a sanção de demissão, o que significa dizer que eu estou aqui na lei 8112 diante dos motivos de direito que levam a aplicação da demissão. Entao, tem por exemplo, “ofensa física em serviço a servidor ou a particular, salvo a legitima defesa própria de outrem”, que é um dos motivos de direito que levam a aplicação da sanção de demissão. Quando é que vai acontecer um motivo de fato? Quando por exemplo nessa situação aqui, um servidor publico agredir, dar um murro em outro sem motivo nenhum, então nós estaremos diante do motivo de fato que leva à aplicação da sanção de demissão.

Celso Antonio chama o motivo de pressuposto objetivo de validade. Quando eu falo de motivo, é diferente de motivação. A motivação é a exteriorização dos motivos. Se eu tiver que motivar um ato e não o motivo, o vício ta em que elemento do ato? O vício ta na forma e não no motivo. So o fato de você não motivar o ato, não significa que os motivos não aconteceram. A motivação é uma formalidade, então eu posso dizer que é um vicio de forma e segundo Ceso Antonio, é um pressuposto formalístico que deixou de ser alcançado. Motivação é a exposição dos motivos. Entao, quando você tem um vicio na motivação, você não tem um vicio nos motivos.

Os motivos tanto podem ser vinculados, quanto discricionários. Naquela situação da demissão, ele é vinculado. Eu só posso demitir se acontecer na situação fática uma daquelas hipóteses previstas abstratamente na norma, então pra eu aplicar a sanção os motivos são vinculados, eu so vou poder demitir se um daqueles casos previstos na lei acontecer no caso concreto. Agora por exemplo, eu posso ter situações em que o motivo pode ser discricionário, exemplo: exoneração de cargo comissionado. Na França tem uma teoria chamada teoria dos motivos determinantes, que eu nem uso tanto ela hoje, nem falo muito porque a regra hoje é que eu tenho que motivar todos os atos. Os atos administrativos em regra tem que ser motivados, principalmente aqueles que vão restringir direitos. Se eu vou restringir direitos de alguém, se eu for entrar na esfera de alguém restringindo algum direito ou impondo obrigação à pessoa, obrigatoriamente eu tenho que motivar e isso já tem varias decisões do STJ nesse sentido. Hoje em dia se caminha num sentido de que todos os atos administrativos tem que ser motivados. A motivação não so garante a transparência, porem além disso, eu inclusive garanto o contraditório e a ampla defesa, até. Pois bem, a teoria dos motivos determinantes diz assim, que mesmo naquela situação em que a administração não for obrigada a motivar os atos, uma vez motivando, ela esta subordinada aos motivos expostos. Eu não tenho que motivar a exoneração de cargo comissionado, mas se eu motivei, eu me vinculo aos motivos que eu coloquei. Entao, se por exemplo eu digo que vou exonerar uma pessoa de cargo comissionado e resolvo motivar, dizendo que eu não tenho mais necessidade desse cargo, que eu não vou mais ocupar o cargo, que o cargo é desnecessário e dois dias depois eu boto lá outra pessoa, eu vou lá e vou anular essa exoneração porque eu vou dizer que os motivos foram falsos, porque aí é a questão da teoria dos motivos determinantes.

1.5.3.2. Finalidade

Finalidade é aquilo que se busca com a prática do ato administrativo. Celso Antonio chama a finalidade de pressuposto finalístico. Na linguagem coloquial, vcs tem mania de confundir motivo com finalidade. “Qual foi o motivo que você praticou isso? Com que finalidade?”. Mas é diferente no direito administrativo. Os motivos é o que leva à prática do ato e a finalidade é o que eu vou buscar com a prática daquele ato. Por exemplo, quando um servidor público ofende fisicamente alguém no órgão público, isso é um motivo para demissão, mas a finalidade dessa demissão é extinguir o vínculo daquela pessoa com a administração pública. O motivo antecede o ato, é o pressuposto que leva à prática do ato e a finalidade é pra que eu vou praticar aquele ato. Enquanto o motivo é o que leva a prática, a finalidade é o objetivo que se busca alcançar com a prática do ato.

A finalidade pode ser próxima ou imediata, ou finalidade remota ou mediata. A finalidade próxima é aquela típica do ato que pratica. Então, por exemplo, qual é a finalidade próxima do ato de demissão? A finalidade próxima do ato de demissão é extinguir o vínculo da pessoa com a administração pública. A finalidade próxima do ato de desapropriação é tirar a propriedade que não é sua. A finalidade remota ou mediata de todo ato administrativo é a satisfação do interesse público. Todo ato administrativo tem como finalidade remota ou mediata, o atendimento ao interesse público. Por exemplo, eu tô demitindo pra punir a pessoa e extinguir o vínculo dele, agora, a finalidade remota é garantir uma boa prestação do serviço, o que é do interesse de todos, para que aquele tipo de evento não venha a acontecer. A finalidade próxima da desapropriação é retirar a propriedade da pessoa, mas a finalidade remota é realizar uma obra que todos vão utilizar, é dar um serviço público de qualidade. Então, a finalidade próxima é aquela que é típica do ato administrativo, é típica daquele ato e a finalidade remota sempre é o atendimento do interesse público. Por isso que muitos autores falam que a finalidade remota seria um elemento vinculado do ato porque sempre que eu praticar um ato administrativo, eu tenho que buscar a satisfação do interesse público, então não tem como eu praticar um ato sem ser pra satisfazer um interesse público. Então essa finalidade, pelo menos a finalidade remota, ela sempre vai estar vinculada porque todo ato que eu pratico, eu tenho que ter como objetivo ou como finalidade o atendimento do interesse público. No caso da licença pra construir, a finalidade próxima é permitir que você construa dentro dos parâmetros estabelecidos e autorizar a construção, e a finalidade remota é você criar um ambiente urbano, ou seja é um interesse público. Eu vou instalar um processo administrativo contra alguém que trabalha no SAC da barra. Aí quando chega o término do processo, a autoridade administrativa diz assim: eu já sei o que eu vou fazer, eu vou transferir pro sac lá da estrada do côco, porque aí eu vou fazer uma remoção e no final do processo administrativo eu vou ter aplicado à ela a remoção como sanção. Esse ato é nulo, claro, porque a finalidade próxima da remoção é atender uma necessidade do serviço. Eu não posso punir alguém com remoção, porque remoção não é ato pra punir ninguém. A finalidade da remoção é na verdade garantir a boa prestação do serviço. Então, há um vínculo na finalidade próxima, mas a finalidade remota não tá atingida, porque eu queria garantir a boa ordem do serviço, então se fosse possível transferir alguém pro sac da

estrada do coco, isso serviria de exemplo, então o vício aí tá na finalidade próxima. A finalidade próxima, ela é típica de qualquer ato administrativo.

1.5.3.3. Causa

Muitos doutrinadores nem falam em causa enquanto elemento do ato administrativo. Tem autores que dizem que causa é a mesma coisa que motivo, outros dizem que é a mesma coisa de finalidade, mas quem entende que seria algo mais, diz que causa é uma relação de coerência entre os motivos e o conteúdo do ato para se atingir a finalidade. Quando a gente fala em causa aí, tem muita relação com o princípio da proporcionalidade. Esses motivos e esse conteúdo que eu colocar nesse ato, ele é suficiente para atingir a finalidade? A situação é mais ou menos essa. Quer ver uma coisa aqui? A questão desses panfletos que são jogados na rua pelos partidos políticos, há uma sanção que é uma multa baixíssima que não chega a 10 mil reais e isso faz com que o ato administrativo não atinja a finalidade porque a multa é muito baixa.

1.6. Classificação dos atos administrativos

1.6.1. Quanto a vontade administrativa

Quanto à vontade administrativa, os atos administrativos podem ser: atos negociais; meros atos administrativos; atos de império.

1.6.1.1. Atos negociais

Os atos negociais são aqueles cujo efeito são pretendidos pelos administrados, ou seja o administrado tem interesse na prática daquele ato. Exemplo: uma licença pra construir; uma licença de habilitação de trânsito; o ato de admissão numa universidade pública, todos são atos negociais porque o beneficiário do ato quer a prática daquele ato, quer que o ato produza aquele efeito. Esses atos negociais dependem da iniciativa do beneficiário. Então, por exemplo, quando vocês passaram no vestibular da Ufba, vocês tiveram que vir aqui fazer a matrícula. Se você quer construir em algum lugar, você quer ter a licença, a administração não vai impor a você atos negociais, eles não são impostos aos administrados. Agora, ele é diferente de um negócio jurídico, por exemplo, o contrato que firmam com a administração pública, tem uma licitação para administrar a cantina da faculdade. O contrato firmado, é um negócio jurídico, não é um ato administrativo, porque no negócio jurídico, normalmente você pode discutir pelo menos algumas cláusulas desse contrato com a administração e no ato negocial não. Então, se eu quiser ter uma licença pra construir, eu vou ter que me submeter exatamente àquelas regras que estão lá estabelecidas na lei de uso do solo, eu vou ter que pagar uma taxa específica. Se você quiser entrar na faculdade no ato de admissão, todo mundo vai ter que fazer as mesmas coisas, então veja aí que é diferente do negócio jurídico porque neste, você quer a prática do ato mas pelo menos vc tem a possibilidade de discutir algumas cláusulas e no ato negocial não. Você quer a prática do ato mas

sabendo que o ato tem aquela forma estabelecida unilateralmente pela administração. A única coisa que o administrado vai pedir é que o ato seja praticado, mas na forma estabelecida pela administração.

1.6.1.2. Meros atos administrativos

Os meros atos administrativos são aqueles que não produzem efeitos jurídicos, por isso que alguns entendem que nem são atos administrativos. Exemplo: o parecer. O parecer é um mero ato administrativo. O ato opinativo é um mero ato administrativo. Não seria um ato administrativo em sentido estrito, mas em sentido amplo.

1.6.1.3. Atos de império

Os atos de império são aqueles cujos efeitos são impostos ao administrado, independente de sua vontade. Por exemplo, a imposição de multa.

1.6.2. Quanto à formação da vontade administrativa

Quanto à formação da vontade administrativa, os atos podem ser simples, complexos, ou compostos.

1.6.2.1. Atos administrativos simples

Os atos administrativos simples são aqueles que se completam ou que se perfazem com a manifestação de um único órgão. A maioria dos autores entendem que esse órgão pode ser um órgão unipessoal, formado por uma única pessoa, ou pode ser um órgão colegiado. Agora, Marçal Justen Filho diz que quando for um órgão colegiado, o ato é coletivo. A maioria entende que o ato simples pode ser praticado por um órgão formado por uma única pessoa ou um órgão colegiado, a decisão do colegiado. Por exemplo, a decisão do conselho da cidade, que é um órgão colegiado. Então a maioria entende que mesmo sendo órgão colegiado, o ato é simples. Mas Marçal faz a distinção dizendo que quando o ato é simples, o órgão só tem uma pessoa, se for um órgão colegiado, seria coletivo.

1.6.2.2. Atos complexos

O ato complexo é aquele que se perfaz ou se completa, ou se aperfeiçoa, com a manifestação de mais de um órgão. Por exemplo, a escolha de um ministro do STF. Ele é escolhido mas só pode tomar posse depois que passa pela aprovação do senado. Então é um ato complexo, ele precisa da participação de dois órgãos. No caso do ato composto, muitos autores nem falam do ato composto. Quem fala do ato composto, diz que o ato composto é diferente do ato complexo, porque no ato complexo você tem dois órgãos que participam do ato da mesma forma. No caso do ato composto, você tem um órgão que pratica um ato principal e o outro órgão pratica apenas atos acessórios que

visam conferir eficácia ao ato principal. Tinha uma situação que todo mundo falava que era ato composto. A Constituição Federal diz que o ato de aposentadoria tem que ser registrado no tribunal de contas. Então, o que é que acontece? Você se aposenta perante a administração e registra o ato de aposentadoria no tribunal de contas. Todo mundo dava esse exemplo como se fosse ato composto, porque quando vc se aposenta perante a administração pública, você já tá aposentado, apenas vai ter que ter um registro no tribunal de contas que vai dar a eficácia. Pois bem, o STF veio e disse que o ato de aposentadoria, o seu registro é um ato complexo, significa dizer que no entendimento do STF que quando eu me aposento perante a administração e enquanto eu não tiver o registro no tribunal de contas, eu não me aposento, porque não se completa o ato. Porque no caso do ato composto, o outro ato é acessório, o ato já existe, o outro trata apenas da eficácia, e no ato complexo enquanto eu não tiver a manifestação de todos os órgãos, eu não tenho ainda o ato formado. No ato composto, enquanto só tiver a manifestação do órgão principal, pelo menos o ato já é válido, ele não é eficaz, apenas e aí já tem outras implicações.

1.6.3. Quanto aos destinatários

Quanto aos destinatários, os atos podem ser individuais ou gerais. O ato individual se dirige à pessoas determinadas, eu posso determinar o beneficiário do ato. Os atos gerais são aqueles que eu não tenho como identificar os beneficiários. Por exemplo, a nomeação é sempre um ato individual, mesmo que eu tenha uma relação com mil pessoas nomeadas no mesmo dia, ele é um ato individual. Agora, o edital de concurso é um ato geral, pois ele se dirige a todos aqueles que estejam naquela condição estabelecida no edital, não sei quem são. O ato é o edital, a publicação é uma formalidade, mas o edital já existe.

1.6.4. Quanto aos efeitos

Quanto aos efeitos, os atos podem ser declaratórios, ou constitutivos. Os atos declaratórios são aqueles que declaram uma situação jurídica pré-existente. Os atos constitutivos criam, modificam ou extinguem situações jurídicas. Então, por exemplo Celso Antonio diz que uma vistoria seria um ato declaratório, tal como o atestado. Agora, por exemplo, uma autorização que é concedida para alguém utilizar uma área publica seria um ato constitutivo. Existe apenas uma pequena divergência na doutrina aí, que é trazida por Maria Silvia e que eu não concordo. Ela dizia que os atos vinculados são declaratórios e os atos discricionários são constitutivos. Eu concordo que todo ato discricionário é constitutivo, isso não há duvida. Agora, você dizer que os atos vinculados são declaratórios, fica parecendo que você já tem um direito anteriormente. Então, por exemplo, a licença pra construir ou uma habilitação de trânsito são atos declaratórios, você tá constituindo uma situação jurídica nova, mesmo que seja um ato vinculado. Então eu acho que Celso Antonio é mais cauteloso porque ele fala que um atestado é um ato declaratório que você atesta uma situação e a vistoria também.

1.6.5. Quanto à produção de efeitos na esfera jurídica do administrado

Quanto à produção de efeitos na esfera jurídica do administrado, os atos administrativos podem ser restritivos de direito, e ampliativos de direito. O ato administrativo restritivo de direito é quando ele restringe, retira um direito do administrado ou até mesmo quando ele impõe uma obrigação ao administrado. E os atos ampliativos de direito são aqueles que deferem algum benefício, algum direito ao administrado. Por exemplo, as licenças, as autorizações, as admissões, são sempre atos ampliativos de direitos. Agora a aplicação de multa, a determinação de uma obrigação de fazer através de um ato, tudo isso pode ser um ato restritivo de direito.

1.6.6. Quanto à liberdade administrativa

Quanto a liberdade administrativa, os atos administrativos podem ser praticados no exercício de competência vinculada, ou praticados no exercício de competência discricionária. O ato é vinculado quando a lei traça todos os requisitos para a prática do ato. No ato vincula, você não deixa uma margem de liberdade para a decisão do administrador. Uma vez presente os requisitos constantes na lei, obrigatoriamente o ato administrativo terá que ser praticado. Nos atos discricionários, a própria lei estabelece uma margem de liberdade para o administrador. Normalmente, essa margem de liberdade é conferida muitas vezes pela própria impossibilidade do legislador estabelecer de antemão qual a melhor atuação administrativa voltada ao atendimento do interesse público. Então assim, ele transfere uma parcela de decisão para o administrador diante da impossibilidade de estabelecer qual é a melhor forma de atuação no caso concreto. Alguns autores entendem que a discricionariedade, que eu não concordo, que existe discricionariedade nos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que comportam diversos significados. Por exemplo, a autarquia é um conceito jurídico determinado, todo mundo dá um conceito semelhante. Agora, o conceito de moralidade administrativa, de atos atentatórios ao pudor, situação emergencial, tudo isso são conceitos jurídicos indeterminados. Então, quando surgiu essa teoria do conceito jurídico indeterminado, muitos doutrinadores acreditavam que havia discricionariedade dada a sua presença. Ou seja, o administrador podia estabelecer ou não se aquela situação se enquadrava nesse tipo de conceito. Com a evolução, se percebeu que na verdade o conceito jurídico indeterminado não gera discricionariedade, pq aí eu tenho um processo volitivo no administrador público, mas essa discricionariedade tem uma série de limitações até em razão dos princípios. Por exemplo, o administrador público pode escolher qual e tal a atuação administrativa na discricionariedade, mas ele tem que atuar observando o princípio da eficiência, da razoabilidade, da moralidade, da proporcionalidade, o que na verdade acaba restringindo a discricionariedade, o que não quer dizer que ela não exista, ela existe e é diferente do conceito jurídico indeterminado. Quando eu to diante de um conceito jurídico indeterminado, eu não vou simplesmente decidi qual é a interpretação que eu vou dar àquele conceito, qual é o significado que eu vou dar. Eu vou obrigatoriamente ter que fazer um processo não volitivo, mas um processo

interpretativo. Eu vou ter que interpretar aquela situação para verificar se se adequa ou não àquele conceito. Por exemplo, situação emergencial, é você contratar direto por situação emergencial. Se se disser que tem forte chuva e que tem uma encosta que pode estar caindo a qualquer momento, eu to diante de uma situação emergencial, que de qualquer sorte eu vou poder realizar. Agora, eu quero construir uma praça, isso não é situação emergencial. A construção do estádio de pituaçu foi feita por situação emergencial, sem licitação, mas não era uma situação emergencial. Entao, você tem que fazer um processo interpretativo e não um processo volitivo. O que vai acontecer nos conceitos jurídicos indeterminados, é que as vezes em algumas situações, pode ficar a duvida, aí quando ficar a duvida, o próprio administrador decide, mas nessa situação. Então, na discricionariedade eu vou ter um processo volitivo, desde que não viole princípios. Quando a pessoa vai trabalhar com conceito jurídico indeterminado, você tem o núcleo conceitual e o ato conceitual. No núcleo conceitual, você tem o núcleo conceitual positivo, que diz que todo mundo que vai olhar aquela situação vai dizer que é emergente. Nucleo conceitual negativo: todo mundo que olhar aquela situação, vai dizer que não é emergencial. Mas você tem o ato conceitual, que seria aquelas situações em que você fica na duvida se é ou se não é. Conceito jurídico indeterminado não comporta um processo volitivo e sim interpretativo. Eventualmente em caso de duvida, pode admitir o processo volitivo.

04/09/2014

1.7. Espécies de ato administrativo

1.7.1. Espécies de ato administrativo com relação ao conteúdo

1.7.1.1. Atos negociais

Nós temos os chamados atos negociais. Quais são esses atos negociais? Primeiro, admissão, licença, autorização e permissão. Atos negociais são aqueles em que os administrados desejam a produção de seus efeitos, quer dizer, demonstram interesse na produção dos efeitos do ato, eles concordam com isso.

1.7.1.1.1. Admissão

Entao, o primeiro ato negocial é a admissão. A admissão é o ato administrativo vinculado, através do qual a administração pública defere a prestação do serviço àquele que preenche os requisitos legais. Admissao em universidade pública é ato de admissão. Existe uma situação de que muitos doutrinadores falam que o ato de admissão visa a atender ao interesse do administrado. Aí se pergunta assim, admissão em cargo público, seria essa admissão daí? Aí tem essa divergência. Tem aqueles que entendem que não, porque na admissão em cargo público você tem o interesse do administrado, mas você tem o interesse também da administração pública, então por essa razão não seria admissão nesse tipo aí, como ato administrativo. Eu não acho nada. Eu acho que esse

negócio de classificação uma coisa tão boba, que não tem diferença em ser ou não ser, porque eu não gosto de ficar pensando em coisas que não tenham resultado pratico nenhum.

1.7.1.1.2. Licença

O segundo ato de admissão é a licença. A licença também é um ato administrativo vinculado, através do qual a administração publica defere àquele que preenche os requisitos legais o exercício de uma atividade. Temos a licença pra construir, licença de localização, licença de habilitação, todos esses atos são licença.

1.7.1.1.3. Autorização

A autorização é um ato administrativo discricionário – já não é mais vinculado (a administração pública vai analisar a conveniência ou oportunidade de expedir o ato, diferentemente da licença e admissão que se você preenche os requisitos legais você tem direito) – através do qual a administração pública defere ao administrado a prática de um ato, o exercício de uma atividade, ou a utilização de um bem público. Autorização para a prática de um ato, nós temos a chamada autorização para porte de arma. Na verdade, se você for na lei de contravenções, ela fala “licença para porte de armas”, mas não é licença, é autorização. Para o exercício de uma atividade, nós temos por exemplo a autorização para a produção e comércio de material bélico – art. 21, VI da Constituição Federal, que diz assim: “Compete à união autorizar a produção e o comércio de material bélico.” –, então a produção e comercialização de material bélico é dada através de uma autorização. Nós temos ainda a autorização para uso de bem público. Quando eu tenho essa autorização, normalmente isso ocorre porque por exemplo, quando é que eu vou saber quando eu tenho permissão para uso de bem público, concessão para uso de bem público, quando é que eu vou utilizar, por exemplo, alguém quer utilizar um bem público, qual o instrumento que ela vai utilizar? É a autorização, é a permissão, é a concessão, quando é que a gente vai saber. Veja só, a autorização de uso ocorre quando a utilização desse bem público pelo particular visa atender a um interesse predominantemente privado, exemplo, você tem um circo e existe uma área pública que ta em determinado local e vc quer utilizar para a colocação de um circo, isso aí vai ser uma autorização, porque na verdade não vai fazer diferença porque a administração não tem interesse que coloque aquele circo, ela pode até não se incomodar, mas não tem interesse nenhum. Entao, autorização ocorre quando o interesse predominante é do particular. A autorização de uso de bem público não é precedida de licitação, porque se a administração pública não tem interesse no uso, não tem porque ela licitar. Entao autorização não é precedida de licitação. Outra característica também é que a autorização de uso gera uma faculdade de utilização e não uma obrigação. Porque ela gera uma faculdade e não uma obrigação? Por uma questão muito simples. Você tem um circo e quer botar ali naquela praça, a administração não vai obrigar você a colocar o circo se o interesse era seu, então como a administração não tem interesse, a utilização cria uma faculdade pra você e não uma obrigação. Quanto a

serviços públicos, no art. 21 diz assim: “compete à união”. Se eu for no inciso XII, diz assim: “explorar diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão: serviços de radiodifusão sonora, serviços de instalações de energia elétrica...”. Então diz que eu posso explorar diretamente ou através de autorização concessão ou permissão, então eu teria a chamada autorização de serviço público. Só que se eu for pro art. 175, da mesma constituição, diz assim: “Incube ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Então, veja que o 175 não falou de autorização de serviços públicos, então quando é que eu vou utilizar a autorização pública? A doutrina traz duas hipóteses. A primeira é quando a atividade não for enquadrada como serviço público em virtude de não possuir a característica de generalidade. Por exemplo, o serviço de radioamador é de telecomunicação mas não é de serviço público porque não tem essa característica de generalidade, então ele não foi alçado à condição de serviço público; o estado não teve interesse em dizer que o serviço de radioamador é serviço público, apesar de esse ser um serviço de telecomunicação. Outro exemplo, nós temos ali a ANEEL e o serviço de transmissão de energia elétrica é um serviço público federal. Esse serviço de energia elétrica é dado por concessão. Mas se eu for na lei 9074/95 diz assim no art. 7: “são objetos de autorização a implantação de usina termelétrica de potencial superior a 5000kW, destinada ao uso exclusivo do autoprodutor, ou então o aproveitamento de potencial hidráulico de potencia superior a 1000kW e igual ou inferior a 10.000kW, destinada ao uso exclusivo do autoprodutor. Então veja, quando o serviço de energia elétrica é prestado pra todo mundo, ele é concessão de serviço público, mas quiser ter uma usina pra produzir energia pra mim, eu vou precisar de uma autorização. Serviço de energia elétrica é um serviço público, mas se eu tiver produzindo só pra mim, ele deixa de ser serviço público porque no caso perdeu a generalidade. A segunda situação que levaria à autorização de serviço público seria a situação emergencial. Por exemplo, transporte coletivo aqui, estão prestando serviço com autorização de serviço público, porque até regularizar a situação, eles são autorizados a prestar o serviço de transporte, porque tá sendo prestado em regime emergencial. Além disso, nós temos uma autorização, uma única autorização que tá na lei de telecomunicações que é um ato vinculado, porque toda autorização é discricionária. Lei 9472/97, art. 131 diz assim: “a exploração do serviço do regime privado dependerá de previa autorização da agencia que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.”, “§1º: a autorização dos serviços de telecomunicações é ato administrativo vinculado, que faculta à exploração do regime privado na modalidade de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.” Então veja só, na doutrina, sempre que eu for falar em autorização, ela é um ato discricionário, exceto essa autorização que foi colocada aí como ato vinculado, que deveria ter falado em licença e não autorização.

1.7.1.1.4. Permissão

Vamos falar agora de permissão como ato administrativo. Permissão é um ato administrativo discricionário através do qual a administração pública defere a outrem a utilização de bem público, ou a prestação de serviço público.

Qual a diferença entre a permissão de uso e a autorização de uso de bem público? Todos os dois são atos administrativos e todos os dois são discricionários. Só que enquanto na autorização de uso o interesse é exclusivo do particular, na permissão de uso há interesse público também, além do interesse particular. Então, se existe interesse público, a utilização do bem tem que ser precedida de um processo de escolha dos possíveis interessados. Então assim, em regra, a permissão de uso é precedida de licitação (alguns entendem que a licitação é obrigatória e outros entendem que ao menos um processo seletivo é obrigatório). Algumas pessoas falam que se tem vários interessados, tem que licitar, só que se eu for pra lei de licitações, diz assim: “esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos...”, “art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, QUANDO CONTRATADAS com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.” Quando contratadas! Só que a permissão de uso não é um contrato, é um ato administrativo. Por isso que muita gente diz assim: “não, eu vou ter que ter um processo seletivo, mas não necessariamente uma licitação”. Porque a lei 8666, no art. 2º fala em permissão, mas fala em permissão contratada, então licitação antecede contratos e a permissão é um ato. Mas mesmo assim, muitos doutrinadores sustentam que a permissão de uso tem que ser precedida de licitação. Quem não sustenta que tem que ser precedida de licitação, sustenta que pelo menos tem que ter um processo seletivo, um chamamento público que é o processo mais simples. Tanto a autorização quanto a permissão, elas podem ser com ou sem prazo. Eu posso estabelecer tanto numa autorização com prazo ou sem prazo, ou posso dar uma permissão com prazo ou sem prazo também. É diferente do contrato, pois todo contrato tem que ter um prazo, eu não posso firmar um contrato sem prazo. Aquela autorização de uso que permite que os bares utilizem as calçadas para colocação de mesas e cadeiras normalmente é dada sem prazo, mas quando você tem um circo e quer utilizar uma área, vai ser com prazo. A autorização de uso e a permissão pode ser gratuita ou remunerada, é um preço público. Como na permissão de uso existe o interesse público na utilização do bem, a utilização do bem é obrigatória e não facultativa.

Com relação à permissão de serviço público, originariamente no nosso direito e até no direito alienígena, quando eu falo em serviço público, eu falo em permissão e em concessão de serviço público. Até antes da Constituição de 88, a diferença básica entre permissão e concessão de serviço público era que a concessão é através de contrato e a permissão, através de ato administrativo. Se vocês forem estudar direito administrativo na Itália, na França, na Argentina, quando se fala de permissão de serviço público, normalmente é um ato administrativo, só que a nossa Constituição, no art. 175 diz assim:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação (...).”

Aí diz que tanto a permissão quanto a concessão vai ser através de CONTRATO. Quando de concessão de serviços públicos, que é a lei 8987/95, o art. 40 diz o seguinte:

“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.”

Então a lei 8987 diz que a permissão tem de ser formalizada através de contrato de adesão, então no nosso ordenamento a permissão de serviço público não tem natureza de ato administrativo. Em consequência, resumindo, eu quero dizer que a permissão de serviço público não tem natureza de ato administrativo.

Tem também uma outra permissão que está na Constituição Federal, art. 21, inciso 23, alínea “b”, que diz assim: “Compete à União, sob o regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopo para pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais.” Então existe a permissão para comercialização e utilização de radioisótopo.

1.7.1.2. Atos de controle

Temos também os atos de controle. Quais são os atos de controle? Nos temos a aprovação, homologação, e visto. Vamos falar de cada um desses atos. É chamado de ato de controle porque esses atos tem como finalidade controlar outros atos administrativos. Então por exemplo, nós temos a aprovação. Aprovação é o ato de controle de conveniência ou oportunidade de outro ato administrativo, podendo ser prévio ou posterior. Por ser de conveniência ou oportunidade, é um ato discricionário. Um exemplo de aprovação prévia tá no art. 52 da Constituição Federal, inciso III: “Compete privativamente ao senado federal aprovar previamente por voto secreto arguição pública à escolha de magistrado nos casos estabelecido nessa Constituição, ministro do tribunal de contas da União, governador de território, presidente e diretores do banco central, procurador geral da República, e titulares de outros cargos que a lei determinar.” Então veja aí que é controle prévio; ele argui, aí depois que ele argui, ele é excluído. Também tem o inciso IV: “aprovar previamente por voto secreto, após

arguição em seção secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática em caráter permanente.” (aprovação prévia). Aprovação a posteriori: art. 49, inciso IV.

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio ou suspender qualquer uma dessas medidas;”

Se ele vai aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, o que é que acontece? O presidente determina a intervenção federal e aí vai para o congresso nacional aprovar, então a aprovação é a posteriori e é de conveniência e oportunidade, porque de qual quer sorte a lei não diz quais são os requisitos.

Homologação é ato administrativo de controle através do qual se vai observar a regularidade legal de outro ato ou processo administrativo. Ela vai verificar se o ato foi praticado ou se o processo foi praticado de acordo com os requisitos legais, então é um ato vinculado, porque se ele vai observar se houve preenchimento de requisitos legais, significa que se isso ocorrer, vai homologar, caso contrario não homologa. E a homologação é sempre posterior, não existe homologação anterior. Exemplo de homologação: você tem homologação de serviço público, homologação de licitação.

Visto é um ato administrativo através do qual se reconhece a regularidade formal de outro ato administrativo. Veja que o visto também vai ser um ato vinculado, agora ele só vai verificar se ele cumpriu os requisitos ligados à forma do ato, forma ou formalidade, então ele não vai se manifestar em relação aos outros elementos do ato. Por exemplo, se o ato foi praticado com desvio de finalidade, vai dar o visto do mesmo jeito. Se tem um vício no conteúdo do ato, se dá o visto do mesmo jeito, porque quando se está diante de um visto, você só tá observando a regularidade formal. Eu só vou ver questões ligadas à formalidade, eu não vou ver nada do conteúdo.

Tem também a questão do ato que alguns falam que não é ato de controle, que não é nem ato administrativo, que é o parecer. O parecer é uma manifestação de um órgão técnico sobre o ato ou processo administrativo. É uma manifestação proferida pelos órgãos consultivos da administração pública, que emitem um parecer. O parecer tem três espécies: o parecer facultativo, que é quando não existe obrigatoriedade na lei da manifestação desse órgão consultivo, você consulta quando quer; o parecer obrigatório é aquele que necessariamente tem que estar presente na prática do ato ou processo, eu tenho que consultar porque a lei determina; tem também o parecer vinculante, que não só tem que constar no processo, como também ele vincula a administração pública que não pode decidir diferente do que tem no parecer, na manifestação do órgão consultivo. Um exemplo de parecer vinculante é o parecer do processo de aposentadoria por invalidez. Na aposentadoria por invalidez, você tem que obrigatoriamente ouvir o parecer da junta médica e esse parecer é vinculante. O parecer jurídico no processo licitatório tem gerado uma série de discussões, porque ninguém tem dúvida que é obrigatório porque na lei de licitações, no art. 38 diz que toda vez que eu instalar um processo licitatório eu tenho que submeter à apreciação do órgão da procuradoria jurídica. Agora tem a questão: ele é só obrigatório ou ele é vinculante?

Antigamente entendia-se que era só obrigatório. Eu pra mim, eu tenho até hoje que a maioria das administrações consideram só obrigatório. Eu já vi varias vezes parecer jurídico mandando fazer um monte de coisas pra ter a licitação, e esse parecer ser completamente ignorado e a administração licitar. Maria Silvia Zanella de Pietro entende que esse parecer jurídico é não só obrigatório, como vinculante. Olha, se eu entender que o parecer jurídico é obrigatório e vinculante – olha a dimensão disso aí – se houver alguma irregularidade praticada por aquele gestor público naquele processo, se for em razão do parecer, o parecerista pode vir a responder também, então o assessor jurídico pode responder junto com o gestor. Isso tem uma certa duvida ainda, mas a tendência hoje do TCU, tem reconhecido em muitos processos licitatórios federais, em diversos processos licitatórios, quando tem um erro crasso do parecerista, ele tem sempre dito que ele tem responsabilidade. Eu acho ótimo em função até desses municípios menores em que os assessores jurídicos são cargos comissionados, então eles tem que atender o que o prefeito quer, o que o secretário quer. Eu não posso acionar o parecerista por ter uma opinião diferente da minha, mas se ele emite um parecer que não tem nenhum tipo de fundamento, sem nenhum tipo de suporte, fica caracterizado um erro grosseiro que deve ser sujeito à responsabilização.

09/09/2014

1.7.2. Espécies de ato administrativo com relação à forma

Com relação à forma, primeiro se fala em decreto, que é a forma do ato praticado pelo chefe do executivo. Existe algum ato praticado pelo chefe do executivo que não seja decreto? Nós temos as medidas provisórias, que não é decreto. Em regra a forma dos atos administrativos praticados pelo chefe do executivo é decreto, sendo que tem uma exceção em relação à isso, que são as medidas provisórias do presidente da República, que na verdade não é um decreto.

1.7.2.1. Alvará

Alvará é o revestimento externo de toda autorização e toda licença. Toda autorização e licença tem a forma de alvará. Se eu falar assim “eu tenho o alvará tal”, você não vai saber se é autorização ou licença. Se falar assim “eu tenho um alvará de construção”, aí você já sabe que é licença. “Eu tenho um alvará que permite que eu utilize uma área pública ali pelo período de um ano”, eu sei que é um alvará de autorização. Alvará é a forma, conteúdo ou é uma licença ou autorização.

1.7.2.2. Resoluções

As resoluções já tem uma certa divergência. Resoluções, tem aqueles que entendem que são a forma ou revestimento externo dos atos administrativos praticados por altas autoridades que não o chefe do executivo, porque no caso chefe do executivo é

decreto. Outros entendem que seria a forma de atos praticados por órgãos colegiados. Outros entendem também que eu posso chamar de resolução a resolução do Cotran.

1.7.2.3. Portarias

Nós temos também as portarias. As portarias seria o revestimento de atos praticados por autoridades inferiores, na condução da atividade pública. Esses atos internos da administração pública, eles são praticados por portaria, é o que mais se usa.

1.7.2.4. Instrução

Você tem também a instrução, que é uma orientação aos servidores subalternos quanto a forma de realização do trabalho. Quando você for prestar orientações aos subalternos com relação a como prestar o trabalho, você utiliza a forma de instrução. Forma é o revestimento externo, só dá o nome do ato. Pode ser uma instrução dada por um coordenador, um diretor de um órgão, um presidente de um tribunal, não tem em específico quais são as autoridades. A única coisa que a gente tem bem fixo com relação a revestimento externo, que não tem muito erro, é somente o decreto e o alvará. Se eu tiver um alvará, eu tenho certeza que é uma licença ou autorização, e se eu tiver um decreto, eu tenho certeza que veio do chefe do executivo. O resto costuma se trocar porque não gera vício nenhum. A portaria vem de um diretor, um superintendente, etc. Agora, eu vi uma portaria praticada por um secretário, tá errado? Não, não tem vício maior. Já o alvará é mais complicado, porque eu preciso do instrumento, tem que ter o alvará. A questão da forma vai depender e pode ser discricionária ou vinculada, vai depender se vai afetar ou não a essencialidade da forma.

1.7.2.5. Circular

A circular é o revestimento externo do ato através do qual se transmite ordem aos subalternos. A instrução é mais genérica, é a forma de realização do serviço, e a circular é quando se dá ordem.

1.8. Formas de extinção do ato administrativo

1.8.1. Cumprimento de efeitos ou esgotamento de efeitos

A primeira forma de extinção é quando o ato se extingue pelo cumprimento de seus efeitos, ou alguns falam em esgotamento, é a mesma coisa. Então o ato extinguiu porque já cumpriu seus efeitos, não tem mais o que ter daquele ato.

1.8.2. Decurso do prazo

Nós temos também a extinção por decurso do prazo. O decurso do prazo é porque o ato foi fixado em razão do decurso de um prazo, por exemplo, você tem a

autorização pra usar uma determinada área por quinze dias, então passado os quinze dias, o ato extingue. O gozo das férias se extingue por decurso do prazo, quando você dá autorização para utilização de um bem público por prazo, tem validade por um certo tempo. Já a demissão é um ato que se extingue pelo cumprimento de seus efeitos, nesse caso quando se extinguiu o vínculo do servidor com a administração pública, aí vai depender do ato, aí você vai ter que ver que tipo de ato é esse.

1.8.3. Adimplemento de condição resolutiva

Pode extinguir o ato pelo adimplemento de condição resolutiva. Por exemplo, você tem um desvio de água pública que passa na sua propriedade e você quer utilizar essa água. Aí, o município ou o estado, através de um órgão competente te dá uma autorização dizendo que você pode utilizar até atingir um certo nível, quando atingir tal nível você não poderá mais utilizar (adimplemento de condição resolutiva).

1.8.4. Desaparecimento do objeto

Pode ser também que haja a extinção do ato pelo desaparecimento do objeto (aquilo à que o ato se reporta, conteúdo é o que o ato determina). Exemplo: aposentadoria dada a servidor público. A morte do servidor vai desaparecer a aposentadoria, ou seja, desaparecendo o objeto. Outro exemplo: você tem uma autorização de uso para utilizar um determinado imóvel que é público. Aí tem uma forte chuva e o imóvel despenca, desaparece. Extingue o ato administrativo por desaparecimento do objeto, que é aquilo à que o ato se refere.

1.8.5. Retirada

Existe no entanto, situação que para a extinção do ato administrativo, eu tenho que praticar outro ato, ou seja, eu tenho atos que tem efeito extintivo sobre outro ato administrativo. Quando eu pratico um ato administrativo que tem efeito extintivo sobre outro ato administrativo, eu chamo esse fenômeno de retirada. Retirada é quando um ato administrativo é extinto por produção de outro ato administrativo. Porque veja você o seguinte, que até então para extinguir por decurso do prazo, desaparecimento do objeto, condição resolutiva, decurso do tempo, cumprimento de efeitos, eu não vou estar praticando ato nenhum, acontece aquele evento e extingue o ato, a administração não praticou ato nenhum, aconteceu aquele fato e extinguiu o ato. Agora, tem outras situações que para a extinção do ato eu tenho que praticar um outro ato administrativo, que tem um efeito extintivo daquele ato, aí é chamado de retirada, que é quando um ato administrativo se extingue com a prática de outro ato administrativo. Nessa questão da retirada, nós temos 5 situações de retirada que a gente pode falar. Primeiro, invalidação – quando eu vou invalidar, é um ato de invalidação que vai invalidar um ato administrativo que tava válido –, revogação, cassação, caducidade ou decaimento (alguns chamam de decaimento), e contraposição.

1.8.5.1. Invalidação

Então veja só, quando eu vou invalidar, eu pratico ato administrativo de invalidação, o ato administrativo de revogação, ato administrativo de cassação, ato administrativo de caducidade e tem a contraposição, que na verdade não chega a ser um ato administrativo. Na invalidação, o ato de invalidação vai extinguir o ato administrativo por vício de legalidade. Ocorrendo vício de legalidade, ou seja, se o ato administrativo foi praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, quando ele apresenta vícios em seus elementos, aí vai ocorrer a invalidação.

1.8.5.2. Revogação

A revogação vai acontecer quando o ato administrativo torna-se inconveniente ou inoportuno ao interesse público. Na revogação o ato não possui nenhum vício de legalidade, ele apenas se tornou inconveniente ou inoportuno ao interesse público. Se você tem autorização de colocar cinco mesas na frente do seu bar e você respeitou o limite, mas por conta da presença das mesas ocorram acidentes ou atrapalhou o tráfego de pedestres, esse ato que a administração praticou acabou tornando-se inconveniente ou inoportuno, é hipótese de revogação.

1.8.5.3. Cassação

A cassação do ato administrativo vai ocorrer com o descumprimento de condição estabelecida quando da prática do ato administrativo. Exemplo de cassação: você tem uma autorização pra vender lanches em barracas, mas não pode produzir o alimento na barraca. Se você produzir alimentos na barraca, vai ter cassação de autorização. Você tem uma autorização pra colocar cinquenta mesas na frente do seu bar e você coloca duzentas, aí ele vai lá e cassa sua autorização porque você descumpriu uma condição estabelecida. Eu pratiquei o ato todo direitinho, de acordo com o ordenamento jurídico, não tem vício de competência, não tem vício de validade, mas sua empresa tem que respeitar os limites, como por exemplo, emitir uma certa quantidade máxima de gases poluentes, mas se você não respeitar pode ocorrer a cassação. Quer ver uma coisa? A lei do silêncio mesmo, tem várias sanções aplicáveis como fechamento temporário do estabelecimento e até cassação de licença de funcionamento. Não necessariamente a determinação cujo descumprimento levou à cassação do ato está determinada no próprio ato, muitas vezes tá determinada numa norma, como na lei do silêncio, na legislação ambiental. A cassação do ato é um ato administrativo de natureza sancionatória. A competência para revogar e para cassar varia de uma autoridade para outra. A administração tem o poder de autotutela, podendo rever seus atos tanto quando forem ilegais, quanto quando forem inconvenientes através da cassação.

1.8.5.4. Caducidade ou decaimento

Caducidade ou decaimento ocorre quando o ato administrativo torna-se incompatível com norma jurídica posterior à sua expedição. Veja só, aquele ato tava tudo bem, mas surge uma nova legislação e esse ato se torna incompatível com ela. Você quer ver uma coisa? Porte de arma. Até 2003, qualquer pessoa podia ter porte de arma. Você ia e solicitava e se preenchesse os requisitos, você teria o porte de arma. Em 2003 veio uma legislação e restringiu drasticamente e só poucas autoridades podem ter porte de arma. Então se eu tivesse um porte de arma naquele momento em que surgiu aquela legislação em 2003, esse meu porte de arma decaiu, houve a caducidade desse ato.

1.8.5.5. Contraposição

Contraposição é quando você pratica um ato com efeitos contrapostos a outro anteriormente praticado. O ato de demissão é contraposto ao ato de nomeação, tem o efeito exatamente contrário. Se eu extingo o ato ineficaz, eu to extinguindo o ato mesmo, mas se eu extingo um ato eficaz, eu to extinguindo os efeitos do ato. A demissão, por exemplo, vai extinguir os efeitos do ato de nomeação. Quem diz isso muito bem é Celso Antônio.

1.9. Formação do ato administrativo

Na formação do ato administrativo, você consegue observar claramente três estágios: o estágio de perfeição, a validade e a eficácia.

1.9.1. Estágio de perfeição

O ato administrativo perfeito é aquele que já passou por todo seu processo formativo. A perfeição significa que o ato cumpriu seu ciclo formativo. Quem melhor faz a distinção é Celso Antônio, que diz que o ato perfeito tem que ter pelo menos conteúdo e forma, forma enquanto revestimento externo. O ato que não tem conteúdo (o que o ato estabelece, determina), então se eu tiver um ato sem conteúdo é um não ato porque não vai ter nada escrito. E o que é a forma pra Celso Antonio? Revestimento externo. Um ato sem revestimento externo existe? Não, sem revestimento externo não existe porque isso é a forma como o ato se manifesta. Se eu não tenho uma forma, esse ato não tá se manifestando, então ele não existe. Então assim, o ato que não tem forma enquanto revestimento externo – não enquanto formalidade, porque o não cumprimento de uma formalidade (Celso Antônio chama de pressuposto formalístico) pode não atingir a imperfeição, mas pode atingir a validade, levando à invalidade do ato, a exemplo da publicação de um edital no diário oficial, mas não num jornal de grande circulação, isso não é um ato inexistente, é um ato inválido porque ele tem forma e conteúdo, mas não atendeu uma formalidade, então ele tem uma perfeição porque completou seu ciclo formativo, apesar de que eu posso ter um ao que completou seu ciclo formativo mas ser inexistente por possuir um vício de existência. Pode-se dizer que pra ser existente, o ato a princípio deve ter cumprido o seu ciclo formativo, pois há

inexistência também em razão de outra situação que vai ser tratada mais adiante. Por exemplo, eu falei que se entende que a aposentadoria é um ato complexo, que só vai completar seu ciclo formativo com a manifestação de dois órgãos. O ato simples é aquele que se aperfeiçoa com a manifestação de um único órgão, e no ato complexo eu preciso da manifestação de mais de um órgão, então se não houver a manifestação de mais de um órgão, o ato complexo é imperfeito, pois não completou seu ciclo formativo.

1.9.2. Validade

Outra coisa é a validade. A validade, eu só posso falar que o ato é válido ou inválido, se o ato for perfeito, mas se o ato for imperfeito ele já vai ser inválido e eu já não vou nem pra essa linha. Agora, na validade eu vou observar se o ato foi praticado em consonância com o ordenamento jurídico, significa dizer que ele não tem vício de legalidade.

1.9.3. Eficácia

O ato eficaz é aquele ato que está apto a produzir efeitos jurídicos. Então, por exemplo, eu posso ter um ato perfeito, válido, mas ele não é eficaz ainda porque ele tá sujeito a um termo (um prazo). Quer dizer, um ato foi praticado a meu favor, mas ele só vai produzir efeitos a partir do dia 15 do mês que vem. Ou então se o ato estiver sujeito a uma condição suspensiva, eu tenho um ato que foi praticado dizendo que eu posso utilizar um desvio de água pública que passa pelo meu terreno, mas eu só vou poder utilizar esse desvio de água pública até quando alcançar tal limite (encher), então ele é um ato válido, mas não é eficaz ainda. Tem autores que distinguem a vigência da eficácia. Normalmente é assim: se eu tiver um ato praticado e publicado hoje, ele já tá vigente, mas ele pode ainda não ser eficaz se tá lá dizendo se os efeitos só vai ser daqui a tantos dias, é igual à lei.

1.10. Teoria da nulidade dos atos administrativos

Nós vamos falar agora da teoria da nulidade dos atos administrativos, que vai acabar desaguando na invalidação dos atos. Dentro da teoria de nulidade dos atos administrativos, existe uma divergência doutrinária. Erilopes Meireles, que foi um autor antigo de direito administrativo, ele era adepto da teoria monista – isso aí é uma teoria totalmente equivocada, hoje nem se fala mais nisso –, porque ele dizia assim, que se um ato administrativo tivesse um vício, ele achava que obrigatoriamente esse ato teria que ser invalidado e teria que ser retirado do ordenamento jurídico, ou seja, ele não trabalhava com a possibilidade de atos nulos e anuláveis no direito administrativo porque ele dizia que se a administração pública tá sujeita ao princípio da legalidade, se houver algum vício no ato, ele tem que ser declarado nulo. Além do mais, essa questão de anulabilidade pra você ver se convém ou não a manutenção do ato, não condiz com a administração pública. Essa teoria hoje é completamente ultrapassada, mesmo porque

quando ele fala do princípio da legalidade, dizendo que o ato tem que ser excluído do ordenamento, ele fala da legalidade no sentido estrito, e hoje o que a gente sabe é que nós temos também o princípio da segurança jurídica, então quando você anula um ato, às vezes o prejuízo dessa anulação é muito maior do que os benefícios. Então assim, essa teoria monista, dizendo que não cabe essa dicotomia entre atos nulos e anuláveis, ela é completamente ultrapassada hoje. A doutrina hoje, toda, aceita a teoria dualista de que você pode ter atos nulos e atos anuláveis. Alguns vão mais além. Alguns ainda ampliam essa classificação e falam em atos inexistentes, atos nulos, atos anuláveis, e atos irregulares.

1.10.1. Ato inexistente

Muitos autores falam em ato inexistente. A característica do ato inexistente, é que ele não produz efeito jurídico enquanto ato administrativo. Quais são os atos inexistentes? Os atos imperfeitos são inexistentes, os atos imperfeitos que não possuem conteúdo ou não possui forma, são atos inexistentes, pois não são perfeitos então são inexistentes. Mas a doutrina ainda coloca como atos inexistentes, aqueles praticados com usurpação de função pública. Usurpação de função pública é um crime que ocorre quando uma pessoa que não tem nenhuma relação com aquela administração pública atua como se agente público fosse. O ato da pessoa que usurpou função pública não é nulo, ele é um ato inexistente, porque aquela pessoa não tem nenhuma ligação com aquela função que ela tava praticando. São também inexistentes os atos que possuem objeto (aquilo a que o ato se reporta) impossível, incerto, ou ilícito. Lembre que quando eu dei os elementos do ato administrativo, eu disse que Celso Antônio chamava o objeto de pressuposto de existência, porque se eu tiver um ato com o objeto ilícito, impossível ou incerto, o ato é inexistente.

Objeto impossível: eu instalo um processo administrativo contra um servidor público que cometeu uma falta gravíssima. No curso desse procedimento, quando o processo vai para a autoridade competente, esse servidor público falece. A autoridade diz: “não, eu já instaurei o processo, eu vou demitir, eu vou aplicar a sanção de demissão.” Ele não poderia aplicar essa sanção porque o objeto é impossível, materialmente impossível, ele não pode demitir servidor falecido. Esse ato é um ato inexistente, não vai produzir efeito jurídico algum, em momento algum.

Objeto incerto: tem 300 José dos Santos em um determinado órgão público. Aí, sem dizer nada “fica deferida as férias para José dos Santos”, ele vai e publica no diário. Esse ato tem um objeto incerto, ele nunca vai produzir efeito algum, porque é um ato inexistente pela incerteza do objeto, você não tem como identificar o objeto. É a mesma coisa que dizer o seguinte: “olha, eu vou desapropriar um bem, vou expedir um ato, um decreto expropriatório com relação ao imóvel que está situado na rua ‘tal’”, e não diz qual é o imóvel. Esse ato não vai gerar efeito nenhum nunca, porque existe a incerteza do objeto, que leva à inexistência do ato.

Ilícitude do objeto: alguém tem uma autorização para explorar uma casa de exploração sexual, tem essa autorização em mãos, o objeto é ilícito. Você acha que isso tem algum efeito jurídico? Não! Objeto ilícito não produz efeito nenhum. Ou então,

alguém que dá uma ordem escrita pra que o delegado dê uma ordem escrita pra que alguém venha espancar o preso. Esse ato não é legítimo, não gera nenhum efeito. Então assim, se você tem autorização para explorar jogos proibidos, ou tem autorização de porte de arma que é uma arma proibida no mercado, esse ato é inexistente, não tem como ele produzir efeitos jurídicos alguns, porque ele é um ato inexistente porque seu objeto é ilícito. Não tem consequência jurídica enquanto ato administrativo, ainda que gere algumas consequências na ordem pública.

1.10.1.1. Consequências do ato inexistente

A primeira consequência do ato inexistente é que ele não produz efeito jurídico nenhum, o ato em si não produz qualquer efeito jurídico. A inexistência pode ser arguida a qualquer tempo, e admite tanto a resistência passiva – eu não vou atender à essa ordem, esse ato eu não vou atender – como em algumas situações até a resistência ativa (utilização da força de forma proporcional).

1.10.2. Atos nulos

No caso da nulidade e anulabilidade, a diferença entre o ato nulo e o ato anulável é basicamente um só. O ato nulo não permite a convalidação, não pode ser convalidado, se ele tiver algum vício de nulidade, se for nulo, ele tem que ser retirado do ordenamento jurídico, ele não pode ser convalidado, eu tenho que invalidar o ato. Já o ato anulável pode ser convalidado, ou seja, pode ser mantido. Eu posso praticar um ato de convalidação, que é como se eu tirasse os defeitos do ato. No mais, todos os dois são iguais. Um exemplo: eu tenho 5 anos pra arguir o vício de nulidade ou anulabilidade. O vício que tem no ato nulo ou anulável, tem que ser alegado no prazo de 5 anos, enquanto o ato inexistente, eu posso alegar o vício a qualquer tempo. O ato nulo e anulável, eu tenho 5 anos pra alegar o vício, porque senão decai o direito da administração da administração pública, é como se o vício não existisse. O fato do ato ser anulável não significa que ele não possa ser invalidado, ele pode ser invalidado. O ato nulo, ele obrigatoriamente tem que ser invalidado, enquanto o anulável pode ser convalidado ou não. De qualquer sorte, para alegar o vício de um ou de outro, eu tenho o prazo de 5 anos.

11/09/2014

1.10.3. Com relação aos efeitos

1.10.3.1. Atos inexistentes

Com relação aos atos inexistentes, eles não produzem nenhum efeito jurídico, o ato em si é incapaz de produzir efeitos jurídicos.

1.10.3.2. Atos nulos e anuláveis

Com relação aos atos nulos e anuláveis, se entende que em regra a declaração de nulidade tem efeito ex-tunc (retroage), só que algumas observações nós temos que fazer com relação a isso. Quando eu declaro a nulidade de um ato administrativo e esse ato é restritivo de direito (ou restringe direito, ou determina uma obrigação a um particular), gera efeito ex-tunc. Agora, se for um ato administrativo ampliativo de direitos, eu terei que observar se o beneficiário do ato estava de boa-fé ou de má-fé. Se o beneficiário do ato estava de boa-fé, a declaração de nulidade produz efeitos ex-nunc, o que significa que preserva os efeitos produzidos, então é como se a declaração de nulidade só vai produzir efeito daí pra frente, tudo o que foi pra trás é válido. Agora, se ele estiver de má-fé, produz efeitos ex-tunc. A preservação dos efeitos de atos administrativos declarados nulos na administração pública tem uma série de fundamentos, um deles é a própria presunção de legitimidade dos atos administrativos, que é um fundamento para você manter os efeitos de atos declarados nulos. Outra situação é o princípio da proteção à confiança que decorre do princípio da segurança jurídica. Esse princípio é exatamente essa expectativa que os administrados têm de que tudo que vem da administração pública vem de acordo com a lei, de que toda ação administrativa tem respaldo legal.

1.10.3.3. Atos irregulares

Os atos irregulares são aqueles cujos vícios não causam qualquer prejuízo, seja à administração, seja ao administrado, razão pela qual são mantidos sem necessidade da prática de qualquer ato. Por exemplo, você tinha que praticar um ato pela forma de instrução e em vez de sair instrução, saiu portaria. É uma irregularidade que não tem nenhuma consequência. Os atos irregulares na verdade tem vício de menor importância mesmo que não precisa nem de retificação, às vezes um erro de grafia em um determinado edital não precisa nem de correção porque realmente é de menor importância, não gera prejuízo nenhum.

Tem uma classificação que é utilizada por uma autora chamada Weida Zancaneli, que tem uma tese sobre nulidade de atos administrativos, um livro sobre invalidação de atos administrativos. Ela faz uma classificação interessante entre atos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares. Ela chama os atos inexistentes de absolutamente insanáveis. Ela chama os atos nulos de relativamente insanáveis. Ela chama os atos anuláveis de relativamente sanáveis, e os atos irregulares de absolutamente sanáveis. O ato inexistente é absolutamente insanável porque não existe hipótese dele permanecer no ordenamento jurídico ou produzir qualquer efeito no ordenamento jurídico. Já os atos relativamente insanáveis são os nulos, porque os nulos não podem ser convalidados, por isso que ele está dentro dos insanáveis, porque eu não posso convalidar. Porém, eu tenho 5 anos para arguir o vício de nulidade, se eu não arguir esse vício de nulidade em cinco anos, ele adquire estabilidade no ordenamento jurídico, mesmo sendo ato nulo ele fica lá produzindo efeitos como se vício não houvesse. Por exemplo, você tem uma licença de habilitação que você cometeu um monte de fraudes e tirou sua licença de habilitação, uma fraude gigantesca, foi

comprando todo mundo, seu ato é nulo, não pode ser convalidado. No entanto, passados cinco anos eu não posso fazer mais nada porque passou o prazo decadencial. O ato anulável é chamado de ato relativamente sanável porque eu posso convalidar, a administração deve convalidar. Ele é relativamente sanável porque em regra ele vai ser convalidado, mas existem algumas situações em que a administração pública não pode convalidar. Quais são essas situações? Se o ato causou um prejuízo à terceiro ou para a administração pública, ele não pode ser convalidado. E os atos absolutamente sanáveis são os regulares porque eles sempre são sanados ou às vezes nem precisa, então não tem como ele sair do ordenamento jurídico.

1.10.4. Vícios nos elementos do ato administrativo

1.10.4.1. Vícios na competência

Na competência, nós temos três vícios: primeiro, usurpação de função pública; segundo, excesso de poder; terceiro, função de fato.

1.10.4.1.1. Usurpação de função pública

Usurpação de função pública inclusive é crime tipificado no art. 328 do Código Penal. O ato praticado por usurpação de função pública é inexistente. A usurpação de função pública leva à inexistência do ato. É um crime interessante porque o STF disse que só é usurpação de função pública se aquele ato beneficiar o réu, mas se o benefício for só da administração pública, não é crime.

1.10.4.1.2. Excesso de poder

No excesso de poder, a pessoa, o agente público ultrapassa o limite de sua competência, quer dizer, ele tem competência inicialmente, mas ele vai além da sua competência. Por exemplo, o fiscal que só podia fiscalizar determinado estabelecimento, ele chega lá e determina o fechamento. Ele não tinha atribuição pra fazer aquilo, então ele tá indo além de sua competência, atuando com excesso de poder. Abuso de poder é o gênero que nós teríamos como espécie o excesso de poder, que é vício de competência, e o desvio de poder, que é vício de finalidade. No excesso de poder o ato é nulo.

1.10.4.1.3. Função de fato

Na função de fato, o agente público está irregularmente investido em função pública. Por exemplo, um pessoa que está suspensa – aplicou aí uma sanção de suspensão – e ela continua trabalhando normalmente, ela está irregularmente exercendo função pública. Ela tem vínculo com aquela função, mas naquele momento ela tava exercendo aquela função de forma irregular. Por que de forma irregular? Ela foi suspensa, recebeu a sanção de suspensão e continuou trabalhando, ela tá de férias e tá

trabalhando, ela foi aposentada e tá trabalhando. No caso da função de fato é anulável, o que significa que pode ocorrer a convalidação.

1.10.4.2. Capacidade processual do agente administrativo

Com relação à questão da capacidade psíquica do agente pra praticar atos administrativos – capacidade psíquica é o seguinte: a pessoa tem problema mental, etc. – isso aí na administração pública não tem a mesma influência, mas o que a gente podia falar são de duas situações que pode influenciar nas questões dos processos administrativos. Para atuar em processo administrativo, segundo a lei de processo administrativo, que é a lei 9784/99, no art. 18 traz situações que levam ao impedimento de agentes públicos atuarem em processo administrativo.

“Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.”

Então, fica uma situação de impedimento, eles são impedidos de atuar em processo. No art. 20, são casos de suspeição, aí é suspeito. A diferença é que no impedimento pode ser reconhecido por qualquer pessoa, mas na suspeição tem que ser arguida.

“Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.”

Então aqui já são situações que afetam não a competência, mas a capacidade processual de agentes em processos administrativos.

1.10.4.3. Com relação à forma

Com relação à forma, a questão da nulidade, se vai ser nulo, se vai ser anulável, se vai ser convalidado, vai depender do vício e da sua competência. Então eu tenho que ver na questão da forma, normalmente a lei não diz o que é que vai acontecer, eu vou ter que ver qual é a repercussão do vício da forma, da não obediência da forma determinada, qual é a gravidade. Por exemplo, se eu considerar forma como

formalidade, eu posso dizer, por exemplo, o ato sem forma, um regulamento verbal, ele é um ato inexistente, ele não tem forma, não existe ato verbal. O ato administrativo é escrito, só não é escrito naquelas três hipóteses (urgência, transitoriedade...), então esse regulamento verbal é um ato inexistente. Então quando eu tô falando em vício de forma, vai levar à inexistência do ato. Agora, eu posso ter situações em que a não observância de uma formalidade possa levar a uma necessidade do ato ser apenas convalidado. Por exemplo, você foi notificado e a notificação não foi encaminhada pra sua casa, foi encaminhada pro endereço de outra pessoa, aí você vai lá e convalida. Então tudo vai depender da exigência formal e das consequências da não observância da forma. E você pode ter vício de forma ou formalidade que pode levar à nulidade, por exemplo, se eu não publicar o edital de licitação, é nulo.

1.10.4.4. Com relação aos motivos

Com relação aos motivos, os vícios podem ser: falsidade de motivos ou; inexistência de motivos.

1.10.4.4.1. Falsidade de motivos

Falsidade de motivos é quando os motivos alegados não correspondem à verdade, por exemplo, você suspendeu a pessoa porque ela faltou 20 dias seguidos e a pessoa não faltou. Você tá dizendo que tá dando a autorização de uso porque a pessoa preenche todos os requisitos estabelecidos, ou então ela vai contribuir de alguma forma e isso não tá acontecendo. Então, a falsidade de motivos é quando você traz um motivo pra prática do ato e os motivos são falsos, que não aconteceram.

1.10.4.4.2. Inexistência de motivos

Inexistência de motivos veja só, parece que confunde um pouco porque se os motivos são falsos, significa que eles não existem. Então, que exemplo eu teria pra distinguir falsidade de inexistência? A única situação que eu vejo pra dar um exemplo de inexistência de motivos que não seja nenhuma falsidade propriamente dita, seria uma situação em que você pratica o ato com base numa lei já revogada, você tem como motivo uma lei já revogada, aí seria inexistência do motivo, aquele motivo não existe mais para a prática daquele ato. Vícios de motivos, quaisquer que sejam eles, levam à nulidade do ato, qualquer vício de motivo leva à nulidade do ato.

1.10.4.5. Com relação ao objeto

Com relação ao objeto, o objeto pode ser: impossível; incerto; e ilícito. No caso da impossibilidade, tem o exemplo da impossibilidade material, que é você demitir um servidor falecido. Mas nós temos também a impossibilidade jurídica do objeto. Por exemplo, pela lei de desapropriações, o município não pode desapropriar um imóvel do estado. Então, se o município faz um processo de desapropriação com relação a um

imóvel que pertence ao estado, existe aí uma impossibilidade jurídica do objeto, pois aquele bem não pode ser desapropriado pelo município. Lembre-se que eu já falei do objeto incerto e já falei do objeto ilícito. Vício no objeto leva à inexistência do ato.

1.10.4.6. Com relação à finalidade

Com relação à finalidade, o vício será o desvio de finalidade. O desvio de finalidade pode estar na finalidade próxima ou imediata, e aí acontece que quando eu não posso alcançar aquela finalidade com aquele ato, aquele ato não é destinado para atingir aquela finalidade. Por exemplo, você instaura um processo administrativo contra um servidor público, aí depois no final você diz que vai aplicar como sanção a remoção pra um lugar bem distante. Eu não posso aplicar a remoção como sanção porque a finalidade da remoção é atender a uma finalidade do serviço, e não punir o servidor, então há um desvio na finalidade aí, que é a finalidade próxima. Agora, a finalidade remota de todo ato administrativo é a satisfação do interesse público. Eu vou ter um vício na finalidade remota quando eu pratico um ato não para atender o interesse público, mas sim para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas. Os vícios de finalidade levam à nulidade do ato.

16/09/2014

1.10.5. Efeitos da invalidação

Nós já vimos também com relação aos efeitos, vamos falar novamente dos efeitos da invalidação. Em regra a invalidação produz efeito ex-tunc. Aí nós vimos aqui que na invalidação é como se o ato não tivesse sido praticado, porém nós vimos aqui duas coisas. Primeiro, nós falamos que se o ato for restritivo de direitos, sua invalidação sempre produzirá efeitos ex-tunc. Se eles forem ampliativos de direito, vai depender da boa fé. Se ele tiver de boa fé, produz efeito ex-nunc, e se ele tiver de má-fé, produz efeitos ex-tunc. O ato quando tem vício de nulidade permite uma resistência passiva, se eu acho que o ato tem vício de validade, isso permite uma resistência passiva, que é simplesmente não fazer o que o ato determina, porque se ele for invalidado, o fato de eu ter ficado inerte não vai ter problema nenhum, mas eu vou assumir as consequências da minha resistência. Ele pode resistir antes da anulação pq se anular, aquela resistência não vai ter efeito contrario a você.

1.10.6. Convalidação

Convalidação é a supressão do vício existente no ato administrativo com efeito retroativo à data em que o ato foi praticado. Então quando eu convalido o ato, é como se aquele ato nunca tivesse tido um vício. So quem pode convalidar ato administrativo é a administração pública. A convalidação pode ser feita ou pela própria autoridade que praticou o ato – e aí nesse caso alguns autores chamam a convalidação de ratificação –, e quando a convalidação é praticada pela autoridade hierarquicamente superior é

chamada de confirmação. Alguns vícios permitem convalidar atos e outros não, mas de qualquer sorte, mesmo que o ato tenha um vício que permita a convalidação, para que essa convalidação exista é necessário que o ato com vício não traga um prejuízo ao interesse público nem a terceiros. Por isso que se diz que a impugnação do ato seja na via administrativa, seja na via judicial, seria uma razão *prima facie* para impedir a convalidação, porque se alguém impugnou judicialmente ou administrativamente um ato com vício é porque provavelmente gerou algum prejuízo a ele, então a princípio (*prima facie* é princípio) um impeditivo à convalidação do ato. Se tiver uma ação judicial ou um processo administrativo instaurado contra aquele ato, eu vou presumir que há um prejuízo gerado a terceiros porque você não entrou com uma ação judicial ou com um processo administrativo contra um ato se o ato não lhe gera prejuízos.

Em regra, o entendimento que prevalece é que toda vez que for possível a convalidação do ato administrativo, ele deverá ser convalidado. Então, em regra os autores dizem que a convalidação é vinculada, no sentido de que toda vez que puder para convalidar, a administração não deveria decidir se vai convalidar ou não, ela deve convalidar, se puder convalidar ela deve convalidar, em razão do princípio da segurança jurídica. Só existe uma possibilidade em que a convalidação é discricionária (vai convalidar se quiser), que seria a situação de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Eu vou dar um exemplo. Você sabe que o vício de função de fato, que é vício de competência do ato administrativo, é um vício que permite a convalidação. Se o ato for vinculado e tiver um vício de função de fato, a autoridade competente tem que convalidar. Exemplo: quando você veio se matricular aqui na faculdade. Você veio fazer o ato de admissão em faculdade, só que quando você veio quem fez a admissão de vocês foi uma pessoa que estava suspensa por quinze dias. Só que o ato de admissão é um ato vinculado, você trouxe todos os documentos que a faculdade exige. Ora, aí vem um outro funcionário que tem a atribuição mesmo, ele pode ao invés de convalidar, invalidar o ato? Não, porque é um ato vinculado. Se a pessoa apresentou todos os documentos, por uma questão até de segurança jurídica e por uma questão de utilidade porque eu ia ter que invalidar um ato para fazer um ato novamente sendo que o ato já preenche os requisitos, então nesse caso aí, obrigatoriamente ela tem que convalidar, a autoridade competente. Agora, digamos que você chegou na secretaria de serviço público e pediu para utilizar uma área ali que fica atrás do aeroclube e que você tem um circo. Então você chegou lá três meses atrás pedindo uma autorização para colocar um circo ali, é uma autorização de uso por um mês, sendo que a autorização é ato discricionário. Aí a pessoa que deferiu essa autorização porque estava suspensa ou estava de férias, estava viajando e resolveu passar uma semana no trabalho fazendo tudo que cabia a ela fazer, aí ela deu essa autorização para colocar um circo ali. Ora, isso é um ato discricionário, e se é um ato discricionário, não tinha requisitos legais para preencher, então ela estava fazendo um juízo de valor e se ela estava fazendo um juízo de valor, eu que sou autoridade competente, quando eu pego esse ato discricionário eu posso entender de outra forma que ela. Por exemplo: “Como é que você deu essa autorização de uso se essa área aqui do aeroclube vai reformar toda, vai ter uma reforma enorme, vai fechar daqui a dez dias, como é que você vai deixar um circo aqui? Não! Isso aqui eu não vou convalidar não, eu vou invalidar.”. Então, o que é que acontece? Todos os atos quando

são passivos de convalidação eles tem que ser convalidados, com exceção do ato discricionário praticado por autoridade incompetente porque aí a autoridade competente poderá decidir se vai convalidar ou invalidar o ato. No ato vinculado a pessoa não vai ter muita opção, porque se você chegou lá pra fazer a matrícula na universidade, juntou todos os documentos, não tem porque eu não convalidar. Agora, no discricionário tem e eu tenho um motivo aqui, por exemplo, eu poderia invalidar em função disso: você deu autorização pra pessoa colocar o circo ali, mas daqui a uma semana vai ter uma obra ali e vai fechar tudo, então não tem condições de dar essa autorização, eu vou invalidar.

1.10.6.1. Vícios do ato que permitem convalidação

São pouquíssimos, pra falar a verdade. No que diz respeito àqueles vícios de competência, eu só posso convalidar se o vício for de função de fato. Se o vício for de função de fato eu posso convalidar, agora, se for usurpação de função pública não posso, e excesso de poder também não convalido. Não significa dizer que eu sempre vou convalidar se for função de fato, eu to dizendo que eu posso convalidar ou não.

Com relação ao vício de forma, nós vimos que o vício de forma vai depender da essencialidade da forma. O vício de forma pra levar à invalidação vai depender da essencialidade ou não da forma, e a mesma coisa eu digo à respeito da convalidação. Um vício de forma pra eu convalidar ou não, vai depender se ele gerou prejuízo ou não. Às vezes, não gera prejuízo, por exemplo: digamos que tenha tido um determinado ato que tenha que ser publicado durante duas vezes no diário oficial e eu publiquei só uma, mas ninguém impugnou, não teve prejuízo nenhum então eu vou convalidar isso daqui, e eu convalido porque a questão do vício de forma, que engloba também a formalidade, vai depender da essencialidade ou não. Ora, e o que é uma forma essencial? Obviamente, uma forma essencial é aquela que quando não for observada vai gerar algum tipo de prejuízo, mas se não gerar nenhum tipo de prejuízo então não é uma forma essencial. Então, no caso do vício de forma, o que se faz normalmente é esperar se alguém vai impugnar, se ninguém impugnou, a pessoa vai lá e convalida porque não gerou prejuízo a ninguém, e tanto não gerou que ninguém contestou e ninguém falou nada.

Os vícios de motivo normalmente você não convalida. Se o motivo for falso, se o motivo for inexistente, como é que você vai convalidar? A não ser que uma grande justificativa você consiga provar que tem um motivo falso que foi alegado, mas que existiria um outro motivo que não é falso e que justificaria a atuação, por exemplo. Mas é mais complicado, porque quais foram os vícios de motivo que a gente viu até aqui? Falsidade de motivo e inexistência de motivo. Então, pra você convalidar o vício de motivo só seria o caso, no meu sentir, que pode acontecer assim de você ter praticado um ato com base num motivo falso, mas que por detrás existe um motivo que justificaria, além daquele motivo falso, existe um motivo que justificaria, mas eu acho muito complicado porque provavelmente vai gerar um dano e a pessoa vai recorrer.

Essa questão da convalidação tem que ter muito cuidado porque se você convalida um ato que não pode ser convalidado, eu vou lá no judiciário e anulo a

convalidação, e quando eu anular a convalidação volta tudo, então não pode haver o prejuízo pra administração.

Com relação à finalidade, desvio de finalidade não admite convalidação. Então, vício de finalidade não convalida.

Vício de objeto também não, porque vício de objeto, que é aquele objeto incerto, objeto impossível, objeto ilícito, aquilo ali o ato é inexistente, não tem como você convalidar ato inexistente, então você nem fala na possibilidade de convalidar com vício de objeto porque o vício de objeto é a inexistência do ato.

O vício de conteúdo não permite a convalidação, porém permite a chamada conversão, que é a troca do conteúdo do ato. Exemplo: você foi nomeado para um cargo efetivo sem concurso público, e cargo é um vício do conteúdo, não pode ser convalidado. Aí, o que é que a administração faz: converte esse conteúdo desse ato, dizendo que na verdade você vai ser nomeado num cargo comissionado. Então você pode alterar o conteúdo; vício no conteúdo permite a conversão, que é a alteração do conteúdo, não a convalidação. E se você faz a conversão, é basicamente um outro ato que você tá praticando, a verdade é essa. Fica atrás de nomenclatura jurídica pra justificar tudo, mas na verdade, se eu tô mudando o conteúdo do ato, pra mim é outro ato, não é o mesmo.

1.10.7. Revogação

Revogação vai ser a extinção do ato administrativo determinada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes. Então, a revogação não é nada mais do que a expedição de um ato administrativo que vai tirar do mundo jurídico um outro ato administrativo, respeitando-se os atos já produzidos por esse ato. Então, a eficácia dele vai se ex-nunc porque esses efeitos do ato vão ser preservados.

A revogação pode ser explícita ou implícita. A revogação implícita acontece quando a administração emite um ato que é incompatível com o ato expedido anteriormente e essa revogação pode ser total ou parcial. O pressuposto pra que ocorra a revogação é o interesse público, então tem que haver um interesse público que justifique a revogação desse ato. Então, quando o ato foi editado, existiam condições fáticas que tornavam ele conveniente e oportuno para que fosse editado, só que a situação fática se modifica e esse ato agora deixa de ser conveniente e oportuno, ele agora se torna inconveniente e inoportuno ao atendimento do interesse público, que é a finalidade que a administração deve perseguir na sua atuação. Então mudada a situação, mudada a realidade fática, a administração, para poder atender o interesse público, ela precisa revogar esse ato. Um exemplo que pode ser dado é de uma autorização para que um bar coloque cadeiras numa rua, só que com o passar do tempo a região aumenta o fluxo de automóveis, com a criação de um shopping, e essa autorização precisa ser revogada porque não atende mais o interesse público. Então não é mais conveniente e oportuno que esse bar tenha essa autorização para poder utilizar a rua. Um outro exemplo: uma empresa que tenha uma licença ambiental para explorar uma determinada área, só que isso começa a gerar um prejuízo para o meio-ambiente, então não atende mais o interesse, público, então a administração, por motivo de conveniência e oportunidade

para atingir o interesse público, ela vai lá e revoga esse ato. E o fundamento para esse instituto da revogação é o poder discricionário da administração, então se a administração tem discricionariedade para editar alguns atos, essa discricionariedade se mantém para extinguir alguns atos que em regra vão ser os atos discricionários, que são aqueles atos que comportam o juízo de conveniência e oportunidade. Então, se a administração podia fazer esse juízo de que era conveniente e oportuno editar aquele ato, ela pode fazer para poder extinguir quando ele deixa de atingir a finalidade que é o atendimento ao interesse público. A administração tem o poder de autotutela de defender o interesse público, então ela da mesma forma que tem o poder para editar aquele ato, avaliando sua conveniência e oportunidade, ela vai manter esse mesmo poder para extinguir esses atos. A administração, com base no poder discricionário que ela detém, ela pode extinguir esse ato.

Os atos vinculados em regra não admite revogação, porque a revogação é um instituto típico da discricionariedade, então quando eu tô dizendo que aquele ato se tornou inconveniente e inoportuno, eu tô fazendo uma avaliação que não é uma avaliação que tá na lei, eu tô fazendo uma avaliação de caso fático, então se eu tô fazendo uma avaliação fática, é que aquela avaliação não tá na lei. O que é um ato vinculado? Ato vinculado, a gente tem pouquíssima liberdade de atuação. Por exemplo, eu vou praticar uma habilitação de trânsito, é vinculado. Você chegou lá e passou em todos aqueles testes, a administração não poderá dizer: “olhe, meu filho, você tem uma cara de neurótico, então eu não vou te dar a habilitação”. Não pode. Por mais que você tenha cara de maluco, se você for um deficiente mental e você conseguir tirar a carteira, o DeTran não pode invalidar a carteira. Em regra ele vai ter que te dar a carteira, porque você preencheu todos os requisitos, mesmo que aparentemente alguém diga: “meu Deus, como é que essa pessoa tem carteira de motorista?”, porque essa avaliação não pode e mesmo que pudesse fazer essa avaliação, seria uma avaliação discricionária da administração pública que ela não pode fazer. Então a revogação é um ato de natureza discricionária. Em que sentido? Ela vai estar retirando aquele ato, extinguindo aquele porque ela vai estar fazendo uma avaliação subjetiva no sentido de que aquele ato não é mais conveniente, aquele ato não é mais oportuno ao interesse público, e não é a lei que vai que vai dizer quando é que ele é conveniente ou oportuno ao interesse público, é uma avaliação da própria administração, daí a discricionariedade.

1.10.7.1. Poder de revogar

Falando agora do poder de revogar. Quem é quem tem poder de realizar a revogação dos atos. Somente a administração pública. E aí a gente vai excluir o poder judiciário, poder judiciário não pode revogar os atos administrativos, diferentemente da anulação, em que o poder judiciário pode anular os atos quando tem vícios. Isso porque parte do princípio da independência recíproca, que tem previsão no art. 2º Constituição, então a gente tem um sistema republicano em que os poderes são independentes, então um poder não pode fazer uma avaliação de conveniência e oportunidade dos atos editados pela administração. O poder judiciário e o poder legislativo produzem os seus próprios atos quando eles estão exercendo funções atípicas. Então, a função típica do

Executivo são os atos administrativos, mas o poder legislativo e o poder judiciário também editam seus atos internos, quando estão exercendo funções atípicas, e esses atos eles podem revogar, mas os atos da administração eles não podem revogar. O judiciário pode examinar esse ato com relação a sua validade, então se o ato possui um vício, ele vai ser anulado porque o judiciário vai fazer esse controle jurídico do ato, mas aí não há uma revogação, há uma anulação. Então pra revogação só quem pode revogar é a administração, mas isso não afasta totalmente o poder judiciário, que pode fazer uma avaliação da validade ou não desse ato e fazer esse controle. Vai analisar a validade. Se tem vício ou não, ele vai e anula, mas pra revogar, só a administração.

Com relação aos efeitos, os efeitos são ex-nunc, então são preservados os efeitos que foram produzidos enquanto o ato era válido. E aí o que tem que ser observado é o seguinte: a revogação só incide sobre atos válidos, se o ato é inválido porque ele tem um vício de legalidade, isso não permite que haja revogação, isso vai levar à invalidação ou à anulação. Hoje o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça entendem que a revogação deve ser motivada. Isso se baseia no princípio da segurança jurídica de que a administração não pode agir discricionariamente e alegar o interesse público e isso servir pra qualquer interesse da administração. Então, ela precisa motivar os seus atos e não é diferente com a revogação, e esses tribunais entendem que se a revogação não for motivada, ela é inválida.

1.10.7.1.1. Limites ao poder de revogar

1.10.7.1.1.1. Atos que não podem ser revogados

Atos que não podem ser revogados: primeiro, os atos que a lei declarar que são irrevogáveis. Segundo: os atos que exauriram seus efeitos. Exemplo: um ato de concessão de férias. Se o servidor já gozou de suas férias, esse ato não pode ser revogado porque seus efeitos já foram todos consumados e não há porque, não faz sentido revogar esse ato. Porque, se a revogação produz efeitos daqui pra frente, se o ato já produziu os seus efeitos, não tem como ele atingir aquele passado, então se ele já produziu seus efeitos, já exauriu seus efeitos, se revogar não vai adiantar nada. Se a revogação não retroage, é diferente da invalidação, que produz efeitos ex-tunc em regra, mas a revogação, não, é daqui pra frente. Então, se já produziu seus efeitos e eu revogo, não vai mudar nada porque eu não ando pra trás, a revogação vai de hoje em diante, do dia em que eu tô revogando pra frente. Se ele já produziu todos os seus efeitos, se a revogação vai de hoje pra frente, não tem como eu buscar esses efeitos que já foram produzidos.

Terceiro: os atos vinculados. Os atos vinculados em regra não podem ser revogados porque eles não comportam o juízo de conveniência e oportunidade. Então, com a previsão legal e alguém que preencha os requisitos legais, a administração se vê obrigada a expedir esse ato. É o caso, por exemplo, de uma licença pra exercer uma profissão. Só que isso não é tão simples, existe uma divergência aí que o Supremo Tribunal Federal declarou que é possível revogar uma licença para construção desde que a execução da obra não tenha sido iniciada. Isso aí tá sendo muito discutido essa

questão da revogação. O que está sendo discutido é o que é um ato vinculado e o que é um ato discricionário, porque hoje mesmo tem gente que diz que você não tem ato discricionário, você tem ato de baixa vinculação e de alta vinculação. Então aí, teve essa decisão do Supremo que se você deferiu uma licença e não iniciou a obra, você poderia revogar. Celso Antônio não concorda com isso, ele acha que se o ato vinculado se tornou inconveniente, o que você deve fazer é uma desapropriação do direito. Ele advoga, e não é só ele – na doutrina espanhola fala a mesma coisa – se você entende que um ato vinculado se tornou inconveniente à satisfação do interesse público, você tem que desapropriar o direito. Porque na verdade, o que se entende é que se você preencheu os requisitos legais, então você tem o direito à prática daquele ato, então o que ele vai estar fazendo é desapropriando o direito que você tem. Isso na prática levaria de diferente com a revogação porque a indenização teria que ser prévia, na forma do art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal, que prevê as formas da indenização prévia.

Quarto ato que não pode ser revogado: os atos que gerem direitos adquiridos. Isso tá previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição e na súmula 473 do STF. A título de exemplo, um ato que gere direito adquirido é o ato de concessão da aposentadoria ao servidor após ele ter preenchido o lapso temporal necessário pra ele usufruir do benefício. Então, preenchido esse requisito da lei, ele tem direito adquirido a ter a concessão do seu benefício de aposentadoria e isso não pode ser objeto de uma revogação, porque é uma garantia constitucional e tá garantido pela súmula 473.

Atos integrativos de um procedimento administrativo. Porque? Você tem um procedimento administrativo com a prática de vários atos, então quando um ato posterior é praticado, preclui o ato anteriormente praticado. Você pratica um novo ato naquela cadeia de sucessão desse procedimento, preclui o poder de revogar o outro ato que foi praticado anteriormente. É o caso, por exemplo, de você realizar uma licitação e aí você realiza todos os processos e celebra o contrato. Você não pode mais voltar e revogar um desses atos. Ou você revoga o procedimento todo, ou você não pode mais revogar um dos atos que vieram antes deste último ato de celebração do contrato. O processo administrativo é uma série de atos, então nessa questão da série de atos, aí ou você revoga o processo inteiro ou você não revoga, porque você não pode dizer que em uma fase o ato é inconveniente ou inoportuno porque o processo é um todo que vai gerar alguma coisa.

Sexto: os atos denominados meros atos administrativos não podem sofrer revogação, e aí a gente tem como exemplo pareceres, certidões e atestados. Os efeitos desses meros atos administrativos decorrem da lei, então por isso a administração não pode revogar.

Sétimo: atos de controle. Os atos de controle não podem ser revogados, o que deve ser revogado é o ato controlado, nunca o ato de controle. O ato de controle tem o controle de outro ato administrativo, então você revoga o ato e não o ato de controle. O que vai ser inconveniente ou inoportuno não é o ato de controle e sim aquele ato que vai gerar efeito. Exemplo de ato de controle: homologação, aprovação.

Por último, o último ato que não pode ser revogado são os atos que produzem direito público subjetivo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça. Exemplo disso são os concursos públicos após a homologação, o que também tá previsto na súmula 16 do STF.

Por fim, falando agora da revogação da revogação. Então, pense num caso de a administração expedir um ato que revoga um ato que revogou o primeiro ato. Então, a gente tem um ato A e aí o ato B revoga o ato A. Se a administração expede um ato C e revoga esse ato B, entende-se que o ato A voltou a valer. É uma revogação do ato revogador. Carvalho Filho vai avaliar essa situação sob dois aspectos: primeiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no seu art. 2º §3º proíbe a repristinação, então ele já entende que isso não é possível. E aí ele entende que esse ato C, que vai revogar o ato B (ato revogador), ele seria um novo ato, teria o mesmo conteúdo e permitiria produzir os mesmos efeitos e aí ele seria um novo ato e não a repristinação do primeiro ato. O ato volta, porque se eu tenho um ato praticado e revogo esse ato, se o ato C revogar o segundo, essa revogação só tem efeito ex-nunc (daqui pra frente), então ele não tem como reestabelecer o primeiro ato, a não ser que o novo ato tenha um novo conteúdo, um conteúdo igual ao do ato A. Se o ato de revogação não retroage, se eu revoguei o ato A, por exemplo, você tem uma autorização pra ocupar uma área pública e eu revoguei, então se eu revoguei esse ato, você não tem mais aquela autorização. Aí, eu venho e revogo essa revogação, essa revogação desse ato revogador não vai trazer a autorização de volta, porque essa revogação não vai andar pra trás. Aí eu não sei quando você faz esse ato C com um novo conteúdo, dizendo que está reestabelecida a licença, aí é um novo ato. O direito brasileiro não admite repristinação e pra haver isso, precisa que o ato seja expresso nesse sentido. Só que Celso Antônio entende que pode haver repristinação.

A revogação já é muito pouco utilizada, porque hoje em dia o entendimento que tem é que a revogação tem gerado muito essa questão do direito à indenização. Então a administração pra revogar, ela revoga muito assim, quando ela vai construir uma obra e lá no local tem uma barraca, aí realoca porque às vezes é por razão mesmo de obras, mais essa questão das autorizações e dessas permissões de uso, às vezes há a necessidade de revogar mesmo em função de obras novas que vem ocorrendo, mas normalmente eles sabem que tem um risco de indenização.

18/09/2014

1.10.7.1.1.2. Prazo da revogação

Existe um prazo pra que eu revogue atos administrativos? Porque a gente viu que se tem um prazo pra invalidar, eu tenho um prazo de cinco anos que é decadencial. A princípio os doutrinadores mais tradicionais entendem que não existe prazo, ou seja, se você tem um ato que foi uma autorização de uso pra usar determinado espaço público e já foi quinze anos, eu posso revogar a qualquer momento. Tem outros que têm uma posição muito radical que eu acho que é totalmente inadmissível. Diz assim: depois que o ato é praticado – aí utiliza a mesma regra da invalidação –, passado cinco anos, eu não posso mais revogar o ato. Isso acaba gerando uma certa complicação, quer dizer, você acabaria engessando muito a administração. Por exemplo, você tem uma autorização pra

botar mesas e cadeiras na frente do bar, passado cinco anos você não pode mais revogar. Tem aqueles que acham que pode revogar à qualquer tempo, independente da situação. Tem uma posição que é exposta por Raquel. Ela entende que deveria sim existir um prazo decadencial para a arguição da revogação, mas que esse prazo deveria ser de cinco anos a contar da situação que tornou o ato inconveniente ou inoportuno. Ou seja, ela advoga favoravelmente a um prazo decadencial pra revogação, mas esse prazo não seria da prática do ato (não seria cinco anos a contar da autorização), seria cinco anos a contar da situação que gerou a inconveniência ou inoportunidade. Exemplo: você tem uma autorização pra colocar mesas e cadeiras na frente do seu bar. Aí já tá tudo bem, há dez anos você tem mesas e cadeiras em frete ao bar. De repente constroem um shopping center que leva a um movimento muito grande naquele local, o que acaba que aquelas mesas e cadeiras passam a atrapalhar a circulação dos pedestre, então seria cinco anos a contar da construção daquele shopping. Ou seja, cinco anos não contado do ato de autorização, ou do ato de permissão, mas cinco anos contados da situação que levou à inconveniência ou inoportunidade do ato. Vamos falar da obra aqui da Barra. Digamos que alguém tenha uma autorização e tá explorando lá. Tinha uma barraca de coco no meio do farol com autorização de uso do espaço público. Por essa interpretação, a obra da Barra, quando se fez a obra, ocorreu a inconveniência da manutenção daquela barraca ali onde ela estava. Então, o prazo começaria a contar da realização daquela obra. Isso eu acho mais viável, eu acho que é uma posição viável. Agora, tem aqueles que acham que teria que ser cinco anos da prática do ato. A decisão do STJ normalmente, com relação às revogações, é exigindo motivação. Tem muita decisão que exige pagamento de indenização, a depender da situação, e motivação pra acontecer. A lei 9784 fala do prazo de cinco anos pra invalidação no art. 54, mas pra revogação não tem.

2. Poder de polícia

2.1. Histórico do poder de polícia

A questão do poder de polícia reporta-se ao Estado absoluto. Lembre-se que o Estado absoluto é chamado de Estado de polícia. Na época do Estado absoluto, o Estado atuava de acordo com a vontade do gestor, não havia submissão ao princípio da legalidade. Mas mesmo assim, mesmo no Estado absoluto sempre houve uma preocupação com a questão da segurança, sempre houve uma preocupação com a questão da proteção, seja a proteção das fronteiras e consequentemente a proteção da própria população. Então, essa preocupação com essa questão de você manter a seguridade, a tranquilidade, a paz social, isso é uma preocupação que não é típica do Estado de direito, já existia no Estado absoluto. Então, o Estado voltado à questão da tranquilidade, da segurança, da salubridade, não é uma característica do Estado moderno, não é uma característica do Estado de direito, já vinha também no Estado absoluto. Só que no Estado de direito, essa atuação passa a ser subordinada à lei, então o Estado continua atuando em prol da tranquilidade, em prol da segurança, em prol da salubridade, só que nessa fase o Estado atua pautado na lei, ele tem que ter o respaldo

legal. Mas essa atuação do Estado voltada à tranquilidade, à salubridade e à segurança, são atividades típicas do poder de polícia. Não é uma coisa que tenha surgido no Estado de direito, por exemplo, conceito de ato administrativo, serviços públicos, todos são conceitos vinculados ao Estado de direito. Claro que nós temos uma outra visão do poder de polícia no Estado de direito do que tinha a polícia no estado absoluto, que atuava de acordo com a vontade do governante, mas esses objetivos não são objetivos que surgem na sociedade no Estado de direito, a atuação do Estado voltada a garantir segurança, tranquilidade e salubridade, remontam ao próprio estado de absoluto. Agora, no Estado de direito, a primeira fase é a fase liberal, em que não há uma intervenção na vida do administrado. Alguns autores chamam essa fase liberal do Estado de direito de Estado absenteísta porque o Estado visava sempre muito mais garantir a liberdade dos administrados e nisso ele não tinha uma intervenção em questões sociais e econômicas. Mas aí, no Estado liberal a atuação da polícia administrativa, do poder de polícia, era basicamente igual ao do Estado absoluto. A única diferença, é que no Estado absoluto a atuação não estava pautada na lei e no Estado de direito, no Estado liberal, estava. Mas assim, a polícia administrativa atuava voltada para os mesmos objetivos (segurança, tranquilidade e salubridade).

Mas, com a evolução do Estado e a vinda do Estado social de direito, o Estado assume uma postura mais intervencionista, ele começa a intervir em questões econômicas e sociais. Então, nessa fase do Estado social de direito, há uma ampliação do poder de polícia, porque ele não trabalha só visando a segurança, salubridade e tranquilidade, mas ele atua voltado às questões voltadas aos costumes, voltado à questão de meio-ambiente. Nós temos a polícia de construção, voltada às construções. A polícia administrativa voltada também à questão de comercializações. A polícia administrativa de trânsito e a ligada à área de saúde. Então, veja que hoje houve uma grande expansão do poder de polícia. Então hoje, se a gente vê que existe polícia administrativa que atua no trânsito, atua na questão de construções, no meio-ambiente, que atua com festa, atua na área de saúde, então houve uma ampliação na questão do exercício do poder de polícia. Tanto que, mesmo se falando em Estado regulador, que o Estado transferiu pra iniciativa privada uma série de atribuições que eram suas e ficou somente com sua postura de Estado regulador, mesmo assim, nós temos hoje duas agências reguladoras que atuam exclusivamente no exercício do poder de polícia, que seria a ANViSa e a ANS. A ANViSa atua basicamente com poder de polícia, controla a venda de medicamentos, questão de bebida alcoólica, questão do cigarro que exige que coloque aquelas fotos, então tudo isso é exercício do poder de polícia. A ANaTel e a ANEEL atuam com poder de polícia, mas não como atividade principal, são agências reguladoras de prestação de serviços públicos. Na sua atuação, elas podem exercer o poder de polícia e até exerce, mas elas não foram criadas pra isso.

2.2. Conceito de poder de polícia

Poder de polícia é a prerrogativa que possui o Estado de restringir direitos individuais em prol da satisfação do interesse público. No caso da satisfação do interesse público, hoje tanto faz eu falar que a atuação da administração pública visa

atuar em prol da satisfação do interesse público, ou falar que a administração pública visa atuar em prol do atendimento dos direitos fundamentais. O interesse público não tem uma linha que diferencie interesse público de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dos administrados podem ser equiparados a interesse público. A atuação do Estado para a defesa de um direito fundamental é hoje comparada ou pode ser a mesma coisa de atuação do estado em prol do interesse público. Direitos fundamentais é interesse público. A questão da satisfação dos direitos fundamentais perpassa pelo interesse público. Essa expressão “poder de polícia” é muito criticada, tanto que na França se fala em “restrições administrativas”.

Quando Maria Silvia fala em atividade de administração pública no sentido objetivo ou material, ela diz que seriam as atividades desempenhadas pela administração pública. Aí, diz que a administração pública desempenha atividades de fomento, poder de polícia, serviço público, e intervenção do Estado na atividade econômica. A diferença entre poder de polícia e serviço público seria, primeiro: serviço público é uma atividade prestadora, e o poder de polícia é atividade ordenadora. Significa que enquanto o serviço público visa a atender as necessidades e conveniências públicas, o poder de polícia visa propiciar um convívio social harmônico. Do mesmo jeito que eu posso dizer que eu não posso pensar um Estado que não esteja voltado às necessidades da população, eu não posso pensar um Estado que não estabeleça determinados limites às atividades individuais, sob pena de se criar um caos público. Então, na verdade essa é a diferença do serviço público e do poder de polícia. Alguns falam – aí eu já não concordo – que o serviço público seria uma atividade positiva (no sentido de que tá sendo prestada alguma coisa), e o poder de polícia seria uma atividade negativa (impor restrições). Mas assim, essa questão de serviço público como atividade positiva no sentido de atuar pra atender as necessidades e poder de polícia como uma atividade negativa no sentido de estar impondo só restrições ao particular, isso nem sempre satisfaz, porque às vezes no exercício do poder de polícia a administração determina que você faça alguma coisa, ela não só impede. Por exemplo, se você for realizar uma obra, você tem que colocar tapumes em frente a sua obra. Isso é uma obrigação de fazer que decorre do poder de polícia. Se você for construir um imóvel, você tem que ter um sistema contra incêndio. Você vê que isso é uma exigência das obras, isso não é apenas uma forma de impedir de fazer alguma coisa. Pelo contrário, o poder de polícia não impõe só restrições, muitas vezes ele tem essa preocupação também de determinar que os particulares também façam alguma coisa, adotem algumas providencias também voltadas a essa questão de garantia de direitos fundamentais. Você veja só que essa troca de interesse público por direitos fundamentais, ela se justifica em algumas hipóteses, por exemplo, essa questão de exigir que você coloque sistema de incêndio numa obra quando você vai construir um prédio, você vê que isso é muito mais garantir um direito fundamental das pessoas do que a questão da segurança. Aquele exemplo do arremesso de anões, que tinha na França, ali é um caso prático do exercício do poder de polícia numa defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Naquele momento não é o interesse público, você tá protegendo um direito fundamental e o direito fundamental acaba se confundindo também com interesse público, mesmo porque você não tem na Constituição nenhum artigo dizendo o que é interesse público,

mas eu tenho um artigo de direitos fundamentais, que é claro que estão ligados diretamente ao interesse público. O Estado não pode simplesmente atuar ignorando os direitos fundamentais dos administrados, que se transforma em interesse público do Estado. Então assim, você tem que considerar o poder de polícia voltado não só a uma atividade negativa, uma atividade de restringir atuações. Tudo bem que é uma atividade extremamente restritiva, é – poder de polícia normalmente restringe direitos individuais – mas ele restringe, mas não significa que ele não imponha em algumas situações obrigação de fazer no exercício desse poder de polícia.

2.2.1. Poder de polícia no sentido amplo

Poder de polícia no sentido amplo é a prerrogativa estatal de restringir ou limitar o exercício de direitos em prol da satisfação do interesse público. Quando eu falo de poder de polícia em sentido amplo, a única coisa que eu tenho pra dizer é que no sentido amplo, o poder de polícia envolve tanto a atuação legislativa, quanto a atuação da administração pública. O legislativo tem uma importância no exercício do poder de polícia porque no poder de polícia eu vou restringir o exercício do direito e eu só vou fazer isso baseado na lei, eu vou ter que ter uma lei, mesmo que seja uma lei em sentido amplo. Na França, quando se proibiu o arremesso de anões, se proibiu baseado num princípio. A nossa Constituição não abre tanto espaço pra você exercer poder de polícia somente com base em princípios. No ordenamento jurídico alienígena, sim, porque o marco constitucional das constituições francesa, italiana, portuguesa e espanhola, o marco constitucional deles é menor que o nosso. O nosso, o marco constitucional é muito claro no que diz respeito às atribuições do executivo. Para o executivo atuar somente com base em princípios, a ponto de restringir um direito individual, é complicado, mas já se defende isso em alguns livros, dando o exemplo da França, mas o marco constitucional da França é diferente do nosso. Normalmente, se vocês for fazer um exercício mental, preste atenção que todo poder de polícia que é exercido sempre tem uma base legal, sempre tem uma lei por trás, às vezes uma lei até de baixa densidade normativa. Uma lei de baixa densidade normativa é aquela que não diz muita coisa, vai precisar ser regulamentada e aí, quando regulamentar, vai dizer como é que vai atuar. Então, você pode ter poder de polícia baseada numa lei de baixa densidade normativa, mas pra exercer poder de polícia sem base legal, eu acho no nosso ordenamento complicado.

2.2.2. Poder de polícia em sentido restrito

Quando se fala do poder de polícia em sentido restrito, atém-se somente a atuação da administração pública no exercício do poder de polícia. A Administração pública no exercício do poder de polícia com a expedição de:

- a) Atos Normativos – o prefeito vai regulamentar uma lei falando da venda de alimentos no carnaval. O prefeito emite um decreto regulando isso. Portanto, é um ato normativo.

- b) Atos Administrativos – Existem dois atos administrativos que são bem típicos do poder de polícia. Trata-se das licenças e autorizações.
- c) Atos Materiais- a administração pública pratica também estes atos.

2.3. Poder de polícia originário e poder de polícia derivado

Quem tem competência para exercer o poder de polícia? A competência é do ente federado ao qual é dada a competência para legislar sobre a matéria. O poder de polícia é bem amplo no município, pois é no âmbito dele que ocorre tudo aquilo que é de interesse local.

O poder de polícia derivado ou delegado é quando o exercício poder de polícia é transferido para entes da administração indireta. Há uma restrição de que não se pode transmitir o poder de polícia para entes da administração indireta, com personalidade de direito privado, exploradores de atividade econômica. Não se pode, em hipótese alguma, transferir o exercício do poder de polícia para particular. A única coisa que se pode transferir para particulares são atos materiais empenhados ao exercício do poder de polícia.

2.4. Polícia administrativa e polícia judiciária

A polícia administrativa exerceria uma atividade preventiva e a judiciária uma atividade repressiva. Celso Antônio diz que a polícia administrativa visa evitar comportamentos antissociais e a polícia judiciária visa punir os transgressores da ordem jurídica. Essa visão não vem prevalecendo na doutrina. Muitas vezes a polícia administrativa age de modo repressivo, por exemplo, na aplicação de multas e ao fechar um estabelecimento que vende comida estragada. O que prevalece é, primeiramente, o fato de a polícia administrativa atuar de acordo com normas administrativas, ela vem distribuída entre diversos entes e órgãos administrativos; a atuação da polícia administrativa, em regra, se exaure nela mesma. Ela não precisa ir no judiciário, a atuação se cumpre nela mesma.

Já a judicial atua com base em norma de Direito penal e processual penal; ela é exercida basicamente pela polícia civil e polícia militar; ela não se exaure por ela mesma.

23/09/2014

2.5. Características do poder de polícia

Quanto às características do poder de polícia, elas são muito semelhantes às do ato administrativo. Por exemplo, o poder de polícia tem como característica a imperatividade, e você vê que é bem do poder de polícia, porque o poder de polícia restringe liberdade e propriedade individual. Então, se ele restringe é impondo obrigações a terceiros, então o exercício do poder de polícia tem essa característica que é a característica da imperatividade. Ele tem a característica da exigibilidade – e eu não

vou falar o que é isso porque eu falei em atributos do ato – e também ele pode ter a característica de auto-executoriedade. Normalmente todos os exemplos de executoriedade do ato administrativo tá ligado a ato administrativo no exercício do poder de polícia. Por exemplo: construção que é feita de forma equivocada, que a administração pode ir lá e demolir; na questão da fiscalização de determinados locais, na questão de higiene – então você tem poder de polícia no sentido de executar mesmo medidas. Então, normalmente essas características de imperatividade, exigibilidade e executoriedade que nós vimos do ato administrativo, elas são bem claras nos atos administrativos praticados no exercício do poder de polícia. Tanto os exemplos que nós demos aqui, vocês vejam que todos os exemplos que eu dei aqui de exigibilidade e de auto-executoriedade, eu dei exemplos de exercício de poder de polícia. A questão de obrigar a construir aquele piso tátil, a questão da aplicação de multa, de demolição de construção, veja que todos os exemplos que eu dei aqui quando eu tratei de atos administrativos estavam ligados à atos administrativos praticados exatamente no exercício do poder de polícia. Outros autores ainda falam como característica do poder de polícia a discricionariedade. Se você for estudar o código de polícia de alguns entes federados... Aqui em Salvador você tem o código de polícia administrativa, que é a lei 5503/99. A discricionariedade é muito flagrante no exercício do poder de polícia no que diz respeito nas escolhas das medidas que vão ser adotadas, sejam medidas administrativas de polícia, sejam sanções no exercício do poder de polícia. Normalmente quando a lei traz uma infração, ela traz uma série de condutas que são consideradas infrações à esse código de polícia, e depois em outro artigo ele diz quais são as sanções que poderão ser aplicadas ocorrendo uma daquelas infrações. Ora, o que é que faz a lei? Acaba conferindo uma discricionariedade ao administrador público no sentido de que ele escolha qual a sanção que ele quer aplicar. Então, na verdade existe discricionariedade no exercício do poder de polícia normalmente na escolha das medidas e das sanções aplicadas também às chamadas autorizações praticadas no exercício do poder de polícia (as autorizações são discricionárias e há um bocado de autorizações praticadas no exercício do poder de polícia). Agora, eu posso dizer que todo exercício do poder de polícia é discricionário? Não, porque você tem o exemplo de um ato, que é extremamente praticado no exercício do poder de polícia, que ele não é discricionário, ele é vinculado. Qual é? A licença. Nós vimos aqui, que quando a gente falou que existem atos administrativos praticados no exercício do poder de polícia, eu disse que a gente poderia falar que são os mais comuns seria a licença e autorização. As licenças que são praticadas no exercício de poder de polícia: licença pra construir, licença de habilitação de trânsito, licença de funcionamento, licença pra exercício de determinadas atividades, licença de localização, licença para exercício de profissão. Todas essas licenças são atos vinculados, então a gente não pode falar que sempre o poder de polícia tem como característica a discricionariedade, porque nós temos atos praticados no exercício do poder de polícia que não são discricionários, são vinculados, a exemplo da licença.

2.5. Limites ao exercício do poder de polícia

O poder de polícia, dentro do nosso ordenamento jurídico, ele possui alguns limites, se esbarra em algumas fronteiras. Quais seriam esses limites que o poder de polícia tem que observar. Primeiro, nós poderíamos falar do princípio da legalidade. Nós já vimos aqui que quando o poder de polícia restringe direitos individuais, nós sabemos que essa restrição tem um respaldo legal. E lembre que nós falamos que o nosso marco constitucional inclusive requer a lei para você restringir direitos individuais. Isso vem prevalecendo até hoje na doutrina, ou seja, que o exercício do poder de polícia ele encontra barreira na lei, ou seja, só pode alguém tentar restringir um direito seu se ele tiver um aparato legal. Alguns autores, a exemplo de Marçal Justens Filho, defende que eu posso exercer poder de polícia tendo como base princípios constitucionais. Aí seria o exemplo do arremesso de anões, que foi proibido não com base numa lei, não existia uma lei na França na época que proibia o arremesso de anões. Existia um princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e com base nesse princípio se estabeleceu que aquela atuação era proibida e que o Estado poderia proibir aquela atividade com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico brasileiro, apesar dessa divergência e apesar dessa constituição ser principiológica, o que daria até margem pra esse tipo de limitações baseada em princípios, isso não é muito pontual no nosso ordenamento jurídico. O nosso ordenamento jurídico ainda utiliza-se que os entes federados só impõem restrições quanto tiver base legal.

Outra limitação seria também o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade quer dizer que a restrição que se fará a um direito individual, ela tem que se justificar, deve ser proporcional ao dano que aquele exercício daquele direito causaria, tem que haver essa compensação, tem que ser proporcional, pelo menos, ao dano que aquela atuação causaria ao interesse público. Alguns autores, a exemplo de Odete Medlar, ela fala também como um limite ao poder de polícia, os direitos fundamentais. Eu acho que se confunde um pouco com a questão até da própria proporcionalidade, porque o exercício do poder de polícia não pode impedir o exercício de direitos fundamentais, mas depende, às vezes pode, às vezes é possível isso. Eu acho que quando você fala da proporcionalidade, já abraça tudo. Eu não tô querendo saber qual é o direito, se é um direito fundamental ou não, eu tô querendo dizer o seguinte: “olha, eu quero saber se o dano que você vai causar no exercício desse direito – que eu não tô nem querendo saber se é classificado como direito fundamental –, se ele é proporcional à restrição. Eu quero saber se o dano que vai ter por conta do exercício desse direito justifica a restrição que eu quero dar à esse direito, então na verdade quando eu falo do princípio da proporcionalidade, eu tô colocando dois valores numa balança pra saber qual o que pesa mais. Então eu acho que se você vai falar do exercício dos direitos fundamentais como limite ao poder de polícia, o próprio princípio da proporcionalidade já preveria, porque se eu tô restringindo um direito fundamental, já não há proporcionalidade.

2.6. Sanções do poder de polícia

As sanções que são aplicadas no exercício do poder de polícia, elas vêm também do próprio jus puniendi do Estado, do próprio poder de punir do Estado. Do mesmo jeito que as sanções penais, as sanções administrativas decorrem do direito de punir do Estado. Na Europa Ocidental, quando se trabalha com as sanções administrativas e as sanções decorrentes do exercício do poder de polícia efetivamente são sanções administrativas, coloca-se essas sanções em grupo comum com as sanções penais no sentido de tentar aplicar os princípios utilizados no direito penal, na aplicação de sanções penais, ao direito administrativo, na aplicação das sanções administrativas. Então, quer dizer, se coloca tudo como se fosse um grupo comum, sendo que tudo decorre do poder de punir do Estado, pra que os princípios que incidem sobre a aplicação das sanções penais sejam também aplicados às sanções administrativas. Dentre esses princípios, o que mais se revela e vocês conhecem, é o princípio da legalidade restrita, que é típico do direito penal. O princípio da legalidade restrita do direito penal estabelece que a cada infração corresponde uma pena. No direito brasileiro não é obedecido o princípio da legalidade restrita, nós não utilizamos isso. Então, no que diz respeito às sanções administrativas elas normalmente vêm estabelecidas assim: você tem uma série de infrações e você tem uma série de sanções, e aí o poder no exercício do poder de polícia, o ente vai lá e escolhe as sanções. Por exemplo: a questão que ele apreendeu material com validade vencida num estabelecimento comercial, aí a lei traz uma série de sanções, pode aplicar multa, fechamento do estabelecimento, apreensão de mercadoria. Então, você tem assim sanções que podem ser escolhidas dentre aquelas estabelecidas para aquele caso, o que não é condizente com o princípio da legalidade restrita. Por que o princípio da legalidade restrita diz que pra uma infração tem uma sanção específica, e não a possibilidade de escolha entre diversas sanções.

2.6.1. Características das sanções

A primeira característica no que diz respeito às sanções é a observância do princípio da legalidade: as sanções vêm todas estabelecidas por lei. Segundo, observância do princípio do devido processo legal: tem que ser instaurado um processo administrativo pra aplicação da sanção. Outro: observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Outra coisa: observância também do princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção. E também nós já vimos aqui que em regra no ordenamento jurídico brasileiro existe a discricionariedade na escolha da sanção. Agora, lembrando que a discricionariedade vai obedecer ao princípio da proporcionalidade. Eu tenho discricionariedade, mas a sanção tem que ser proporcional à infração cometida.

Existe uma diferença, no que diz respeito à polícia administrativa, entre sanção de polícia e medida de polícia. As sanções são aplicadas após um processo administrativo no qual tenha sido observado o contraditório e a ampla defesa. As medidas de polícia também vêm estabelecidas na lei, porém elas visam impedir infrações. É por isso que às vezes vocês já ouviram falar assim que “ah, a vigilância sanitária foi no restaurante tal no Iguatemi e fechou o restaurante”. Vejam que ali foi lá fazer a inspeção e fechou. Aquilo ali não é uma sanção de polícia, é uma medida de polícia, e ela faz aquilo porque tem fundamento legal. É uma medida preventiva que

ocorre no exercício do poder de polícia. Então, quando a vigilância sanitária fecha um estabelecimento por inspeção, quando você para em local proibido e leva o seu carro, isso aí não é uma sanção de polícia, é uma medida de polícia. As sanções são de diversos tipos e vai depender da situação, por exemplo, a multa é uma sanção, você pode ter uma sanção que determine demolição quando há uma construção irregular, destruição de objeto – por exemplo, você estar pescando com bomba ou a questão da destruição de alimentos apreendidos fora do prazo de validade. Então, você tem no próprio código de polícia uma série de sanções. Aqui mesmo no do município de Salvador, você tem advertência, suspensão de alvará, cassação de alvará, multa, apreensão de bens e mercadorias, demolição, interdição, apreensão de animais, tudo isso vem catalogado como sanções que podem ser aplicadas a depender da situação.

Existe um prazo para aplicação das sanções decorrentes do exercício do poder de polícia. No âmbito federal, o prazo para aplicação de sanção decorrente do exercício do poder de polícia é de cinco anos. Esse prazo decadencial está na lei 9873/99.

02/10/2014

3. Licitações

3.1. Conceito de licitação

Licitação é o processo administrativo através do qual a administração pública, no exercício de prerrogativas públicas, possibilita a todos aqueles que preenchem os requisitos constantes do ato convocatório a oportunidade de apresentarem propostas, escolhendo a que melhor atende ao interesse público.

Vejam só, vejam que é um processo administrativo a licitação, que se desenvolve com a prática de vários atos administrativos. O ato de publicação de edital, o ato de homologação, ato de habilitação, ato de validação, então é uma série de atos. A licitação é garantidora de um princípio, que é o princípio da igualdade e da impessoalidade, também. Então, todos aqueles que têm interesse em contratar com a administração podem apresentar propostas, mas não conteúdo (somente aqueles que preenchem todos os requisitos constantes no ato convocatório). Veja que eu não falo em edital, porque você tem modalidades de licitação como, por exemplo, convite, e o ato convocatório não é um edital, é uma carta convite. Nem todo ato convocatório de licitação é um edital. No convite, o ato convocatório é chamado de carta convite. Por isso que a gente não fala de edital no conceito, porque estaria excluindo o convite. Veja que eu disse que escolhe a melhor proposta que atende ao interesse público, eu não falei que vai escolher a proposta de menor valor, porque nem sempre a licitação vai ser de menor preço, porque tem situações que a licitação pode ser de técnica e preço e aí a técnica pode valer mais que o preço. Nas licitações, por exemplo, de PPP (parceria público-privada), você tem vários critérios de julgamento que às vezes o preço, o valor não é, digamos assim, um instrumento preponderante na escolha da proposta. Na Constituição Federal, a licitação é abordada no art. 37, inciso XXI, e no art. 22, inciso XXVII. Veja só, não significa que eu não tenha outros dispositivos que às vezes falam

do termo “licitação”, mas na forma geral, são esses. O art.37, inciso XXI basicamente fala da obrigatoriedade da licitação anteceder aos contratos administrativos. O art. 37, inciso XXI, diz assim:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Então este dispositivo trata basicamente da obrigatoriedade das licitações antecederem os contratos administrativos. Já o art. 22, inciso XXVII, diz assim:

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

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

Então, o que é que diz aqui? Diz que a União pode legislar sobre normas gerais em licitação. Aí veio a lei geral de licitações, que é a lei 8666/93. Essa lei tem 127 artigos e assim, quando você começa a ler a lei de licitações, logo no início, ela tem um problema porque ela diz o seguinte:

“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”

Ou seja, nós temos uma lei aqui de 126 artigos, dizendo que regulamenta a licitação. Só que pela Constituição, no art. 22, inciso XXVII, ele diz que a União deveria expedir normas gerais de licitações e contratos, isso significa dizer que também os estados e municípios podem ter sua legislação própria sobre licitações e contratos, só precisa cumprir as normas gerais porque as normas gerais são estabelecidas pela União. Nesta linha de entendimento, nós temos a lei do estado da Bahia sobre licitações e contratos, que é a lei 9.433/05. A primeira questão que nós temos que ultrapassar aqui é assim: bom, se a lei 8666 veio e praticamente esgotou toda a matéria sobre licitações e contratos, o que é que se aplica só à União, e o que é que os estados e municípios podem vetar? Isso é a grande questão, porque, por exemplo, se eu for pra lei da PPP, alei de parcerias público-privadas, começa a falar sobre a PPP e em determinados momentos ela fala assim: “da União”. Aí você sabe que quando fala da União, a própria lei tá entendendo que aquilo ali só se aplica ao âmbito federal, ou seja, não tem natureza de norma geral. Mas a lei 8666 não fez isso, tratou de tudo de licitações e contratos. Aí a gente tem que estabelecer se o estado que tá fazendo licitação, se ele vai ter de

consultar a lei 8666, saber o que é norma geral e saber o que não é. Por que o que for norma geral, ele vai ter que repetir ipsi liter, e o que não for norma geral, ele vai poder alterar. Então, a gente tem que saber o que é norma geral. Fala-se que norma geral é uma norma garantidora de princípios. Isso não vai dizer muita coisa, porque é fácil você associar qualquer dispositivo de lei à um princípio. “O prazo para publicação do edital”: princípio da publicidade. “tem que publicar no Diário Oficial”: princípio da transparência. “tem que ter determinada capacidade técnica”: princípio da eficiência. Então, eu sempre vou conseguir associar um artigo da lei de licitações e contratos, ou de qualquer legislação, a um princípio. Então assim, norma geral, ela tem que ter algumas características a mais do que somente essa de ser implementadora de princípios. Nós teremos uma segunda característica. Qual seria? É que a norma geral tem que ter aplicação uniforme em todo o Território Nacional. Então, eu só posso considerar uma norma como geral, se for possível que aquela norma seja aplicada de maneira uniforme em todo o Território Nacional. Dentro dessa segunda característica, nós temos um dispositivo da lei de licitações, que a gente pode garantir que não é norma geral. É o art. 23, quando ele estabelece os limites de valores para as modalidades de licitação. Por exemplo, no caso de obras e serviços de engenharia. Aí a lei diz assim: “até 150.000, convite, até 1.500.000, tomada de preços, e acima de 1.500.000, concorrência”. Não se entende que esse dispositivo tenha natureza de norma geral porque os valores contratados no âmbito dos estados e principalmente no âmbito dos municípios, não são os mesmos valores dos contratos firmados no âmbito federal. Se pega um município pequeno, por exemplo, que não tenha muito recurso, dificilmente ele vai fazer um contrato que seja mais de quinhentos mil – e olhe lá, que às vezes ele nem faz isso. Então se você começa a estabelecer esse limite de valor federal para os estados e municípios, você vai ter municípios que praticamente só vai viver fazendo convite. Então, o que é que acontece? Isso aí já tá determinado que esse dispositivo não é de natureza de norma geral, porque não é de aplicação uniforme em todo o Território Nacional, porque a realidade econômica da União não é a mesma dos estados e dos municípios. Então, por exemplo, no estado da Bahia mesmo, é 10% menor do que a lei federal, e o próprio tribunal de contas já deu uma recomendação que cada município, através de decreto, estabeleça limites para o valor, que provavelmente devem ser menores que o da lei federal. Além dessas duas características, que é norma geral implementadora de princípios (primeira característica). Segunda característica: que a norma geral tem que ter aplicação uniforme em todo o Território Nacional, nós temos uma terceira característica de norma geral: que a norma geral, ela não pode ingressar no âmbito da autonomia dos entes federados. Por exemplo, tem uma questão que a gente discute muito, que não tá sacramentada. Naquela parte de sanções administrativas, que a lei 8666, no art. 87 traz as sanções que podem ser aplicadas ao contratado em caso de inexecução total ou parcial do contrato. O estado da Bahia quando fez a lei 9.433 diz, quando tratou das sanções, deu outro prazo para as sanções e tratou de forma diferente. Não trouxe a sanção de advertência, modificou esse artigo de sanções. Isso gerou uma série de discussões dizendo o seguinte: “ah, o estado poderia fazer isso?”. Aí é que a gente tem que ver se seria norma geral ou não, porque se não for norma geral, poderia alterar. E assim, qual foi o argumento do estado da Bahia? Foi o seguinte: que na

verdade, a questão de sancionar a pessoa que com ela contrata é uma questão de autonomia administrativa, quer dizer, ela pode através de uma lei estabelecer como ela vai sancionar quem com ela contrata. Ou seja, ela não estaria obrigada a acolher a forma de sanção estabelecida no âmbito da União, porque se assim fosse, a União estaria ingressando na sua esfera de autonomia legislativa. Lembre-se que no Estatuto do Servidor Público, por exemplo, cabe a entes federados o seu estatuto, devendo apenas respeitar os princípios e as regras constitucionais. Então, essas são as três características da norma geral. Elas devem ser implementadoras de princípio, ela tem que ter aplicação uniforme em todo o Território Nacional, e ela tem também que resguardar, ela não pode ingressar na autonomia dos entes federados. Agora, você vai ter dúvida de alguma situação? Vai. Por exemplo, tem situações que o estado mesmo, não tem jeito porque ficou na dúvida se seria norma geral ou não e aí quem teria que decidir isso, acabaria indo para o Supremo. Então acabou sendo mais cautelosa a lei estadual, acabou apenas modificando os prazos. Porque a lei do Estado é melhor que a lei federal? Porque o que a lei do Estado fez, ela mudou tanto as coisas da lei federal, ela trouxe para o âmbito da legislação posicionamentos que a própria jurisprudência já estava consolidada. Tem jurisprudências do TCU que já estão consolidadas em algumas matérias. O que a lei estadual fez? Legislou isso daí, trouxe pra legislação. Então, foi mais ou menos esse trabalho que a lei estadual fez. Por exemplo, na lei federal, as fases da licitação na lei federal (edital, habilitação, e depois vem a classificação). Aí, quando veio a lei do pregão, inverteram as fases para o pregão: primeiro classifica, depois habilita. Aí quando teve a lei de licitações do estado da Bahia, o estado da Bahia resolveu alterar, botar primeiro a fase de classificação, depois a de habilitação para todas as modalidades de licitação, e aí isso foi até questionado. Entendeu que seria norma geral, mas que a União já tinha feito com relação ao pregão. A lei do pregão é a 10.520/02.

A lei 8666, ela não é toda de norma geral, algumas coisas podem ser alteradas como fez a lei estadual. Algumas você tem dúvidas e outras estão pacificadas. Quer ver uma coisa? Se o município de Feira de Santana, ele não tem lei de licitações. Que lei ele vai usar? A federal. Quando o município não tem lei, ele usa a lei federal, não usa a estadual, não. A não ser que faça como o município de Feira de Santana, que acolheu a lei estadual na sua integralidade através de emenda. O município de Salvador tem, mas é quase igual à lei federal, é repetição da federal, idêntica, sem tirar nem por. Já a do estado é bem diferente, é bem mais completa, a lei do estado é muito melhor que a lei federal.

A quem se aplica a lei de licitações? Se a gente for na lei 8666, no parágrafo único do art.1º, leia aí:

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

Gente, fundo especial não incide. Na verdade, hoje em dia você já tem fundo com personalidade jurídica (o fundo especial de PPP mesmo, tem personalidade

jurídica). Mas em 93, quando surgiu essa lei, quando falava de fundo especial, era uma letra morta, porque fundo especial seria um recurso que é separado pra determinada atividade, que não tem personalidade jurídica. Mas hoje em dia, até que esse dispositivo não tá tão sem uso porque os fundos especiais, por exemplo, de parceria público-privada são hoje criados com personalidade jurídica. Aí você vê depois nesse artigo, que a licitação se aplica tanto à administração direta, quanto à administração indireta. Lembrem-se da exceção sobre a questão das empresas públicas e sociedades de economia mista (estatais) que exploram atividade econômica. Por que tem essa exceção? Se eu for pro art. 173 da Constituição Federal, §1º, diz assim:

“§ 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:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

Ou seja, a Constituição estabeleceu que estas empresas estatais, quando exploram atividade econômica, devem ter regime próprio de licitações. Por quê? Porque elas vão entrar no mercado concorrencial com empresas privadas, logo, se elas tivessem que se sujeitar ipsi liter à lei 8666, elas estarão em situação de desvantagem no exercício de sua atividade econômica. Então, por exemplo, a Cesta do Povo. A Cesta do Povo é vinculada à EBAI. A Cesta do Povo, para a comercialização dos produtos que ela comercializa, ela não precisa licitar, ela não precisa se submeter integralmente à lei de licitações. Porém, se a EBAI resolver construir uma nova cesta do povo em Pirajá, vai ter que fazer um processo licitatório. O que é que eu quero dizer? Que as estatais que exploram atividade econômica se sujeitam à lei 8666 para a sua atividade meio e não para a sua atividade fim. O mesmo se diga com relação ao Banco do Brasil. O Banco do Brasil com relação aos seus clientes não vai licitar, não vai abrir a lei 8666 nunca, mas se o Banco do Brasil tiver que comprar dois mil computadores, vai ter que licitar, que aí é atividade meio. Isso aí é uma posição que já tá firmada pela própria jurisprudência do TCU. Agora veja só, a Petrobras fez um procedimento completamente equivocado, porque a lei da Agência Nacional de Petróleo, o art. 67 diz que as licitações no âmbito da Petrobras seriam estabelecidas através de decreto do presidente da República, do chefe do Executivo Federal. Aí, simplesmente o presidente, na época, Fernando Henrique, criou um decreto pra licitações da Petrobras que é só da Petrobrás. E assim, a Petrobras quase nada ela licita, ela licita uma licitação que é lá dela só. Como é que funciona: parece um convite, que a gente tem um dispositivo falando de licitação direcionada mas é pra qualquer valor. Por exemplo, se a Petrobras quiser comprar alguma coisa que custa 5 milhões, ela vai ter que convidar cinco empresas e aí faz aquele processo pra avocar as cinco empresas, quer dizer, não tem como direcionar. Esse decreto referente à Petrobras, o TCU determinou até a suspensão, porque disse que, primeiro que não caberia você regulamentar licitação através de decreto, e segundo a própria Constituição quando falou, falou que deveria ter um procedimento para todas

as estatais que exploram atividade econômica e não você criar um processo só pra Petrobras. Só que, teve uma decisão do Supremo que suspendeu essa decisão. Teve uma liminar do Supremo, que suspendeu essa decisão do TCU. Teve até uma época que teve um decreto federal estabelecendo que entes do terceiro setor (entes com personalidade jurídica de direito privado, criado por particular, que presta atividade de interesse público), quando fosse contratar, iriam contratar através de pregão. Todos os entes sem fins lucrativos, que desenvolvem uma atividade de interesse público. O que é um ente sem fins lucrativos? É aquele que distribui lucros entre os seus sócios, não tem lucro. Esses entes de terceiro setor, alguns recebem alguma qualificação especial. Por exemplo, você pode fazer uma sociedade civil, uma associação, uma fundação, você pode pedir uma qualificação. Por exemplo, a OS é uma qualificação. Então digamos que você tenha uma ONG, uma ONG voltada ao meio ambiente, e você quer uma qualificação de organização social (OS é organização social). Aí você vai na lei da OS, que é a lei 9.637, que trata da organização social. Então, você aí faz o pedido, preenche o modelo de organização social, e aí essa OS pode firmar contratos de gestão com a administração pública, e aí ela pode na verdade nesses contratos de gestão, ela pode receber patrimônio, servidores públicos, tudo. O hospital do município de Ribeira do Pombal, ele é hoje um hospital público, é do Estado, ele é gerido por uma OS. Porque essa OS é um contrato de gestão com o estado da Bahia e pela lei de OS permite que essa OS assuma gestão de hospital público, assumas os servidores e tudo, que continuam sendo servidores estaduais, mas ela fica na gestão. Então, a OS foi criada pra isso, a OS foi criada pra absorver atividades que antes era do domínio do estado e o estado passa para o terceiro setor. Por exemplo, zoológico. Digamos que o estado através de um órgão público, vá administrar um jardim zoológico. Quando se tá administrando um zoológico, vou fazer um contrato de gestão – desde que preencha os requisitos legais – com uma OS, e a OS vai passar a gerir esse hospital, esse zoológico, e recebe mensalmente. As OCIPs são diferentes. OCIP é organização de sociedade civil de interesse público e estão na lei 9.790/99. A OCIP é um título (uma entidade não nasce OCIP, recebe o título), só que o que ela firma com a administração não é contrato de gestão, é termo de parceria e ela faz muito esse termo de parceria pra realizar uma atividade em conjunto com a administração pública. As OCIPs não são como as OS, não ode assumir gestão de hospitais, serviços públicos. Teve até um decreto do presidente da República, estabelecendo que quando essas entidades recebessem recursos públicos, licitassem. Só que não tem o menor sentido, porque o que se entende normalmente é que eles façam um processo que justifique a escolha do contratado.

3.2. Objetivos da licitação

Os objetivos da licitação estão no art. 3º da lei 8666.

“Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia (...)”

Então o primeiro objetivo é a observância do princípio da isonomia, por isso que na licitação – e a gente tem que estar atento – eu não posso trazer na licitação cláusulas que sejam discriminatórias. Eu posso fazer alguma exigência no processo, agora eu não posso fazer exigência que tenha como único objetivo beneficiar determinada pessoa. Por exemplo, eu não posso dirigir um processo licitatório em que todas as empresas têm que estar no município de Salvador. Isso fere o princípio da isonomia, porque eu tô discriminando sem nenhuma razão. Claro que eu posso fazer alguma exigência desde que eu possa justificar, porque quando eu não puder justificar, provavelmente eu estou ferindo o princípio da isonomia. Porque, o que é o princípio da isonomia? É exatamente dar esse tratamento igualitário para os participantes. Esse é o primeiro objetivo da licitação. Qual o segundo? Leia aí:

“(...) a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (...)”

Isso é muito questionável, porque mesmo que a licitação seja sem vício nenhum, às vezes você não consegue a proposta mais vantajosa, porque, tipo assim, a primeira empresa que tá com uma proposta menor, ela tem um problema no documento e que não é bobagem, é coisa que você sabe que foi por erro mesmo, e no entanto você tem que desclassificar a empresa e ficar com o segundo lugar que às vezes tá com um valor mais alto. Então assim, nem sempre você tem a garantia de que tá escolhendo a proposta mais vantajosa. É o objetivo. E o terceiro objetivo da licitação:

“(...) e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)”

Isso aí é uma questão que tá muito em voga. Esse último objetivo, ele foi colocado na lei em 2012. Na verdade está à questão da sustentabilidade, que trabalha com um tripé. Nós podemos falar hoje que nós temos a sustentabilidade ambiental, que apesar de não ter nenhuma norma de sustentabilidade ambiental na lei 8666, nós temos em outras legislações, tem as próprias resoluções do Ministério do Planejamento sobre questão de sustentabilidade nas licitações. Esse RDC (regime diferenciado de contratação), ele tem normas também sobre sustentabilidade ambiental, por exemplo, você pontuar uma empresa que tenha atestado de reciclagem, ou você tem uma aquisição de lâmpadas e escolhe lâmpadas que têm um gasto menor de energia mesmo sendo mais caras. Então assim, a licitação hoje se preocupa tanto com a sustentabilidade ambiental, como com a sustentabilidade econômica. E com relação à sustentabilidade econômica, tem o art. 3º da lei, §5º, diz assim:

“§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.”

Isso aí é tentar garantir uma sustentabilidade econômica (você conferir margem de preferência à produtos manufaturados no Brasil, e aí depois o próprio art. 3º diz como será essa margem de preferência). Então, isso é o quê? Isso aí já seria uma

sustentabilidade econômica. E também, na própria lei 8666, nós temos alguns dispositivos que demonstram a questão da sustentabilidade social. Por exemplo, o art. 24, quando trata da licitação dispensável, diz assim:

“Art. 24. É dispensável a licitação:”

Aí se eu for para o inciso XX:

“XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra (...)”

Então, dispensou a licitação no caso de contratação de associação de portadores de deficiência. É tentar exercer a questão da sustentabilidade social. Esses então, são os três objetivos do processo licitatório.

09/10/2014

3.3. Princípios licitatórios

No próprio art. 3º, que trata sobre os objetivos da licitação, traz também os chamados princípios licitatórios. Então, no art. 3º, você tem uma série de princípios licitatórios. Veja só, esse art. 3º, ele nem precisava existir, porque nós sabemos que os princípios administrativos se aplicam para todas as áreas do direito. Quando se diz que a administração pública obedecerá ao princípio da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade, da eficiência e tantos outros correlatos ou não, nós sabemos que qualquer atividade administrativa vincula-se a princípios, então não precisava a lei falar especificamente aqui no artigo, tratando especificamente de princípios administrativos, salvo os que nós chamamos de princípios setoriais. No art. 3º, se tem dois princípios setoriais. Quais são esses princípios? Princípios setoriais você tem o da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio do julgamento objetivo. No mais, o art. 3º fala de princípios que nós já estudamos no semestre passado. Leia aí o art. 3º:

“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 objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Então veja que ela fala de uma série de princípios. A gente pode mostrar alguns artigos ou algumas situações que visam implementar tais princípios. Então, por exemplo, se eu for para o art. 4º... Leia aí o art. 4º, caput:

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

Veja só, aqui no art. 4º eu vejo implementado dois princípios: primeiro, o princípio da legalidade (todos têm direito público subjetivo ao fiel cumprimento do procedimento estabelecido nesta lei) – então você vê que implementa o princípio da legalidade – e eu tenho também o princípio da publicidade quando diz que todos têm direito de acompanhar o processo licitatório, tal e tal... Então, o que é que acontece: ao mesmo tempo esse artigo implementa o princípio da legalidade e implementa também, o princípio da publicidade. O próprio art. 3º, §1º, inciso primeiro, traz o princípio da igualdade entre os licitantes e o próprio princípio da impessoalidade. Leia aí o §1º:

“§ 1o É vedado aos agentes públicos:

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

Nisso aí, ele garante o princípio da impessoalidade e o princípio da igualdade, quando diz que você não pode estabelecer cláusulas que estabeleçam preferências ou distinções que não sejam razoáveis. Mas eu já falei pra vocês: no processo licitatório, muitas vezes, claro que eu vou ter algumas cláusulas no processo licitatório, que vão fazer com que algumas empresas não possam participar do processo, que vão ser dirigidas para determinado tipo de empresa. Mas veja só, a grande questão quando eu vejo essas cláusulas, a análise que eu tenho que fazer é o seguinte: essas cláusulas que estão aqui, ela é razoável nesse tipo de licitação que eu estou fazendo? Essa exigência aqui, ela tem apenas o objetivo de discriminar a participação de alguns licitantes, ou ela se justifica em razão do que eu vou contratar, em razão da execução do contrato. Por exemplo, teve uma licitação que a gente tava discutindo e a gente conseguiu até que o município alterasse o edital, que ele exigia que a empresa tivesse adquirido um galpão e que esse galpão fosse localizado no município de Salvador. Era uma empresa que ia fazer serviço de armazenagem e distribuição. Ora, qual é a necessidade de a empresa ser localizada no município de Salvador? O que é que justifica esse galpão ser localizado bem no município de Salvador? Porque que ele não pode ser localizado no município de Lauro de Freitas? Eu até entendo, como eu disse a eles, que se colocasse na região metropolitana, eu até entenderia, porque realmente não tem sentido que uma empresa que vai distribuir itens, bens em Salvador, que esse galpão onde serão armazenados esses itens, seja localizado, por exemplo, em Vitória da Conquista. Agora, qual a

diferença dele ser situado em Salvador e em Lauro de Freitas, por exemplo? Então o que é que acontece? Tudo o que tiver na licitação, o que você tem que observar é se justifica. A justificativa que a administração está estabelecendo, ela é pra colocação dessa restrição ou dessa ampliação, ela visa o quê? Isso tudo vai depender do contexto que você está analisando.

A lei vem e fala também do princípio da moralidade. Por exemplo, a gente não tem nenhum artigo especificamente que fale da moralidade diretamente, mas por exemplo, tem uma decisão do TCU, e já tiveram outras também do STJ, dizendo que viola o princípio da moralidade, por exemplo, uma empresa contratada por um órgão, contratar servidor daquele mesmo órgão pra prestar serviço do contrato. Por exemplo, você é servidor da secretaria de administração, aí eu tenho um contrato com a secretaria de administração e lhe contrato na execução desse contrato. Isso violaria a moralidade administrativa.

A lei fala também do princípio da publicidade. O princípio da publicidade, eu tenho vários dispositivos que visam conferir eficácia ao princípio da publicidade. Por exemplo, no caso do art. 21, diz assim:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:”

I - no Diário Oficial da União (...);

II - no Diário Oficial do Estado (...);

III - em jornal diário de grande circulação (...);”

Quer dizer, fala aí nesse art. 21 da questão da obrigatoriedade de publicação do resumo do edital. Esse artigo visa implementar que princípio? Visa implementar o princípio da publicidade.

Aqui, ele fala do princípio da probidade administrativa. Ora, o que é probidade? Quando eu digo que alguém é probo, eu quero dizer que a pessoa é o quê? Uma pessoa proba, ela é o quê. Ela é honesta. Veja só, é óbvio que o princípio da probidade está contido no princípio da moralidade, então assim, a lei nem precisava falar da probidade administrativa uma vez que falou do princípio da moralidade. Deve ter falado do princípio da probidade administrativa porque essa lei é de 93 e nesse ano surgiu a lei de improbidade administrativa e você teve muita discussão em cima dela.

Mas eu falei que nós temos dois princípios setoriais. O primeiro é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que em regra seria o edital (o edital é normalmente o instrumento convocatório da administração). Esse edital vincula não só todos os licitantes, mas vincula também a própria administração, que realiza o processo licitatório. Então, o edital, ele vincula a todos: tanto a administração, que realiza a licitação, como vincula também os licitantes. Então, por exemplo, digamos que eu lance um edital e aí quando eu lanço o edital, tá lá depois de dez dias o edital correndo o prazo do edital de concorrência, vocês sabem que o que eu vou publicar, eu não publico o edital, eu publico o resumo do edital. Por exemplo, se você for no jornal A Tarde, você

tem várias licitações do estado, resumo de edital de licitação do estado. Se você for no Correio da Bahia, você tem vários resumos de edital de licitação do município (normalmente, não sei porque, há essa divisão). O que acontece é que nesse resumo do edital, normalmente tem quem é que tá realizando a licitação, qual é o objeto que tá sendo licitado, quando será a abertura da licitação, qual é a modalidade de licitação, são informações básicas. Aí, se você ler o edital e se interessar, você vai no órgão e adquire o edital. Esse edital vai depender do objeto. Ele pode até ter, como teve na licitação do metrô, que é um edital de quase 400 páginas, mas você pode ter um edital, quando é mais simples de, por exemplo, trinta páginas, vinte, dependendo do objeto e da complexidade do que se está licitando. Então assim, o que se publica é o resumo do edital, então uma vez publicado o resumo do edital, significa que a licitação está começando a ocorrer, eu não posso mais alterar nada do edital. Se eu fizer qualquer alteração no edital, eu tenho que republicar, fazer uma nova publicação do resumo do edital e reestabelecer o prazo. Então, se já correram dez dias e é uma licitação de concorrência, não interessa. Se eu alterei o edital, eu republico e dou os trinta dias de novo, salvo se for um erro material, por exemplo, retificação de edital (a abertura da licitação, que ocorreria em tal e tal endereço, ocorrerá em outro). Isso daí não tem problema nenhum porque isso não causa nenhum prejuízo. Se for uma coisa assim de menor importância, tem um erro material, não tem problema. Agora, se eu for alterar qualquer outra cláusula, por exemplo, eu vou mudar a cláusula com relação aos requisitos de participação no edital, ou então eu vou mudar a cláusula porque eu vou exigir algo mais no objeto que eu vou adquirir, então aí eu tenho obrigação de republicar. Veja que essa vinculação é praticamente absoluta, porque se eu participar de uma licitação, digamos que eu participe de uma licitação pra construção de escola. Aí, quando eu vou apresentar minha proposta, eu digo “tá aqui minha proposta, mas eu quero dizer que além da escola, eu ainda vou construir uma quadra poliesportiva de graça para o estado”. Minha proposta é automaticamente desclassificada, porque ela foi diferente do que tava no edital, mesmo que ela seja uma grande vantagem pra administração.

Com relação à questão da vinculação ao instrumento convocatório, se eu for ao art. 40 da lei, ele traz aqui todos os requisitos que devem constar no edital, e no art. 41 diz assim, no caput do art. 41:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Então, você vê que o art. 41 ainda fala expressamente da vinculação da administração pública e órgãos vinculados ao instrumento convocatório, ou seja, ao edital.

Além desse princípio, nós temos também como princípio setorial estabelecido no art. 3º, o princípio do julgamento objetivo. Esse princípio significa que os critérios de julgamento devem ser objetivos. Normalmente quem vence a licitação é quem oferta o menor preço e isso é um critério objetivo. Agora, você tem outras licitações como licitação técnica e preço, que aí você tem que avaliar a técnica também e aí quem ganha

não é quem tem o menor preço, é quem ofereceu a melhor técnica, e aí a administração tem que ter cuidado porque essa técnica tem que ser avaliada de forma objetiva. E como é que eu avalio uma técnica de forma objetiva? É simples, eu posso dizer assim: “um dos critérios é que quem tiver mais de dez profissionais vinculados à empresa, que tenham pós doutorado e conhecimento de informática, vai ganhar tantos pontos; quem tiver até cinco, tantos pontos; etc”. Isso é critério objetivo. Agora, critério subjetivo é quando eles começam a dizer assim: “ah, quem demonstrar a melhor a capacidade de gerenciamento de crise em certas questões”. Aí, começa a entrar em questões que são meio subjetivas, mas lembre-se que a própria lei teve a preocupação de estabelecer que as licitações devem sempre obedecer critérios objetivos.

3.4. Contratações diretas

Quando eu quero falar de contratações diretas, eu tô querendo falar daquelas hipóteses em que eu contrato sem realização de um processo de licitação. A contratação direta é aquela desprovida de processo licitatório, ou seja, ela não foi precedida de processo licitatório. A regra é que todo contrato seja precedido de licitação, porém a lei de licitações trouxe algumas situações em que a administração poderá contratar sem que haja processo licitatório. Veja só, quando eu digo que o contrato não foi precedido de processo licitatório, não é a mesma coisa afirmar que não foi precedido de processo administrativo. O que eu quero dizer é que as contratações diretas, elas são precedidas sim de um processo administrativo, mas não de um processo licitatório. Qualquer que seja a situação, se eu preciso firmar um contrato, normalmente eu começo com alguém demandando aquela contratação. Se eu abrir qual quer processo, seja de contratação direta, seja de licitação, o primeiro que eu tenho, é um ofício de algum lugar dizendo que tem necessidade daquela contratação, isso é o primeiro. Aí, o que é que acontece: pode ter situações em que a situação se enquadre em alguma situação de contratação direta. Nesse caso aí, de qualquer sorte, mesmo não realizando processo licitatório, eu tenho que realizar um processo administrativo em que eu tenho que observar alguns requisitos. Por exemplo, eu tenho que nesse processo administrativo, dizer quais são os motivos de fato e de direito que estão levando àquela contratação direta, isso é importantíssimo. Eu tenho que dizer quais são os motivos de fato, situação fática, e qual o motivo de direito. Você sabe que motivo de direito é aquela situação prevista na norma e o motivo de fato é a ocorrência fática daquela situação estabelecida em abstrato. Então veja só, eu tenho que ir lá e ter um motivo de fato e de direito pra aquela contratação. Segundo, eu tenho que ter uma justificativa do preço. Por que é que eu estou comprando aquilo? Qual é o preço que vai ser praticado ali? Essa justificativa do preço obrigatoriamente eu vou ter que ter, qualquer que seja o tipo de contratação. Eu também vou ter que justificar a escolha do contratado. Não é porque eu estou licitando, que eu posso contratar qualquer pessoa. Vamos dizer o seguinte: “ah, é uma situação emergencial. Choveu muito aqui na semana passada e com aquele vento uma encosta tá caindo. Já que a encosta tá caindo e é uma situação emergencial, eu contratar uma empresa de um grande amigo meu, que tá passando por uma série de dificuldades, pra realizar a obra, porque aproveita e ajuda”. Eu posso fazer isso? Não. Eu tenho que

justificar a escolha do contratado e obviamente, quando eu falo em justificar escolha é justificar escolher por critérios objetivos, até pra resguardar o princípio da impessoalidade. Então, veja só: eu tenho que motivar; justificativa do preço; justificativa da escolha do contratado, que tenho que demonstrar que aquele contratado, ele se adequa ao contrato, ele tem capacidade técnica, que ele está regularizado com fisco, que ele tem capacidade de realizar aquele contrato. Por exemplo, eu não posso contratar uma empresa que atua na área de saúde pra realizar uma obra, não teria sentido. Eu tenho que também mostrar a minha dotação orçamentária, porque se eu estou contratando, eu vou ter que tirar o orçamento de algum lugar, eu tenho que mostrar de onde vem a dotação orçamentária para aquele contrato. Quer ver uma coisa que justifica uma contratação? Por exemplo, eu tenho um contrato emergencial. Digamos que eu tenho um contrato licitatório que foi licitado pra serviço continuado. Aí, depois de cinco anos, aquele contrato não pode ser mais prorrogado, contrato é de até cinco anos. Excepcionalmente você pode prorrogar por mais dois meses, mas muito excepcionalmente. Aí digamos que tá perto de terminar o contrato, que é o contrato, digamos, da empresa que faz a limpeza de todas as unidades da Universidade Federal da Bahia. Acabou o contrato e você não licitou. Ora, você não pode simplesmente, assim, UFBa não pode chamar todos os diretores e falar assim: “você pede aos seus agentes administrativos e diga que a partir de segunda-feira, um vai limpar o banheiro um dia, o outro vai varrer a faculdade...”, não existe isso. O que é que acontece: ele vai ter uma situação emergencial estabelecida, porque não pode ficar sem o serviço de limpeza. Eu não posso dizer que a faculdade vai ficar sem o serviço de limpeza ou então sem serviço de informática. O que é que acontece? Normalmente nessas situações, quando você vai firmar o contrato emergencial, você acaba formando com a própria empresa que o estado contrata, porque se eu for mobilizar outra empresa, eu tenho o custo de mobilização e o de desmobilização, então normalmente contrata a mesma empresa. Então, o que aconteceu? Teve uma operação aqui na Bahia há alguns anos atrás, que foi voltada pra essas empresas de limpeza e segurança, porque se descobriu que as empresas, quando tava perto de licitar o contrato – isso em conluio, óbvio, com os próprios órgãos públicos –, quando tava perto de terminar a licitação, eles abriam o processo licitatório. Aí, quando eles abriam o processo licitatório, ele abria um processo licitatório viciado, e nisso viam uma empresa chamada empresa coelho, que era ligada a eles, e via que não tinha o menor ruim aplicar o contrato e entrava só pra poder entrar com recurso no judiciário. Aí entrava com recurso no judiciário, o juiz via que tinha vício, aí suspendia a licitação. Suspendeu a licitação: situação emergencial. Aí a empresa se eternizava no contrato, porque o juiz dava a liminar, levava dois, três anos, e ficava umas empresas que ficavam quatro anos com contrato emergencial, porque toda vez que fazia um novo emergencial, ela tinha inclusive menos preço do que as outras. Veja só, se eu for oferecer uma proposta pra prestar um serviço que eu já presto, o meu custo, vamos combinar que vai ser bem menor que vocês que não prestam o serviço, porque eu já tô prestando, tô com tudo instalado, você vão ter que instalar tudo, então não tem como você competir, então você acaba criando essa situação, então a gente já teve vários problemas em razão disso. Mas enfim, eu tenho que justificar a escolha do contratado.

Leia aí o art. 26, parágrafo único:

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Então, você veja que aí já diz os documentos que serão necessários. Precisa assim, de uma série de coisas, o processo tem que estar numerado, etc. Tudo o que eu falei que não tá aí na lei, não significa que não foi exigido, não, é exigido. Quando eu falei pra vocês, da lei do estado da Bahia, que é a lei 9.433, ela tem uma coisa bem interessante, porque quando ela fala do que deve ter nesses processos de contratação direta, aí são quatro incisos, mas a lei do estado da Bahia traz treze incisos. Agora, não é porque no estado da Bahia se exige mais do que no âmbito federal, é porque como a lei estadual é de 2005, de 93, que é essa, pra 2005, que é a lei do estado da Bahia, o próprio TCU começou a exigir uma série de outros documentos, então, tipo, não está na lei, mas tem que ter, mesmo que seja no âmbito federal. Então, você quer ver uma coisa? Por exemplo, a justificativa de preço no âmbito federal, se eu tiver um contrato emergencial, ele quer que você tenha três orçamentos. Então assim, se você for ler a lei estadual, você vai dizer: “poxa! No estado da Bahia pra eu contratar diretamente, exige muito mais coisa do que no âmbito federal”. Não é verdade. No âmbito federal se exige a mesma coisa, só que muitos documentos são exigidos não em razão da lei 8666, mas por jurisprudência já consolidada do TCU.

3.4.1. Modalidades de contratação direta

Quais são as modalidades de contratação direta que estão na lei 8666. Nós temos primeiro, a chamada licitação dispensada, que está no art. 17 da lei 8666. A segunda é a licitação dispensável, art. 24. E a terceira é a licitação inexigível, art. 25.

3.4.1.1. Licitação dispensada

A licitação dispensada, que tá no art. 17, ela é voltada exclusivamente para a alienação de bens públicos. Ou seja, o art. 17, ele traz alguns requisitos que devem ser observados para alienação de bens públicos, e depois traz algumas situações em que a licitação não ocorre. Vocês devem ter acompanhado recentemente uma discussão que teve aqui no município, com relação a um projeto de lei que o prefeito teria mandado para a Câmara, referente à desafetação e alienação de uma série de terrenos públicos de Salvador. Quando a administração pública decide alienar um bem público, a primeira

coisa que tem que ver é se o bem público está desafetado. Vocês já viram afetação e desafetação de bens públicos em direito civil. Vocês sabem que os bens públicos podem ser de uso comum. Bem de uso comum é voltado para toda a coletividade, então as ruas, as praças, as calçadas, o mar territorial, tudo isso são chamados de bens de uso comum, voltados para a coletividade como um todo. Os bens de uso especial são aqueles que são vinculados à prestação de um serviço público. Vocês estão dentro de um bem de uso especial que é este prédio onde funciona a faculdade de direito, mas não é só o prédio, os computadores que tem aqui também são de uso especial, os carros oficiais são bens de uso especial, o prédio onde funciona o hospital são bens de uso especial. E nós temos os chamados bens dominiais ou dominicais, que são os bens chamados bens disponíveis pelo ente federado porque eles não estão nem vinculados a uma finalidade de uso comum, nem de uso especial, são os bens disponíveis, que podem ser alienados pelo ente público. Então, veja só, uma das formas de desafetação de bens públicos é através de lei. Por exemplo, nesse caso do município de Salvador, o prefeito encaminhou para a câmara de vereadores um projeto de lei, que dentre outras coisas visava desafetar uma série de bens públicos. Por exemplo, ele queria desafetar a praça dali de onde era o clube português, porque ele queria alienar aquela área. Ele desafetou realmente uma série de terrenos que eram vinculados para construção de escolas, porque pela lei de loteamentos, quando você constrói um loteamento, você tem que deixar um terreno reservado para construção de uma escola. Normalmente, eles deixam o pior local, que às vezes o local não se adequa às exigências legais, mas eles tem que deixar. E tinha várias áreas dessas, que eram destinadas à construção de escolas, então eram afetadas à uma finalidade de uso especial. Então, o primeiro passo para alienar um bem público é a desafetação. Depois da desafetação, se ele pertencer a um ente com personalidade de direito público, para alienar esse bem, ele tem que ter autorização legislativa específica. O que é autorização legislativa específica? Por exemplo: não posso ter uma lei no município dizendo que o prefeito está autorizado a alienar todos os bens do município. Não é esse tipo de lei. Autorização legislativa específica é estabelecendo qual é o bem que poderá ser alienado. A constituição do estado da Bahia exige autorização legislativa até para todos os entes, exceto aqueles que exploram atividade econômica. No âmbito do município de Salvador, segue a mesma regra federal. Eu só preciso ter autorização legislativa específica pra alienar bens que pertençam a entes com personalidade de direito público, mas no estado da Bahia é mais amplo, os bens pertencentes a todos os entes públicos, com exceção das estatais que exploram atividade econômica, todos os outros tem que ter autorização legislativa. Então, por exemplo, a EmBASa é empresa pública. Se a EmBASa fosse do município, não ia precisar de autorização legislativa pra alienar seus bens, porque tem personalidade de direito público, mas ela precisa porque ela pertence ao estado e ela presta um serviço público. Com exceção das estatais que exploram atividade econômica, todos os outros têm que ter autorização legislativa (no âmbito do estado, no município já não é assim). No município é igual ao federal: só se tiver personalidade de direito público. Então, por exemplo, a SaTur é empresa pública municipal. Se quiser alienar um bem da SaTur, não precisa de autorização legislativa, porque tem personalidade de direito privado. Agora, já a EmBASa, que tem personalidade de direito privado, pertence ao estado, precisa, porque ela é uma estatal

mas ela não explora uma atividade econômica, ela presta serviço. Essa discriminação é uma forma de você garantir essa questão do princípio da indisponibilidade do direito público, porque você precisa do controle do legislativo nessa alienação. Aí agora, o prefeito já tem autorização legislativa e já tem a desafetação pra alienar os bens lá. Aí, o que é que ele vai fazer mais quando ele for alienar? Ele vai ter que realizar uma avaliação, ele vai ter que demonstrar o interesse público naquela alienação, e ele também vai ter que licitar e a licitação será uma concorrência ou um leilão. Pelo lei 8666, a regra quando surgiu a lei era a concorrência, só excepcionalmente que se utilizava o leilão. Só que hoje em dia, até se você for olhar Marçal Justens Filho, ele diz que ele acha o leilão muito melhor pra você alienar bens, do que a concorrência. Como é a concorrência? Na concorrência, você vai apresentar uma proposta fechada e quem oferecer o maior preço, leva. No leilão eu vou permitir que as pessoas deem lance, então normalmente você consegue atingir um valor melhor do bem. Então, veja só, o art. 17 traz tudo isso que eu falei, aí ele diz assim:

“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 entidades autárquicas e fundacionais, ...”

Veja que ele fala aí “administração direta e entidades autárquicas e fundacionais”. Significa ente com personalidade de direito público. Vá:

“...e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, ...”

Veja que ele fala “concorrência”, mas eu já falei que só tem um artigo, o art. 19, que fala em duas exceções para o leilão, era como se o leilão fosse uma exceção, mas hoje em dia se aliena muito mais através de leilão do que de concorrência. Tanto que a lei do estado da Bahia quando trata disso fala “leilão ou concorrência”, já diz assim. Diga:

“...dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (...)”

Esse art. 17 traz situações que dada sua ocorrência, eu não preciso licitar, em regra eu licito. Aí ele traz situações da licitação dispensada. Que situação é essa? Por exemplo, dação em pagamento, não vai ter que licitar porque você vai dar um imóvel no lugar de uma dívida que você tem. Na alínea “f” fala da construção de casas populares. Se a administração construir casas populares para alienar, essa alienação não é

precedida de processo licitatório. A questão da doação pra outro órgão público, não é precedido de licitação. Então veja só, a lei trouxe situações, que uma vez acontecendo uma dessas situações que estão no art. 17, eu posso alienar bens públicos sem licitação, mas lembrando que em regra essa alienação seja precedida de licitação. Ocorrendo qualquer uma das hipóteses do art. 17, a jurisprudência tem considerado que a administração é obrigada a contratar diretamente, ou seja, ela não pode licitar. Então assim, digamos que ela construa casas populares e aí chega assim o prefeito e diga assim: “não, eu vou licitar porque eu quero que essa alienação seja bastante transparente, então eu resolvo licitar”. Não pode. Se ocorrer uma das situações, uma das hipóteses que a lei diz que a licitação é dispensada, significa que não vai poder licitar.

3.4.1.2. Licitação dispensável

Já no caso do art. 24, quando eu falo de licitação dispensável – veja que a dispensada é somente para questão de alienação de bens públicos –, pode ser usada em qualquer tipo de contrato. No caso do art. 24, a licitação é dispensável ocorrendo uma das situações do art. 24, a administração poderá verificar o custo-benefício da realização do processo licitatório. Então, ocorrendo uma das hipóteses do art. 24, a administração poderá ver o seguinte: “se eu realizar a licitação, isso será mais vantajoso ou mais gravoso para a administração pública?”. Então na verdade, ocorrendo uma das hipóteses do art. 24, a administração pública poderá decidir se irá ou não licitar, porque muitas vezes o custo da realização do processo licitatório pode ser muito maior do que os benefícios que aquela licitação vai trazer. Por exemplo, uma situação emergencial, pode ser que uma encosta tá caindo, aí o prefeito soube e precisa ser feita uma obra imediatamente. Ora, se ele for licitar, uma licitação pode levar quarenta dias no mínimo. Pode ser que quando termine aquela licitação, a encosta tenha caído e tenha gerado um prejuízo imenso. Então nesse caso, ele não vai licitar. A questão da dispensa pelo pequeno valor: se eu for fazer um contrato de pequeno valor, nos limites estabelecidos na lei, a licitação pode sair mais cara do que a vantagem do preço que eu estou adquirindo. Então assim, ocorrendo uma das hipóteses do art. 24, ele vai decidir se vai licitar ou não, porque no caso da licitação dispensável, a licitação é possível, só que ela pode ser inconveniente à satisfação do interesse público. Outra coisa, as hipóteses do art. 24 são hipóteses taxativas, ou seja, eu só posso dispensar a licitação se a situação se adequar a uma das hipóteses previstas no art. 24.

3.4.1.3. Licitação inexigível

Na licitação inexigível, que tá no art. 25, ocorre a inviabilidade da competição, e essa inviabilidade de competição advém da chamada singularidade do objeto. Essa singularidade pode ser objetiva ou subjetiva. O que seria uma inviabilidade por uma singularidade objetiva do objeto? Seria o seguinte: você só tem uma empresa que produz aquilo que eu quero adquirir, não existe outra, só existe uma. Então, o que eu tô querendo para a administração pública, só é fabricada por uma única empresa. Isso aí é uma singularidade objetiva, ele é um objeto único, então eu não posso licitar porque é

um objeto singular, só tem aquele objetivamente falando. Agora, a singularidade subjetiva decorre de características intrínsecas do objeto licitado, que impossibilita a realização de processo licitatório com critérios objetivos. Veja só, digamos que a Faculdade de Direito queira adquirir uma coleção de revistas de direito administrativo. É impossível você realizar um processo licitatório estabelecendo critérios objetivos pra escolha de qual será a melhor revista de direito administrativo pra escolher. Quer ver uma coisa? É muito comum os municípios realizarem compras de livros didáticos através dessa questão de inexigibilidade. Porque eu não tenho critérios objetivos para escolher o melhor livro que eu vou aplicar àquela realidade daquelas crianças. Quer dizer, essa questão da escolha do objeto tem critérios muito subjetivos, não tem como você estabelecer critérios objetivos. Por exemplo, o presidente da República tem uma doença cardiovascular e precisa ser operado por um cirurgião. Vai se fazer uma licitação pra contratar esse cirurgião? Por exemplo, o município de Salvador vai fazer uma grande festa aqui e quer contratar um artista consagrado pra vir cantar aqui em Salvador. Ele vai fazer uma licitação pra escolher entre Ivete Sangalo, Caetano Veloso, Daniela Mercury, Claudia Leitte? Então é questão do próprio objeto, ele tem uma singularidade tal, que ele impede a realização de licitação e cria-se a chamada inviabilidade de competição, é isso. Você travar um processo competitivo é inviável, você não tem viabilidade do processo competitivo para aquele objeto. Então veja só, no caso do art. 25, as hipóteses que têm no art. 25, que são três, elas são exemplificativas, o que significa dizer que a hipótese, se ela não se adequar a uma das três hipóteses do art. 25, ela pode se adequar ao caput. Por exemplo, compra de livros escolares. Está consolidado que não existe viabilidade de competição de livros escolares, mas se eu for olhar no art. 25, ele não tá em nenhuma das três hipóteses, mas aí eu coloco no caput. Lembre-se que qualquer situação, ele tem que justificar o preço.

3.4.2. Hipóteses de contratação direta

3.4.2.1. Hipóteses de licitação dispensada

Vamos falar então da primeira hipótese da licitação dispensada. Na lei existe parece que 31 hipóteses de licitação dispensada. Nós não vamos ver aqui uma por uma porque senão nós vamos passar o semestre inteiro vendo licitações. Eu peguei aquelas que são mais importantes, que são mais tratadas e nós vamos abordá-las aqui. Agora, vou dar um conselho pra vocês: vocês leiam todas as hipóteses porque é muito comum quando você faz concurso público, cair uma hipótese que não é muito vista em sala de aula, porque se sabem que os alunos se preocupam com aquelas mais comuns e nem leem as outras, então com relação às outras, você tem que ter pelo menos noção de que elas existem. A primeira hipótese é do inciso I e do inciso II do art. 24. Leia o caput:

“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;”

Ele faz referência ao limite de valor, estabelecendo como parâmetro o art. Anterior. O art. anterior, o art. 23, ele trata dos valores para cada modalidade de licitação, mas ele faz uma coisa. O art. 23 fala em compras e serviços e obras ou serviços de engenharia, que teriam valores diferentes. Então, se você for no art. 23, você vê assim: compras ou serviços de até 80 mil reais, convite; de 80 mil a 650 mil reais, tomada de preços; e acima de 650 mil reais, concorrência. Quando for obras ou serviços de engenharia, é diferente: até 150 mil, convite; até 1 milhão e 500, tomada de preço; acima de 1 milhão e 500, concorrência. Então, esse art. vem e diz assim: no caso de obras ou serviços de engenharia, até 10 % do valor do art. 23. Esse valor é o limite do convite. O convite para obras ou serviços de engenharia, o valor é 150 mil. Então obras ou serviços de engenharia até quinze mil, aí não precisa licitar. E no caso do inciso II, é exatamente igual, só que fala em compras e serviços, e aí nesse caso de compras e serviços, o valor é o valor de dez por cento do valor do convite para compras e serviços. O valor do convite pra compras e serviços é de 80 mil. Dez por cento de 80 mil é 8 mil reais. Agora, veja que ele fala assim: *“desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizadas de uma só vez”*. Esse artigo tá querendo evitar o chamado fracionamento. Por exemplo, eu tenho uma obra pra fazer aqui na faculdade e essa obra toda custa 200 mil reais. Só que ao invés de fazer essa obra toda, eu começo a fazer assim: “ah, eu vou primeiro pintar essa sala (12 mil reais, dispensa licitação), vou pintar outra (mais dois mil, dispensa licitação)”. Ou seja, eu não posso fracionar o contrato, desde que não seja etapas que possam ser realizadas concomitantemente. Por exemplo, eu não posso ter esse fracionamento porque exatamente o que a lei quer é impedir que de má fé a pessoa vá fracionando. Isso vale também pra licitação, vou dar um exemplo: eu quero fazer uma construção de uma avenida, só que ela custa um valor acima do orçamento e eu só tenho pra fazer uma parte de uma rua, que é no valor de tomada de preço ou que é no valor do convite. Nesse caso, como eu estou realizando uma parcela de uma mesma obra, eu tenho que fazer, mesmo se eu for gastar 60 mil, mas se isso for parte de um todo de uma obra de 2 milhões, se for parcela de uma mesma obra, eu tenho realizar a modalidade da licitação como se eu tivesse licitando o todo. A mesma coisa é dito no caso da dispensa. No âmbito federal, quando eles vão fazer essas contratações de pequeno valor, eles sempre fazem uma cotação eletrônica. No estado da Bahia também já se utiliza a cotação eletrônica, só os município é que não utilizam. Agora veja bem, fracionar a obra é mais difícil porque eu vou pegar um fracionamento muito raramente. Agora, na compra, como é que eu vejo que é uma compra fracionada? Por exemplo, eu compro hoje 4 mil reais de material de escritório e daqui à 30 dias eu compro mais 5 mil reais e daqui a dez dias... Isso é fracionamento ou não é? Como é que eu vejo isso? No âmbito federal nós não temos como auferir isso de forma objetiva, a gente tem que ver caso por caso pra saber. No caso do estado da Bahia, nas compras, se eu comprar hoje uma coisa por 8 mil reais e daqui a 15 dias eu comprar mais 8 mil reais, o estado já considera que isso é um fracionamento ilegal, porque eles deram um prazo de **60 meses** pra não

considerar fracionamento. Agora, pode acontecer que um seja emergencial, aí já não é esse dispositivo. Eu estou no dispositivo de compra de pequeno valor. Se eu fizer um contrato de pequeno valor, serviço ou obra, de 14 mil reais, depois eu posso fazer um aditivo pra aditar essa obra em 25% e ela vai ficar acima do valor? Como é que fica? Como é a posição da jurisprudência com relação a isso? A jurisprudência tem dito que se for um aditivo que leva a um aumento quantitativo de 25%, eu não posso fazer, só se for uma situação excepcional, se surgir um fato novo, senão eu não vou poder.

16/10/2014

Situação emergencial

Abra a lei no inciso IV do art. 24 da lei 8666:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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

Veja só, esse dispositivo fala de duas situações: a questão da dispensa de licitação por situação de emergência e situação de calamidade pública. Com relação à situação de calamidade pública não se tem muita dúvida. Porque, o que é que acontece? Para que eu tenha caracterizada uma situação de calamidade pública é preciso que haja um ato normativo por parte do chefe do executivo e aí depois, os contratos que são realizados em razão dessa situação calamitosa serão realizados sem licitação. Então, quando vai se contratar por calamidade pública, tem que ter primeiro um ato declarando situação de calamidade naquele ente federado para que depois se possa realizar essas contratações.

Agora, no caso da situação emergencial é diferente. A situação emergencial pode ser pontual. A situação de calamidade é, por exemplo, tem forte chuva no município, então se decretou a calamidade naquele município e se contrata sem licitação em decorrência da situação de calamidade. A situação emergencial ocorre quando você tem uma situação de risco e que esse risco pode ser evitado através de uma contratação direta. Então, você tem que ter na situação emergencial uma situação de risco e esse risco não precisa ser necessariamente um risco à saúde ou um risco à vida de alguém. Pode ser um risco a algum tipo de prejuízo na prestação do serviço público, já poderia caracterizar a situação de risco que levasse a essa necessidade dessa contratação. Quando a gente fala de situação de risco ou situação emergencial, isso é um conceito jurídico indeterminado. Aí, você tem que verificar se aquela situação é uma situação

realmente que possa gerar algum risco e que esse risco possa ser afastado com aquela contratação. Então, por exemplo, você tem uma chuva e aí uma encosta está pra cair e se cair vai causar danos às casas, aí você faz uma contratação emergencial para suprir aquela situação de risco. Ou então, você tem uma situação em que você tem um contrato de prestação de serviço de informática, aí o contrato terminou e se você não conseguir licitar, você não pode prorrogar. O que é que você vai fazer? Você pode contratar por situação emergencial. Então veja só, situação emergencial, você vai ter que analisar basicamente o seguinte: será que eu posso esperar o prazo de uma licitação pra realizar o contrato? Como eu falei pra vocês, o problema da licitação dispensável é que são situações em que a licitação é possível, só que ela pode gerar muito mais prejuízos do que benefícios. É a questão do custo-benefício da licitação, ou seja, a licitação pode ser muito mais custosa do que trazer benefícios, aí você vai, se for uma daquelas hipóteses legais, você pode contratar por dispensa de licitação. Mas você vai ter que ver na situação fática que se fizer esse contrato mesmo tendo essa situação, se fizer a licitação, eu vou gerar risco pra coletividade? Que caminho eu devo adotar? Por exemplo, nessa questão mesmo de contratação de serviço de informática. Quer ver outra coisa? Serviço de limpeza. Você tem uma empresa que faz serviço de limpeza pra determinado local e aí o contrato acabou, pode ser até que o gestor da empresa não tenha sido cuidadoso o suficiente pra ver que aquele contrato ia acabar e que não podia ser prorrogado, aí acaba o contrato. Você vai fazer como? Você vai ficar sem serviço de limpeza no local? Aí o que acontece: nesse caso você pode fazer contrato por situação emergencial. O contrato emergencial tem que ter um prazo máximo de 180 dias, então esse prazo é pra permitir você realizar um processo licitatório quando for o caso. Quando for o caso, porque pode ser que seja o seguinte: pode ser que eu faça uma obra em situação emergencial. Se eu fizer uma obra em situação emergencial, eu não vou licitar mais nada porque a obra foi feita em situação emergencial. Se eu fizer um contrato, a lei fala que o prazo é de 180 dias, aí se eu fiz o contrato de 90 dias e não terminei a licitação, aí eu posso prorrogar o contrato através de um termo aditivo. Aí eu vou fazer um termo aditivo temporal naquele contrato e aí eu prorrogo de 90 pra 180. Agora digamos, vamos mais adiante: eu fiz o contrato emergencial por 180 dias e a licitação não ficou pronto – teve um problema, alguém foi no judiciário. Eu faço o quê? Eu vou instaurar um novo processo de dispensa de licitação por situação emergencial, o que eu não posso é prorrogar este contrato, mas eu tenho que fazer um novo processo de dispensa de licitação. E aí, esse novo processo pode ser com prazo também de 180 dias, mas não prorroga. Se eu fizer um novo processo de dispensa de licitação, eu faço como pra escolher os interessados? Os interessados, nós vá vimos aqui que mesmo nos processos de dispensa nós temos que justificar a escolha do contratado. A escolha do contratado tem que ser sempre justificada, então eu tenho que justificar porque eu tô escolhendo aquele contratado. Digamos que eu tenha uma empresa prestando um serviço há 180 dias e eu não consegui finalizar o processo licitatório, aí eu vou ter que fazer um novo processo de dispensa, fundamentando com todos aqueles elementos que eu falei aqui na aula passada. Aí veja só, nesse caso, a empresa que tá prestando o serviço, ela pode apresentar uma nova proposta? Pode. E ela pode, inclusive, provavelmente vai continuar a mesma, porque provavelmente essa empresa que já está no contrato emergencial, ela

vai ter condições de apresentar nesse segundo contrato emergencial um valor mais baixo do que outras empresas, porque ela não vai ter o custo de mobilização, porque ela já está prestando o serviço. Por exemplo, provavelmente uma nova empresa vai ter que entrar com uma nova estrutura e tudo isso vai ser caro pra ela. Então assim, os contratos emergenciais só podem ser no máximo de 180 dias, mas se alguém falar pra vocês que conhece um caso de uma empresa que está com um contrato emergencial há três anos, você não vai dizer que isso é impossível, você vai imaginar que o que aconteceu é que tem algum impasse e que não tá tendo essa licitação.

Teve uma época que se constatou que tinha umas empresas que foi até pego numa operação da Polícia Federal. As empresas de limpeza, aqui, elas faziam assim: os contratos, quando estavam acabando, elas tinham todo o conluio com os próprios agentes públicos do ente, então os agentes públicos que fazem o processo licitatório já o fazia meio viciado. Aí, quando fazia a licitação, vinha outra empresa e entrava com mandado de segurança pra suspender a licitação e conseguir a liminar. Aí, normalmente eles faziam contrato emergencial com a mesma empresa que estava prestando o serviço, porque esse serviço de limpeza envolve na faixa de mil pessoas, quinhentas pessoas, e pra você desmobilizar e mobilizar outra empresa, você não acha empresa que tenha interesse. Quem vai ter interesse de formar um contrato de seis meses a um custo pra ter quinhentos e tantos empregados? Quer dizer, acabava que essas empresas ficavam com contratos emergenciais durando uns três quatro anos, agora isso era fraudulento. Mesmo que fique caracterizado que o gestor público fez de forma proposital pra manter a empresa, por exemplo, ele tinha que licitar, porque era contrato de prestação de serviço e o prazo máximo são de cinco anos. Aí deu cinco anos e ele não licitou pra firmar o contrato emergencial. Como é que você vai perceber? Você vai firmar o contrato emergencial, mas você pode apurar a responsabilidade daquela pessoa que deu causa àquela situação de emergência. Por exemplo, eu sei que o contrato tá pra vencer e eu não vou licitar por causa da empresa que tá aí. O que é que eu vou fazer? Vai fazer o contrato emergencial, que vai poder ser feito, agora deve-se apurar a responsabilidade daquela pessoa que deu causa.

No caso de calamidade pública, se o caso for um caso pontual, eu vou fazer situação emergencial mesmo. Existe uma fraude que os municípios da Bahia fazem demais, por exemplo: chove três dias no município, eles querem decretar situação de calamidade pública. Tudo mentira, porque se eles decretam situação de calamidade pública, eles fazem vários contratos sem licitar. Ele faz o decreto de calamidade e com base nele pode contratar sem licitação, aí a gente está contestando esse decreto de calamidade. Por exemplo, choveu a mesma coisa que choveu no ano passado, você vai dizer que é situação de calamidade? Para que eu tenha situação de calamidade, você tem que ver qual é o tipo de calamidade, e você só vai poder contratar sem licitação em situações que sejam ligadas àquela situação de calamidade. A situação de calamidade deve ser motivada, quando vai fazer o decreto de calamidade te que motivar, e tem que ser uma coisa que seja público e notório.

Vamos ver agora a situação do inciso V. Leia aí o art. 24, inciso V:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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;”

Olha, esse caso aí é a chamada licitação deserta. O que é a licitação deserta? Você faz a licitação e não aparece nenhum interessado. Nesse caso, os tribunais de contas orientam que façam mais uma vez a licitação e aí se der deserta duas vezes, eu faço a contratação direta. Normalmente o tribunal de contas orienta que faça duas vezes, pelo menos. Você faz uma, dá deserta, de novo, dá deserta, aí você contrata sem licitação, pode escolher um interessado. Agora, veja que é uma coisa interessante que fala no final do art.: “desde que mantida as mesmas condições do processo licitatório”. Porque senão, poderia fazer uma licitação que fosse extremamente desvantajosa, ninguém se interessava, aí não aparecia ninguém, eu pegava aquela empresa e fazia um contrato super diferente, com várias vantagens que não tinha no processo licitatório. Então o seguinte: na licitação deserta, quando eu for contratar diretamente, eu preciso contratar exatamente nos termos que eu licitei.

Inciso VII, leia aí:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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

Se eu tiver uma licitação e todo mundo apresentar proposta acima do máximo permitido. Porque, veja só, na licitação eu não posso estabelecer valor mínimo, mas eu posso estabelecer valor máximo, a lei permite que eu estabeleça valor máximo. Então, digamos que eu tenha estabelecido um valor máximo, aí chega na hora, todo mundo apareceu com um valor acima daquele que consta no edital. Aí, o que é que a administração faz? Ela suspende a seção. Eu tô aqui e abri as propostas de todos vocês, aí eu digo pra vocês: infelizmente todas as propostas que foram apresentadas aqui, elas tem um preço superior ao máximo permitido no edital, razão pela qual será dado um prazo de oito dias para que vocês retornem com novas propostas. A lei estabelece isso no art. 48, §3º da lei 8666. Leia aí:

“§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”

Então, foi exatamente o que eu falei. Aí, o que é que acontece: ele tem que fazer esse procedimento. Todo mundo veio com o preço acima do valor, aí manda todo mundo embora e volta com oito dias. Se em oito dias estiver todo mundo com valor acima, ele tem dois caminhos: ele pode fazer um novo processo, ou ele pode contratar

diretamente, sem licitação. Agora, tem doutrinadores que eu acho que tem uma posição correta. Diz assim, que a administração pública não deve contratar diretamente com alguma empresa pública que tenha participado da licitação. Porque, imagine, você participa da licitação e bota um preço acima do valor, aí quando for pra contratar diretamente, você baixa o valor. Então assim, o entendimento de Marçal Justens Filho é que nesse caso da licitação fracassada, se for contratar diretamente, não deve contratar alguém que tenha participado do processo licitatório, porque é contraditório eu participar do processo licitatório apresentando um preço lá em cima e dá oito dias e eu volto com meu preço lá em cima, aí a licitação é fracassada, eu pego o contrato diretamente com o preço baixo. É o posicionamento dele, não está na lei isso. Licitação pode ser fracassada não só com relação ao preço, mas com relação à proposta com um todo, porque no inciso fala exatamente das propostas.

Vamos ver o inciso VIII. Leia:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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

Aí é o seguinte: você pode contratar em ente da administração pública sem licitação, por exemplo, um estado pode contratar um ente do município, desde que esse ente tenha sido criado antes da lei de licitações. Pra contratar entes públicos, você não precisa licitar. Agora, o ente público tem que ser criado antes de 93, que a lei é de 93. Esse dispositivo, esse inciso VIII não se aplica para contratação de entes estais (sociedade de economia mista e empresas públicas) que explorem atividades econômicas. Então, vou dar um exemplo: se eu quiser contratar um banco para gerir sua folha de pagamento, ele não pode simplesmente contratar o Banco do Brasil com base neste dispositivo, porque o Banco do Brasil é uma estatal que explora atividade econômica. Agora, o município de Salvador tem um contrato com a EmBASa, que presta o serviço de água ao município por contrato. Esse contrato tem que ser precedido de licitação? Não, porque a EmBASa é uma estatal que presta um serviço público. Explorar atividade econômica é quando ele entra no mercado exercendo uma atividade lucrativa. Por exemplo, a Bahia Gás é uma empresa estatal que explora atividade econômica porque ela tem outros concorrentes. Por exemplo, eu posso contratar pra fornecer gás, a Bahia Gás, mas posso contratar outra.

Veja agora o inciso XIII:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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;”

Nesse caso aí, o ente público pode contratar uma entidade sem fins lucrativos que seja ligada à pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação de presos. Nesse caso, ela pode fazer a contratação direta, sem licitação. Por exemplo, quando a faculdade contrata a fundação de apoio, esse contrato às vezes é firmado com

base nesse dispositivo aí. Nesse caso, além dela ser dedicada a isso, é necessário que o contrato que ela vai firmar, seja voltado à pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação de preso.

Tem alguns aqui que estão no art. 24, que na verdade nem deveriam estar, por serem casos de inexigibilidade de licitação. Por exemplo, tem um dispositivo no inciso XVII que diz:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

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

Ora, se ele tem a exclusividade do fornecimento, eu só vou poder contratar um. Então, ele tem exclusividade pra fornecer e se eu contratar de outro, eu perco a garantia. Então, na verdade, esse caso deveria ser um caso de inexigibilidade, porque se eu for contratar com outro eu vou perder a garantia. Vem outro inciso também, que é o inciso X:

“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;”

Então assim, se a administração pública quiser locar ou quiser comprar um imóvel, em regra ela não se sujeita à licitação, ela se justifica nesse dispositivo que tá aí no inciso X. Tem outro também, que é interessante. Leia aí o inciso XI:

“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;”

Nesse caso é assim: você contrata uma empresa pra fazer uma obra ou serviço, aí no meio do contrato esse contrato é rescindido – teve alguma coisa, fez alguma falta, então no processo administrativo eu rescindo o contrato –, nisso eu posso pegar o segundo colocado na licitação pra contratar o remanescente da obra ou serviço, ou seja, aquilo que tiver faltando. Mas eu só posso contratar se for pelo mesmo preço e se for realmente pra fazer o que resta do contrato. Eu não posso, por exemplo: eu tô fazendo uma obra aqui, aí a empresa tem problemas, eu pego e faço a rescisão do contrato com ela, aí eu vou contratar o que ficou em segundo lugar, mas acrescento mais uns quatro pontos no contrato, por exemplo, eu vou fazer uma ampliação daquela obra, eu já não posso mais, porque aí já não é remanescente. Então você preste atenção para os termos que estão sendo utilizados na lei, para poder avaliar se uma situação fática realmente se enquadra nessas hipóteses. Recomenda-se a leitura das outras situações, porque as abordadas aqui são as mais usuais, apenas.

3.4.2.2. Hipóteses de inexigibilidade

Vamos à situação de inexigibilidade, que está no art. 25. O art. 25 diz assim:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:”

Eu disse a vocês que esse art. 25 é exemplificativo. Ele traz três hipóteses, mas eu posso enquadrar a hipótese no caput se eu demonstrar que para formalizar aquele contrato existiu a chamada inviabilidade de competição. Eu já falei que a inviabilidade de competição decorre da singularidade do objeto. O objeto singular é aquele que tem características tão próprias, que não tem como eu instalar processo de natureza objetiva. Claro que se você vai fazer por essa questão de inexigibilidade de licitação, não significa que você vai contratar por qualquer preço, não é isso. É que você não tem como licitar, pela impossibilidade de estabelecer critérios objetivos.

A primeira hipótese:

“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;”

Nesse caso aí, quando a gente tem um produtor exclusivo, não tem problema, porque só um produz. Então, se só um produz, você não vai licitar. Veja que aqui fala “vedado preferência de marca”. Veja bem, essa questão de vedação de preferência de marca, que existe na lei 8666, às vezes ela tem em algumas situações, como o RDC (regime diferenciado de contratação), ele já tem um dispositivo que fala muito das escolhas de marca. Eu posso colocar uma marca no processo licitatório pra servir de referência assim: essa ou semelhante. Ou então, pode ser que haja a padronização de veículos, por exemplo: se eu fizer uma licitação e padronizar os carros, claro que se eu estou padronizando, eu vou acabar tendo uma marca. Então, você tem que ver, porque a questão da marca, tem que ter muito cuidado. Eu não posso fazer uma licitação e dizer que eu vou querer leite em pó da marca Ninho. Mas em algumas situações existe essa possibilidade. Eu vou até ler esse art. do RDC, que fala sobre marcas, pra você ver como é o comportamento hoje com relação às marcas. RDC é 12.462. Essa lei foi criada para contratos de obras e serviços que fossem ligados à copa do mundo e às olimpíadas, mas acabou que essa lei passou a ter uma extensão maior, então ela pode ser utilizada para obras ligadas ao PAC, as obras ligadas ao SUS e à questão de educação. Então, olha o que fala aqui quando fala de marca na lei do RDC. O art. 7, alínea “c”, diz assim:

“Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

(...)

c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;”

Se você tem um modelo de carro que tem que ser utilizado pelo estado e ele está padronizando o carro, se ele for solicitar, ele vai ter que colocar a marca. Então, o que eu tô querendo dizer, já que a gente tá falando da inexigibilidade de licitação, é que veja que nesse art. fala de inexigibilidade dizendo que é vedada a preferência de marca. Então, eu estou lendo esse dispositivo pra que você veja que essa vedação de preferência de marca, ela é uma vedação relativa, não é absoluta. Hoje já existem situações em que é possível.

Veja só, o produtor exclusivo, eu não tenho problema, porque se o produtor é exclusivo, só ele produz, você não vai ter muito questionamento. A grande questão é do representante comercial exclusivo. O que é um representante comercial exclusivo? Muito se tem questionado pelo seguinte fato: se eu for fazer uma licitação em Feira de Santana e eu só tenho um representante comercial em FSA, eu posso utilizar a inexigibilidade dizendo que ele é um representante comercial exclusivo? Como é que que fica essa exclusividade na representação comercial? O que é um representante comercial exclusivo? Veja só, alei de licitações não fala nada sobre o que vem a ser representante comercial exclusivo, então o que você tem é alguns entendimentos doutrinários e na lei de licitações do estado da Bahia, ele até fez diferente. Na lei do estado da Bahia, ele diz que vai reconhecer na hora de fazer uma licitação, se é representante comercial exclusivo, a depender da modalidade de licitação. Então, por exemplo, se você fizer um convite no estado da Bahia e eu só tiver no cadastro de fornecedores só uma pessoa escrita e for convite, ele é exclusivo. Agora, pra tomada de preço e pra concorrência, ele só considera exclusivo se só tiver um no território nacional. No caso da jurisprudência, não tem muita decisão com relação a isso, mas na doutrina, há quem tente classificar um representante comercial como exclusivo, a depender da licitação. Por exemplo, dizendo que se for convite, se só tiver um naquela localidade, eu posso dizer que ele é exclusivo. Agora, se for tomada de preço ou concorrência, eu teria que ter somente um no território nacional. Isso evidencia uma tendência, porque, por exemplo, se for um contrato barato como um fornecimento no valor de 50 mil reais, que é o valor do convite, e aí é um fornecimento de pão e eu só tenho uma padaria na cidade. Se for compatível com o convite, o que se entende é que ele pode contratar por inexigibilidade, mas seria um produtor exclusivo, de qualquer forma. Agora, se fosse um contrato muito grande, não se pode colocar exclusividade voltada somente para aquela localidade. Então, essa questão da exclusividade ou não, o que se tem adotado na jurisprudência e na doutrina é que eu só posso considerar exclusivo vendo o âmbito daquela localidade, se for na modalidade de convite. Se for tomada de preço ou concorrência, eu só posso dizer que é exclusivo se for no âmbito nacional. Você quer ver uma coisa interessante? Fornecimento de livros comprados através de representantes. Livros a gente pode comprar por inexigibilidade, mas se eu tiver um livro que eu não vou comprar na editara, mas através de representantes, aí pode ser que eu tenha que licitar. Porque, se eu escolhi o livro e vou comprar por representante, eu vou licitar pra ver quem oferece o menor preço. Então, essa questão do que é representante comercial exclusivo ou produtor exclusivo, o que a gente tem que observar é a modalidade de licitação que está sendo utilizada, pra verificar se cabe essa classificação como representante exclusivo ou não. Normalmente no município pequeno, a gente só considera exclusivo se for pra modalidade de convite. Se ele quiser fazer uma tomada de preço ou concorrência, ele não invente que só tem no município, ele tem que abrir, tem que fazer a licitação. Se eu só tiver um no município, não interessa, eu abro a licitação permitindo que as pessoas de outros municípios ou até de outros estados possam participar a depender do caso. Outra coisa que a gente chama atenção e que é ridículo nesse dispositivo, é que esse atestado de exclusividade é dado

pelo sindicato, confederação patronal ou pela junta comercial (“*órgão de registro do comércio*”). Isso aí é um absurdo, porque a junta comercial não tem a obrigação de dar esse atestado de exclusividade, ela não faz esse controle e é comum processos em que a entidade juntou atestado de exclusividade que não tem exclusividade. Porque, esses entes que a lei colocou pra dar esse atestado, eles não têm essa atribuição e acabam dando atestado que às vezes não reflete a realidade.

21/10/2014

Agora nós vamos para a hipótese do inciso II do art. 25 da lei 8666, que diz assim:

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

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;”

Para que a contratação seja realizada nos moldes do inciso II do art. 25, primeiro é necessário que o serviço esteja enumerado entre aqueles estabelecidos no art. 13 da lei 8666. Então, a gente tem que primeiro ir lá no art. 13 e verificar quais são os serviços que estão no art. 13 da lei 8666, pra saber se vai ocorrer a autorização ou não dessa contratação direta. Então, por exemplo, o art. 13 fala:

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos 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;

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;

(...)”.

Então, o que é que acontece: primeiro eu vou ter que ver se o serviço está enumerado entre o art. 13. Segundo, o serviço tem que ser de natureza singular. O que é um serviço de natureza singular? Em regra, serviço de natureza singular é aquele que foge à rotina da administração pública. Não é aquele que você todo dia se depara no âmbito da administração pública. Então, por exemplo: na contratação de advogado, o serviço singular não é, por exemplo, a defesa de uma causa trabalhista que esteja lá na justiça do trabalho, porque todo mundo que for celetista vai ter uma causa na justiça do trabalho. Mas pode ser assim, uma ação de indenização contra o município, que seja referente a um contrato que foi desfeito. Alguma coisa que não seja da rotina administrativa, que não seja uma coisa usual. Tem autores que consideram que a singularidade pode estar associada a outros fatores, e nós tivemos uma experiência dessa aqui na Bahia, que foi o seguinte. A Conder contratou um escritório pra fazer todos os processos de desapropriação pra construção de um porto, no caso, o porto sul. Só que a Conder normalmente faz esse tipo de processo de desapropriação, ou seja, a

realização desse processo de desapropriação é rotina no âmbito da Conder, então não teria a singularidade com relação à matéria, porque a matéria não é singular. Só que, acontece que a singularidade nesse caso estaria ligada ao quantitativo dos processos que iam ser realizados. Eles entenderam que como era uma situação excepcional, ele entendeu que a questão da singularidade seria o quantitativo, que fugiria à rotina da administração. Veja só, existe uma divergência nesse caso, tanto que a gente entrou com a ação e o juiz de primeiro grau entendeu que não era singularidade e o TRF entendeu que poderia sim existir a singularidade em razão do quantitativo. De qualquer sorte, a singularidade tem que estar ligada aos traços diferenciais, a um traço que deixe claro que aquilo foge à rotina da administração. Além da singularidade, um outro requisito é que o profissional contratado tenha notória especialização, só que aí fica mais fácil porque o próprio §1º do art. 25 diz assim:

“§ 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.”

Ele tem que ter especialização naquela área. Tem que ter trabalhos realizados que deixem claro que ele tem uma especialização diferenciada na área. No caso da área jurídica, eu não posso contratar um especialista da seara criminal pra defender uma causa tributária, porque ele não vai ter notória especialização. Ele tem que ter notória especialização e aquela notória especialização tem que estar ligada àquele contrato que vai ser executado. Há autores que entendem que além desses três requisitos – ou seja, que o serviço esteja no art. 13, que o serviço seja singular, que o profissional contratado tenha notória especialização –, existem aqueles que ainda entendem que para enquadrar nesse art. 25 é essencial que haja a chamada inviabilidade de competição, ou seja, tem uns que entendem que além de tudo, seu eu puder licitar, se eu puder formalizar um processo licitatório, eu não posso enquadrar com base no art. 25, inciso II. Tem que ser uma situação em que eu não possa instaurar um processo licitatório por critérios objetivos.

Agora, vamos falar da questão da contratação de escritórios de advocacia, que é a questão de grande discussão em torno desse dispositivo. A OAB entende que se por ventura eu quiser contratar um escritório de advocacia, eu não posso licitar, mesmo que seja um serviço comum, que não seja singular. Porque, a OAB entende – e tem no estatuto da OAB – que a advocacia não é uma atividade mercantil. Então, eles entendem que como eles não são classificados como uma atividade mercantil, não seria uma atividade comercial, eles não poderiam participar de licitação. Esse é o argumento da OAB. Então, a OAB entende que não deve participar de licitação. Aí começou essa discussão... O STJ a princípio começou a estabelecer que se por ventura, não fosse uma situação de serviço singular, que pudesse se enquadrar no inciso II, que deveria licitar, porque não seria caso de inviabilidade de competição. Por exemplo, eu quero contratar um escritório de advocacia para acompanhar todas as ações contra o estado, em nível de recurso, que estejam em Brasília, por exemplo. Então assim, o STJ a princípio disse que isso não era um serviço singular, porque obviamente, quando uma ação for proposta contra o estado, vai acabar em Brasília, como a maioria, e aí tem que ter alguém pra realizar essa defesa. Então aí começou a entender que deveria licitar se não fosse o caso do inciso II. Só que começou a ter uma movimentação no próprio STF, dizendo que a

questão da notória especialização estaria ligada à questão da confiança subjetiva. Então assim, segundo o STF, se eu tiver dois escritórios de advocacia, ambos com notória especialização, eu posso escolher o que eu quiser, a depender da confiança que você vai ter em um dos escritórios, como se houvesse uma possibilidade de escolha sem licitação. Recentemente teve uma decisão do STJ, de que não cabe licitação na contratação de serviço advocatícios, porque não tem como você estabelecer critérios objetivos nessa licitação e dizendo também que nessa linha do STF, o elemento confiança na escolha do escritório deveria ser levado em consideração, dando a entender que seria caso de inexigibilidade de licitação. Isso é uma discussão imensa que tem se travado. Que não precisa licitar, se tiver os requisitos do inciso II, isso aí já está mais do que consolidado. Por exemplo, eu vou contratar um escritório de advocacia que tem notória especialização para uma causa singular, dificilmente você vai ter discussão sobre isso. Mas, é muito comum que o município contratar escritório de advocacia pra atuar em diversas causas, não é só em uma, não. Contratar pra acompanhar processo do município, por exemplo. Aí você perde a questão da singularidade, e aí esses casos é que geram essas discussão se tem que licitar ou não. Existe um lobby em Salvador muito grande pra que não haja licitação. Você tem uma oscilação porque o STJ, tem horas que ele entende que deve licitar, e tem horas que o STJ entende que não precisa licitar. Então, você tem essa divergência. Minha opinião aqui no estado da Bahia foi de que a gente não deveria entrar nesse embate com a OAB, porque o posicionamento não está ainda consolidado na jurisprudência. Existe essa divergência. A grande preocupação que existe hoje em dia, é que você na verdade tem escritórios com pessoas praticamente recém formadas, contratadas pelos município, recebendo fortunas. Então assim, tem essa divergência com relação à contratação de escritório de advocacia. Agora, o que já está consolidado é que se eu for precisar de advogado para processos administrativos internos, aí você tem que utilizar um ocupante de cargo. Por exemplo, a licitação, o processo licitatório, obrigatoriamente tem que ter um parecer jurídico sobre a regularidade do processo licitatório. Esse parecer jurídico não pode ser dado por um advogado de um escritório contratado, tem que ser por um bacharel em direito, que seja ocupante de cargo de procurador, ele tem que ser procurador do município. Ele pode ser um procurador do município concursado, como pode ser um procurador do município ocupante de um cargo comissionado, que é chamado de assessor jurídico. Então assim, para manifestação jurídica em processos administrativos, tem que constar como ocupante de cargo. Então por exemplo, eu tenho um processo administrativo licitatório e eu quero submeter a um parecer jurídico. Quem vai me dar esse parecer jurídico é o procurador do município. Ele pode ser tanto concursado, como pode ser ocupante de cargo comissionado, mas tem que ser procurador do município, eu não posso contratar escritório de advocacia. O TCU de uns tempos pra cá, quando tem parecer, manifestação de advogado em processo administrativos, tem chamado o parecerista pra prestar esclarecimento para o TCU, tanto que o STF diz que não tá aceitando mandato de segurança pra você convocar. Antigamente, quando você tinha um processo de licitação e havia uma contratação feita irregularmente, uma situação irregular, com o parecer favorável do advogado parecerista, do assessor jurídico, e era uma questão equivocada, o TCU só chamava o gestor pra responder, mas agora tá chamando o parecerista, o que está sendo discutido nos tribunais superiores. Quer dizer, eu vou ter que responsabilizar também o parecerista ou não? Porque a questão do parecerista, o que é que ele diz? Eu não vou responder, porque meu parecer, ele segue se quiser. Mas isso está mudando com relação aos pareceres nos processos licitatórios, porque antes se achava que eu tinha que ter o parecer, mas o parecer não era vinculante, era obrigatório

mas não era vinculante. Tipo, o procurador fala, mas o gestor acolhe se quiser. Só que hoje em dia se está entendendo que ele é vinculante.

A terceira hipótese que tem no art. 25, leia aí o art. 25, inciso III:

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

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.”

A contratação de artista não requer processo licitatório, desde que o artista seja consagrado pela mídia ou pela opinião pública. Se ele for consagrado pela opinião pública local, também pode ser contratado sem licitação. O reconhecimento regional serve para contratação direta, sem exigibilidade de licitação. O artista pode ser contratado diretamente ou através de empresário. A grande questão é o que vai ser pago, a gente tem muita dificuldade porque muitas vezes, o artista não fica com quase nada. Ele é contratado muitas vezes ficando com uma parte bem menor da que é cobrada. Então, existe uma dificuldade enorme pra se saber se o que está sendo pago é compatível ou não, normalmente se faz através de critérios comparativos com outros municípios. Então, essas são as três hipóteses de inexigibilidade, sabendo que tem outras hipóteses enquadrando-se no caput.

3.5. Modalidades de licitação

A lei 8666, no art. 22, traz as modalidades de licitação. Então, no art. 22 da lei 8666, você tem as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite, concurso, e leilão. Além dessas modalidades, nós temos ainda, na lei 10.520/02, a modalidade pregão, e tenho também, no âmbito das agências reguladoras, a modalidade de licitação chamada consulta, as vejam que, essa consulta é somente para as agências reguladoras. A consulta está na lei da ANaTel, que criou a consulta e depois estendeu para as outras (a lei 9.472/97).

Eu vou escolher entre a concorrência, tomada de preço e convite, em regra, pelo valor contratual. O art. 23 traz os valores que se adequam a cada modalidade, no que diz respeito à essas três modalidades (concorrência, tomada de preço e convite). Então, por exemplo, no art. 23 é feita a diferença entre contratos de serviços e compras e obras ou serviços de engenharia.

“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).”*

Então, basicamente a escolha de uma dessas modalidades, em regra, ela ocorre em razão do valor contratual.

3.5.1. Concorrência

Ocorre que, no caso da concorrência, eu tenho situações que eu vou utilizar especificamente a concorrência independentemente do valor. Além da escolha dessas modalidades existir em virtude do valor contratual, existem situações em que obrigatoriamente eu tenho que utilizar a concorrência. Que situações são essas? Eu vou para o art. 23, §3º:

“§ 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.”

Então, veja só: se for concessão de direito real de uso, sempre vai ser concorrência. Inicialmente, quando surgiu essa lei, em regra a alienação de imóveis se fazia pela concorrência. Hoje se admite indistintamente o leilão e a concorrência, tanto que tem quem prefira utilizar mais o leilão, mas como a lei é de 93, a regra é que se a administração pública tivesse que alienar um imóvel, tinha que ser pela concorrência. Aí depois você teve uma lei que veio falando de bens imóveis federais, a lei do estado da Bahia já estabelece que tanto pode ser o leilão, quanto a concorrência, então hoje você pode utilizar um ou outro. A doutrina diz que o leilão é mais vantajoso que a concorrência, porque na concorrência, todos vão me trazer um envelope com um preço e eu vou abrir e o menor preço ganha, enquanto no leilão você vai ter disputa aberta, tanto que a lei do estado da Bahia admite os dois indistintamente. Além disso, há uma outra modalidade, que tem até uma lei que é uma lei nova, que são as concessões florestais. As concessões florestais só podem ser feitas por concorrência. As licitações internacionais, em regra, é pela concorrência, mas eventualmente pode ser tomada de preço se eu tiver cadastro de fornecedor internacional, ou pode ser convite se só tiver um fornecedor fora do país. Outra coisa também: a concorrência é uma licitação que permite um prazo de publicidade maior, porque o prazo entre a publicação do edital e a abertura da licitação, se for uma licitação de menor preço, são trinta dias, e se for de melhor técnica ou técnica e preço, vai para quarenta e cinco. Todos esses prazos estão no art. 21 da lei. O art. 22, §1º diz assim:

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

23/10/2014

3.5.2. Tomada de preços

Se eu for para o art. 22 da lei 8666, §2º. Leia aí:

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

Veja só, no caso da tomada de preços, na verdade ela não tem muita diferença da concorrência. A única diferença que ela tem da concorrência é com relação aos prazos, porque na tomada de preços, o prazo entre a publicação do resumo do edital e abertura da licitação, se for de menor preço, o prazo é de quinze dias, e se for de melhor técnica ou técnica e preço, o prazo passa para trinta dias. Os prazos estão no art. 21. Então assim, ela tem prazos menores do que a concorrência. Agora, o que tá na lei é que a tomada de preço é uma licitação feita inicialmente para aquelas pessoas que constam no registro cadastral do ente federado. Por exemplo, no âmbito da União você tem o SICAF, que é um registro onde você encontra fornecedores de material escolar, prestadores de serviço de limpeza, prestador de serviço de segurança, quem faz serviço de manutenção de computador... Então você tem todo mundo já registrado, já constando nesse registro cadastral. Esse registro cadastral é regulamentado na lei 8666 no art. 34. O art. 34 da lei 8666 regulamenta o registro cadastral. Então assim, esse registro cadastral fica aberto durante todo o ano, aí se eu presto serviço de limpeza, eu vou ver quais são os documentos que eu tenho que apresentar para constar no registro cadastral de prestador de serviço de limpeza. Qual era a vantagem que antigamente tinha no caso do registro cadastral? Era a seguinte. Por exemplo: se eu tivesse no registro cadastral de, por exemplo, prestador de serviço de limpeza, quando tinha licitação, ao invés de chegar na licitação com uma série de documentos, bastava eu apresentar o certificado porque o certificado significa que eu já tinha apresentado os documentos. Só que hoje em dia as certidões que as empresas possuem, elas tem uma duração muito pequena. Normalmente, por exemplo, certidão de inexistência de débito fiscal tem validade de três meses, sessenta dias, então, hoje de qualquer sorte não vale tanto a pena. Ele ainda existe, é importante, mas não agiliza tanto a licitação. A lei diz que se eu não estiver cadastrado, até três dias antes pode se manifestar no sentido de que vai participar da licitação. Então acabe que quando tiver a licitação não vai ter só pessoas que estão cadastradas, mas vai ter também pessoas que não estão cadastradas, aí vai demorar pra olhar toda a documentação. Ou seja, a tomada de preço acaba não levando nenhuma agilidade maior ao processo. A única questão em que ela tem uma agilidade maior, é que ela tem um prazo maior entre a publicação do resumo do edital e a abertura da licitação. No estado da Bahia mesmo, a lei do estado diz que se eu tiver uma licitação por tomada de preço, se eu não tiver registrada, eu posso chegar na hora da licitação e dizer: “ó, eu tô participando dessa licitação e eu não sou registrada, vou apresentar meus documentos agora”. Então veja que não tem realmente nenhum tipo de vantagem maior. Então, essa é a questão da tomada de preço.

3.5.3. Convite

Leia aí o §3º do 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.”

O convite é uma licitação que até se questiona muito, porque ele permite um certo direcionamento. Porque, como é que ele funciona? Se eu quiser fazer uma licitação na modalidade convite, que vai depender do valor do contrato – nós já vimos aqui – eu tenho que mandar pelo menos três cartas-convite para o interessado, cadastrados ou não, eu posso escolher qualquer um. Eu mando uma carta-convite, então, no convite, eu não tenho um edital. Porque, na concorrência e na tomada de preço, eu tenho um edital que tem que ser publicado em diário oficial e jornal de grande circulação. No convite eu não tenho edital, o que eu vou encaminhar para as empresas interessadas é a chamada carta-convite, que tem que ser afixada em um local visível do órgão licitante. Se eu sou cadastrada, eu posso saber do convite e aí me habilitar, desde que eu faça isso até 24h antes da abertura do convite. Então, o que é que acontece? Porque ele é direcionado às vezes? Porque é a própria administração que escolhe as empresas, então é muito comum, por exemplo, eu fazer licitação pra contratação de serviço de engenharia e eu quero contratar a sua empresa, mas eu quero fazer por convite, então faça o seguinte: me consiga mais duas empresas que sejam ligadas à você, pra eu mandar o convite e elas me mandarem propostas com maior valor. Então, tem essa possibilidade de direcionamento. A lei até tenta quebrar com isso em dois dispositivos aí. Leia o §6º do art. 22:

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

Por exemplo, vou fazer um convite para uma obra, aí eu convidei as empresas A, B e C. Quando eu for fazer um outro convite pra obra, eu não posso convidar A, B e C, eu tenho que convidar uma nova, então eu tenho que convidar, por exemplo, B, C e D. Ou seja, a cada novo convite eu não posso convidar sempre as mesmas pessoas, o que não resolve nada porque não diz que eu não posso contratar com a mesma pessoa, diz que eu não posso convidar as mesmas, mas contratar eu posso. O §7º também tem relação ainda com convite. Leia aí o §7º:

“§ 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.”

Se eu não tiver pelo menos três interessados, eu tenho que repetir o processo e aí depois eu tenho que justificar que não houve mais interessados que aqueles. A dúvida que se tinha era o seguinte: eu tenho que mandar pelo menos três cartas e basta eu mandar? Por exemplo, se eu mandar três convites e só um me responder, isso tá certo? Ou eu tenho que ter três propostas válidas de processo? O que tem prevalecido nos tribunais de contas hoje é que eu tenho que ter pelo menos três propostas válidas no processo. Os tribunais de contas têm exigido ao menos três propostas válidas no processo. Eu não preciso só mandar três convites, eu tenho que ter três propostas válidas dentro do processo, em razão do §7º do art. 22. Agora, se eu perguntar “no convite não existe ato convocatório”, é verdadeiro ou falso? Falso. Existe ato convocatório, mas

esse ato convocatório não é um edital, é uma carta-convite. A publicidade aqui é que o convite tem que ser afixado em local visível para que quem não recebeu possa participar desde que esteja cadastrado. Se não estiver cadastrado não pode participar.

3.5.4. Concurso

Leia aí agora o §4º:

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

Então o prazo do concurso é de 45 dias. Esse concurso não é aquele concurso de prova, de prova de títulos que você faz pra cargo publico. Esse concurso é pra escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. Exemplo pra vocês ficarem sabendo: quando foi feito o aeroclube plaza show, teve o concurso nacional de ideias. Se fez um concurso para que as empresas de arquitetura interessadas apresentasse um projeto que seria desenvolvido no local do aeroclube, então isso foi um concurso de projetos.

3.5.6. Leilão

“§ 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.”

O leilão é pra venda de bens imóveis ou bens móveis que sejam inservíveis para a administração pública. Então leilão é pra alienação. No caso dos bens imóveis, a gente até discutiu aqui que pela lei é sempre concorrência, mas que hoje em dia se permite também o leilão. No caso de imóvel, lembre que pra gente alienar tem que desafetar. No caso de bens móveis, vai depender. Tipo, produtos apreendidos, ou então ele adquiriu cadeiras novas e tem um monte de cadeira velha.

3.6. Comissão de licitação

A licitação é processada por uma comissão que é composta, no mínimo por três participantes. Tudo o que eu falar tá no art. 51. A comissão de licitação, ela é formada, no mínimo, por três membros, sendo 2/3 da comissão servidores efetivos. Quer ver? Leia aí o art. 51:

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

Então veja só, dois terços da comissão tem que ser ocupantes de cargos, estatutários, tem que ser permanente, não pode ser cargo comissionado. Essa comissão tem que ser renovada anualmente, mas essa renovação não precisa ser integral.

Normalmente a comissão de licitação tem um presidente e dois suplentes. Quando você vai ouvir a comissão, o que eu percebo é que o presidente sabe tudo de processo. Aí você vai chamar os membros da comissão e eles não têm ideia do que está acontecendo, apesar de que a lei diz nesse mesmo art. que a responsabilidade dos membros da comissão, é uma responsabilidade solidária. Significa dizer que se eu divergir, se eu tiver uma opinião divergente, eu sou da comissão de licitação e eu tenho uma opinião divergente, essa minha opinião eu tenho que fazer constar em ata, porque se tiver qualquer problema, por exemplo, classificou uma proposta que não foi a menor proposta, se eu vi aquilo e não constei em ata, eu vou ser responsabilizado, então quando o Ministério Público entrar com uma ação, vai entrar contra mim também, vai entrar contra a comissão como um todo. Então, nos municípios acontece muito, as pessoas são chamadas para ser membros da comissão de licitação e nem sabe o que é isso e qual é o grau de responsabilidade disso. Leia aí o §1º do art. 51:

“§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.”

No convite, excepcionalmente, eu posso ter uma pessoa julgando ao invés de uma comissão se não tiver pessoal disponível. Agora, lei o §5º, que é a única coisa que a gente não falou agora:

“§ 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.”

É isso que eu tô falando. No concurso, tipo assim, em apresentação de trabalho técnico, artístico ou científico, eu não preciso necessariamente ter servidores efetivos. Por exemplo, a Saltur quando foi escolher a marca do carnaval. Servidor da Saltur não entende nada de arte, então poderia chamar alguém de fora, não necessariamente precisa ser servidores públicos. Lembrando a vocês que no pregão você não tem a comissão de licitação, você tem o pregoeiro. Quem dirige o pregão é o pregoeiro e no leilão é o leiloeiro. Mas o pregão é interessante porque no pregão a responsabilidade desse processo é toda do pregoeiro, ele não tem como na comissão de licitação que a responsabilidade solidaria. Como no pregão só tem o pregoeiro, a responsabilidade por qualquer problema é toda do pregoeiro. Agora, esse pregoeiro trabalha com a chamada equipe de apoio. Essa equipe de apoio também tem que ser composta em sua maioria por servidores estatutários. Essa equipe de apoio é pra dar apoio técnico, ou seja, ela não decide nada. O que a equipe de apoio faz? Por exemplo, o pregoeiro fala “vamos começar o pregão, apresentem as propostas”, aí a equipe de apoio vai lá e recolhe as propostas. A equipe de apoio, por exemplo é assim: eu vou querer comprar ventiladores de três abas. Aí eu vou lá e verifico se todos estão apresentando ventilador de três abas, aí eu vou e peço pra equipe de apoio checar se é o que ele tá querendo. Então assim, a equipe de apoio pé só pra prestar um apoio mesmo, não toma decisão nenhuma, a decisão é toda do pregoeiro, é diferente da comissão de licitação. Na comissão de licitação, se o presidente falou alguma coisa e eu não constei em ata que eu estou divergindo, eu vou ter que responder. Outra coisa: o pregoeiro não precisa ser servidor efetivo, ele pode ser comissionado. A equipe de apoio trabalha no pregão ajudando o pregoeiro, mas ela não tem nenhuma responsabilidade porque ela não pratica ato

decisórios, quem pratica os atos decisórios é o pregoeiro. É diferente da comissão de licitação, porque você é presidente e eu sou membro, na seção só você vai falar, mas se eu divergir eu tenho que fazer constar em ata, porque senão eu respondo.

3.7. Processo licitatório

Já que a gente vai começar a falar do processo licitatório, nós podemos dizer que a licitação ocorre em duas etapas: uma etapa interna e outra etapa externa.

3.7.1. Etapa interna

A licitação quando a gente vê, ela começa externamente com a publicação do edital, mas a gente tem que lembrar que eu tenho todo um processo que se desenvolve antes da abertura dessa licitação. Qualquer licitação se inicia com a requisição de contratação, por exemplo, com a solicitação de contratação e grande parte dessa solicitação depende de onde eu precise desse contrato. Por exemplo, pode ser uma questão do setor da secretaria de educação, que gerencia as escolas, ela tá recebendo várias demandas de que tá precisando de determinados móveis pra determinadas escolas. Então, por exemplo, a pessoa que acompanha as obras disse que tem três escolas que estão prontas e não têm móvel nenhum. Essa pessoa que é responsável manda um ofício pro secretário dizendo que tá precisando da compra. Aí tem que ter essa solicitação inicial. Sempre que inicia o processo, qualquer processo de licitação, o primeiro documento que tem é essa solicitação partindo de alguém que observa que há essa necessidade. Quem vai solicitar não é qualquer servidor, é sempre o órgão que tem responsabilidade por aquilo. Como é que se processa essa etapa interna da licitação? Aí eu vou ter que olhar qual é o tipo de contrato que eu tô falando. Porque eu tenho vários tipos de contrato: eu tenho o contrato de compra, eu posso estar falando de prestação de serviços, como a prestação do serviço de limpeza, e posso estar falando de obras ou serviços de engenharia. Então, a depender do tipo do contrato, obviamente que o processo interno vai se dar de uma maneira. Eu quero realizar uma compra, se eu for realizar uma compra, eu tenho que primeiro especificar o objeto que eu quero comprar. Quando eu vou especificar o objeto, muito se tratou da questão de utilização de marca. Antes não podia, mas hoje eu já posso falar em marca mas não pra direcionar, mas naquela situação que a gente viu no RDC. Especificando o objeto que vai ter que sair, eu tenho que falar do que falar do quantitativo que eu vou querer e eu tenho que ter um orçamento, eu tenho que saber na verdade quanto é que custa aquilo que eu estou querendo comprar. Normalmente você tem um órgão em cada ente federado, que faz essas cotações. Eu não posso comprar cadeira sem ter cotação de cadeira. Obrigatoriamente o ente tem que apresentar a cotação. Por exemplo, no âmbito federal, exige no mínimo três cotações pra cada coisa que você tem que comprar, pra saber se o que você tá comprando é de acordo com o valor do mercado, então você traz a cotação de outros órgãos. Essa questão das cotações não tá na lei, não, é jurisprudência. Normalmente você tem um órgão que faz a cotação, mas quando o município é muito pequeno, a comissão de licitação faz absolutamente tudo. Outra coisa: você tem que demonstrar que você tem dotação orçamentaria pra aquela compra, eu tenho que dizer onde é que está o recurso que vai pagar aquilo ali.

Então, a compra é mais simples porque é mais fácil. Agora, quando for serviços e obras, aí eu tenho até os requisitos que eu vou atender, que estão no art. 7 da lei 8666. Leia aí:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.”

Projeto básico é chamado normalmente na prestação de serviços de termo de referência. No projeto básico ou termo de referencia eu vou dizer exatamente o que é que eu quero. Por exemplo, o projeto básico pra construir essa sala, eu tenho que dizer qual é a metragem da sala, que material eu vou usar. Então o projeto básico me dá a oportunidade de apresentar o orçamento. O projeto executivo é um detalhamento mais apurado do projeto básico. Quando eu falo em obras ou serviços de engenharia, normalmente eu utilizo esses termos projeto básico e projeto executivo. Quando eu falo de prestação de serviços, normalmente não utiliza o termo projeto básico, se utiliza o chamado termo de referência. Por exemplo, um serviço de limpeza. Antigamente, um projeto básico ou termo de referência do serviço de limpeza, eu dizia qual era o local, quantos homens eu queria, se deveria ter fardamento, se os insumos seria dado pela própria empresa ou seria pelo estado ou município, é um detalhamento do que você quer contratar. Termo de referência é um retrato do que você quer contratar, tanto que esse termo de referencia ou projeto básico, ele não vem dentro do edital, ele é um anexo do edital. Normalmente um dos anexos de um edital é o projeto básico em caso de obra, ou o termo de referencia no caso de contratação de serviço. Leia aí o §2º:

“§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

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

Autoridade competente é quem assina o projeto, quem autoriza, quem aprova o projeto básico ou termo de referência vai ser a própria autoridade do contrato. Vá:

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

Isso aí é uma coisa que a gente sente falta às vezes num contrato. Quando alguém contratar, nós entendemos que eu tenho que ter o preço detalhado, eu tenho que ter o orçamento detalhado. Tipo assim: eu não posso dizer que você vai prestar um serviço de logística pra mim e você vai cobrar, o calculo que eu tenho pra armazenar esse serviço aqui vai ser 50 mil reais pra pagamento de pessoal, 30 mil reais pra questão da localização, quer dizer, isso não é orçamento detalhado. Orçamento detalhado é eu dsaber quanto é que vai custar cada pessoa que vai trabalhar, qual é o custo das coisas individualmente, então é necessário que haja esse orçamento. O orçamento da compra é eu ir lá e ver quanto é a coisa. No serviço, eu tenho que saber todo o custo. Por exemplo, numa prestação de serviço, o orçamento detalhado, eu tenho que saber quanto é que custa em base o salario daquela pessoa, se vai ter vale transporte, os encargos sociais, qual é o percentual dos encargos sociais, qual é a taxa de administração em regra, porque a taxa de administração quem vai cobrar é a empresa. Então assim, você tem que ter esse orçamento detalhado e muitas vezes o que a gente sente falta nesses contratos é a falta desse orçamento detalhado, porque compromete todo o contrato. Porque depois você vai cobrar o quê, se não tinha orçamento detalhado? Continue:

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

O que é que acontece? Eu tenho que ter a dotação orçamentária e a dotação orçamentaria tem que ser para aquele exercício. Se eu vou realizar esse contrato nesse exercício financeiro de 2014, eu tenho que ter na lei orçamentaria de 2014 recursos pra realização daquele contrato. Continue:

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

A lei orçamentária é anual e o plano plurianual é de quatro em quatro anos, então, por exemplo, tem contratos, esses contratos continuados já estão no próprio plano plurianual. Olha uma coisa interessante que tem aqui. §4º:

“§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.”

Tem que ter todo o quantitativo, tudo detalhado. Então eu tenho que ver tudo isso que acontece antes da licitação, porque o edital vai ser realizado a partir da conformação desses elementos que foram observados. Então, essa é a etapa interna da licitação.

3.7.2. Etapa externa

A etapa externa da licitação é dividida em algumas fases. A primeira fase da licitação na fase externa é a fase do edital, publicação do edital. Segunda: fase de habilitação. Terceiro: fase de julgamento ou classificação das propostas. Quarto: homologação e adjudicação.

3.7.2.1. Fase do edital

Os requisitos do edital estão no art. 40 da lei 8666. Então, o art. 40 da lei 8666 traz todos os requisitos do edital. Alguns requisitos são obrigatórios, outros são facultativos – vai depender da licitação. Nós já falamos aqui que quando eu faço a licitação, o que é publicado é o resumo do edital e que o edital às vezes a depender do assunto tratado, pode ter até 400 páginas, como foi o edital da construção da fonte nova. Então vai depender, porque às vezes o projeto básico ou termo de referência é imenso. Por exemplo, você vai fazer uma licitação de transporte coletivo, o edital é muito grande, com vários anexos. Então assim, lembrando que o termo de contrato sempre vem como anexo ao edital, projeto básico ou termo de referencia são sempre anexos ao edital. Às vezes você tem como anexo também, a forma como você vai apresentar a proposta, tem um modelo às vezes, no anexo do edital. No edital você tem os requisitos de habilitação, como as propostas vão ser classificadas, quais as sanções aplicadas aos licitantes... Então, nós temos ali os requisitos e no art. 41 fala da questão da impugnação do edital, ou seja, como é, qual é o prazo de publicação do edital. Lembrando que esse edital pode ser impugnado segundo o art. 41, não somente pelos licitantes, mas por qualquer interessado, sendo que o prazo, se você for licitante, ele é maior pra impugnar.

Mas se eu não participei de uma licitação, eu posso impugnar o edital. Interessado é aquele que participou do processo, que mostra interesse na licitação. Qualquer cidadão pode impugnar o edital.

“§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Veja que pro licitante o prazo é maior. Qualquer cidadão é em até cinco dias antes e pro licitante é até dois dias antes.

3.7.2.2. Fase de habilitação

A segunda fase é a fase de habilitação. Na fase de habilitação, o que eu vou observar é a pessoa do licitante. O que me interessa na fase de habilitação é a pessoa do licitante, ou seja, eu quero saber se aquela pessoa que participa da licitação tem condições de realizar aquele objeto que está sendo licitado. Os documentos de habilitação constam no art. 27 da lei 8666. Quais são esses documentos? Leia aí o art. 27:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;*
- II - qualificação técnica;*
- III - qualificação econômico-financeira;*
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;”*

3.7.2.2.1. Habilitação jurídica

Então, primeiro com relação à habilitação jurídica. Os documentos da habilitação jurídica estão no art. 28. Regularidade fiscal: art. 29. Qualificação técnica: art. 30. Qualificação econômica: art. 31. Além desses quatro, a lei ainda fala no inciso quinto em:

“V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Isso é uma declaração dizendo que não possui menor em trabalho insalubre, é essa declaração que se exige. Tem uma decisão do STJ dizendo que o art. 27 é considerado norma geral, o que significa dizer que não pode ser alterado pelo estado ou pelo município.

A primeira coisa a ser falar em habilitação é o seguinte. O que significa habilitação? Significa verificar se o licitante está apto a ser sujeito de direitos e obrigações. Como é que eu vou saber se a pessoa está apta a ser sujeito de direitos e obrigações? Vai depender do tipo de pessoa, ou seja, se eu estou diante de uma pessoa natural, se eu estou diante de uma pessoa jurídica, se essa pessoa jurídica é uma sociedade anônima, se é uma entidade sem fins lucrativos. A depender do tipo, vai ser um documento diferente. Leia aí, por favor, rapidamente o art. 28:

“Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.”

Isso foi só pra vocês verem que o documento vai depender do tipo de pessoa. Se for uma sociedade individual, se é uma entidade sem fins lucrativos... Então, a depender da entidade, é um tipo de documento.

28/10/2014

Nós estamos vendo a parte de habilitação do processo licitatório. Aí, nós começamos a ver a questão da qualificação jurídica, que está no art. 28 e seria um dos requisitos, que seria aquela situação em que o licitante tem que demonstrar que está apto a ser sujeito de direitos e obrigações. A qualificação jurídica é a parte em que eu vou verificar se o licitante pode ser sujeito de direitos e obrigações, e aí nós falamos também que a qualificação jurídica vai depender do tipo de pessoa. Por exemplo, se for pessoa física vai ser a carteira de identidade, se for pessoa jurídica vai depender do tipo de sociedade. Então, nós falamos aqui e foi feita a leitura do art. 28, que dizia qual era o tipo de documento a depender da pessoa.

3.7.2.2.2. Regularidade fiscal e trabalhista

Agora nós vamos falar do segundo requisito referente à fase de habilitação, que seria a regularidade fiscal, ou seja, além de a pessoa comprovar que pode ser sujeito de direitos e obrigações, que estaria na qualificação jurídica do art. 28, é necessário também que se verifique a regularidade fiscal do licitante, ou seja, se ele possui algum tipo de débito com o fisco de um modo geral, com a administração pública de um modo geral. Veja só, muitas vezes as empresas podem participar de licitação se elas tiverem uma certidão positiva com efeitos negativos. São aquelas situações em que, por exemplo, você tem um débito com a receita federal, aí você parcela esse débito, então

you can participate in bidding because you have a debt but your debt is parcelled, here you have a positive certificate with negative effects. In other words, you have a debt, but this debt is parcelled and you are paying it. The documents related to fiscal regularity are in art. 29 of Law 8666. It says as follows:

"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:"

See only, now the fiscal and labor regularity, this question of regularity in labor was added recently, through a law of 2011. Let's see, with relation to fiscal responsibility and I will comment a little about the regularity in labor. Then let's start to read art. 29:

"I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);"

CGC, which today is the CNPJ. Then, in this part of fiscal regularity is that the person will present the CPF or the CNPJ just to see, because when you will make a consultation, be it for the natural person or the legal person, at the federal revenue or in the organs, you have to play this number and not the identity.

"II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;"

So here, it will have to see if there is a taxpayer register (...)

"III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;"

Or in other words, this means that you have to present a negative certificate of tax debt with the federal, state and municipal treasury. In the scope of the bidding, the law has a provision that says that the entity can require fiscal regularity only from the bidder. In reality, since the bidding law is federal, it says that you can require fiscal regularity only in the federal scope, in other words, you wouldn't need to demonstrate fiscal regularity before states and municipalities. See only, despite this possibility existing in the bidding law, what people have seen is that normally the bids are held requiring this fiscal regularity in all sectors, federal, state and municipal.

This question of fiscal regularity, it was criticized. Maria Sylvia Zanella di Pietro, she used to say: if a person can contract, or in other words, if a person can practice acts of commerce if they are in a situation of lack of fiscal regularity, or in other words, if you are a merchant and you don't pay ICMS, your commercial establishment is not closed because of this fact. Then she says: if there is no obstacle for the practice of acts of

comércio, não deveria ser empecilho pra participar de licitação, essa irregularidade perante fisco. Só que Celso Antônio, eu acho que é um posicionamento contrário que se justifica, porque olhe bem, o fato de você ter um débito perante o fisco, isso pode comprometer a saúde da empresa, você pode sofrer uma execução e tudo e isso vir a comprometer o próprio contrato. Ela diz que é inconstitucional, inclusive, porque lembre-se que no art. 37, inciso XXI, quando trata da licitação de contrato, diz que só pode ter exigências referentes à capacidade técnica e econômica, não fala em regularidade fiscal. Leia aí o art. 37, inciso XXI, que é no que se baseia Maria Sylvia pra falar isso que não tem o menor sentido porque não é nem acolhido:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Então só permitirá exigência técnica e econômica, por isso que ela questiona exigência de regularidade fiscal. Mas hoje tem sido aceito e não há nenhum tipo de embate com relação a isso, porque muitos autores discordam de Maria Sylvia porque se você tem débitos com a fazenda pública, isso poderia inviabilizar a execução do contrato. A única questão que eu tenho na Constituição é o que tá aqui no art. 29, inciso IV, que diz assim:

“IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.”

Isso aqui já é essencial, porque as pessoas que estão em débito com a seguridade social, não podem firmar contratos com a administração pública. Isso está na Constituição Federal, no art. 195, §3º, que diz assim:

“§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”

Então, essa exigência de regularidade com a seguridade social, tem toda a coerência com o que está na Constituição, porque o art. 195, §3º da Constituição Federal diz expressamente que a pessoa em debito coma seguridade social não pode contratar com a administração pública. Hoje em dia o controle dessa documentação é muito fácil, porque apesar das pessoas apresentarem esses documentos na licitação, você consegue conferir rapidamente porque se eu tiver o CNPJ da empresa, eu entro lá na Receita Federal e na mesma hora você vê. Antigamente – que essa lei é de 93 e de 93 pra cá, vamos considerar que foi uma evolução muito grande, já tem 23 anos – não tinha

essa tecnologia, você tinha que ir no órgão pedir a certidão e hoje na mesma hora é só botar o número ali do CNPJ e confere se é verdadeiro ou não.

O último inciso do art. 29 fala:

“V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.”

Esse dispositivo não existia até 2011, porque não se exigia regularidade trabalhista. Tem um dispositivo da própria lei 8666, que diz que a administração não responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da empresa. A lei 8666 diz que se uma empresa não pagar aos servidores e os servidores trabalham em um contrato com o Estado. Se a empresa não pagar, a lei diz que eu não posso cobrar da administração pública, quem tem que pagar é a empresa. Só que a justiça do trabalho não considerava dessa forma, então era usual na justiça do trabalho você entrar com uma ação, os trabalhadores entravam com uma ação contra a empresa, a empresa não tem, vai pra administração pra responder subsidiariamente. Aí o que aconteceu: tem uma súmula do TST, que é a súmula 331, ela falava de uma forma como se a administração pública tivesse responsabilidade subsidiária, contrariando o art. da lei 8666. Aí, teve uma ação declaratória de constitucionalidade desse art. 71. Isso está na lei 8666, art. 71. Olha o que diz:

“§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Aí fala que a administração responde pelos encargos previdenciários, mas os trabalhistas não. Por essa súmula 331 do TST, ela é totalmente contrária a esse §1º do art. 71. A justiça do trabalho condenou: o empregador não tem como pagar, vai pra administração pública pagar. Então isso aí era uma grande discussão no meio jurídico, até que veio uma ação declaratória de constitucionalidade desse art. 71, §1º, e o Supremo decidiu que esse art. é constitucional, ou seja, que a administração pública não tem que responder subsidiariamente. Depois dessa decisão do STF, houve uma alteração da súmula 331. A súmula 331 mudou a sua redação e aí no inciso V da sumula 331, leia aí:

“V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Então, houve uma alteração. Disse “não, tudo bem, a gente vai deixar continuar a responder, agora só responde se a administração for negligente na verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas”. Em razão disso, foi que o art. 29 acresceu esse inciso que diz que na licitação deve juntar certidão negativa de débito inadimplente perante a justiça do trabalho. Não significa que a empresa não vá ter uma ação trabalhista, fala em débitos que não foram adimplidos, se forem débitos adimplidos, significa que já houve a execução e o reconhecimento do débito.

Então, o que acontece: depois que teve toda essa discussão com relação à constitucionalidade do art. 71, §1º, aí veio o TST e alterou a súmula dizendo que tudo bem, mas pra responder, não é qualquer situação, é quando ficar provado que não houve uma fiscalização por parte da administração pública do cumprimento das obrigações pela empresa, aí então houve a alteração da lei 8666, que diz que só pode participar da licitação se comprovar que não tem débitos inadimplidos perante a justiça do trabalho, Agora, não está na lei, mas normalmente a administração condiciona o pagamento da empresa à demonstração da regularidade do pagamento dos empregados, e é muito comum o pedir pra fazer o pagamento no Ministério Público do Trabalho pra que haja um controle de que aquele valor pago realmente vai ser utilizado pra pagar os empregados. Então é muito comum a administração pública procurar o MPT, principalmente em caso de rescisão e principalmente porque durante o contrato é mais fácil eu controlar, porque eu vou pagando e exigindo que mostre o pagamento, mas quando vai rescindir tem que ter mais cuidado nisso, pode ser que a empresa não pague.

No caso do débito previdenciário, responde solidariamente porque já tem dizendo que quem tem débito previdenciário não pode contratar com a administração pública, não poderia nem firmar o contrato.

3.7.2.2.3. Capacitação técnica

Esses são os documentos da regularidade fiscal, agora vamos falar da capacitação técnica da empresa. Na capacitação técnica da empresa o que eu quero observar é se o contratado tem *know-how* suficiente pra executar aquele contrato, ou seja, se ela tem a qualificação necessária mesmo, tecnicamente falando, pra executar aquele contrato. Então perceba uma coisa, qualquer licitação que eu faça, os documentos referentes à qualificação jurídica serão os mesmos qualquer que seja a licitação. Com relação à qualificação técnica, os documentos referentes à qualificação técnica vão depender do tipo de contrato que eu vou firmar. Por exemplo, a qualificação técnica que eu vou exigir pra construir esse prédio da faculdade não é a mesma que eu vou exigir pra construir a ponte Salvador-Itaparica que com certeza irá sair, Deus sabe com que recurso. Então, a ponte Salvador-Itaparica, provavelmente vai exigir uma qualificação técnica muito maior que a pra construir essa Escola. Veja que são dois contratos de obra, mas não precisa nem eu dizer que a qualificação técnica que eu vou exigir de um não é a mesma qualificação técnica que exijo do outro. Já da pra perceber

isso mesmo sem ter estudado licitações. Então, o art. 30 traz os documentos referentes à qualificação da empresa. Leia aí:

*“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;”*

Esse registro ou inscrição na autoridade competente vai depender do tipo de contrato. Se for um serviço de engenharia, eu tenho que estar registrado no CREA, se for um prestador de serviços de alguma coisa, às vezes no CRA, e às vezes eu posso fazer um contrato que não vai precisar de inscrição nenhuma, porque é uma atividade que não sofre controle de nenhuma autarquia corporativa como essas. Então assim, essa inscrição vai ser exigida quando a atividade sofrer alguma fiscalização de alguma dessas autarquias, e que normalmente sofrem. Continue:

“II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;”

Essa questão da equipe técnica, eu tenho que ter porque às vezes a licitação pede. Vejam que, eu tenho que medir sua qualificação que seja compatível com o objeto licitado. O que diz aí: eu tenho que ter uma equipe técnica, muitas vezes eu exijo. Aí, vai uma pergunta: eu posso substituir essa equipe técnica? Posso. Por exemplo, eu posso apresentar uma equipe técnica na licitação e quando formalizar o contrato, trocar toda a equipe técnica, desde que eu tenha trocando por pessoas de qualificação idêntica à equipe técnica que eu tenha apresentado. Continue agora:

“III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”

Agora, leia aí só o §5º:

“§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.”

Veja só: limitação de época, de tempo e de local, isso aí não deve servir. Por exemplo, eu não posso fazer uma licitação e dizer que tem que prestar o serviço no município de Salvador, por exemplo. Agora, veja que ele fala em qualificação profissional, mas eu posso também pedir uma qualificação operacional. Por exemplo: digamos que eu quero contratar uma empresa pra fornecer alimentos para os presídio e digamos que eu estou falando de aproximadamente do fornecimento de duas mil refeições. Veja só, quando eu for pedir a comprovação de aptidão da empresa, claro que eu posso pedir que ela comprove que já realizou um contrato não num quantitativo igual, mas num quantitativo que seja suficiente para operacionalizar o que ele vai fazer. Porque assim, eu poderia dizer o seguinte: olha, eu vou então pegar minha empresa que fornece marmita em casa e vou pegar minha empresa de marmita pra fornecer pra duas mil pessoas. Então, a capacidade operacional, tem jurisprudência do TCU dizendo que é possível você pedir que a empresa comprove essa capacidade de operacionalizar, isso é possível. E aí, às vezes eu posso exigir em razão dessa capacidade operacional, que seja demonstrada algum tipo de quantitativo desde que seja viável e que não seja alguma forma de simplesmente direcionar o contrato. Então veja o seguinte: quando eu falo de qualificação técnica na licitação, a gente recebe o processo e aí a gente vai analisar através de situações fáticas se aquela exigência se justifica ou se ela está sendo feita exclusivamente para direcionar o objeto licitado. Eu posso pedir pra você que vocês tenham esse entendimento genérico do que é essa exigência de qualificação técnica, mas os conhecimentos específicos, vocês podem ter quando trabalharem com licitações no dia-a-dia. No MP, quando tem uma exigência que a gente fica na dúvida, a gente diz assim: eu quero que você motive por que tem essa exigência, já que você está excluindo uma série de empresas. Justifica essa exclusão em razão disso aí? De qualquer sorte, eu sempre tenho que tentar na licitação beneficiar a ampla competitividade, agora também, eu não posso beneficiar a ampla competitividade para pegar qualquer contrato com a administração pública, porque aí pode gerar um prejuízo. Quer ver uma coisa? Se eu for fazer concurso público, que é um concurso que eu tenho uma previsão de dez mil inscritos, claro que eu tenho que ficar muito atenta com a logística daquela empresa. Porque, imagine a logística que eu tenho que ter pra trabalhar com dez mil pessoas. É a mesma coisa, eu posso pegar uma empresa que diz que tem experiência porque realizou um concurso no interior que tinham quinhentos inscritos, é a mesma coisa? Esses problemas com o ENEM é basicamente falta de estrutura para aplicar a prova.

3.7.2.2.4. Capacitação econômica

Na capacitação econômica eu vou verificar se o licitante tem suporte financeiro suficiente para a realização do objeto do contrato. Eu quero saber o suporte financeiro que o licitante tem para a realização do objeto do contrato. Os documentos relativos à capacitação econômica estão no art. 31. Leia aí o art. 31:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;”

Esse inciso primeiro fala do balanço do balancete, do balanço do último exercício financeiro. Se minha empresa só tiver um mês de abertura, você pode participar da licitação com o chamado balanço de abertura, que é um tipo de balanço que existe e que a jurisprudência do TCU permite que se participe da licitação com esse balanço de abertura. Ele tem que dar um balanço positivo e você tem que ter o balanço de abertura positivo, ele não pode estar no vermelho. Agora, às vezes quando você tem uma empresa que é recém instalada, às vezes você pode não ter a qualificação devida, mas muitas vezes a qualificação pode ser dada com um atestado do profissional, por exemplo, minha empresa nunca construiu uma ponte, mas eu tenho um profissional vinculado à minha empresa que é especialista em construção de ponte. Leia aí o inciso II:

“II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;”

Essa certidão negativa de falência, se alguém tiver requerido a falência da empresa, se ainda não houve decisão, a certidão dela é negativa de falência. A certidão positiva só vai ter no dia que tiver a falência decretada, aí vocês tem uma pergunta interessante que é do TCU. E se a empresa foi ela mesma quem requereu a falência, ela pode participar da licitação? Porque ela pediu, mas não foi decretada ainda. Nesse caso, o TCU entendeu que ela não pode participar, porque se a própria empresa entrou com pedido de falência, ela mesma está reconhecendo a situação dela de insolvência, então não pode participar. Continue:

“III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.”

Isso aí é a chamada garantia de proposta. Tem licitações que dizem que pra participar da licitação, você tem que dar uma garantia de 1% do valor do contrato. Pra

quê? Digamos que eu resolva participar da licitação, venço a licitação, e quando me chamam pra assinar o contrato, eu digo que desisti, não quero mais assinar o contrato. Se acontecer um fato desse, ele perde essa garantia que deu. Então, essa garantia de 1% que eu estou exigindo das empresas é pra obrigar que as empresas que estão participando, participem “na vera”, verdadeiramente, não pode estar lá blefando, porque se por ventura sair o vencedor e não assinar o contrato, ela perde a garantia de 1%. Continue aí:

“§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.”

Esses índices, eles apresentam na licitação, que diz que esse índice é que vai dizer se a empresa tem uma saúde financeira ou não. Eles fazem uns cálculos, aí se o índice der ≥ 1 , significa que ela tem uma saúde financeira boa. Quando você pegar um processo de licitação, normalmente tem o cálculo de índice, que ele já traz na própria qualificação financeira, já vem lá como é que se faz esse cálculo e a empresa tem que apresentar esse cálculo dentro daquilo ali que é estabelecido, pra você demonstrar que realmente tem condições de realizar aquele contrato. Leia o §3º:

“§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.”

Significa o seguinte, diz que você pode exigir um capital mínimo e isso é muito comum. Agora, esse capital mínimo não quer dizer nada. Porque, o que é o capital mínimo? Por exemplo, quando você vai na junta comercial, tem lá dizendo qual é o capital da empresa. Esse capital pode ser integralizado ou subscrito. Se eu disser que a empresa tem um capital integralizado de 5 milhões, significa tem 5 milhões em bens, em capital. Se eu disser que a empresa tem um capital subscrito, eu tô dizendo que os sócios se comprometeram a transferir para aquela empresa 5 milhões. No caso, a lei quando exige capital mínimo, não pode fazer diferença entre capital integralizado ou subscrito. Esse capital, pelo o que eu acompanho, ele é uma furada, ou seja, ele não quer dizer absolutamente nada. Às vezes você vai lá na junta comercial e tá dizendo que a empresa tem dez milhões de capital e quando você vai ver, não encontra nenhum. Tanto é que eles se preocupam muito mais na licitação com o índice do que com o capital mínimo, apesar de que normalmente se exige esse capital mínimo. Leia aí de novo o §3º:

“§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da

contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.”

Aí, vejo o §5º, que é o que mais interessa em termos de boa situação financeira:

“§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”

No que diz respeito à essas questões desses documentos de habilitação, no convite eu não sou obrigada a exigir todos esses documentos de habilitação, mas assim, normalmente se diz regularidade fiscal, mas é comum que até por questões de eficiência, muitas vezes as licitações exigem todos esses documentos mesmo no convite, mas não há obrigatoriedade em se exigir todos esses documentos no convite.

Vamos falar agora da participação do chamado consórcio de empresas no processo licitatório. A lei 8666, no art. 33, admite a participação em licitação de empresas em consórcio, ou seja, eu posso fazer uma licitação e admitir que as empresas participem em consórcio. Aí seriam duas empresas juntas, ou três, não tem um número fixado na lei. Quando eu permito a participação de empresas em consórcio, eu permito que as empresas possam fazer somatórios de capacidade técnica e econômica. As empresas que participam em consórcio, elas podem participar pra somar capacitação técnica e econômica. Exemplo: a estação da Lapa, Fonte Nova, então é muito comum. Agora, pode ser que a administração limite o número de consorciados. Eu, particularmente, quando limita o número de consorciados, eu pergunto por que limitou, porque tem que justificar. Outra coisa: eu tenho que admitir a soma de capacitação técnica e financeira. Não adianta eu admitir a participação de empresas em consórcio, se eu não permitir essa soma de capacitação técnica e econômica. Pela lei 8666, o consórcio não tem personalidade jurídica. Vejam só: na lei de concessão, de serviço público, que é a lei 8.987/95, a lei permite que o edital exija e após as empresas em consórcio vencerem a licitação, que seja constituída uma nova pessoa jurídica para a assinatura do contrato. Na lei de concessões isso é possível, na lei de PPP é obrigatório. Quem quer que ganhe a licitação, empresa individual ou empresa em consórcio, ganhou a licitação, constitui uma nova empresa para assinar o contrato. Hoje tem um termo que é muito utilizado, que veio a partir da lei de PPP, que a sociedade de proposta específica. Fala assim: essa empresa é uma SPE, é uma SPE que tá no contrato. Essa SPE nada mais é do que uma empresa que é criada para a assinatura do contrato. Aí você pergunta: qual é a vantagem de se criar uma empresa nova para assinar o contrato? A vantagem é que essa empresa nova só vai ter como objeto somente aquele contrato. Isso é importante porque a gestão torna-se mais transparente. No caso da 8666, a lei não exige, se eu fizer uma licitação através da 8666, eu não vou poder exigir que o

consórcio formalize uma nova pessoa jurídica pra assinar o contrato. Se eu quiser acionar o consórcio, eu vou ter que entrar contra as empresas que constituem o consórcio, porque o consórcio não tem personalidade jurídica. No caso da SPE, quando acabar o contrato, pode extinguir a nova empresa, porque não vai ter mais objeto. Uma SPE pode assinar outros contratos desde que tenham um objeto semelhante ao do contrato anterior, se for um objeto totalmente diferente, não, ela não pode ter outra razão social. Quanto a responsabilidade, no caso da SPE, a responsabilidade é da empresa e os sócios respondem subsidiariamente. O consórcio sempre vai ter uma empresa líder. A empresa líder é aquela que vai assinar o contrato, vai negociar com a administração, então todo consórcio tem uma empresa líder, e o consórcio formado entre empresas nacionais e estrangeiras, a empresa líder será sempre a empresa nacional. Se eu tiver um consórcio formado por empresas nacionais e estrangeiras, a empresa líder será sempre a empresa nacional. Se uma empresa participar de uma licitação em um consórcio, ela não pode participar da mesma licitação, seja em outro consórcio, seja sozinha. Se eu estou participando de um consórcio, a empresa A participa de um consórcio numa licitação, com a empresa B, ela não pode participar da mesma licitação em outro consórcio com a empresa C, por exemplo ou sozinha. A empresa C quer participar da mesma licitação e me convida: eu não posso, porque eu já estou participando da licitação em outro consórcio. Leia aí todo o art. 33 inteiro:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.”

É o registro do consórcio, mas esse registro não significa que ele vai ganhar (...). Com isso, nós terminamos a fase de habilitação. A próxima fase que nós vamos estudar é a fase de classificação ou julgamento das propostas.

30/10/2014

3.7.2.3. Fase de classificação ou julgamento das propostas

Na fase de julgamento ou classificação das propostas, o que eu vou analisar são as propostas que são oferecidas. Veja que na fase de habilitação, eu me manifestei com relação à pessoa do licitante. Na fase de habilitação nós falamos da pessoa do licitante. Nessa fase do julgamento das propostas, o que será analisado são as propostas que serão apresentadas. Antes de falar dessa fase, nós temos que dizer que o julgamento da proposta vai depender do tipo de licitação. O julgamento da proposta dependerá do tipo de licitação.

3.7.2.3.1. Tipos de licitação

A lei 8666 traz, no seu art. 45, quatro tipos de licitação. Quais são os quatro tipos de licitação trazidos na 8666, art. 45: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta. Está exatamente assim na lei.

3.7.2.3.1.1. Menor preço

No tipo menor preço, quem vai ganhar a licitação é quem tiver menor preço, mas o fato da licitação ser menor preço não significa que eu não vou exigir requisitos mínimos do objeto que eu quero adquirir. Eu posso estabelecer padrões de qualidade mínimos para adquirir o objeto, ou seja, se eu estou fazendo uma licitação pra compra de cadeira de braço, não é qualquer cadeira de braço que eu vou aceitar. Eu posso no edital estabelecer quais são as características do objeto que se quer contratar. Na licitação menor preço, quando a pessoa chega para a licitação, vai chegar com dois envelopes: um envelope contendo os documentos da habilitação e outro envelope contendo o preço que ele vai oferecer.

3.7.2.3.1.2. Melhor técnica

Na licitação melhor técnica, os licitantes comparecem à licitação com três envelopes: um envelope com os documentos de habilitação, um envelope com o preço e um envelope com a chamada proposta técnica. A proposta técnica é feita dentro dos critérios que estão no edital. Por exemplo, o edital pode dizer assim: “se a empresa apresentar até dez funcionários com pós-doutorado vai ter tantos pontos, até oito tanto pontos...”. Quer dizer, pode começar a ter critérios de avaliação técnica da empresa. Então, o que é que vai acontecer? Na licitação, eu vou primeiro abrir o envelope contendo a proposta técnica. Quando eu abro os envelopes contendo a proposta técnica, eu vou verificar se alguma proposta será desclassificada. A proposta é desclassificada, por exemplo, se eu não atinjo a nota mínima que deve atingir para a proposta técnica. Então eu posso constar no edital que quem tiver menos que seis na proposta técnica, ele

está desclassificado e se ele está desclassificado eu não vou olhar mais nada. Quando eu classifico a proposta técnica – digamos que são três empresas: A, B e C. Na melhor técnica, então, você classifica a melhor técnica. Digamos que a proposta A foi a melhor técnica, a B a segunda e a C a terceira. Aí eu vou abrir as propostas de preço – depois de classificar as técnicas, eu vou abrir as propostas de preço –, e aí eu vou ter que conciliar o menor preço com a melhor técnica. Então, digamos que o menor preço foi o do que ficou com a pior técnica, a C. Aí eu vou pegar a proposta de preço da C (que foi quem teve a pior técnica), e vou lá pro licitante A, que foi quem teve a melhor técnica. “Licitante A, você aceita firmar esse contrato pelo preço de C?”. Se ele disser “sim”, ele é o vencedor. Se ele disser “não”, eu vou com a proposta de C para B e dizer: “Licitante B, você que teve a proposta técnica melhor que a C, você poderia, tem interesse em firmar esse contrato pelo valor de C?”. Se ele tiver, ele fica. Se ele não tiver, eu vou ter que firmar com C. na melhor técnica, eu tenho que conciliar a melhor técnica com o menor preço, só que isso nem sempre dá certo. Por quê? Por uma questão lógica! Quem tem a melhor técnica, normalmente tem um preço maior. Acaba que a melhor técnica sempre tem um preço mais elevado. Então, esse tipo de licitação melhor técnica, ele às vezes acaba você não contratando a melhor técnica, porque o que prevalece ainda é o menor preço.

3.7.2.3.1.3. Técnica e preço

Pra você ter a licitação melhor técnica ou técnica e preço, o que você quer contratar tem que ser exclusivamente de natureza intelectual. Eu não posso utilizar, por exemplo, pra compra de automóvel, a licitação de melhor técnica ou técnica e preço, porque o próprio art. 46, leia aí:

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

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

Na licitação técnica e preço, eu também vou analisar técnica e preço, só que é diferente porque na técnica e preço eu vou fazer uma média ponderada entre a técnica e o preço. Eu vou fazer essa média da seguinte forma: eu vou atribuir uma nota ao preço e atribuir uma nota à proposta técnica. Aí eu posso fazer, por exemplo, no Brasil de um modo geral, se costuma pontuar a técnica com 70% e o preço com 30%. Então eu faço uma média ponderada. Na verdade, a lei não diz, não obriga que eu valorize mais a nota técnica, mas normalmente se valoriza mais a nota técnica. Você quer ver uma coisa? As licitações de publicidade, todas são técnica e preço. Sempre ganha a empresa que fez a publicidade do candidato, porque essas licitações técnica e preço, mesmo que se diga que os critérios têm que ser objetivos, tem horas que você acaba tendo um critério ou outro que tem um certo percentual de subjetividade, e aí acaba decidindo esse embate. Leia aí o que fala de técnica e preço, é logo depois:

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

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

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

Então você faz uma média ponderada, estabelecendo um peso pra nota técnica e outro pra nota de preço. Então, o que é que acontece: na licitação técnica e preço, é normal que quem vença a licitação é quem realmente tem a melhor proposta técnica, diferente da melhor técnica, que muitas vezes acaba vencendo quem tem o menor preço.

3.7.2.3.1.4. Maior lance ou oferta

Maior lance, que é o leilão, é quem oferece o maior lance, aí não precisa explicar. O pregão, ele geralmente acontece pelo menor lance. Quem ganha o pregão, normalmente é quem dá o menor lance. Tipo, eu quero comprar cadeira, daí quem vende pelo menor preço, ganha. Agora, nada impede que seja o contrario. Por exemplo, eu vou licitar através de pregão o gerenciamento da minha folha de pagamento por uma instituição financeira, então a instituição financeira que ganhar esse pregão vai gerenciar a minha folha de pagamento. Nesse caso aí, eu vou fazer um pregão de quem vai ganhar é quem pagar a maior outorga ao município para ter essa folha de pagamento. Então, nesse caso aí, eu tenho o pregão, mas quem vai ganhar não vai ser quem vai ofertar o menor preço mas sim quem vai ofertar o maior preço. Então o pregão, ele sempre vai ser objetivo, nunca vai ter técnica, nada disso, mas é errado eu dizer que o pregão quem vence é quem der o menor preço, depende. Se for uma licitação pregão que quem vencer for quem der a maior outorga, aí é quem der o maior preço. Por exemplo, a licitação da cantina, eu vou fazer por um pregão. Vai gerir a cantina quem pagar mais pra faculdade e eu vou fazer um pregão. Então, quem vai ganhar é quem der a maior outorga. Então, esses são os tipos de licitação.

3.7.2.3.2. Desclassificação das propostas

Com relação ao art. 48, ele traz as hipóteses que levam à desclassificação das propostas. Se eu for pro art. 48, eu tenho as hipótese de desclassificação das propostas:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;”

Quando normalmente se participa de uma licitação, no próprio anexo já vem um documento mostrando como é que você vai apresentar sua proposta de preço, então você tem que apresentar sua proposta de preço em consonância como que determina o edital. Então, se você apresentar sua proposta de forma equivocada, você por si só já é desclassificado, nem vou analisar qual é o preço que você está colocando.

“II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter

demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.”

Aqui fala que eu vou desclassificar a proposta se o preço for acima do limite estabelecido. Veja só, o edital pode estabelecer preço máximo do contrato, mas não pode estabelecer preço mínimo. Se estabelecer um preço mínimo, essa cláusula é nula. No que diz respeito ao preço máximo que consta no edital, se ultrapassar o preço máximo, ele está desclassificado, agora, não pode estabelecer preço mínimo. Como é que eu vou identificar se o preço é inexequível ou não? O preço inexequível é aquele que você não pode fazer isso por um preço tão baixo. Então, a pessoa apresentou na licitação um preço tão baixo, que você vê que é impossível que ele execute aquele contrato com aquele preço. Mas, como é que eu sei, se eu não tenho um preço mínimo na licitação? Como é que eu vou verificar se naquela licitação aquele preço é ou não inexequível? A própria lei de licitações traz um tipo de um cálculo no que diz respeito aos contratos de obras e serviços de engenharia, que diz assim:

“§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou*
- b) valor orçado pela administração.”*

Por exemplo, se for uma obra em que a administração pública orçou que custa 10 mil e você chega lá com uma proposta de 20 mil reais ou 2 mil reais. Então, nesse caso aí, é um indicativo de que essa proposta é inexequível. Aí a questão que se diz é o seguinte: se a empresa oferecer um valor bem baixo de obra como tá na lei, e aí ele consegue provar que ele vai realizar o contrato, que ele tem condições, mesmo com aquele valor baixíssimo? Vai abrir uma diligência e ele vai provar que ele consegue realizar esse contrato. Eu contrato ou não? Os tribunais de contas têm entendido que se realmente ele conseguiu provar que vai realizar o contrato com aquele valor baixo, pode contratar. Quando eu sinto que alguém tá mergulhando demais, eu mando abrir a planilha. Aí, no estado da Bahia tem os preços gerenciáveis e os não gerenciáveis. Por exemplo, salário. Você não pode dizer que você vai pagar um salário base menor do que o que é pago no mercado. Tem valores que são chamados de valores não gerenciáveis e outros de valores gerenciáveis. Por exemplo, eu digo que o fardamento vai ser de graça, mas aí vai ter que explicar. Por exemplo, eu tinha um outro contrato que eu ia ganhar mas não ganhei e eu já tinha feito as fardas, então resolvi que eu vou dar gratuitamente nesse contrato até pra ganhar o contrato. Tudo bem, é um preço gerenciável. O que é importante na hora em que você está conduzindo esse processo, principalmente na prestação de serviços, é que quando alguém baixar demais o preço, você tem que pedir pra abrir a planilha pra você saber se aquela planilha é viável ou não, dentro dos chamados preços gerenciáveis, que são aqueles que você pode diminuir o valor indistintamente, e os não gerenciáveis, que são aqueles que você não pode diminuir. Por

exemplo, a taxa de administração. O estado da Bahia em determinado momento achou que a empresa pode participar e dizer “minha taxa de administração é igual à zero”. Taxa de administração é o lucro da empresa. Quer dizer, eu acho um absurdo. Como é que eu vou firmar contrato com uma empresa que diz que não vai ganhar nada? Então não vai, tanto que o TCU não aceita. Tanto que teve um caso que era pra contratar uma empresa que era uma empresa de turismo que disse que a taxa de administração seria igual a zero e o TCU só aceitou porque disse que essa empresa tinha um lucro indireto, porque quando ela vender pra administração hotel, passagem, ela já ganha um percentual do outro lado. Por exemplo, se eu vender seu hotel pra administração pública, você me paga, então isso aí já compensaria.

Além desses casos que estão na lei de desclassificação, eu também posso desclassificar as propostas em outras situações. Por exemplo, se eu pedir uma proposta pra vocês construírem uma escola e vocês fazem uma escola direitinho com tá lá, mas diz que além da escola, vai construir gratuitamente uma quadra poliesportiva, sua proposta está desclassificada, mesmo que você ofereça uma vantagem. Se você oferecer uma proposta fora do padrão do que está no edital, mesmo que seja uma proposta fantástica, ela é desclassificada. Geralmente, quando a licitação é séria, você pede uma amostra, porque aí você vai poder exigir que o que se entregue seja igual à amostra.

3.7.2.4. Homologação

Quando eu classifico as propostas, acaba a parte da comissão de licitação. A comissão de licitação só participa até a fase de classificação das propostas. Classificou as propostas, aí o processo é encaminhado à autoridade superior. A autoridade superior vai homologar o processo licitatório. A homologação é o ato administrativo de controle de legalidade. Então, se a autoridade superior homologar a licitação, ela está dizendo que não tem vício de legalidade nenhum. Então, se ela homologa, ela tá dizendo que a licitação tramitou de acordo com o que determina a lei. Tanto que quando a autoridade superior homologa o processo, ela acaba também tornando-se responsável pelas ilegalidades porventura ocorridas naquele processo, porque se eu homologuei, se tiver uma ilegalidade que seja uma ilegalidade explícita, eu não poderia ter homologado. Quando eu recebo esse processo, eu como autoridade superior, eu posso homologar o processo licitatório. Se porventura eu reconhecer que há um vício insanável de legalidade no processo, eu não vou homologar, eu vou anular o processo. Se ele perceber que tem um vício de legalidade e que não possa ser sanado – e é difícil que possa ser sanado, a não ser que seja alguma coisa de servidor de fato, por exemplo – se eu verificar que tem um vício de legalidade e eu não puder homologar, eu vou anular o processo. Agora, se eu posso anular o processo, existe possibilidade nessa fase de você revogar o processo licitatório. Agora, a revogação do processo licitatório, ela é mais vinculada do que a revogação de qualquer ato administrativo, porque pra eu revogar uma licitação, eu tenho que motivar e eu tenho que demonstrar que a ocorrência de algum fato que tenha ocorrido ou que só tenha tomado conhecimento após a abertura do processo. Então, eu tenho que ter um fato superveniente e relevante pra poder revogar o processo. Isso está no art. 49, que diz assim:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.”

Veja só: eu não vou indenizar se eu anular, se eu anular nessa fase de homologação, porque ninguém gastou nada. Agora, se eu anular a licitação quando já tiver celebrado o contrato, aí vai incidir aquela regra da boa fé e da má fé. A anulação do processo licitatório vai retroagir até o momento em que foi praticado o vício. Agora, a revogação, eu não revogo um ato do processo licitatório, eu revogo por inconveniência ou inoportunidade. Eu não posso dizer que eu vou revogar a fase de classificação porque ela é inconveniente ao interesse público, não existe isso. Então, no caso da revogação, ou eu revogo o processo por inteiro ou eu não revogo.

3.7.2.5. Adjudicação

A última fase da licitação, que também é feita pela autoridade superior, é a fase de adjudicação. Na fase de adjudicação, a autoridade reconhece que, caso venha a firmar o contrato, irá fazê-lo com o licitante vencedor. Veja só, no caso da adjudicação, tem gente que diz que é a fase da licitação em que a administração atribui o objeto da licitação ao licitante vencedor. Eu não gosto dessa questão de dizer que é a fase que atribui o objeto da licitação ao licitante vencedor – e você vai ver isso em vários livros –, porque fica parecendo que na fase de adjudicação obrigatoriamente ele vai ter que contratar, e veja só, pode ser que na própria fase de adjudicação é que se verifique que há um vício capaz de anular o processo ou que há necessidade de revogação, então por isso é que se fala que se ele firmar o contrato, ou seja, se porventura a licitação não for anulada nem revogada, se ele tiver de contratar, vai contratar com o licitante vencedor. Na verdade, essa fase de adjudicação, se você abrir o processo, você nem consegue identificar. Alguns gestores já fazem tudo junto, dizendo “homologo e adjudico”.

3.7.2.5.1. Consequências da adjudicação

A adjudicação gera uma série de consequências. Primeiro é que a administração vai ter que contratar o administrado exatamente nos termos da licitação, o contrato tem que ser firmado nos termos da licitação. Segundo: se porventura, após a adjudicação o licitante se recusar a firmar o contrato, ele está sujeito às consequências do art. 81 da lei, além da perda da garantia de proposta eventualmente ofertada. Então, o art. 81, diz assim:

“Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.”

A segunda consequência é essa: ele vai sofrer sanções e perde a garantia por ventura dada.

Como outra consequência da adjudicação, é que a adjudicação libera os demais licitantes. Então, por exemplo: eu fico liberada da licitação, o que significa dizer que em nenhuma hipótese depois da adjudicação eu serei obrigada a contratar com a administração pública – eu não fui o licitante vencedor – e além do mais, em razão disso, se por ventura eu ofereci alguma garantia de proposta, essa garantia tem que ser devolvida, com a adjudicação devolve. Por exemplo, se eu tiver participando da licitação e na fase de homologação (não foi adjudicado ainda), o primeiro desiste – ele pode perder a garantia, mas ele não vai sofrer nenhuma sanção por causa disso –, o segundo lugar passa pro primeiro. Se o segundo passou pro primeiro, se ele não quiser contratar, ele vai sofrer todas essas sanções que eu falei. Por exemplo, adjudicou pra Ernanda, libera absolutamente todos os demais, aí eu não sou obrigada a contratar. Porque, por exemplo, digamos que aconteceu o seguinte: eu chamei quem venceu a licitação pra contratar e a pessoa diz “olhe, sinto muito, mas eu prefiro que você ainda aplique sanções, prefiro perder a garantia, mas eu não vou contratar.”. Aí a administração pública pode ir pro segundo colocado e perguntar a ele: “você tem interesse em contratar nas mesmas condições do primeiro?” – provavelmente o preço do segundo é mais alto. Eu pergunto pro segundo se ele quer contratar nas mesmas condições do primeiro. Se ele quiser, eu posso contratar com ele. Agora, se ele não quiser, tá liberado, ele não é obrigado, não tem a mesma obrigação que tem o adjudicatário. Agora, vocês podem perguntar assim: “sim, eu venci a licitação e fui adjudicada. Eu tenho que esperar *ad eternum* a administração me chamar pra contratar, ou seja, se a administração só me chamar daqui a um ano pra contratar, eu vou ser obrigada a contratar depois de um ano da adjudicação senão eu vou sofrer sanções?”. Não. O art. 64, §2º, diz o seguinte:

“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.”

Na verdade, o prazo, é o prazo de 60 dias, como diz o §3º do art. 64:

“§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.”

Quer dizer, se adjudicou pra mim, durante sessenta dias de oferecida a proposta, eles têm que me convocar. Se passar esses sessenta dias e ele não me convocou, eu só vou contratar se eu quiser, eu não sou mais obrigada a contratar, mesmo sendo o primeiro colocado. O adjudicatário é convocado, adjudicou, ele é convocado dentro do prazo. Homologuei hoje, tal, rapidinho. Ele é obrigado a contratar? É. Se ele não contratar, ele vai sofrer sanção e perde a garantia dada. Mas só que quando adjudica, os outros licitantes são todos liberados, aí se o primeiro lugar não quiser contratar, eu vou pro segundo, mas eu vou perguntar ao segundo se ele aceita contratar nas mesmas condições do primeiro, mas ele não é obrigado a aceitar porque inclusive ele já foi liberado com a adjudicação. Pois bem. Mas existe um prazo para que a administração convoque para firmar o contrato, que é um prazo de sessenta dias, que pode vir estabelecido outro no edital, mas a regra é sessenta dias da apresentação da proposta à convocação para a assinatura do contrato. Se quando a administração me convoca pra assinar o contrato, já passaram seis meses da adjudicação, eu também, mesmo sendo licitante vencedor, eu não sou obrigado a aceitar mais, eu também já estou liberado. Normalmente eles aceitam, pode ser até um ano e eles aceitam, mas eles estão liberados.

04/11/2014

3.8. Pregão

O pregão presencial tá na lei 10.520/02 e o eletrônico está no decreto 5.450/05. Na lei 10.520 eu tenho situações que também se aplicam ao pregão eletrônico, só que como não regulamentou o pregão eletrônico, o pregão eletrônico veio depois regulamentado com o 5.450/05.

3.8.1. Pregão presencial

O pregão presencial se inicia como? Primeiro, a questão do prazo, que ele é menor. O prazo entre a publicação do edital e a abertura da licitação, o prazo é de 8 dias úteis. No âmbito da União – e isso está até no decreto 5450 –, quando houver possibilidade de usar o pregão, ele é uma modalidade obrigatória e preferencialmente o eletrônico. Então, toda vez que eu puder utilizar o pregão, eu estou obrigada a utilizar o pregão e preferencialmente na forma eletrônica, está na lei. Se na licitação couber o pregão, obrigatoriamente eu tenho que utilizar a modalidade pregão. Eu não posso decidir entre pregão e concorrência e utilizar a concorrência, eu tenho que utilizar o pregão, e preferencialmente na forma eletrônica. O cabimento de pregão é para compras e serviços comuns, mas hoje se admite também para serviços de engenharia e para

algumas obras comuns também já se exige. E o que é a definição de bens e serviços comuns, eu já falei aqui. Bens e serviços comuns estão regulamentados no § único do art. 1º da lei do pregão. No âmbito da União está previsto isso, mas no estado da Bahia já é assim, no município de Salvador também já é assim. É necessário que o ente federado estabeleça isso através de uma legislação, mas na maioria dos entes federados hoje em dia, principalmente os estaduais, já é assim.

No caso do pregão, quando começa, o interessante é que existe a inversão das fases, qualquer que seja o pregão, presencial ou eletrônico. Então, o que é que acontece? Primeiro, eu vou analisar as propostas antes da habilitação. Então, quando se abre a sessão de pregão presencial, a primeira coisa que eu vou ver – primeiro que todos vão fazer uma declaração dizendo que preenche os requisitos de habilitação, mas é só uma declaração que não tem consequência nenhuma, porque a fase de habilitação não vai ser analisada naquele momento – a fase de classificação, que é a primeira fase do pregão. Nessa primeira fase, a primeira coisa que eu vou fazer é abrir as propostas de preço. Quando eu abro as propostas de preço, eu vou ver quem foi que fez a menor proposta e quando eu abro a menor proposta, eu também vou avaliá-la logo se aquela proposta é exequível. Porque, por exemplo, se apresentou um valor muito baixo, eu posso desclassificar por ela ser inexequível. Digamos que o licitante apresentou a menor proposta e digamos que eu aceite exequível. Digamos que sejam dez pessoas que tenham oferecido a proposta nessa sessão do pregão. Eu vou ficar com essa menor proposta e todas as outras que tenham uma variação de até 10% da menor proposta. Quem vai continuar agora na fase de lances – porque o pregão tem a fase de lances – vai ser quem ofereceu a menor proposta e todos aqueles que tiveram variação de 10% com relação àquela proposta. Se eu não conseguir pelo menos três propostas com a variação de 10%, eu vou ficar com aquele que ofereceu a menor proposta mais outros três, eu escolho os outros três menores. Eu apresentei a menor proposta, que foi 100 mil reais, então todo mundo que tenha oferecido até 110 mil pode continuar no pregão (variação de 10%). Só que, se eu não tiver pelo menos três propostas com essa variação de 10% – por exemplo, quando eu fiz isso, só tem uma de 100 mil e a outra de 108 e todas as outras são superiores – se eu não tiver pelo menos três propostas pra continuar, eu faço aquela que foi a menor proposta, que foi 100 mil, e as outras três menores, independente de serem até mais 10% ou não, pra manter ainda o processo, aí eu começo a fase de lances.

Pode se estabelecer no próprio edital a variação entre os lances. Se for uma licitação de um objeto que custa 1 milhão de reais, por exemplo, eu posso exigir no edital que os lances tenham variações de pelo menos 10 mil reais ou 5 mil reais, pra que não aconteça de um oferecer 100 mil e o outro oferecer 100 mil e 50 centavos e o outro 100 mil e 52 centavos... Pra evitar isso, você estabelece que os lances devem variar de tanto pelo menos, senão você vai ficar horas fazendo o pregão e não vai diminuir nada. Então, é possível que o edital estabeleça variação mínima de um lance pra outro. Essa variação vai ser sempre pra menos, porque vence quem tem o menor preço. Depende do contrato. Se eu tiver, por exemplo, alienando a folha de pagamento do município, vai ganhar a licitação quem oferecer mais por essa folha de pagamento, o banco que

oferecer mais. Mas, em regra é quem oferecer o menor lance. Por exemplo, se eu contratar serviço, quem vai ganhar é quem oferecer o menor valor para o contrato.

Eu posso realizar o pregão se tiver até uma empresa. Digamos que eu faça um pregão aqui e só compareça uma empresa, eu posso continuar com o pregão. O que se está falando na lei é que quando eu tenho a possibilidade de ter várias empresas participando, eu tenho que dar essa oportunidade. A princípio, escolhe-se o menor e aqueles que variam em 10%. Se não tiver três que variasse em 10%, escolhe-se os que variam além disso. Agora, se na licitação só tiver duas empresas concorrendo, eu não anulo o processo, eu posso continuar fazendo o pregão normalmente, pode até fazer só com uma. O pregão quer que tenha no mínimo quatro pessoas participando: uma de preço menor e mais três de variação até 10%. Se não conseguir, vai ser a menor mais três sem a variação. Se só tiver duas empresas, eu vou ter que fazer o pregão assim mesmo. Se tiver só uma empresa, eu tento negociar com aquela empresa, a não ser que ela venha com um preço que seja superfaturado. A licitação faz com que você com essa variação tenha pelo menos quatro empresas participando do processo. Agora, se eu não tiver, tiver uma impossibilidade absoluta, só uma empresa compareceu, eu posso continuar a fazer o pregão só com essa empresa.

Tem essa fase de lance, aí nessa fase de lance, determinada empresa ofereceu o menor lance e ninguém cobriu o lance daquela empresa. Aí, eu vou pedir que você me abra a planilha daquele valor que você me ofereceu. Se você tá falando de uma prestação de serviço de limpeza, por exemplo, que eu fiz um calculo que custaria 120 mil e você tá falando que vai ser por 110 mil, eu vou pedir pra você abrir a sua planilha, pra você mostrar como é que você vai me prestar aquele serviço por 110 mil. Então, em algumas situações, principalmente naquelas de prestação de serviços, se faz necessário a abertura de planilha, pra saber como é que você chegou naquele valor. Depois que o vencedor abre a planilha, o pregoeiro pode ainda negociar uma redução de preço, isso é possível. Porque a lei fez isso? Porque, digamos que só participe ele sozinho e não tem ninguém, aí eu vou abrir o preço e vai ser o menor. Isso é uma coisa que não existe na concorrência, em que você entrega o preço e eu vou dizer se aceito aquele preço ou não, mas eu não vou ter nem um diálogo entre o licitante e a comissão de licitação, diferentemente do que ocorre com o pregão.

Depois que está tudo certo com relação ao preço, e vou olhar os documentos de habilitação da pessoa que ofereceu o menor valor. Então, nessa fase de habilitação – que é invertida, perceba –, eu não vou ter que analisar documentos de habilitação de todos os licitantes, eu só analiso os documentos de habilitação do licitante que ofereceu a menor proposta. Se os documentos do primeiro colocado não permitirem a habilitação, eu vou pra proposta que estiver em segundo lugar, aí eu vou analisar as propostas do segundo colocado. Se os documentos do primeiro estiverem errados, tiver vício nos documentos do primeiro colocado, o segundo colocado não é obrigado a baixar o preço dele, o preço é o preço do segundo. Eu vou analisar a proposta do segundo e assim sucessivamente, até conseguir aquele que tenha todos os documentos de habilitação. Alguns dizem que no pregão presencial eu posso dar aquele prazo de oito dias para que eles retornem com os documentos de habilitação regularizados.

Depois que eu analiso os documentos de habilitação, eu declaro vencedor aquela pessoa, porque só depois é que eu declaro o vencedor. Quando eu declaro o vencedor, que é depois de analisar os documentos de habilitação, aí existe a possibilidade dos concorrentes manifestarem a intenção de recorrer daquela decisão. Eles têm que manifestar a intenção de recorrer, mas tem um prazo para anexar as razões do recurso. Eu tenho que dizer que vou recorrer e porque eu vou recorrer, mas em compensação eu tenho prazo pra juntar as razões aos recursos que é de três dias.

Uma vez declarado o vencedor, após a fase de recurso, existe a inversão também no pregão quanto o seguinte: no pregão, primeiro o pregoeiro adjudica e a autoridade superior homologa. O pregoeiro adjudica e depois vai pra autoridade superior, que vai homologar.

3.8.2. Pregão eletrônico

No pregão eletrônico, no âmbito federal, é necessário pra que você participe do pregão eletrônico, que você esteja inscrito no SiCaF, que é um sistema que tem no âmbito federal que todo mundo que participa do pregão eletrônico tem que estar inscrito no SiCaF. Agora, isso no âmbito federal, porque entende-se que se você tiver cadastrado no SiCaF, você já tem sua documentação básica toda arquivada lá. Quando você vai participar do pregão eletrônico, você tem que adquirir sua chave de segurança. A chave de segurança é uma senha de acesso ao sistema do pregão eletrônico. Para eu adquirir essa chave de segurança, vai depender de quem vai estar patrocinando essa licitação. Por exemplo, o Banco do Brasil faz pregão eletrônico, tem outros bancos como Caixa Eletrônica, mas a maioria faz com o Banco do Brasil, que já tem todo um sistema do pregão eletrônico, que você contrata e faz com ele. Aí, o que é que acontece: você adquire essa chave de segurança. Com essa chave de segurança, que é sua senha própria pra participar daquele pregão eletrônico, você entra no sistema e, por exemplo, se for uma prestação de serviços, já tem lá o modelo da planilha pra você preencher, já tem lá todos os dados pra você preencher. Esses dados todos vão ser preenchidos até o dia da abertura da licitação, só que você pode sair alterando esses dados. Por exemplo, você faz a planilha hoje, amanhã você pode ir lá ajustar. Depois que abre, quando ela estiver aberta, abriu o sistema no dia da sessão, aí você não pode mais fazer alteração.

Na hora do pregão – você sabe que horas vai ser, tá lá – você vai no seu computador, abre e é como se você estivesse num WhatsApp. O pregoeiro entra: “Bom dia a todos, nuçoquê...”. Aí o pessoal responde e tal. Aí fala assim: “vamos agora ver as propostas”, porque as propostas são todas no sistema e todo mundo já lançou as propostas, todo mundo com sua chave foi lá e deixou. Aí, ele vai e abre as propostas. O pregoeiro não sabe qual é a sua empresa, nenhuma empresa é identificada nesse momento, elas são indicadas por letras ou alguma coisa, mas não se identificam. É como se você tivesse no WhatsApp mas não conseguissem te reconhecer, você só reconhece o pregoeiro, mas os outros que são concorrentes seus, você não reconhece ninguém e também o pregoeiro não reconhece nenhum dos concorrentes, o sistema não permite isso. Aí ele diz assim: “bom, vamos lá, vou abrir as propostas”. Quando ele abre as propostas dos licitantes, ele já pode analisar se tem alguma que é inexequível, porque

se tiver alguma inexequível, ele diz logo que tá desclassificada. As muito altas, ele até deixa, porque há uma possibilidade de queda, mas ele não deixa as inexequíveis porque as inexequíveis podem levar a um problema no próprio pregão. Aí ele começa e diz assim: “não, cada um começa a baixar seus lances, vamos, comecem...”. Nesse período, as pessoas diminuem muito pouco as suas propostas, porque em determinado momento o próprio sistema automaticamente gera um prazo aleatório, que pode ser de zero a trinta minutos. Significa que depois que na tela do seu computador disser assim: “gerado o prazo automático”, você tem que começar a apresentar seus lances verdadeiros, porque o sistema vai poder fechar a qualquer minuto e realmente é assim. Tem licitações em que o sistema leva 20 minutos ainda aberto mas teve uma que o sistema ficou com 2 minutos de tempo aleatório e fechou o sistema. Quando o sistema fechar automaticamente, quem ganhou é quem ofereceu o menor preço. Agora, nada impede que essa pessoa que ofereceu o menor preço tenha mergulhado demais, e aí o pregoeiro pode falar o seguinte: “vou suspender aqui o pregão, tá suspenso o pregão por uma hora porque eu vou analisar a exequibilidade do preço dessa menor proposta”. O pregoeiro pode suspender o pregão se quiser e isso normalmente está previsto no edital, pra fazer uma análise, etc. Aí ele diz que o menor preço foi de fulano, não sabe qual foi a empresa, diz que foi da empresa A. Aí diz assim: “a empresa A teve o menor preço, agora vamos analisar os documentos da empresa A”. Como é aquele vai analisar esses documentos da empresa A. Por exemplo, aqui no estado da Bahia, a empresa remete os documentos via faz, e aí eu vou saber qual é a empresa agora, e tem dois dias pra juntar os originais. Pode ser que os municípios e os outros estados regulamentem de outra forma, mas a variação é muito pequena, vai ser sempre por aí o limite. Aí a empresa tal é reconhecida, você anuncia quem é a empresa: “venceu a licitação a empresa tal, que já mandou os documentos referentes à qualificação técnica” – aí eu declaro o vencedor, que é a empresa tal. “Alguém deseja recorrer da decisão de declaração de vencedora da empresa tal?”. Feita a pergunta. O prazo pra manifestar intenção de recorrer, a lei do pregão não fala. Na lei do estado da Bahia, o prazo é de dez minutos. No âmbito federal, como a lei não estabelece, eu posso estabelecer no próprio edital, dando um prazo de quinze, vinte minutos, não interessa, mas eu tenho que dar um prazo pra que as pessoas recorram. Você tem que dizer que tem interesse e por quê. Quando a empresa vencedora entrar com os documentos, todo mundo vai ser identificado.

3.9. Registro de preço

Por exemplo, quando é que seria interessante utilizar o registro de preço? Eu vou dizer situações e depois a gente vai falar como realmente é. Digamos que, os hospitais precisa adquirir uma série de insumos (algodão, anestesia, kits de exame, luvas), só que eles não sabem o quantitativo, eu não sei quanto é que eu vou adquirir de medicamentos, e por exemplo, tem algumas coisas que a depender do que eu estou adquirindo, não tem um prazo de validade muito extenso. Então, o que é que acontece: eu não tenho como calcular qual é a minha necessidade. Então, o que é que muitas vezes acontece: você não faz esse cálculo e de repente tá fazendo milhões de contratos emergenciais porque você não fez um cálculo devido do que precisava nem tinha como

fazer. Ou então, o contrário: eu posso adquirir milhares de unidades e depois não utilizar nem a metade e ter que descartar tudo aquilo que eu adquiri. Então, na licitação de registro de preço, você faz uma licitação como se fosse uma licitação nos moldes ou da lei 8666, porque a licitação de registro de preço pode ser tanto na modalidade concorrência, como na modalidade pregão. Eu posso realizar a licitação de registro de preço em duas modalidades de licitação: concorrência e pregão. Normalmente esse registro de preço foi criado no nosso sistema jurídico primeiro para compras, depois foi se estendendo para serviços, desde que sejam serviços mais usuais e até serviços de engenharia mesmo. Aí, o que é que acontece: eu vou fazer a licitação normal, ou pregão ou uma concorrência, nos moldes que eu expliquei aqui. Só que, ao final da licitação, depois que eu declaro vencedor, ao invés de eu convocar empresa para assinar o contrato, a empresa que eu tiver, que oferecer o menor valor, vai para a ata de registro de preço, ela não vai contratar imediatamente. No registro de preço, eu tenho o chamado órgão gerenciador, que é o órgão que vai realizar toda a licitação na modalidade para registro de preço, é quem vai, na verdade, coordenar todo o processo. Aí eu vou ter os órgãos participantes. O que são os órgãos participantes? Por exemplo, digamos que a secretaria de administração decida que ela vai adquirir envelopes e papéis através do sistema de registro de preço. Aí, eu vou mandar um ofício para os órgãos próximos pra perguntar quem quer participar do registro de preço, quem é que acha que vai precisar de papel ou de envelope. Ou então se for na área de saúde. A secretaria de saúde vai fazer uma licitação de registro de preço pra aquisição de álcool, de algodão e de luvas, esses três itens. Ele vai e manda um ofício pros hospitais pra perguntar qual é a expectativa de cada um de adquirir esses mesmos materiais. Conforme a expectativa de cada um, estabelecem-se os participantes e eu vou ver qual seria mais ou menos o quantitativo que essas entidades vão ter que adquirir durante o ano. Eles não são obrigados a adquirir, é uma expectativa do que vai adquirir. Então, por exemplo, se eu já vou fazer a licitação e já tenho a expectativa minha como gerenciador e dos órgãos participantes, eu vou fazer um registro de preço para adquirir 30 mil litros de álcool, 100 mil pares de luvas e 20 mil pacotes de algodão. Eu vou fazer um registro de preço pra isso, aí bota o edital normal. Nesse caso, eu vou fazer concorrência ou pregão? Eu tenho que fazer pregão! Porque toda vez que eu poder fazer pregão, é obrigatório escolher o pregão e preferencialmente da forma eletrônica. Eu faço o pregão porque eu sou obrigada apesar de ser possível realizar ou por pregão ou por concorrência, mas eu sou obrigada a realizar o pregão. Todos os estados têm legislação nesse sentido, mas nem todo município tem. Então, se o município não tiver essa legislação, eu posso fazer tanto um quanto o outro. Agora, aqui no estado da Bahia, que eu sou obrigada a realizar o pregão toda vez que puder, eu só vou poder fazer a concorrência se for um registro de preço técnica e preço, porque eu não faço um pregão técnica e preço.

Aí eu tenho o resultado do pregão. Digamos que a empresa de Eloyna venceu esse pregão, foi quem ofereceu o menor preço. Mas também participou a empresa de Letícia e Laíse. Essas três empresas que participaram. Aí eu vou botar na ata de registro de preço que eu vou fazer, o preço registrado vai ser o de Eloyna, que foi o menor preço. Então, veja só, eu não posso comprar tudo junto, eu tenho que fazer uma licitação. Eu posso fazer uma licitação só, mas como eu tô comprando produtos

diferentes, eu tenho que fazer lotes diferentes. O edital é um só, mas é como se fosse concurso público. Do mesmo jeito que eu posso fazer concurso público pra três cargos diferentes e é o mesmo processo, eu posso fazer uma licitação pra vários lotes. Então, o lote de algodão, o lote de luva e o lote de álcool. Mas digamos que Eloyna participou dos três lotes e ganhou os três lotes – porque você não pode pedir na licitação, você não pode obrigar que a pessoa só participe de um lote, pois se eu tenho uma empresa que fornece os três, eu posso participar dos três –, a empresa dela foi quem ofereceu o menor preço. Então, a ata de registro de preço vai sair com Eloyna, que vai ofertar 30 mil litros de álcool, 100 mil pares de luvas e 20 mil pacotes de algodão. A empresa de Eloyna vai estar registrada nessa ata de registro de preço. Acontece que as duas outras empresas apresentaram um preço maior que Eloyna, mas não foram desclassificadas. Então, eu vou fazer um anexo a essa ata de registro de preço de Eloyna e vou colocar nesse anexo o preço de Laísa e o preço de Ana Letícia. Elas estão lá, mas no anexo, não na ata principal. Essa ata de registro de preço tem validade de um ano, aí durante um ano aqueles entes participantes... Por exemplo, o Hospital Roberto Santos participou e quer adquirir agora mil litros de álcool. Aí vai, procura a empresa de Eloyna, a empresa de Eloyna é obrigada a firmar o contrato com o Roberto Santos, fornecendo mil litros de álcool. Forneceu o mil litros de álcool, abate do registro de preço, então agora Eloyna só está obrigada a oferecer 29 mil litros de álcool. Aí, o outro hospital vai lá e quer também adquirir mais álcool (três mil litros). Então agora ela só está obrigada a fornecer 26 mil litros e tá lá registrado. Passou um ano e ninguém adquiriu nenhuma grama de algodão. Tem problema? Não tem problema. Veja só: Eloyna não pode se recusar a formalizar esse contrato, só que a lei vai mais além. Além desses participantes que aí vão contratar e Eloyna é obrigada a contratar com esses participantes porque no início, quando eu órgão gerenciador fiz, Eloyna já sabia que eu estava fazendo a licitação e que eu tinha uma relação de dez entes participantes com os quais ela eventualmente seria obrigada a contratar. Seis meses do registro de preço, Eloyna já ofereceu 30 mil litros de álcool. Fechou, ela não tem mais álcool pra fornecer, ela não pode fornecer mais, porque eu não vou editar a ata de registro de preço. Então, ela com seis meses forneceu 30 mil litros de álcool, então cabou, não tem mais. A grande vantagem do registro de preço é que eu não sei com quem eu vou contratar, então eu faço a ata de registro de preço e aí a pessoa vai fornecendo e eu vou abatendo. Se eu fosse obrigada a contratar, é melhor ter licitado logo. Acontece que eu sou um órgão do município... O município de Salvador está precisando comprar álcool e soube que tem essa ata de registro de preço lá no estado, na secretaria de saúde, e soube também que esse preço dessa ata tá ótimo, excelente. Ele vai lá – aí é o chamado carona de registro de preço ou órgão não participante (porque ele não participou do processo, mas ele é um carona, ele quer pegar uma carona na ata de registro de preço) – e chega pra mim, que sou órgão gerenciador, e diz “olha, eu soube que vocês tem uma ata aí pra fornecimento de álcool e eu tô precisando adquirir 10 mil litros de álcool”, aí eu digo “tudo bem”. Aí eu vou pra Eloyna e digo: “Eloyna, o município de Salvador tem interesse em adquirir 10 mil litros de álcool, você pode fornecer 10 mil litros de álcool pro município?”. Veja só: no caso, ela só vai fornecer se ela quiser. Ela tem obrigação com relação ao gerenciador que é os participantes, mas com os não participantes e com os caronas de registro de preço, ela

não é obrigada a fornecer. Ela pode dizer: “Tá, eu posso fornecer os 10 mil litros de álcool”. Ela tinha registrado 26 mil, então, quando ela fornece 10 mil litros de álcool ao município, isso não abate da ata de registro de preço. O que o carona adquire, não abate. Por exemplo, quando o hospital Roberto Santos, que era órgão participante, foi lá e disse que queria 3 mil litros de álcool e tinha 30 mil registrado no registro de preço, então ficou 27 mil, porque p hospital Roberto Santos é participante, então vai abatendo. O carona não abate. Aí você pode pensar: “Poxa, Eloyna vai ficar milionária, vai vender álcool pra todo mundo no Brasil inteiro e não vai abater nunca”. Como é que faz pra controla isso? Isso no inicio foi terrível. Porque às vezes, por exemplo, tinha ata de registro de preço pra ar-condicionado de um ente federado, que era 5 mil ar-condicionados registrados e já tinha vendido 50 mil ar-condicionados. Então, como é que fica isso, pra ter esse controle? Pra ter esse controle, o regulamento que regulamenta o registro de preço diz que Eloyna só pode vender pros caronas até 5 vezes do que consta da ata. Então, se Eloyna tem 20 mil litros de álcool registrados na ata, ela pode vender até 100 mil litros pra quem não tá na ata (carona). E outra coisa: se eu sou carona de registro de preço.., Por exemplo, vamos dizer que Eloyna não vendeu algodão pra ninguém do estado, ninguém quis comprar o algodão de Eloyna. Eloyna tem lá 20 mil quilos de algodão registrado na ata, aí o município de Salvador chega e diz que quer comprar 30 mil quilos de álcool. Eloyna não pode vender, porque cada carona só pode comprar o máximo que ela tem registrado, o numero máximo que ela tem registrado, mesmo que não abata. Se Eloyna tem 20 mil quilos de algodão, eu até posso chegar pro município e dizer que quer comprar 20 mil quilos de algodão e Eloyna me vender. Aí, o município de Feira de Santana chega lá e quer comprar mais 20 mil quilos de algodão, pode? Pode, porque ela tem 20 e ela pode vender pros carona até 100 mil, $20 + 20 = 40 \Rightarrow$ pode. Aí, depois que o município de Feira comprou 20 mil quilos de algodão, o Hospital Roberto Santos foi em Eloyna e comprou 10 mil. Se ele comprou 10 mil, Eloyna tem registrado agora só dez, porque o que o órgão participante compra, abate. Aí, se o município de Vitória da Conquista quiser comprar 20 mil, já não vai poder mais, porque agora Eloyna só tem registrado 10 mil. Mas, de qualquer sorte, o total que ela vender pro carona – que no registro de preço é órgão não participante – não pode estabelecer o quádruplo do que estava previsto na ata. No âmbito federal, o registro de preço tá no art. 15 da lei 8666 e o decreto que atualmente regulamenta o registro de preço é o decreto 7.892/13.

O decreto federal diz expressamente que a União, órgão público federal não pode pegar carona em registro de preço, seja ele estadual, municipal ou distrital. Assim, o Ministério da Cultura pode pegar carona no registro de preço da empresa brasileira de correios e telégrafos? Pode, porque todos os dois são do âmbito federal. O ente federal só pode pegar carona em registro de preço federal. Em compensação, nada impede que estados e municípios e o Distrito Federal peguem carona em registro de preço federal, mas o contrário não é verdadeiro.

Pra fazer a licitação de registro de preço, eu não preciso indicar dotação orçamentária, porque eu não vou necessariamente contratar imediatamente, então eu não preciso da dotação orçamentária. Eu só preciso da dotação orçamentária quando eu vou assinar o contrato, mas quando eu vou fazer o registro de preço, eu não preciso de

dotação orçamentária. Se o preço estiver muito alto, a administração pública pode pedir pra baixar o preço ou pode até pedir o cancelamento da ata se o preço estiver superfaturado, e você se for licitante, se você comprovar que o preço tá defasado ou alguma coisa, você pode pedir o reajuste.

06/11/2014

3.10. Participação de microempresas e empresas de pequeno porte no processo licitatório

A lei complementar 123/2006 criou alguns benefícios para microempresas (patrimônio até R\$240.000,00) e empresas de pequeno porte (até R\$2.400.000,00 de patrimônio). É uma forma de beneficiar tais empresas sem afrontar o princípio da isonomia, já que elas têm uma forma de funcionamento mais precária.

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

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

X - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

3.10.1. Fase de Habilitação

A regularidade fiscal a ser comprovada pelas referidas empresas, somente deverá ser exigida para efeito de assinatura do contrato. Desse modo, nada terão que comprovar durante a licitação, podendo mesmo ocorrer que nesse período a situação fiscal não esteja regularizada.

“Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.”

Embora não seja examinada até o julgamento, toda a documentação relativa à regularidade fiscal precisa ser apresentada pelas empresas durante o certame ainda que a situação fiscal se revele irregular, como no caso de débitos e restrições. Sem a apresentação de tais documentos, a empresa será inabilitada, não pela regularidade fiscal, mas sim pela ausência da documentação atinente ao requisito legal.

“Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.”

Exemplo: As empresas de pequeno porte podem apresentar certidões, ainda que certidões positivas de crédito tributário. Elas não podem ir sem essa certidão, mas podem ir com ela, mesmo que não seja uma certidão negativa. Ou seja, elas tem que apresentar toda a documentação exigida, mesmo que estejam em situação irregular. Se vencer a licitação, assegura-se-lhe o prazo de 2 dias úteis para superar a restrição fiscal, contado a partir do dia em que foi a empresa declarada vencedora. O prazo pode ser prorrogado por igual período, a critério da AP. Esta deverá levar em conta o tipo de providencia a ser tomada pela empresa, como regularização de documentos, o pagamento ou parcelamento do débito e a emissão das devidas certidões. Art. 43:

“§ 1o - Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2o A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1o deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.”

No âmbito federal, a essa LC foi regulamentada pelo Decreto 6204/2007, segundo o qual a microempresa e a de pequeno porte com situação irregular perante a documentação fiscal, poderá regular até a data da assinatura do contrato.

Registra a lei que a não regularização dos aludidos documentos rende ensejo a dos efeitos: o primeiro reside na DECADÊNCIA DO DIREITO À CONTRATAÇÃO (art. 43, §2º), vale dizer, a empresa sofre a perda do direito em virtude da omissão; o segundo é a aplicação do art. 81 da LL, em ordem de ser a omissão caracterizada como descumprimento total da obrigação, sujeitando-se a empresa às competentes sanções.

3.10.2. Critério de desempate

O critério geral de desempate é o sorteio em ato público, como é estabelecido pelo art. 45, §2º da LL. Mas na LC, o critério recai na preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44). Tratando-se de um critério legal, dispensável se torna a sua previsão no edital.

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1o Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2o Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.”

Empate Real - Havendo empate entre uma delas e uma empresa normal, será contratada a microempresa e a de pequeno porte.

Empate Fictício – variação de 10% ou 5% na modalidade pregão.

EXEMPLO - Se se ofereceu 100 e não é uma microempresa, e a microempresa ofereceu 110, vai contrata-la por 110 e não por 100. A jurisprudência tem entendido que nesses casos, é possível chamar a microempresa para ver se ela contrataria por 100. (??) A AP pode estabelecer um processo licitatório objetivando uma contratação

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);”

A administração pode estabelecer uma licitação em que haja uma parte da quantidade querida do objeto por uma empresa de pequeno ou micro porte, sem que haja licitações para ela.

ATENÇÃO! Em 2007, estes benefícios foram estendidos às cooperativas.

4. Contratos administrativos

4.1. Contratos da administração

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da administração, caracterizados pelo fato de que a AP figura num dos pólos da relação contratual. Nota-se que a expressão tem sentido amplo, correspondendo a gênero, que abrange duas espécies:

4.1.1. Contratos privados da Administração

Estes são regidos pelo direito privado ou empresarial. Quando a AP firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuga às linhas do sistema contratual comum. Neste tipo de contrato, a AP se aproxima na medida do possível na situação jurídica do particular.

Exemplo: compra e venda, a doação, a permuta e outros gêneros.

4.1.2. Contratos administrativos

Estes sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, conforme o art. 54. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da administração.

Obs.: A contratação em geral, seja qual for sua modalidade, caracteriza-se indiscutivelmente como atividade administrativa, cuja execução resulta de critérios de conveniência e oportunidade privativos da AP. Por isso, afigura-se inconstitucional qualquer lei ou norma da CF que condicione a celebração de contratos da Administração à prévia autorização do Poder Legislativo ou de registro prévio no Tribunal De Contas.

4.2. Conceito de contrato administrativo

Ajuste que o ente público, agindo nesta qualidade, firma com terceiro, para consecução de objetivos de interesse público, nos moldes por ele (ente público) previamente estabelecidos.

Assim, um dos polos da relação contratual deve estar uma pessoa administrativa, seja um ente federativo, sejam outras entidades sob seu controle direto ou indireto (inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista). Deverá o objeto do contrato, direta ou indiretamente, trazer benefício a coletividade. E ainda, ser regido pelo direito público.

A administração pública ela só firma contrato administrativo ou eventualmente pode firmar contrato regido pelo direito privado? Veja só: pode acontecer que a administração pública firme contrato regido pelo direito privado. Por exemplo: se a administração pública for locar um imóvel, ela não vai firmar um contrato administrativo. Você acha que alguém vai querer contratar com a administração pública de modo que ela possa alterar o contrato ou rescindir quando quiser e que possa fiscalizar e etc? Então, contrato de seguro: ela vai fazer contrato de seguro lá no banco, aí chega lá e diz “ó, banco, vou ter algumas prerrogativas nesse contrato”. Então, tem contrato que a administração pública se equipara ao particular, ou seja, não tem supremacia de poder, ela firma com igualdade de condição. Apesar de que alguns autores dizem que não existe contrato firmado pela administração pública que seja 100% regido por cláusula de direito privado, que sempre vai ter cláusula de direito público. Mas não é isso que a gente está questionando, a gente está questionando se ela vai ter essa supremacia de poder em todo tipo de contrato e eu estou dizendo que não, que alguns contratos ela pode firmar regidos pelo direito privado sem supremacia de poder. Exemplo é quando se fala em contrato de locação, contrato de seguro, nesses contratos ela não pode firmar com supremacia de poder. Apesar de que existem alguns autores que entendem que não existe contrato regido exclusivamente por cláusula de direito privado. Teve um caso mesmo, de um contrato que a InfrAero locou uma loja em

um dos aeroportos existentes não me lembro aonde e era um contrato regido pelo direito privado (contrato de locação). Aí, teve alguma coisa que ela pediu imotivadamente, ainda fora do prazo, ela pediu a rescisão do contrato de locação e aí a locatária fez uma consignação em pagamento do valor e disse que aquele contrato não poderia ser rescindido porque não havia descumprimento de cláusula e que era um contrato regido pelo direito privado, então ela estava consignando o valor do aluguel e que ela tinha que ser mantida no contrato. Nesse caso, não foi por unanimidade mas por maioria, o STJ entendeu que mesmo sendo um contrato regido pelo direito privado, naquela situação a InfrAero queria aquele contrato para poder construir uma ampliação de pista que ia fazer, então que havia um interesse público que deveria ser considerado e por essa razão, naquela situação deveria incidir cláusula de direito público naquele contrato. O que é errado é que a administração não pode firmar um contrato de locação e colocar as chamadas cláusulas exorbitantes, cláusulas de supremacia dentro do contrato, mas nada impede que eu tenha contratos regidos pelo direito privado e em algum momento você tenha necessidade de colocar normas de direito público. Não que ela esteja originariamente porque essa norma não estava no contrato, mas acontece que diante da situação como aconteceu nessa questão da InfrAero, naquela situação havia um interesse público maior, mas há essa possibilidade de você ter contratos regidos só pelo direito privado. No estatuto mesmo da lei 8666, você fala isso mas a 8666 não é muito clara, porque ela fala de contratos regidos pelo direito privado, mas há um equívoco cometido pelo legislador e acaba dizendo que pode ter incidências nas cláusulas tais, tais e tais, e essas cláusulas são exatamente cláusulas que dão supremacia, que não poderia estar. Tanto que a lei do estado da Bahia tem um art. que diz que podem ser firmados contratos regidos pelo direito privado com a administração pública nos quais não incidirão nenhuma das cláusulas exorbitantes, que são cláusulas que colocam a administração em supremacia de poder. Então, o estado teve o cuidado de fazer essa ressalva: cláusulas de direito privado, nada de cláusulas que beneficiem a administração. Mas na lei 8666 isso não ficou bem claro, mas a possibilidade de contrato regido pelo direito privado, de qualquer sorte, ela aparece no §3º do art. 62:

“§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;”

Então, na lei do estado da Bahia diz expressamente que cláusulas exorbitantes não devem entrar, inicialmente, nos contratos regidos pelo direito privado. Na verdade, o que a lei do estado da Bahia fez foi apenas corrigir um erro cometido pela lei federal.

A questão dos contratos administrativos, é que existem dois tipos de cláusulas dos contratos administrativos. Existem as chamadas cláusulas de execução ou de serviço e existem também as chamadas cláusulas econômicas. As cláusulas de execução de serviço se reportam à forma como o contrato vai ser executado (o que é que eu vou contratar, qual é o prazo, como é a forma de execução daquele contrato, quais

são as penalidades a serem aplicadas...). As cláusulas de execução de serviço vai abranger o objeto, qual é o objeto do contrato, qual é a forma de execução, o prazo do contrato, as penalidades aplicadas ao contratado, as garantias que irão ser dadas... Então, todas essas são cláusulas de execução e de serviço. Essas cláusulas de execução e de serviço são estabelecidas unilateralmente pela administração pública. Então, por exemplo, quando eu vou para a licitação, eu chego perante o órgão licitante e eu pego uma cópia do edital, lá dentro do edital vai ter um anexo que fala “minuta do contrato”, sempre tem minuta do contrato. Então, quando eu participar da licitação, eu vou ter que saber quais são essas cláusulas de execução e de serviço, porque essas cláusulas de execução e de serviço são estabelecidas unilateralmente pela administração pública, tanto que quando eu participo da licitação, a minuta do contrato já está lá, quando eu vou pro edital já vem a minuta do contrato, já sei como é o contrato que eu vou firmar com relação à essas cláusulas. Agora, com relação às chamadas cláusulas econômicas, essas serão negociadas no contrato com o licitante. Você veja que quando você for adquirir o edital, vocês vão ver que na minuta do edital quem vai ser contratado está em branco e o valor do contrato também está em branco porque o valor do contrato vai depender do resultado da licitação e claro que isso vai ser negociado com o licitante. Porque, se eu participo da licitação, se eu digo que eu posso realizar o que você quer contratar com 10 mil reais, se for pregão eu ainda posso baixar, mas se for na concorrência eu vou dizer que o meu valor é esse e pronto, e aí vai me contratar se eu vencer a licitação, se o preço for menor. Em relação a esses dois tipos de cláusulas, essas cláusulas de execução, que são estabelecidas unilateralmente pela administração, e essas cláusulas econômica, que na verdade são negociáveis com os licitantes, alguns doutrinadores a exemplo de Celso Antônio, chegaram a afirmar que o contrato administrativo seria um ato administrativo, no que diz respeito às cláusulas de serviço, e seria um contrato só no que diz respeito às cláusulas econômicas. Não concordo com isso. Eu acho que ele está equivocado porque de qualquer sorte, mesmo que eu saiba quais são as cláusulas de serviço, só faz a licitação se quiser, então ele não é um ato administrativo nem é um ato administrativo negocial porque o ato administrativo negocial já tem todas as consequências predeterminadas, o que não é o caso do contrato administrativo. **Maria Sylvia diz que em parte o contrato administrativo seria um contrato de gestão. Pode até ser. Contrato de gestão** é aquele que você já tem as cláusulas preestabelecidas, é como quando você vai fazer um contrato de adesão. O contrato administrativo em grande parte é um contrato de adesão, só vou discutir o preço. Na verdade, pelo menos você discute alguma coisa, porque o preço você discute, porque geralmente os contratos firmados com uma operadora é 100% de adesão: ou você aceita aquele preço ou não aceita.

Características do contrato administrativo

A principal característica é a presença da administração pública com supremacia de poder, mas por ser a principal característica e ter uma série de consequências, nós falaremos dessa característica por último.

A diferença entre o contrato de direito privado e o contrato administrativo é a supremacia de poder. Mas, quais são os dois princípios que são pilares da administração, que eu falei aqui? Supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. São os dois pilares do regime jurídico administrativo. Então veja só, eu tô dizendo que a administração pública nos contratos administrativos tem supremacia de poder, mas nos contratos de direito privado não. Porém, a indisponibilidade do interesse público vai estar presente nos dois ajustes, e isso é importante porque tudo o que é decorrente da indisponibilidade do o interesse público vai estar presente em qualquer tipo de contrato. Então, por exemplo, a necessidade de realizar licitação decorre da supremacia ou da indisponibilidade? Decorre da indisponibilidade. Então, eu licito qualquer que seja o contrato firmado. A necessidade de você publicar resumo do edital decorre da transparência e a transparência decorre da indisponibilidade do interesse público. Então, o contrato administrativo e o contrato de direito privado, tudo que decorra da indisponibilidade incide nos dois. Então, eu tenho que licitar, eu tenho que publicar. Agora, a diferença estaria na incidência não do princípio da indisponibilidade, mas do princípio da supremacia. Porque, nos contratos regidos pelo direito privado, eu não tenho essa supremacia clara a priori, e nos contratos de direito administrativo eu tenho.

Dentre as características, nós vamos primeiro falar da característica com relação à forma do contrato. Em regra, o contrato administrativo tem a forma escrita. Existe alguma situação em que eu posso admitir o contrato verbal? Aí eu vou para o § único do art. 60, que diz o seguinte:

“Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.”

Ou seja, o contrato verbal é nulo. Só se admite o contrato verbal para compras de até 4 mil reais, que é aquele valor de 5% de 80 mil, que dá 4 mil. O que é regime de adiantamento? É que eu vou pagar e receber. Se for pra receber depois, eu também não vou poder fazer contrato verbal. Então a gente já sabe que o contrato é escrito, mas isso não diz tudo.

Além dos contratos serem escritos, em regra eles são formalizados a partir de um termo de contrato. A lei 8666 diz que em regra o contrato é firmado através de um termo de contrato, porém abre algumas exceções. Que exceções são essas? Art. 62 da lei 8666, que diz o seguinte:

“Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.”

Então, diz que o instrumento de contrato é obrigatório em todos os contratos cujo valor esteja no limite da concorrência e da tomada de preço, tenham ou não licitação. A regra é essa. Se for no valor do convite, ele pode substituir por esses outros instrumentos que estão no art. 62. Excepcionalmente, o §4º deste mesmo art. 62 diz o seguinte:

“§ 4o É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.”

Então, a regra é que eu tenho que ter instrumento de contrato toda vez que o contrato tiver um valor de tomada de preço pra cima, qualquer que seja, decorrente de licitação ou não. Porém, qualquer que seja o valor do objeto, se eu estiver comprando alguma coisa de pronta entrega, que não gere nenhuma obrigação futura, aí nesse caso eu também posso substituir esse termo de contrato por uma nota de bem ou uma carta-contrato ou qualquer outro instrumento. Você não tem muito o que exigir do contratado se você faz o contrato por uma nota de bem ou com base numa carta-contrato. Então, o termo do contrato é muito mais detalhado, ele identifica o contratado, ele diz o objeto que está sendo contratado, ele diz o prazo do contrato, ele diz todas as obrigações minuciosamente do contratante e do contratado, ele diz se tem garantia aquele contrato, ele diz o valor do contrato, ele diz quais são as penalidades que vai aplicar ao contratado em caso de inadimplência, ele diz qual é o foro competente pra resolver qualquer demanda que tenha, então é muito detalhado. Para eu substituir esse instrumento de contrato por outros instrumentos que são muito mais resumidos, eu tenho que estar em duas situações: ou o valor do contrato é muito pequeno que é compatível com o convite, ou é um valor altíssimo mas é alguma coisa que eu estou comprando e tô recebendo sem garantia nenhuma, quer dizer, alguma coisa que não tenha garantia, a pessoa vai me entregar e eu vou pagar. Mas se for uma outra coisa, que tenha possibilidade de garantia ou qualquer outro tipo de obrigação futura, eu não posso utilizar outro instrumento que não o contrato, salvo se for valor compreendido na modalidade de convite. Se eu não vou ter obrigação nenhuma e estou recebendo a coisa, e não tenho nada de garantia, eu não preciso ter esse contrato todo porque eu não vou poder cobrar nada.

Então eu já sei que a forma do contrato é escrita e eu sei que a forma também é um termo de contrato, mas também a lei ainda fala de uma formalidade que eu tenho que observar, que é a publicação do resumo do contrato. É obrigatória a publicação do resumo do contrato. Isso também é ainda uma exigência referente à forma, já que quando nós estudamos ato administrativo, nós vimos que quando nós falamos de forma, que nós podemos englobar tanto a forma enquanto revestimento externo, quanto forma enquanto formalidade. Então, a publicação do resumo do contrato é uma formalidade que é obrigatória e tem que ser seguida nos termos do art. 61, §único, que diz assim:

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

Então, a publicação do contrato é condição de eficácia do contrato. Significa dizer que os prazos contratuais são contados a partir dessa publicação, é condição de eficácia. Aí fala do art. 26, que fala que o contrato de pequeno valor não precisa ser publicado.

Outra característica do contrato administrativo, é que o contrato administrativo em regra é *intuitu personæ*, quer dizer, ele é firmado em razão da pessoa, ou seja, em regra os contratos regidos pela 8666 são firmados com o contratado e não podem ser transferidos. No caso da lei 8666, o art. 78 fala de uma exceção pela qual você pode transferir a execução do contrato para terceiros. O art. 78, inciso VI, diz assim:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

Tá dizendo aqui que o contrato é firmado *intuitu personæ*, mas nada impede que o edital estabeleça essa possibilidade de transferência do contrato para terceiros. Então, se houver no edital a possibilidade de transferência, a pessoa vai poder transferir, desde que haja concordância da administração pública. Na verdade, hoje em dia eu vejo que muitos contratos não admitem essa transferência. Alguns contratos são *intuitu personæ* mesmo. Por exemplo, se eu contratar um determinado profissional de um determinado escritório de advocacia, que eu estou contratando pela qualificação pessoal dele, obviamente que eu não vou admitir essa transferência. Mas por exemplo, numa obra eu acho que pela lei 8666 deveria ser proibido transferir uma obra de uma empresa pra outra. Pela lei de concessões é admitido e tem até razões para admitir. Mas pela 8666, quando você admite a transferência do contrato, você está admitindo indiretamente que uma empresa que não participou da licitação se sinta contemplada com o contrato. Mesmo que o edital admita a transferência, a administração pública só vai aceitar que você transfira pra outra empresa se você me provar se essa outra empresa tenha a mesma qualificação técnica que a sua que foi exigida na licitação. Mas o que eu acho errado é que você tá permitindo que uma empresa que não participou da licitação seja contemplada e Deus sabe como essa empresa foi escolhida.

11/11/2014

- Prazo contratual

Ainda como uma das características do contrato administrativo, nós temos a questão dos prazos. Pra falarmos do prazo contratual, antes nós temos que fazer uma diferença entre os contratos administrativos. Podemos dizer que os contratos administrativos podem ser contratos de escopo, ou contratos de prazo contínuo. Veja só, no contrato de escopo, o que interessa no contrato é a entrega do objeto. Então, por exemplo, o contrato de uma obra, a realização de uma obra é um contrato de escopo. Pergunto a você: quando é que um contrato de obra acaba? Ele visa a entrega do objeto. Já o contrato de prazo contínuo é aquele que tem como objeto uma atividade de natureza contínua. Eu vou dar um exemplo pra vocês. Um contrato de obra, ele é um contrato de escopo, ele visa à entrega de alguma coisa. O contrato de escopo tem como objeto alguma coisa que você quer adquirir, por exemplo, uma obra é um contrato de escopo. Agora, a contratação de um serviço de limpeza, ele é um contrato de prazo contínuo, porque é uma atividade contínua da administração pública. Veja só: se eu firmar um contrato pra construção de um prédio, quando é que o contrato termina? Quando o prédio tá pronto. Agora, se eu firmar um contrato pra prestação de um serviço de limpeza aqui na faculdade, quando é que ele termina? Quando o prazo terminar. Isso são duas coisas importantes. Todo contrato administrativo tem um prazo, não existe contrato sem prazo, é nulo o contrato que não tem prazo. Isso está, inclusive no §3º do art. 57 da lei 8666, que diz assim:

“§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.”

Agora, veja só, todo contrato tem prazo. Tanto o contrato para a realização de uma obra, como o contrato para realização de um serviço de limpeza. Agora, qual é a grande diferença? É que se o contrato for um contrato de escopo – aquele que visa a entrega de alguma coisa, uma realização de uma obra, por exemplo –, quando chega o termino do prazo e a obra não está pronta, o contrato não se extingue, o que ocorre é uma falta contratual do contratado, porque o contrato só vai se extinguir quando você me entregar a obra pronta. Então, por exemplo, quando deu o prazo de dois anos, você tinha que construir esse prédio em dois anos e você não construiu, você aí cometeu uma falta contratual, mas o contrato não foi extinto ainda. Agora, se o contrato é de prazo contínuo, por exemplo, eu contratei uma empresa pra prestar serviço de limpeza aqui por dois anos. Quando passar dois anos, o contrato extingue. Então, o contrato de escopo não se extingue com o decurso do prazo e o contrato de prazo contínuo se extingue com o decurso do prazo porque ele é firmado com base no prazo. O contrato de escopo é firmado visando a entrega de alguma coisa, mas todo o contrato tem prazo.

Agora vamos falar quais são os prazos que normalmente vêm estabelecidos no contrato. Para que eu saiba quais são os prazos que vêm estabelecidos no contrato, nós vamos primeiro fazer a leitura do art. 57, caput. O caput do art. 57 diz assim:

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

Então, ele remete a vigência do contrato à vigência dos créditos orçamentários. Lembre-se que os créditos orçamentários normalmente têm a vigência de um ano, eles são estabelecidos na lei orçamentaria. Então, normalmente os contratos têm vigência de um ano, que é a vigência dos créditos orçamentários. Porque a lei orçamentaria é anula, então você tem um orçamento normalmente para aquele ano, então normalmente o contrato é realizado anualmente. Agora, depende, tem exceções. Quais são as exceções, quais são os casos em que eu posso ter um prazo superior a esse: essas exceções estão inicialmente aqui nos incisos do art. 57. As primeiras exceções são situações ordinárias, ou seja, quando eu firmo o contrato eu já sei que elas podem acontecer. Ou seja, pode acontecer de eu firmar um contrato que ultrapasse esse período de um ano. Quando eu firmo o contrato, eu já sei que provavelmente esse contrato já há previsibilidade que o contrato vai durar mais de um ano. Então, quais são essas situações? O inciso I diz assim:

“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;”

Se o projeto está previsto no plano plurianual, que de quatro em quatro anos, se o projeto está contemplado no plano plurianual, eu vou poder prorrogar esse contrato, ou seja, eu posso realizar a prorrogação desse contrato. Agora, veja que ele diz que é desde que esteja previsto no ato convocatório, ou seja, desde que esteja previsto no edital. Daí o que eu falei pra vocês: essas situações que nós estamos vendo de prorrogação do contrato são situações ordinárias, porque quando eu vou firmar o contrato eu já sei que eu vou precisar daquela prorrogação. Eu vou dar um exemplo: a ponte Salvador-Itaparica. Ela não vai ser construída em um ano, então é um contrato que vou estabelecer no próprio ato convocatório que ele vai ser prorrogado por mais de um ano. No caso da ponte, você vai ter que fazer em três ou quatro anos, porque você não pode ultrapassar o plano plurianual por causa do recurso, então você vai ter que fazer prorrogações. Agora, depende, porque normalmente quando é obra, só quando é uma coisa muito grande assim, porque as obras que eu vou fazer, em regra, tem que fazer com o orçamento daquele exercício. No caso do plano plurianual, eu não consigo fazer em um ano, eu posso fazer desde que seja em quatro anos, até pra que no próximo plano plurianual venha contemplado novamente. Se for de obra eu posso, normalmente é o contrato de obra é você vai ultrapassar. A segunda hipótese está no art. 57 é:

“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;”

Aí nós estamos falando de serviços continuados, que são aqueles que visam atender demandas constates da administração pública. Por exemplo: prestação de serviço de limpeza, prestação de serviço de segurança, serviço de manutenção de

elevadores, prestação de serviço de informática... Tudo isso são serviços continuados. Serviços continuados, que são esses que são demandas constantes da administração pública, eles podem ser prorrogados em até sessenta meses. Tem que estar previsto no edital essa prorrogação. E vocês podem me perguntar: eu posso fazer um contrato de prestação de serviço de limpeza aqui da faculdade por três anos ao invés de um ano só? Veja só: aqui na faculdade você vai ter um problema, porque o TCU vem entendendo que mesmo o contrato podendo ser prorrogado até sessenta meses, o ideal, o recomendado é que você faça esse contrato no prazo de um ano e aí você vai fazendo os aditivos anuais. Por quê? Porque a cada final de ano você vai poder analisar se a empresa mantém a sua qualificação técnica, se ela mantém a sua qualificação econômica, se o preço que aquela empresa está praticando é compatível com preço do mercado, se ainda é um preço compatível. Então, normalmente a administração pública federal tem feito assim, mesmo esses contratos podendo ter prorrogação de até sessenta meses, eles fazem contratos anuais com essa possibilidade de prorrogação anual. Porque aí, anualmente ele pega a empresa, vai ter um processo pra poder prorrogar, a empresa vai demonstrar nesse processo que mantém a mesma qualificação econômica, que mantém a mesma qualificação técnica, que o preço que ela pratica é um preço compatível com o mercado e que justifica essa prorrogação contratual. Isso nem sempre acontece. Por exemplo, o município está fazendo um contrato gigantesco que é pra armazenar todos os insumos que são utilizados pela secretaria de educação, de saúde e de gestão. Então, essa empresa que ganhou essa licitação, ela não só precisa de um grande armazém pra armazenar tudo, mas ela vai fazer toda a logística de distribuição. Esse tipo de serviço é um serviço continuado? É. É uma demanda eterna da administração pública, é um serviço continuado. Mas nesse caso, um dos questionamentos que eu estou levantando é que eles não fizeram o contrato de um ano, eles fizeram de quatro anos. A gente sabe que poderia ser prorrogado por cinco, mas ele fez por quatro e a gente questionou porquê. A justificativa era a questão do investimento, ou seja, como era um serviço de investimento muito alto, eles acharam que se fizesse por um ano as empresas não teriam interesse em participar, porque se eu fizer de um ano, eu posso prorrogar mas eu também posso não prorrogar. Então eles entenderam que como era um serviço que a empresa vai precisar de um capital muito grande, se eles fizerem pelo período de um ano, ninguém vai ter interesse porque vai saber que a administração pode virar pra empresa e dizer que não vai prorrogar. pOr isso fez com um período maior, mas normalmente o TCU vem pedindo que mesmo nesse caso de serviço continuado, que o ideal é que faça o contrato anual e que vá se prorrogando anualmente até o período de sessenta meses.

Excepcionalmente, a própria lei, ainda no art. 57 permite que excepcionalmente esse contrato de sessenta meses tenha uma prorrogação por mais doze, formando 72 meses. Isso está no art. 57, §4º, que diz assim:

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

Agora, aquilo que eu falei pra primeira hipótese vale pra segunda. Rompeu uma situação de prorrogação ordinária, é necessário que esteja no edital, no contrato essa possibilidade de prorrogação, senão não pode. E lembre-se que contrato de prestação de serviço não se confunde com contrato de fornecimento. Por exemplo, se eu tenho um contrato com um posto de gasolina pra abastecer meu carro, isso não é contrato de prestação de serviço continuado, isso é contrato de fornecimento, então quando é um ano termina mesmo, tem que ser licitado novamente. Então, às vezes a gente pode ter uma situação em que a gente fique na dúvida se é um contrato de serviço continuado ou se é um contrato de fornecimento.

Vamos falar agora da hipótese do art. 57, inciso IV, que diz assim:

“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.”

Então, a questão do serviço de informática, aluguel de equipamento, utilização de programa de informática, pode ser até 48 meses. Também a mesma coisa, repito: deve constar no instrumento convocatório.

A última hipótese é:

“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.”

A gente vai no art. 24 pra ver que hipóteses são essas. O art. 24 tem aqui:

“IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;”

Serviço ligado à questão de segurança nacional é um.

“XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;”

Um contrato bem do âmbito federal, né?

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

“XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.”

Veja só, pela leitura destes dispositivos, esses contratos são todos firmados no âmbito da União, são contratos do interesse federal. Então, nós falamos aqui de situações em que pode ocorrer prorrogação de contrato, desde que esteja previsto no ato convocatório. Como é que se dá prorrogação do contrato? É através de que instrumento? Como é o nome do instrumento? Termo aditivo. Então eu tenho “contrato nº tal”, aí se eu quiser fazer prorrogação de prazo vai ter lá “Termo aditivo nº tal”, aí tá sabendo que vai prorrogar o prazo. Tudo o que eu for alterar no contrato, se eu for alterar o valor do contrato, se eu for alterar prazo do contrato, tudo é através de termo aditivo. Então, sempre tem um contrato original e o que for de alteração é termo aditivo.

A lei, no art. 57, ainda traz situações que podem levar à prorrogação do contrato por situações excepcionais. Ora, se são situações excepcionais, obviamente que essa prorrogação não precisa estar prevista no edital ou no contrato original porque são situações decorrentes de eventos extraordinários. Que eventos são esses? Art. 57, §1º diz assim:

“§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;”

É a situação em que há uma alteração no projeto feito pela administração. Alterou o projeto, pode ser que tenha necessidade de alteração de prazo e se isso acontecer, aí vai ter que ter essa alteração.

“II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;”

Digamos que teve uma obra que vai ser feita e você tem o índice pluviométrico do ano inteiro naquele mês. Quer dizer, são situações que fogem à vontade das partes e que obviamente pode alterar execução do contrato. Ou então, a questão de que você vai fazer uma obra, aí quando inicia a obra, vai cavar e vê que o terreno é todo rochoso em baixo ou tem um lençol d’água. Ou seja, são situações alheia à vontade das partes e que podem levar à prorrogação do prazo.

“III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;”

Por exemplo, um contrato de obra: se administração determina que haja uma diminuição do risco, claro que eu vou ter uma necessidade de prorrogação do prazo. Uma das coisas que pode alterar unilateralmente é a alteração do projeto. Se a administração alterar o projeto de modo que provoque a alteração do objeto, você não é obrigado a aceitar. Mas pode ser que possa ter alguma alteração do projeto, por exemplo, você fez o projeto e na hora esqueceu de colocar uma coisa que era essencial, aí você vai ter que alterar aquele projeto, aí a empresa estar obrigada a aceitar nas mesmas condições. Claro que quando tem essa alteração do projeto, além do prazo pode ser que a empresa tenha direito ao reequilíbrio econômico e financeiro do contrato. Quer ver? Aqui:

“I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;”

Veja que o caput diz assim:

“§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:”

Então assim, a administração pode alterar o projeto e você está obrigado a aceitar, agora você tem direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Não é uma coisa gratuita, que vai alterar o projeto e você fica com o prejuízo, você não fica com o prejuízo. Veja que antes de eu ler qualquer uma dessas situações extraordinárias, tá bem claro dizendo que se alterar a equação econômica do contrato, tem que ser reestabelecido.

“V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;”

Por exemplo, uma greve. Se for uma questão de uma greve, aí é um fato ou ato de terceiro, aí pode levar à necessidade de prorrogação.

“VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.”

Por exemplo, eu tô realizando uma obra e eu preciso que a administração desaproprie uma casa para eu poder começar, mas a administração não desapropria. Então nesse caso, obviamente eu vou precisar de um prazo maior. Então, veja você que nessa segunda etapa que nós vimos aqui, que de um modo geral nós temos a possibilidade dos prazos serem prorrogados. Nós vimos que essas prorrogações todas só são feitas através de termo aditivo. Nós vimos aquelas prorrogações ordinárias, que são

aquelas estabelecidas no edital do contrato inicialmente, e as prorrogações extraordinárias. E lembre-se que não há contrato sem prazo, todo contrato administrativo tem que ter um prazo, mas lembrando de que se for um contrato de escopo, ele não termina com o término do prazo (ocorrendo término do prazo, ocorre a falta contratual do contratado). Se for contrato de prazo, findo o prazo, termina o contrato.

Regime diferenciado de contratação e licitação

Tá previsto na lei 12.462/2011, que foi regulamentada pelo decreto 7.581/2011. Inicialmente, esse regime foi pensado pra poder viabilizar a Copa das confederações, a copa do mundo e a realização das olimpíadas no Brasil. Porque, há um consenso doutrinário de que a lei 8666 tem muitas burocracias, tem prazos muito grandes e ela não daria conta de viabilizar o investimento em infraestrutura que o País precisava fazer pra realizar esses eventos. Então, existem propostas tramitando para atualizar a lei 8666, que nunca foram aprovadas, então o Executivo conseguiu aprovar esse novo regime com esse regime especial pra poder viabilizar a execução dos jogos aqui no Brasil e ele foi inspirado em legislações dos Estados Unidos e da Europa. Essa lei tá sendo contestada no Supremo Tribunal Federal por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que são as ações 4645 e 4655, que questionam a constitucionalidade dessa lei.

Inicialmente, o art. 1º dessa lei instituiu que ela só valeria pra obras e serviços que estivessem diretamente ligados à realização dos Jogos Olímpicos ou da copa das confederações e da copa do mundo. Então, as obras de aeroportos e estádios que envolvessem os jogos diretamente teriam que ser feitas por esse regime diferenciado que objetiva viabilizar uma maior eficiência, maior rapidez pra poder viabilizar esses jogos. Só que aí, em 2012 foi expandida a abrangência e atualmente esse regime pode ser utilizado para as ações integrantes do PAC (programa de aceleração do crescimento), obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS, obras e serviços de engenharias para a construção de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, e isso está no art. 1º da lei e também é aplicável as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema público de ensino. Então, basicamente essa lei foi pensada pros jogos – há um questionamento, inclusive, de que seria uma lei temporária e finda as olimpíadas ela não vai ter mais nenhuma aplicação, só que leis posteriores aumentaram a aplicação dela e hoje é permitida a aplicação do RDC nesses âmbitos e já tem sido bastante utilizado, inclusive na UFBA. Importante dizer que a adoção do RDC vai ser opcional, então o gestor público não tá vinculado a ter que usar o RDC, o RDC é opcional. Só que a escolha do RDC vai definir expressamente colocada no edital, então se não vier expressamente que o edital vai ser regido pelo RDC, é pela lei 8666. Por ser uma lei especial, quando você aplica o RDC você afasta a aplicação da lei 8666. O RDC traz algumas exceções à essa regra porque ele vai se remeter ao o que está na lei 8666, só que em regra o que vai ser aplicado é o que tá na lei do RDC.

Objetivos do RDC

Os objetivos dessa lei estão elencados no art. 1º, §1º. Eles repetem os mesmos objetivos da lei 8666, então não é muita coisa. Na questão dos princípios ele traz três inovações, então além dos princípios que já fazem parte da lei 8666 – da igualdade, da melhor proposta de contratação, do interesse público –, você vai ter agora o princípio da economicidade, da eficiência e do desenvolvimento nacional sustentável. Então, a característica mais forte do RDC é a preocupação com a questão do meio ambiente e ele com base nestes princípios de economicidade, eficiência e desenvolvimento econômico sustentável, o RDC traz uma série de possibilidades de favorecer os critérios de avaliação das empresas que tenham maior compromisso com o meio-ambiente, tenham as propostas com os menores impactos ambientais, já com essa preocupação mesmo com o meio ambiente, e a economicidade e eficiência, que vão permear esse regime. Essa preocupação que está sempre presente no RDC com o meio-ambiente, com o desenvolvimento nacional sustentável, ela é um pouco criticada porque isso já está previsto na Constituição, então uma lei não precisaria reforçar isso porque o art. 170, inciso VI já estabelece que a preocupação com o meio-ambiente deve reger a atividade da administração pública, então, não seria preciso uma nova lei que reforçasse isso. Uma novidade bastante polêmica é que o orçamento estimado pela administração (o que a administração está disposta a gastar com aquela contratação, com aquela compra e venda, com aquele serviço), ela só vai ser divulgada depois da adjudicação do objeto. Então, feita licitação, escolhido o licitante vencedor e adjudicado o objeto pra ele, ou seja, quando ele tá obrigado a contratar, é que a administração vai divulgar o orçamento que ela tinha previsto para aquela contratação. O objetivo disso – e isso se baseou no modelo americano e da União Europeia, que fazem esse chamado orçamento sigiloso – é fazer que as empresas ao não terem conhecimento prévio de quanto iria custar uma obra, tem aquilo pra gastar, elas façam propostas que correspondam mais ao mercado e com a sua possibilidade de execução do que com base naquele valor. Então, se a administração pública diz que vai gastar 5 milhões com aquilo, geralmente as propostas vão girar em torno disso com alguma vantagem para aquele que vença. Só que se a administração não fornece aquele dado, então a empresa faz um orçamento com base nas condições e nas possibilidades dela mesma executar aquele contrato e isso seria mais vantajoso porque ampliaria a concorrência, permitindo que a administração pudesse escolher aquela que tenha a melhor proposta. Então essa é a ideia básica, esse é o objetivo principal de ter esse orçamento sigiloso, e aí as críticas a isso estão naquelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que eu falei, que seria o seguinte. O princípio da publicidade é um princípio que tá lá no art. 37 e que é a regra, então os atos da administração devem ser todos públicos, e o RDC traria o sigilo como a regra e não como a exceção. Só que, assim, é preciso observar algumas coisas. Não haveria um sigilo e sim uma publicidade tardia, porque esse orçamento não vai ser sigiloso o tempo todo, ele vai ser divulgado após a adjudicação do objeto, então vai ser uma publicidade tardia porque não vai ser divulgado no início mas vai ser divulgado depois e esse orçamento fica disponível para os órgãos de controle. Então, o Tribunal de Contas, por exemplo, ele pode pedir o processo pra ele poder olhar e fazer a fiscalização que lhe compete, e ele vai ter acesso a esse orçamento. Então não é uma coisa totalmente sigilosa, tá acessível aos órgãos de controle – acho que o Ministério Público também pode ter acesso a isso – consta dos atos

do procedimento, só que no edital que fica disponível para os licitantes isso não é divulgado, então existe essa discussão. O objetivo da lei é fazer com que o processo tenha maior concorrência e possa ser escolhida uma proposta mais vantajosa para a Administração. Aí, o Tribunal de Contas da União tem admitido isso, ele tem entendido que isso é válido sim e não tem se oposto a isso.

Comissão de licitação

A gente tem regras parecidas com as regras da 8666, então essa é uma lei especial que estabelece regras novas, mas ela repete também muita coisa da lei 8666. O que muda aqui é que a comissão, pelo decreto que regulamentou essa lei federal, a comissão precisa ter, os membros da comissão precisam ter conhecimento técnico, então é preciso no mínimo três membros, que tenham conhecimento técnico, e a maioria desses membros precisam ser servidores ou empregados públicos. O RDC vai ampliar a competência da comissão, então a comissão agora ela não vai só conduzir o processo e julgar pra poder escolher o licitante vencedor, ela vai poder também elaborar as minutas do edital e dos contratos. O Tribunal de Contas faz uma crítica a isso, porque ele entende que o processo todo estaria a mercê de uma única comissão. Então antes, com a 8666, você tem alguns servidores que fazem as minutas dos editais e as minutas dos contratos e uma comissão vai dar seguimento a isso durante o processo, mas agora você tem uma comissão que faz tudo. Então, algum vício que ela cometer no início talvez ela não perceba, mas se fosse outro servidor que tivesse feito, isso seria corrigido pela comissão, então isso dá muito poder a uma comissão só e é muito criticado também. Além disso, a comissão vai ter competência pra realizar diligências. O que seria essas diligências? Se for visto que existe algum erro no edital, o edital não precisa ser cancelado e publicado novamente, é possível fazer pequenas alterações desde que não haja uma alteração substancial naquele edital ou naquele processo licitatório. Então, a lei 8666 veta isso, não pode haver qualquer alteração no edital, só que a RDC permite pequenas alterações que não modifiquem a essência do edital do contrato.

A aquisição de bens está prevista no art. 7 da lei e constitui um outro ponto polemico do RDC: ele admite marcas e modelos. Isso não é uma novidade porque tava previsto na lei 8666, só que isso tem sido bastante questionado, que é a possibilidade da administração poder exigir marcas ou modelos na hora de adquirir bens. Só que isso também não é discricionário: existem três hipóteses que a lei elenca como as hipóteses nas quais você pode exigir marcas ou modelos para aquisição de bens. A primeira delas é a necessidade de padronização do objeto, então quando a administração precisa padronizar o que ela está adquirindo, pra não vir coisas bastante diferentes do que é a necessidade da administração, ela vai poder exigir marcas ou modelos dos bens. A segunda hipótese dessa possibilidade é quando a marca ou modelo for a única que atende às necessidades do contratante. Então, a administração tem aquela necessidade que só é atendida por aquela marca ou aquele modelo. A terceira hipótese é quando a descrição da marca ou do modelo torna a descrição do objeto mais compreensível. Então, a administração estabelece no edital que ela precisa de tal objeto, e aí ela cita a marca como uma exemplificação. Então ela fala “da marca tal ou similar”, pra facilitar a

identificação desse objeto na hora da licitação, então não é uma limitação à marca. O Tribunal de contas da União se manifestou favoravelmente à essa previsão dessa lei e sumulou esse entendimento no enunciado 270, em que ele admite que é válida a existência de marca ou de modelo nos termos da RDC.

Contratação integrada

É a parte mais importante do RDC e mais polêmica também. Fazendo uma diferenciação sobre as formas de contratação, existe a empreitada a preço unitário, que a administração paga ao licitante pela unidade do bem ou do serviço prestado. Então, se ela contratou fornecimento de marmita, ela vai pagar por cada marmita fornecida. Então, se não for fornecidas todas as marmitas não vai ser pago o valor total. A empreitada a preço global é aquela que a administração paga pelo todo. A empreitada integral é que a administração também contrata como um todo e a mesma empresa vai fazer a reforma, a construção e a execução do serviço. Isso é o que a gente chama de empreitada integral. A gente tem três tipos de empreitada: empreitada a preço unitário, empreitada a preço global e empreitada integral, que estão previstas na lei 8666. No art. 6º tem. Aí vem o RDC e traz a contratação integrada, que tá prevista no art. 9º da lei e no art. 73 do decreto. Essa contratação integrada precisa ter uma justificativa técnica e econômica. Então, a escolha por essa contratação precisa ser justificada. Ela se assemelha com a empreitada integral mas tem algumas diferenças. Então, o que é comum entre empreitada integral da lei 8666 e a contratação integrada do RDC. O que há de comum entre elas é que o contratado vai ser responsável por executar a obra e fazer as instalações necessárias para colocar o prédio em serviço. Então, uma empresa que fizer a reforma da Faculdade de Direito, ela vai deixar tudo pronto para que o serviço seja executado (instalação hidráulica, elétrica), tudo que envolver para entregar a obra pronta para a execução do serviço. Mas, falando das diferenças agora. Pela lei 8666, a administração tem que fazer um projeto básico de execução da obra. Essa contratação integrada só vale pra obras e serviços de engenharia. A lei 8666 estabelece que a administração tem que fazer um projeto básico. Então, existe um projeto básico e existe um projeto executivo. Projeto básico prevê as diretrizes da obra e do que a administração precisa naquela obra. Numa analogia, seria numa receita de bolo seria os ingredientes que a administração precisaria, então ela vai elencar detalhadamente tudo o que ela precisa. O projeto executivo é como vai se dar essa obra, essa construção, essa obra ou serviço de engenharia. Então, a lei 8666 exige que a administração faça um projeto básico e a empresa pode fornecer o projeto executivo. A empresa, nesse caso, ela vai fornecer o projeto executivo de como ela vai executar aquela obra. Difere pro RDC porque ele permite que a administração não faça um projeto básico, que a administração faça um anteprojeto, que é um projeto que ele só vai estabelecer, por exemplo, o desenho arquitetônico daquela obra, algumas diretrizes básicas, sem entrar em muitos detalhes, e aí o licitante é quem vai apresentar o projeto básico e o projeto executivo. O que a gente ganha de vantagem com isso: a gente teria uma empresa que ela planejou tanto o projeto básico como o projeto executivo, então a possibilidade de que aquela execução por ela fosse mais viável é maior. Então, se a empresa não projetou os dois projetos, isso vai

ficar dependendo da capacidade dela de conseguir realizar aquela obra com base naquele valor licitado que ela vai receber para fazer aquilo. Então isso seria uma forma de desestimular os aditivos. Então a empresa não vai fazer um projeto que não foi criado por ela, que foi criado pela administração que agora faz um projeto pra executar, um projeto executivo. Então, um projeto que foi feito por ela mesma, pra que ela faça um projeto pra executar e ela executa, em tese haveria uma menor necessidade de aditivos ou de maior gasto de tempo e dinheiro na execução daquela obra, então o objetivo básico é justamente esse de que a administração só diga mais ou menos o que ela quer e a empresa faz o projeto básico e o projeto executivo pra que ela execute nos termos que ela está acostumada a fazer, dentro das possibilidades dela e restaria um custo menor da obra a depender da obra. A diferença basicamente é essa, que não há necessidade de que a administração faça o projeto básico, faça só o anteprojeto e aí a empresa vai fazer o projeto básico e o executivo, e aí é o que se chama de *know-how*, que é trazer o *know-how* do setor privado para a administração pública. Então, o conhecimento que a empresa tem na execução do serviço dela no setor privado, ela vai poder colocar na execução daquele serviço para a administração, já que ela está fazendo o mesmo projeto. E aí, o RDC traz hipóteses mais restritas de aditivos para o contrato, que isso tá previsto no art. 9º, no §4º. Então, ele traz três hipóteses de termos aditivos, que são: pra recomposição do equilíbrio econômico e financeiro do contrato por caso fortuito – como é o caso do exemplo de fortes chuvas que há um estado de calamidade e a empresa vai precisar gastar mais e o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato precisa ser reestabelecido. Então, foi previsto um milhão pra que a empresa gaste, só que aconteceu essa chuva que destruiu a metade da obra e aí a empresa vai ter que gastar muito mais, então a administração precisa compensar isso para que o contrato não fique desequilibrado, então a empresa vai gastar muito mais do que ela vai receber, então a empresa não pode falir, então é preciso haver um reequilíbrio econômico por situação de caso fortuito ou necessidade superveniente. Outra hipótese de aditivo é no caso de alteração solicitada pela administração. Então, se administração, iniciado o projeto, iniciada a execução da obra, a administração entende que quer fazer alguma modificação, ampliar o projeto, fazer alguma alteração, ela vai precisar fazer um aditivo que coloca mais dinheiro naquela relação contratual. E a contratação integrada tem que ser feita pelo critério de seleção técnica e preço.

O RDC permite as contratações simultâneas. Que seria para o mesmo serviço contratar duas empresas diferentes. Então, o exemplo que tem no livro é de que o órgão público contrata duas empresas de telefonia pra prestar o mesmo serviço de telefonia, mas que uma tenha uma tarifa mais barata durante uma parte do dia e a outra tenha uma tarifa mais barata durante a outra parte do dia, então isso seria mais eficiente, seria mais econômico para a administração contratar duas empresas diferentes para prestar o mesmo serviço, já que você teria um gasto menor com a conta. Isso seria uma forma de fracionamento do objeto e está previsto no art. 11 da lei e nos arts. 71 e 72 do decreto, e não é permitido pra obras e serviços de engenharia.

Falando agora do procedimento licitatório, a inversão das fases que já acontece no pregão – a habilitação acontece depois, que pra evitar esse processo todo de avaliar

todos os documentos de todas as empresas licitantes, depois de escolhido o licitante vencedor é que vai pra habilitação –, essa lei também consolida isso como regra.

O edital, ele deve ser publicado preferencialmente o eletrônico e o RDC afastou a obrigatoriedade de publicar o edital em jornais de grande circulação, então cada vez mais é o eletrônico. OS prazos licitatórios já são reduzidos e estão previstos no art. 15 e você só conta nos dias úteis, como acontece no pregão. Então, você tem prazos menores, mas ao invés de contar dias corridos você conta apenas dias úteis pra não ficar aquele prazo muito pequeno e aí vem um feriado e terminou o prazo. O RDC traz uma outra inovação porque o procedimento licitatório pode ser uma licitação aberta ou uma licitação fechada. Na licitação aberta, os licitantes vão dando os lances – então é lançado o edital, eles se inscrevem e vão dando os lances deles – e têm acesso aos lances dos concorrentes, então isso possibilitaria uma maior concorrência porque enquanto o meu concorrente tá ofertando, eu posso oferecer uma oferta melhor que a dele. Só que existe uma outra modalidade, que é a modalidade de licitação fechada, em que os concorrentes não têm acesso aos valores propostos pelos outros e aí em tese você teria uma outra vantagem, que é a do licitante oferecer aquela proposta do máximo que ele pode, o mais barato que ele pode prestar aquele serviço pra administração, ele o faria, porque ele não tem a oportunidade de fazer uma nova propostas, então ele não sabe quanto os concorrentes estariam oferecendo e aí ele vai e em tese ele colocaria a proposta mais barata que ele pode ir. Há uma discussão se isso seria mais vantajoso. Há uma possibilidade de mesclar essas duas modalidades, então você começa com uma licitação aberta, escolhe três e então parte para a fechada, e aí esses três dão os lances deles pra você poder escolher.

Uma novidade do RDC também é a criação dos lances intermediários. Então, durante a licitação aberta, as empresas podem dar lances que não sejam pra ser o licitante vencedor, mas pra ser o segundo colocado. Então, uma empresa deu um lance e outras empresas acham que não tem condições de cobrir aquele lance, mas elas podem tentar cobrir o lance do segundo colocado, pra ser o segundo colocado. Porque o RDC permite que se o licitante vencedor, na fase da licitação, for reprovado, se os documentos dele não estiverem adequados, é possível contratar o segundo licitante e aí as empresas agora podem disputar esse segundo lugar durante o processo, pra poder em caso de o licitante vencedor não estar apto, assumir esse processo. Isso também viabiliza impedir que empresas, por exemplo, uma empresa laranja dá um valor muito alto, então ela é o licitante vencedor, mas ela não vai ter condições de cumprir aquele contrato, então ela vai ser reprovada na fase de habilitação. Aí ela tá em conluio com a outra empresa que fico em segundo lugar e que vai ser contratada, então há um conluio aí que acontecia mas que essa possibilidade de disputar o segundo lugar durante o processo impede isso. Então, se há uma empresa laranja que dá um valor muito alto que as empresas não vão superar, eles vão pro segundo lugar para evitar isso. E, ainda que terminado o procedimento licitatório, se a diferença entre o primeiro e o segundo colocado no procedimento for superior a 10% – a lei fala “pelo menos 10%”, então é superior a 10% – a comissão pode reabrir o procedimento pra uma nova disputa do segundo lugar. Então, se essa diferença for muito grande entre o primeiro e segundo, a administração pode reabrir essa disputa para os licitantes disputem o segundo lugar.

Crêterios de julgamento

Repete alguns cr terios de julgamento da lei 8666 e criam outros, por exemplo, melhor preço ou maior desconto. Então, a administração vai escolher a empresa que tiver um melhor desconto na execução do serviço. Essa aqui é uma exceção   regra de que o orçamento precisa ser sigiloso. Então, se a administração vai escolher a empresa que tenha um maior desconto naquele serviço ou naquela compra que ela precisa, ela precisa dizer quanto ela vai pagar, quanto ela está disposta a pagar, e aí a empresa que cobrar menos por isso é que vai levar, então aqui o orçamento não pode ficar sigiloso. A técnica e preço, que só pode ser utilizada pra serviço de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica, e que possam ser executados com diferentes metodologias. Isso está previsto na lei no art. 20, no  1  e no art. 28 do decreto, e aqui as regras da 8666 são aplicadas.

Quanto ao cr terio de melhor técnica ou melhor conteúdo artístico, ele se assemelha muito mais ao concurso da lei 8666 do que   melhor técnica da lei 8666. Porque na 8666 a gente viu que na melhor técnica vai escolher a melhor técnica e depois ela vai escolher o que tiver o menor preço, então você termina tendo uma prevalência do preço, e aqui não. Você tem uma comissão, que é formada por pessoas que tenham conhecimento na área, que vão fazer essa escolha –   chamada de comissão especial –, só que essa comissão não decide, então você tem duas comissões para a melhor técnica: você tem a comissão normal e a comissão especial, que tem um notável conhecimento naquele objeto que está sendo contratado e que ela vai fazer o julgamento mas a comissão permanente   que vai decidir. Essa técnica é utilizada pra contratação de projetos ou trabalhos técnicos, artísticos ou científicos. Por exemplo, a logomarca de um evento, a logomarca da copa do mundo: você utiliza esse cr terio de julgamento pra escolher o melhor trabalho artístico ou o melhor trabalho técnico.

O maior retorno econômico, que é outro cr terio, com vistas aí   economicidade. Então, a administração diz que ela gasta x reais com a energia elétrica da cidade, então ela vai contratar a empresa que tiver maior economia em cima disso de que ela gasta x , a empresa que oferecer o serviço por um preço mais barato ela vai contratar.

Outra coisa: a fase recursal do RDC é uma fase única. Então, na lei 8666, a cada fase da licitação você pode ter recursos. O RDC estabelece que o procedimento licitatório tem um única fase de recurso, que   após a habilitação. Então, feita a concorrência, feito o julgamento das propostas, após a habilitação do licitante vencedor, abre-se a oportunidade de entrar com recurso. Isso visa com que o processo seja mais rápido, pra que não seja interpostos recursos a todo momento, então você tem um único momento em que os recursos vão ser julgados e o processo pode correr mais rapidamente.

13/11/2014

Supremacia de poder

A principal característica do contrato administrativo é a participação da administração pública com supremacia de poder. Essa participação da administração pública no contrato com supremacia de poder faz com que exista nos contratos administrativos as chamadas cláusulas exorbitantes. Então, pelo fato da administração pública aparecer no contrato administrativo com supremacia de poder, existe nos contratos as chamadas cláusulas exorbitantes. Cláusulas exorbitantes são cláusulas derogatórias do direito privado, do direito comum, que caso presentes em contratos firmado entre particulares, são nulas por violar o princípio da igualdade entre os contratantes e o princípio da liberdade contratual. Então, veja só. As cláusulas exorbitantes são exatamente as cláusulas que conferem privilégios à administração pública, são cláusulas que conferem prerrogativas à administração pública nos contratos administrativos. As cláusulas exorbitantes se encontram no art. 58 da lei 8666. Leia aí:

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

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

Então, a primeira cláusula exorbitante é a possibilidade de alteração unilateral do contrato. Então, a primeira cláusula exorbitante é aquela que permite à administração pública alterar unilateralmente o contrato administrativo. Existem dois tipos de alterações que podem ser realizadas no contrato administrativo. A primeira alteração é a chamada alteração qualitativa do contrato. A segunda é a alteração quantitativa do contrato. Então, essas alterações qualitativas e quantitativas são aquelas alterações que a administração pública pode realizar unilateralmente. Essas alterações estão previstas no art. 65, inciso I da lei 8666, que diz assim:

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

I - unilateralmente pela Administração:

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

Então, quando ocorrer alteração do contrato em virtude de alteração do projeto, nós estaremos diante da chamada alteração qualitativa. Então, a alteração qualitativa se refere à alterações no projeto, como diz a lei. Então, o que é que acontece? Então, se porventura, vamos dar um exemplo, a administração firma um contrato pra realização de uma obra. Aí, no meio da obra, quando vai começar a obra, verifica que simplesmente não ficou estabelecido no contrato a parte da fiação, toda a parte elétrica não estava no projeto. Então, o que é que acontece: houve um erro no projeto, um equívoco no projeto, então vai ter que alterar aquele projeto, então essa alteração no projeto seria uma alteração qualitativa. Ou então, a gente pode falar de outra forma. Você tá realizando uma obra no metrô, por exemplo, que é uma obra bastante complexa, e aí tem alguma coisa que verifica que vai ter que fazer algum desvio. Tipo fez o projeto, só que quando começou a executar o projeto, naquela forma como tá o projeto, não vai, tem que fazer algumas alterações, então ele faz algumas alterações nesse projeto, então aí seria uma alteração qualitativa. Lembrando que a alteração qualitativa não pode levar à alteração do objeto, ou seja, eu não posso contratar uma empresa pra construir uma escola e depois dizer a ela que ela vai construir, na verdade, um posto médico. Isso aí não é alteração nenhuma, isso aí é mudança do objeto. Essa alteração

qualitativa, obviamente, leva à alteração do preço, que é a única coisa que o contratado pode discutir no contrato, para manter o equilíbrio econômico e financeiro.

A alteração quantitativa está na alínea “b” do inciso I, que diz assim:

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

Então, a lei – a gente vai ver que limite é esse – a princípio estabelece a possibilidade de modificar o valor do contrato por questões de acréscimo ou diminuição do valor do seu objeto. E aí diz que tem que observar os limites da lei. Que limites são esses? Aí eu vou para o §1º do art. 65:

“§ 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.”

Então, veja só. Eu posso fazer acréscimos ou diminuição no objeto no limite de 25 % do valor do contrato, salvo se for reforma de equipamento, reforma de prédio, que aí esse limite passa pra 50 %. Aí você pode perguntar: “porque eles fizeram isso? Porque esse limite de 25 %”. É porque é pra questão de erro de projeto. Quando você faz um projeto de engenharia, ou qualquer projeto, até de prestação de serviços, a possibilidade de você ter um erro é de 15 %. Você pode ter um erro tanto pra mais quanto pra menos, então a lei estabeleceu essa possibilidade de 25 %. Na contratação integrada, o contratado é quem faz o projeto básico, ele que desenvolve o projeto básico. Uma das consequências do contratado desenvolver o projeto básico no RDC é que como ele é quem desenvolve o projeto, ele não vai poder pedir esse aditivo de 25%. Porque, o que é esse aditivo de 25%. Olha, você me mandou fazer isso aqui, mas isso aqui pra eu fazer, eu vou ter que colocar mais 25% do valor do contrato, ou menos. Então, quando ele desenvolve o projeto, como tá no RDC, apropria lei do RDC proibiu que se faça esse aditivo desse acréscimo de 25% ou diminuição de 25%, porque se foi a própria empresa que desenvolveu o projeto, ela tem que assumir o risco desses erros. O que o TCU tem entendido é que tem que provar que realmente precisa desse acréscimo, tem que provar que ele é necessário, a própria administração tem que ir lá. Normalmente não é.

Uma coisa que se pergunta, porque quando eu falei do aumento de 25%, é se for o aumento quantitativo, porque a lei só fala se for uma quantidade que vai aumentar ou diminuir, não é erro de projeto. Aí vem a grande questão: e se for erro de projeto, eu esqueci a terraplanagem, eu não coloquei a parte de tubulação pra fiação, havendo erro de projeto que vai alterar o projeto? A questão é a seguinte: se alterar o projeto, eu tenho limite de alteração do valor do contrato, tipo, eu tenho que respeitar esses 25% ou eu posso mudar o projeto e dizer “olhe, o projeto alterou e com essa alteração no contrato, vai aumentar 40%. Isso é possível. Existe uma serie de discussões jurisprudenciais, inclusive, quanto essa matéria. Eu gosto muito de me pautar pelo que penso o Tribunal de Contas da União, que com certeza são os maiores especialistas e os que mais trabalham nessas questões. Eles entendem que não há uma obrigatoriedade dessa alteração do projeto ficar adstrita àquela limitação de 25% na alteração, que poderia ser mais. Agora, desde que seja devidamente justificado, porque a depender da situação,

you tem que verificar o caso concreto. Por exemplo, Lucas Furtado é do Tribunal de Contas da União e tem um questionamento bastante interessante. Olhe, vocês estão falando de alteração do projeto, ele diz assim: só se for pra mais. Mas, imagine a situação que você começa a fazer uma obra, e aí tem a alteração do projeto, só que essa alteração do projeto caiu em 70% o valor do contrato. Então, o contratado vai ter que aceitar fazer o contrato por 70% a menos? É um questionamento, porque, de qualquer sorte, nós só vimos aí que a alteração pode ser para mais ou para menos – no caso dos 25%, que é da alteração quantitativa, pode ser 25% do valor para mais ou 25% do valor para menos –, então a questão de você deixar a alteração qualitativa muito solta, podendo ser feita sem limitação do valor, pode gerar esse tipo de discussão. Eu entendo que deve se tentar sempre respeitar esse limite de 25%, mas se não puder, deve estar justificado no processo. Agora, sinceramente, se eu fosse gestora pública e fosse responsável pra assinar um contrato que teve uma alteração de 70% a mais por um erro no projeto, eu acho que o melhor seria revogar a licitação e fazer outra, porque você tá realizando um objeto que é quase 100% mais caro do que o que você licitou anteriormente, e aí pode ter uma série de implicações, e tudo eu vou ter que ver no caso concreto. Por exemplo, pode ser que essa alteração de projeto venha a alterar, inclusive, a modalidade de licitação que eu fiz inicialmente, pode ser que se exija um capital da empresa que la não tem naquele momento porque o valor era menor. Então, tudo isso deve ser observado, então eu acho mesmo que depende do caso concreto, lembrando que não há unanimidade com relação à alteração qualitativa.

A outra cláusula exorbitante do contrato administrativo é a possibilidade que tem a administração pública de rescindir unilateralmente o contrato administrativo. É a segunda cláusula exorbitante, que está no art. 58, que diz assim:

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

Vejam só: o art. 78 diz assim:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:”

Estes motivos que estão no art. 78, como motivos que podem levar à rescisão do contrato, nem todos se referem à rescisão unilateral. Quais são aqueles dispositivos que estão no art. 78 que se reportam à rescisão unilateral e quais são as naturezas desses motivos, o que é que pode levar à rescisão unilateral? Primeiro: eu posso ter a rescisão unilateral do contrato administrativo por falta cometida pelo contratado. Então, primeira situação, são situações que estão no art. 78, que são situações que demonstram faltas cometidas pelos contratados. Onde é que estão, no art. 78, essas faltas cometidas pelo contratado? Estão nos incisos I ao inciso VIII do art. 78. Quais são elas, só pra dar um exemplo:

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

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

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

(...)

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

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

Então, do inciso primeiro ao inciso VIII, eu tenho varias situações que caracterizam falta do contratado e que, portanto podem levar à rescisão unilateral do contrato.

Eu também posso rescindir unilateralmente o contrato, segundo: pelo desaparecimento do contratado. Aí, as situações estão do inciso IX ao inciso XI. Do inciso IX ao inciso XI são situações que levam à rescisão unilateral do contrato por desaparecimento do contratado. Que situações são essas? Se a gente ler, é a situação de falência do contratado, morte do contratado. Quer ver outra, por exemplo? Se o contratado altera o seu objeto social, cairia nessa situação. O que é alterar o objeto social? Por exemplo, eu presto serviços médicos, aí eu descobri que tem um contrato que eu posso prestar, que é pra serviços de informática. Aí eu vou lá na junta comercial e altero o meu objeto social. Digo: “olha, eu vou alterar aqui na junta, eu não vou mais prestar serviço medico, eu vou prestar serviços de informática, bote aí na minha certidão”. Quando eu fizer isso, eu não vou poder mais prestar serviços médicos porque houve alteração do meu objeto social. Então, essa alteração do objeto social é equiparada ao desaparecimento do contratado porque ele perde sua característica básica e aí o contrato é rescindido unilateralmente.

A outra situação que pode levar à rescisão unilateral do contrato é a possibilidade de rescisão unilateral do contrato por motivos de interesse público, e essa situação do interesse público está no inciso XII do art. 78, que diz assim:

“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;”

Você quer ver uma coisa? Digamos que aqui, a faculdade de direito vai sair desse prédio e aí ela vai pra outro prédio, só que momentaneamente, durante mais ou menos uns dois anos ela vai ficar funcionando num prédio de salas alugadas, mas eu tenho esse contrato aqui com essa cantina, que é um contrato, digamos, de cinco anos. Eu não tenho mais porque ficar com esse contrato porque foi uma situação que aconteceu depois do contrato, eu vou mudar e eu não tenho como alojar essa cantina. Eu vou fazer o quê? Eu vou rescindir o contrato com base nesse dispositivo, por uma questão de interesse público por uma situação que foi relevante e superveniente à formação do contrato. É um processo que tem que explicar, tem que estar motivado, tudo direitinho.

A última situação que pode levar à rescisão unilateral do contrato é a situação que está no inciso XVII do art. 78, que fala:

“XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.”

Então, se ocorrer uma situação de caso fortuito por uma situação de terceiros, ou força maior que impeça a execução do contrato, esse contrato vai ser rescindido unilateralmente.

Para que eu rescinda unilateralmente o contrato, eu tenho que obrigatoriamente instaurar o processo administrativo e assegurar o contraditório e a ampla defesa. Então, não adianta a empresa ter cometido 500 mil faltas. Por exemplo, essa cantina daqui, ela tem um horário de funcionamento e ela não tá cumprindo o horário dela que tá lá no contrato firmado com a faculdade. Aí, simplesmente não pode chegar lá o Prof. Celso e dizer assim: “Olhe, cadê o proprietário? Tá aí? Tá. Olhe, amanhã você não vem mais porque você tá descumprindo cláusula contratual, então nem venha. Pode entregar a chave e você não apareça mais aqui. Está rescindido o contrato.” Ela vai poder vir no dia seguinte e trabalhar normalmente, inclusive com um mandado de segurança e uma liminar que com certeza ela vai obter. Porque, qualquer rescisão tem que ser precedida da instauração de um processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. O que a administração pode fazer é conseguir uma liminar pra tirar a empresa logo, mas ela não pode fazer assim, de qualquer jeito, senão a empresa pode conseguir voltar.

Outra coisa: segundo o art. 79, §2º, se porventura a rescisão do contrato acontecer com interesse público, caso fortuito ou força maior, a empresa terá direito à indenização, é obrigado a indenizar. Quem instaura o procedimento administrativo: quando é detectada a falta, a autoridade superior manda instaurar, normalmente o secretário manda instaurar o processo administrativo para a apuração daquela falta.

20/11/2014

A gente falou muito em falta do contratado, então o questionamento que se coloca é o seguinte: no contrato administrativo pode ser arguida a exceção do contrato não cumprido? No contrato privado tem uma cláusula que é a exceção do contrato não cumprido, que significa que nos contratos de direito privado, se uma parte não cumpre sua obrigação contratual, a outra parte não está obrigada a cumprir sua obrigação. Então, por exemplo, se você contrata alguém pra fazer um determinado serviço, uma obra em sua casa, se você deixar de pagar na forma combinada, a pessoa não está obrigada a continuar a trabalhar, porque pode arguir no contrato de direito privado a exceção do contrato não cumprido, ou seja, se você não realiza sua parte, eu não estou obrigado a realizar a minha. Aí, o grande questionamento que existe é que a exceção do contrato não cumprido se aplica também aos contratos administrativos? Essa é uma questão. Veja só, entende-se que a princípio não se aplica, em razão da supremacia do interesse público. A princípio não se aplicaria a exceção do contrato não cumprido aos contratos administrativos, em virtude da supremacia do interesse público. Quer dizer, como a administração pública tem o princípio da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público, porque como a atividade administrativa não pode ser interrompida, ela não pode sofrer o que se chama de solução de continuidade, como a atividade administrativa não pode ser interrompida, não pode o contratado arguir a exceção do contrato não cumprido e deixar de cumprir a sua parte do contrato. O que eu posso fazer em regra? Se a administração pública não cumpre sua parte no contrato, eu vou até o poder judiciário e posso requerer um mandado de segurança ou uma liminar pra que eu possa não cumprir a minha parte contratual. Então assim, é possível que aconteça dessa forma por uma determinação judicial, agora em regra, se a administração pública deixar de cumprir sua parte do contrato e automaticamente o contratado também deixar de cumprir sua parte do contrato em razão dessa falta da administração pública,

isso pode inclusive caracterizar uma falta do contratado, porque em regra ele não está autorizado a não cumprir a sua parte do contrato somente pelo fato da administração não ter cumprido com a sua parte. Isso, inclusive, é uma das consequências do princípio da supremacia do interesse público. Então por exemplo, eu falei pra vocês que o princípio da supremacia do interesse público sofre uma certa flexibilização, ou seja, ele não é mais um princípio absoluto, como se fosse uma carta branca para administração pública. Isso quer dizer que pode ser que numa situação prática você consiga provar, por exemplo, exigir até judicialmente, que você interrompa e que a administração aplique a você uma sanção porque você não deveria ter interrompido em função da paralisação da administração, e você consiga no judiciário, por essa flexibilização do princípio da supremacia, que o judiciário reconheça que você não cometeu falta nenhuma. Vou dar um exemplo, só a grosso modo. Por exemplo: a administração está autorizada pela lei a se você, por exemplo, deixar de receber dois meses de pagamento por parte da administração, isso não é motivo pra você paralisar a execução da obra, porque a lei autoriza você a paralisar só depois do terceiro mês. Então, até dois meses você tem que continuar. Você não recebeu o primeiro mês, tem que continuar o segundo mês e mesmo se não recebeu no segundo mês você ainda tem que continuar. Por exemplo, digamos que eu faça um contrato de obra, aí eu fico realizando uma obra construindo uma praça, aí eu paralisei por dois meses e a administração não me paga. Quer dizer, pelo que tá na lei, eu não poderia parar, porque senão estaria caracterizada a minha falta contratual. No entanto, digamos que eu pudesse provar e eu consiga provar no judiciário que na verdade, os danos que seriam causados a mim, se eu continuasse, seriam muito maiores que os causados para a administração pública. Porque por exemplo, o que a administração pública está construindo é uma praça e essa praça é somente pra gerar um entretenimento para as pessoas, mas assim, no entanto, se eu continuar prestando esse contrato mesmo depois de dois meses sem receber, mesmo a lei dizendo que eu tenho que continuar, eu posso mostrar que a minha empresa vai falir, que ela não tem fôlego financeiro pra ficar mais um mês sem receber. Então assim, quando a gente fala em flexibilização do princípio da supremacia, leva-se em consideração algumas coisas, inclusive essa questão da impossibilidade de arguição da exceção do contrato não cumprido. A regra é que não cabe exceção do contrato não cumprido, no entanto, fala-se que o art. 78 traz exceções a essa regra. Onde é que estaria essa exceção a essa regra da exceção do contrato não cumprido? O art. 78, incisos XIV e XV fala assim:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

Então diz assim: a administração começa a determinar a suspensão da execução do contrato. Ela determinando a suspensão da execução do contrato, isso é um descumprimento do contrato, porque você me contratou pra prestar o serviço, então você não pode ficar toda hora “ah, suspenda”, porque você tá descumprindo o contrato porque isso não tá no contrato, há um descumprimento do contrato. Aí alei diz que você

é obrigado a suportar esse descumprimento contratual da administração sem fazer nada. Se por exemplo, a administração disser: “olhe, suspenda a execução do contrato por quinze dias”, “suspenda por vinte”, você não pode virar pra administração e dizer: “olhe, eu vou rescindir o contrato, não vou mais cumprir, porque você tá toda hora determinando suspensão, você tá descumprindo o contrato, então eu também não vou mais cumprir, vou parar”. Não pode fazer isso. Agora, a lei autoriza que se por ventura essa suspensão perdurar por 120 dias consecutivos ou não, se a soma da interrupção, das intervenções, somarem 120 dias ou então forem de 120 dias ininterruptos, nesse caso o contratado tem essa opção, ele pode também suspender a execução do contrato e só retornar quando for normalizado, essa é uma das hipóteses.

A segunda hipótese está no inciso XV, que diz:

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;”

Então, nesse caso também, é uma questão de suspensão. Até 90 dias, eu tenho que suportar esse não pagamento, agora superior a 90 dias eu posso suspender a execução do contrato. Então essas são as situações em que há a possibilidade de paralisação da execução. Alguns autores colocam uma ou outra a mais, mas essas daí são as que realmente revelam que são exceções à exceção do contrato não cumprido.

Vamos agora falar de uma outra cláusula exorbitante, que é a possibilidade que tem a administração pública de fiscalizar a execução do contrato, então é a fiscalização da execução do contrato administrativo, que está no art. 58 que traz as cláusulas exorbitantes, diz lá “fiscalizar-lhes a execução”. Com relação à fiscalização, eu costumo dizer que um dos principais problemas do contrato administrativo, qualquer que seja ele, é a execução. O artigo que fala da fiscalização propriamente dita é o art. 67, também da lei 8666. Na verdade, a grande a grande situação mesmo dos contratos administrativos, o grande problema hoje, estão ligados aos desvios contratuais, estão ligados à execução do contrato. Na verdade, os vícios na licitação, na formação do contrato, são muito menores do que os que você encontra na execução do contrato, e a lei 8666 não deu a devida atenção na questão da fiscalização, tratou em somente dois artigos, que são os arts. 67 e 68 da lei 8666. O art. 67 diz assim:

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.”

Então, o que se tem exigido – e isso não é seguido a linha – é que todo contrato deveria estabelecer quem é que vai ser o fiscal do contrato, só que normalmente os

órgãos públicos não fazem isso, ele diz qual é o setor responsável pela fiscalização. Isso é péssimo, porque muitas vezes, como o setor de fiscalização comporta várias pessoas e servidores, às vezes é uma dificuldade enorme a gente determinar quem fiscalizou a execução do contrato. Por exemplo, já aconteceu algumas vezes de você pegar uma execução do contrato e eu falei que normalmente quando você tem um contrato, você tem que ter uma medição. Por exemplo, você faz alguma coisa do contrato, aí pra você receber o pagamento referente àquela etapa, eu vou lá com o fiscal e vejo o que é que você fez, aí você diz “eu fiz isso” e eu atesto. Então, todo serviço realizado, toda obra realizada, toda compra tem um atesto de alguém que efetivamente fiscalizou e viu que realmente foi cumprido aquilo. Se eu não identificar quem é o fiscal, como por exemplo nas ações de improbidade a responsabilidade é subjetiva, eu não posso falar em responsabilidade objetiva. Então, por exemplo, eu não posso numa ação de improbidade dizer que não identifiquei quem era o fiscal do contrato, mas como esse órgão tem dez pessoas eu vou acionar as dez. Eu não posso fazer isso porque a responsabilidade é subjetiva. Então, quando você não tem especificado quem, quando você não identifica, você não pode responsabilizar, então às vezes o fiscal sai ileso em função disso. Outra coisa que pode acontecer é se a execução de um contrato for de grande complexidade, nada impede que a administração contrate uma empresa pra realizar só essa etapa de fiscalização. Por exemplo, no caso da Fonte Nova, uma empresa foi contratada só pra fazer a fiscalização da obra. Quando teve aquele problema do metrô de São Paulo que caiu e fez aquele buraco, uma das discussões é que tinha uma empresa contratada pela própria concessionária, ou seja, a administração determinou que a concessionária contratasse uma empresa pra realizar a fiscalização, e a concessionária contratou e aí teve aquele problema todo. O estado tentou sair debaixo arguindo que na verdade tinha essa cláusula do contrato e que quem tava fiscalizando era a empresa, querendo jogar a responsabilidade para a empresa, que era que estava fiscalizando. Mas tem que saber o seguinte: mesmo que você estabeleça no contrato uma obrigação de que a empresa é que vai arcar com os custos da contratação de uma outra empresa pra fiscalizar, isso não retira a responsabilidade de fiscalização da administração pública, ela persiste com essa responsabilidade de fiscalização. Se você receber as notificações do fiscal e não corrigir, isso inclusive é um dos casos que pode levar à rescisão unilateral.

Além dessa prerrogativa do contrato administrativo, nós temos outra, que é a possibilidade da administração pública de aplicar sanções ao contratado. Veja só, as sanções contratuais que a administração pode aplicar ao contratado, elas estão no art. 87 da lei 8666. De antemão, eu já posso informar a vocês que a administração só pode aplicar sanção se instaurar processo administrativo assegurado o contraditório e a ampla defesa. Toda sanção a ser aplicada tem que ser precedida de processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Eu só vou instaurar u processo administrativo se você tiver cometido uma falta contratual, então eu vou fazer uma portaria dizendo a falta que você cometeu, aí vai instaurar o processo e você vai provar que você não cometeu aquela falta ou então que a falta pode ter até acontecido, mas que não foi você que causou, foi um terceiro ou foi a própria administração. O art. 87 diz assim:

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

Qual é o primeiro problema que nós identificamos nisso aqui? O primeiro problema que nós verificamos é que não diz, não estabelece quais são as faltas. Porque, o que é que acontece? Pelo princípio da estrita legalidade, no direito penal, por

exemplo, você tem a infração e a sanção que cabe. O que é que acontece na lei de licitações aqui? Ela não diz quais são as infrações, diz assim: “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:”, e estabelece quais são as sanções. O que é que a administração pública vai poder fazer? Ela vai ter a possibilidade de discricionariamente escolher qual é a sanção que ela vai aplicar, só que essa discricionariedade está sujeita a princípios, a exemplo do princípio da proporcionalidade. Não pode a pessoa cometer uma falta leve, por exemplo, atrasou dois dias, e aí aplicar uma declaração de inidoneidade. Ou seja, apesar de existir, pela leitura do art. 87, uma discricionariedade concedida à administração pública na escolha da sanção a ser aplicada em diversos casos, por óbvio essa discricionariedade está sujeita a princípio, inclusive ao princípio da proporcionalidade, como acontece com o poder de polícia. Quais são as sanções que estão no art. 87: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. São as quatro sanções que estão no art. 87.

Advertência seria que há uma falta contratual e faz uma advertência escrita ao contratado. Veja só, a advertência é uma sanção que tem uma repercussão meramente educativa, porque ela não gera nenhuma consequência prática. Essa advertência por si só, ela não gera nenhuma consequência prática, ela tem uma função meramente educativa. Assim, se você cometeu uma falta e aplicou uma sanção de advertência, o que a gente pode dizer é que se provavelmente você cometer outra, vai ser aplicada uma sanção mais grave, não vai ficar repetindo várias advertências, mas ela em si, ela traz somente, ela só tem essa função mesmo educativa.

Com relação à multa, o art. 86 até traz alguma coisa em relação à multa. Ele diz assim:

“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.”

Apesar daqui falar que o atraso injustificado leva à sanção de multa, vocês poderiam perguntar se eu só vou poder aplicar multa em caso de atraso injustificado. Não, pode ter outras situações em que você aplique a sanção de multa também. Ele ali tava falando de atraso injustificado, mas isso não quer dizer que é a única hipótese que vai levar à aplicação de multa. Por exemplo, você pode ter feito um contrato por erro, não fica comprovada a má-fé, você utiliza algum tipo de material que não era o que tava no contrato, aí o fiscal detecta e determina que você troca, você não troca, fica discutindo, instaura o processo administrativo e você diz “não, tudo bem, eu vou trocar”, aí a administração diz que vai aplicar uma multa porque você utilizou um material que não deveria ter utilizado. Pode aplicar uma multa? Pode. Então, quer dizer que apesar do art. 87 falar especificamente de atraso injustificado, não significa que só caiba esse tipo de sanção nessa situação, outras também poderão levar à aplicação da multa. O §1º diz que:

“§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.”

Então, a multa é um tipo de sanção, tanto ela como a advertência, que ela pode ser aplicada e ser mantida a relação contratual, ou seja, eu posso aplicar uma multa pra você e não rescindir o contrato, não há necessidade da rescisão do contrato. E nada impede, é a única sanção que pode ser aplicada cumulativamente com outra. Por exemplo, eu posso aplicar a você a declaração de inidoneidade e multa. Posso aplicar a

você a suspensão temporária e multa. A advertência e multa não tem sentido, porque a advertência é mais branda do que a multa. Não tem porque você aplicar advertência e multa, porque vai ser bem inócuo mesmo. Mas ela pode ser aplicada juntamente com outra sanção. O §2º do art. 86 diz assim:

“§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.”

O que é que acontece? Nós vimos aqui, e isso se aplica aqui também, que a multa não é dotada de auto-executoriedade. Se eu aplicar a multa – nós falamos disso quando falamos de ato administrativo – e você não pagar, eu vou ter que ir judicialmente cobrar de você, isso é um fato. Só que a lei diz aqui que eu posso descontar a multa de duas formas: ou eu desconto dos pagamentos devidos ao contratado, ou eu desconto da garantia prestada. Lembra que tem a garantia ao contrato? A gente até vai falar ainda. Então, se ele prestou garantia ao contrato, eu posso descontar a multa dessa garantia. Veja só, quando eu fiz a leitura da lei, parece que primeiro ele vai pra garantia, desconta da garantia, e se não for suficiente, eu vou e desconto do que é devido. Só que o TCU já se manifestou da seguinte forma: se porventura eu for aplicar a multa e eu mantenho a relação contratual, eles indicam que não desconte a multa da garantia, porque se eu descontar a multa da garantia, eu vou ficar com o contrato descoberto, sem garantia. Então, quando você vai aplicar a multa e você mantém a relação contratual, o ideal é que se desconte a multa primeiramente das parcelas devidas, mas isso aí fica muito a critério.

Vamos falar agora da questão da suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Essas duas sanções que eu falei aqui, da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade, elas têm uma situação em comum. O que elas têm em comum é que uma vez aplicada qualquer uma das duas sanções, o contratado não poderá contratar com a administração pública ou participar de processo licitatório, ele nem pode contratar e nem pode participar de processo licitatório. Olha, então você já pode concluir – isso não está na lei – que se ele não pode participar de licitação e ele não pode contratar com a administração pública, se eu aplicar a suspensão temporária ou a declaração de inidoneidade, eu tenho que rescindir o contrato. Não tem sentido eu aplicar uma sanção que você não pode contratar com a administração pública nem pode participar de licitação e continuar com aquela relação contratual.

O que é que essas sanções têm de diferente? O que é que diferencia a suspensão temporária da declaração de inidoneidade? Primeira diferença, é que (está na lei) o prazo máximo da sanção de suspensão temporária é de 2 anos. Essa é a primeira diferença. No caso da declaração de inidoneidade, o prazo mínimo da sanção é de 2 anos, desde que condicionado ao ressarcimento de danos eventualmente causados. Olha, eu não posso estabelecer uma declaração de inidoneidade com o prazo menor que 2 anos, porque o prazo mínimo é de 2 anos. Agora, se eu estabeleço 3 anos, eu posso. Quando passar três anos, se ficar provado que o contratado causou danos, pra você reestabelecer esse direito de contratar com a administração e participar de licitação, você tem que provar que os danos que você causou, você já ressarcuiu. Então, fica condicionada essa reabilitação não só ao decurso do prazo da sanção, mas também ao ressarcimento dos danos eventualmente causados. Essa é a primeira diferença. A

segunda diferença é que quando a lei fala na sanção de suspensão temporária, diz que ele não vai poder participar da licitação nem contratar com a administração. Quando trata da sanção de declaração de inidoneidade, diz que ele não pode contratar nem participar da licitação com a administração pública. Ou seja, na suspensão temporária utilizou o termo “administração” e na declaração de inidoneidade utilizou o termo “administração pública”. Qual é a diferença: eu vou ter que ir para o art. 6º da lei. O art. 6º da lei diz que a administração é o órgão ou a unidade administrativa contratante. Então, pela interpretação da lei, se o contrato foi firmado, por exemplo com a Ebal e teve uma suspensão temporária, eu não posso contratar com a Ebal. Se foi na secretaria de saúde do estado da Bahia o contrato, e me aplicou a sanção de suspensão temporária, eu não posso contratar somente com o estado da Bahia. Eu tenho que ter essa interpretação mesmo porque a gente sabe que o órgão é uma parte de um todo, apesar de alguns defenderem que nesse caso quando fala em órgão contratante, como o órgão foi a secretaria de saúde, ele não pode contratar com a secretaria de saúde, mas pode, por exemplo com a secretaria de educação. Tem quem ache que é assim, enfim, mas a suspensão temporária está limitada à com certeza aquela pessoa jurídica. Então, nada impede que uma empresa tenha uma suspensão temporária de dois anos pra contratos com o município de Salvador e esteja contratando ainda com o estado da Bahia, com o município de Lauro de Freitas, sem problema nenhum. Já quando a lei fala em “administração pública”, e fala no art. 6º, inciso XI, diz assim:

“XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;”

Nesse caso aqui, ele vai ficar impossibilitado de contratar, na declaração de inidoneidade, com todo e qualquer ente administrativo. Então, a interpretação da declaração de inidoneidade é mais ampla. Se você tiver uma sanção de declaração de inidoneidade, você não pode mais contratar com a administração pública. Teve uma decisão do STJ, que um desses municípios aplicou uma sanção de declaração de inidoneidade à Odebrecht e o STJ entendeu que no caso da Odebrecht, à declaração de inidoneidade não poderia ser dada a consequência que consta da lei, que é em todo o País, porque a Odebrecht só tinha contrato basicamente com a administração pública, então se aplicar essa sanção, é a mesma coisa de aplicar a sanção de extinção da empresa, então por isso entendia-se que naquela hipótese, que eu achei tão tendenciosa, só caberia em relação ao ente contratante. Tudo na administração pública é muito confuso, então os processos são extremamente mal instruídos, cheios de nulidades e facilmente a empresa vai no judiciário e anula. Isso quando a administração, por motivos que nós não imaginamos quais, não aplica essas sanções.

Garantias contratuais

Vamos falar agora sobre as garantias contratuais. As garantias contratuais estão no art. 56 da lei 8666. O art. 56 diz o seguinte:

“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.”

Veja só, na verdade não há uma obrigatoriedade de garantia, mas normalmente quando se faz um contrato administrativo de prazo ou contrato de obra ou de fornecimento em que o valor é muito alto e não se exige garantia, uma das primeiras coisas que o Tribunal de Contas alega como irregular é a falta dessa garantia, então normalmente ela é pedida. Essa garantia, a lei estabelece quais são os tipos de garantia. Dentre os tipos de garantia previstos na lei, o contratado pode escolher qualquer uma, quer dizer, ela não pode dizer qual é o tipo de garantia. Quais são os tipos de garantia que tá aí na lei? Aí vem:

“§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:”

Então, existem as garantias que estão na lei, mas quem vai dizer qual é a garantia que vai prestar é o contratado. Quais são:

“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;”

Então, os títulos da dívida pública ou em dinheiro. Segundo:

“II - seguro-garantia;”

Que é dado pelas seguradoras mesmo, ou:

“III - fiança bancária.”

Que aí seria aquela fiança dada por banco. Normalmente eles utilizam muito fiança bancária, é o que mais está presente.

A questão do valor da garantia: em regra, a garantia é de 5% do valor do contrato, como está no §2º:

“§ 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.”

Excepcionalmente, se o contrato for de grande valor e se tiver riscos contratuais, riscos maiores contratuais, pode chegar a 10%. O §3º diz assim:

“§ 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.”

Depois da execução do contrato, a garantia é devolvida, obviamente, executou o contrato, a garantia é devolvida. E tem outra coisa: muitas vezes, o que é que a gente sente muito e a administração não presta atenção? Ela contrata uma empresa em uma certa situação, a garantia perde o valor – porque às vezes você pega uma garantia por

dez anos, o contrato deu onze anos e aí a garantia já acabou – e a administração não pede pra complementar aquela garantia, para reestabelecer aquela garantia. Então, se essa garantia, se eu prorrogar o contrato e ela se tornar insuficiente, eu tenho que pedir que o contratado complete essa garantia, sob pena de rescisão do contrato.

25/12/2014

Equilíbrio econômico e financeiro do contrato

O equilíbrio econômico e financeiro do contrato é a equação financeira estabelecida quando do início do vínculo contratual firmado entre a administração pública e o contratado, que deverá ser mantida durante toda a execução do contrato. Veja só, quando alguém firma um contrato com a administração pública, a única coisa a que essa pessoa tem direito é a garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. O que é isso? É que aquela equação financeira, que foi firmada no início, ela tem que ser mantida durante toda a execução do contrato, ou seja, se houver um desequilíbrio financeiro, a administração tem que reestabelecer esse reequilíbrio, porque o direito do contratado é manter esse equilíbrio econômico do contrato durante sua execução. A administração tem a obrigação de manter esse equilíbrio econômico e financeiro do contrato durante toda a execução do mesmo. É o único direito, inclusive, do contratado. Quais são as situações que podem levar ao desequilíbrio financeiro do contrato administrativo? Primeira situação: a alteração unilateral do contrato administrativo. Nós já vimos aqui que pode existir a alteração unilateral do contrato, que pode ser qualitativa ou quantitativa. Então, se existir alteração unilateral do contrato, claro que vai gerar um desequilíbrio e vai levar à necessidade de reestabelecer esse equilíbrio. A segunda situação que pode levar à alteração do equilíbrio econômico e financeiro do contrato é o chamado fato príncipe. Fato príncipe é o exercício de competência pública ou uma decisão proferida por ente público, extraordinária, imprevisível e extracontratual, que altera a equação financeira inicialmente estabelecida. Ora, o que seria esse exercício da competência pública extraordinária? Se ela é extraordinária, significa que não é uma situação qualquer. Ela é imprevisível porque significa que quando eu firmei o contrato, eu não sabia que ela existia. E ela é extracontratual porque é o exercício de uma competência pública fora do contrato, mas que reflete no contrato. Eu vou dar um exemplo. Digamos que o governo federal através da secretaria competente, exija aquisição de determinado equipamento para a prestação de serviço de segurança. Quem prestar serviço de segurança tem que ter tal equipamento. Ora, o que é que vai acontecer? Essa aquisição do equipamento vai alterar todos os contratos referentes a contratos de serviço de segurança. Então, foi uma determinação do governo federal, mas que se refletiu diretamente em todos os contratos de prestação de serviço de segurança. Exemplo: digamos que todo mundo pagasse transporte coletivo e aí, quando surgiu a lei estabelecendo que idoso não paga transporte coletivo. O que foi que aconteceu? Foi uma decisão administrativa que se refletiu em todo contrato de concessão de serviço de transporte público, porque idoso passou a não pagar. Então, veja que é o exercício de uma competência pública, que ela é extracontratual, ela é extraordinária e ela é imprevisível, mas que ela repercute na equação financeira do contrato.

Existe uma discussão que tem uma certa repercussão no direito francês, mas que não tem no direito nacional. Porque, veja só. Todas as cláusulas que eu vou falar aqui agora, ocorrendo o desequilíbrio, quem vai arcar com o custo do equilíbrio é só a administração pública, a administração pública tem que reequilibrar. No caso da França,

por exemplo, ocorrendo o fato príncipe, realmente quem reequilibra é a administração. Agora, ocorrendo a teoria da imprevisão, que a gente vai ver aqui, isso é dividido entre a administração e o administrado. Então, em razão disso, na França se estabeleceu que eu só considero fato do príncipe quando o exercício de competência pública, quando ela reflete nos contratos firmados na mesma esfera do exercício daquela competência. Por exemplo, aquela questão da exigência de equipamentos para prestação de serviço de segurança, se ela foi uma decisão do governo federal, ela só seria considerada fato do príncipe para os contratos firmados no âmbito federal. Nos contratos firmados nos âmbitos dos estados e municípios, ela não entraria como fato do príncipe, entraria como teoria da imprevisão. No nosso caso, alguns livros que vocês vão estudar, vão abordar isso que eu falei aqui. Por exemplo, fato do príncipe, ele pode ser qualquer exercício competência pública que gere um desequilíbrio em qualquer contrato firmado no âmbito nacional, ele é considerado fato do príncipe? Aí você vai dizer: “depende”. Maria Sylvia, por exemplo, entende que não, só é fato do príncipe o exercício de competência pública no que diz respeito a contratos firmados no mesmo âmbito de governo em que foi exercida essa competência pública. No nosso ordenamento, essa diferença não tem o menor efeito prático, porque qualquer das situações que nós vamos estudar aqui, que gere um desequilíbrio, quem vai reestabelecer o equilíbrio é a administração. Na França não é assim, o estado francês fica responsável integralmente pelo equilíbrio se eu qualificar como fato do príncipe. Se eu qualificar como teoria da imprevisão, ele divide esses prejuízos com o contratado, então daí tem que ter o cuidado de separar se só é fato do príncipe. Por exemplo, aquele caso que eu dei aqui, do contrato que vai onerar os contratos, serviços de vigilância, por exemplo, firmados com a União. Firmados com o estado e com município, teremos teoria da imprevisão. Pra a gente essa diferença não faz sentido porque as consequências são as mesmas.

Teoria da imprevisão

Teoria da imprevisão é o acontecimento extraordinário, extracontratual e imprevisível, que repercute na equação financeira do contrato inicialmente estabelecido. Vejam que aí é mais amplo. Por exemplo, digamos que chova, você tem uma tempestade que vai superar todos os índices pluviométricos possíveis para esse mês. Digamos que chova em um mês o que estava previsto para chover em um ano, e aí isso vai gerar um problema nesse contrato de obra porventura existente. Então os danos que decorrerem disso daí, pode ser considerado teoria da imprevisão. A greve em determinado setor, por exemplo, greve na construção civil, é outra coisa. A greve na construção civil pode ser considerada também uma teoria da imprevisão. Agora, tem situações que começa a se discutir. Por exemplo, o aumento do dólar. Teve uma época no meio da gestão de Fernando Henrique que todo mundo dormiu com o dólar 1 x 1 e amanheceu com o dólar 3 x 1. Nesse caso, pode ser considerado uma teoria da imprevisão porque foi uma situação excepcional, aí todos os contratos administrativos que trabalhavam com a moeda estrangeira sofreram desequilíbrio. Então assim, tem certas situações que podem, agora tem situações que se discute, por exemplo, a criação do CPMF. Quando se criou o CPMF, muita gente queria colocar como teoria da imprevisão e aí o TCU não aceitou. Data base do servidor público o TCU não vem aceitando. Todo ano os empregados tem uma data base. Por exemplo, o empregado da construção civil, o empregado que presta serviço de limpeza, todos esses tem a data base anual para ter aumento de salário. Isso seria uma teoria da imprevisão? Não, porque de qualquer sorte é um fato já previsível, não tem que ser aceito.

Fatos imprevisíveis ou sujeições imprevistas

Fatos imprevisíveis ou sujeições imprevistas é o acontecimento material imprevisível e extraordinário que se verifica quando da execução do contrato administrativo. Veja só, o que seria são pouquíssimos exemplos de sujeições imprevistas, sempre todos os livros dão o mesmo exemplo. Por exemplo, você vai realizar uma obra e a empresa é contratada pra realizar uma obra. Aí quando você vai fazer a escavação, você vê que tem um lençol d'água que você na sabia que ia ter: onera o contrato. Ou então um terreno rochoso. Então, são situações assim que se considerariam como fatos imprevisíveis. Vejam que ela é contratual e é um acontecimento material.

Fato da administração

Fato da administração é a omissão administrativa ou o descumprimento de cláusula contratual pela administração, que gera o desequilíbrio da equação financeira contratual inicialmente estabelecida. Equação financeira é o quanto você vai gastar e o quanto você vai ganhar. É um cálculo que envolve os seus gastos e os seus ganhos, é como se fosse um custo-benefício do contrato. Fato da administração seria, por exemplo, digamos que é um contrato de obra, a administração tinha que liberar determinada área para que fosse realizada essa obra e ela não libera esse espaço. Tinha que realizar essa desapropriação e não realiza, aí tem que ficar esperando a administração pública atuar. Ou então, é uma situação em que a administração determina que o contratado paralise a execução do contrato por determinado período. Tudo isso aí é fato da administração. A diferença é que é o exercício de uma competência pública, uma omissão administrativa, mas ela não é genérica, ela está dentro do contrato mesmo. Fato do príncipe é uma determinação genérica, não é ligada àquele contrato, e no caso do fato da administração é com aquele contrato. Tipo assim, para que você realizasse uma obra, eu tinha que realizar uma desapropriação naquele determinado local e eu não realizo essa desapropriação. Então, é uma omissão ou uma má atuação ou quebra contratual da administração pública dentro do contrato. Ocorrendo qualquer um desses casos, eu tenho que instaurar um processo administrativo para que fique comprovado esse desequilíbrio e quantificar esse desequilíbrio.

Ocorrendo qualquer uma dessas situações, o reequilíbrio vai se dar através de termo aditivo. Nesse caso aí, o que vai acontecer é uma revisão de preço e o termo que se utiliza pra esse reequilíbrio é chamado de revisão de preço. Então por exemplo, eu sou uma empresa, aconteceu uma dessas situações, eu vou querer o quê da administração? Eu vou querer a revisão de preço, a revisão do valor contratual, o termo certo é “revisão”. Alguns falam também em realinhamento. Se eu disser assim: “fulano pediu a revisão contratual”. Se ele pediu a revisão contratual, eu vou saber que ele tá entendendo que houve uma dessas 5 situações que estão aí e que ele quer que seja reestabelecido o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato por uma dessas 5 situações. Eu vou pedir a revisão, aí a administração vai instaurar o processo pra ver se é devido ou não. Aí, quando ela disser que sim é que vai ter a revisão contratual, que se dá através de um termo aditivo. Se a administração não conceder a revisão, aí vai pro judiciário.

Uma coisa é isso que eu expliquei, que é a revisão contratual, outra coisa é o reajuste do contrato. O reajuste incide nos contratos administrativos a partir de um ano da apresentação da proposta, sendo ele anual, realizado através de índices setoriais, em

virtude de variações inflacionárias. Normalmente nos contratos administrativos, já tem lá “cláusula de reajuste”. Aí o reajuste tem um índice que é anual, quer dizer, a cada ano, a partir da apresentação da proposta, não é da assinatura do contrato. Tanto que muitas vezes o pessoal diz assim: “ah, a administração firmou um contrato e em três meses teve o reajuste”. Provavelmente a licitação demorou e já tinha um ano da apresentação da proposta, porque o reajuste é devido a partir de um ano da apresentação da proposta e ele é feito através de índice. Que índice é? Cada setor tem um índice. Por exemplo, tem um índice que é próprio da construção civil, tem um que é o IGH, tem vários índices que são trabalhados e cada índice desse é ligado a determinado setor. Uma questão que se coloca é a seguinte: se a cláusula de reajuste não tiver explícita no contrato, o contratado tem direito ao reajuste? O que tem prevalecido é que tem, aí o índice vai ficar a critério da administração, que pode escolher inclusive o que seja mais favorável. O reajuste é porque é uma questão de índice inflacionário mesmo, você faz o reajuste de dois vírgula pouco por cento anual.

Repactuação

Quando eu vou pedir a repactuação, normalmente ela decorre também da incidência da inflação. É por questões mesmo, não de variação de índice inflacionário, é por incidência da inflação. Ou seja, por exemplo, aumenta o custo dos insumos que eu utilizo na execução daquele contrato em razão da inflação. Quer ver outra coisa também, que pode acontecer a repactuação? Por exemplo, os contratos de prestação contínua que são renovados, os contratos continuados, os serviços continuados, que eu posso renovar anualmente. Digamos que eu firmei um contrato com uma empresa, aí a empresa fez um investimento enorme porque ela teve que adquirir, por exemplo, é um serviço de transporte de criança, ela faz o transporte das crianças para o município pras escolas, então no primeiro ano de contrato, eu sei que ela tá com o custo elevado, porque ela já comprou ônibus novos. Só que ela já tá prestando há quatro anos aquele serviço porque o contrato vem sendo renovado. Ora, com quatro anos ela já está com os ônibus defasados, já não tá tendo o mesmo custo porque, por exemplo, o seguro já não é tão alto, os custos já são menores. Então, eu posso como administração dizer o seguinte: “olha, tudo bem, eu vou fazer o aditivo aqui por mais um ano, mas nós vamos repactuar esse valor”. Então, a repactuação também pode ser utilizada em favor da administração pública, tanto que na lei do estado da Bahia, a lei de licitações do estado da Bahia tem lá, diz expressamente que se porventura houver uma diminuição dos custos dos insumos, a administração deve buscar um reequilíbrio pra menos do contrato. Agora, veja bem: o reajuste não é feito através de termo aditivo, eu não preciso de termo aditivo pra fazer o reajuste. O reajuste pode ser feito através de apostilamento. Apostilamento é no próprio contrato, como se fosse uma folha atrás que bota e faz um cálculo normal de quanto é que fica o contrato; eu não preciso fazer um termo aditivo. O reajuste, por exemplo, é de 2%. Aí você vai fazer o cálculo de 2% e pronto, não precisa fazer um termo aditivo. Normalmente não precisa, mas se quiser fazer, pode mas não faz, só faz por apostila. Outra coisa, pra ter o reajuste eu não preciso instaurar o processo administrativo, porque ele já tá previsto no contrato pra acontecer anualmente, não precisa ter processo administrativo pra ter reajuste. Agora, tanto na revisão quanto na repactuação, eu preciso instaurar um processo administrativo. Tanto a repactuação quanto a revisão quanto o reajuste são formas de reequilibrar, agora veja uma coisa que não é nem reequilibra, que é a correção monetária. Lembre-se que a correção monetária é só você mudar o valor da moeda. Por exemplo, se eu atrasar o pagamento em 10 dias, eu posso pedir a correção monetária daqueles 10 dias.

Trmnlbrlo economco e fnancro do contrato.

Extinção do contrato administrativo

Ora, qual é a extinção natural do contrato administrativo? Como é que o contrato administrativo normalmente se extingue? Vai depender do objeto. Se o objeto for uma prestação de serviço continuado, eu extingo o contrato com o final do prazo. Agora, se for um contrato de escopo, vai ser com a entrega do bem. Lembre-se que no contrato de escopo, a não observância do prazo constitui uma falta contratual e não o término do contrato, porque o término só ocorre com a entrega da coisa.

Outra forma de extinção é a invalidação do contrato. Quando é que ocorre a invalidação do contrato administrativo? Quando tem algum vício. Esse vício normalmente vai acontecer na licitação. Pode ter um vício no contrato, mas normalmente esse vício está na licitação. Pode ser que eu tenha um vicio no contrato, que eu tenha uma cláusula no contrato que leve à nulidade, mas em regra o vício é na licitação.

Outra forma de extinção vai ser pela rescisão contratual. Nós temos três formas de rescisão contratual. Primeiro: a rescisão unilateral ou administrativa, que já tratamos aqui como cláusula exorbitante do contrato. Quem vai determinar a rescisão unilateral do contrato é a administração. Pode ocorrer a rescisão unilateral por falta do contratado, desaparecimento do contratado, razão de interesse público e caso fortuito ou força maior. Outra forma de rescisão é a rescisão amigável. A rescisão amigável ocorre quando as partes amigavelmente resolvem extinguir o contrato. A terceira forma de rescisão é a rescisão judicial. Quem requer a rescisão judicial é o particular, porque se a administração quiser rescindir o contrato unilateralmente, já tem como fazê-lo. Nós temos ainda, que já foi muito discutido pela doutrina, mas hoje se aceita mais, é a rescisão por arbitragem, ou seja, a utilização do instituto da arbitragem nos contratos administrativos. Eu quero dizer pra vocês que na lei 8666 não se fala de arbitragem, mas por exemplo, a lei de parceria já fala, a lei de concessões fala na utilização do instituto de arbitragem. Quem estuda por Carvalho Filho, ele abre até um capítulo pra falar de arbitragem e ele traz os posicionamentos favoráveis e contrários à arbitragem. Ele diz que muitos são contrários porque acham que a administração estaria dispondo do interesse público com a utilização de um árbitro, impedindo que fosse ao poder judiciário. Na verdade, apesar dos posicionamentos contrários, hoje se tem dito que a utilização da arbitragem pode ser salutar nos contratos administrativos, porque você pode solucionar muitas questões sem precisar recorrer ao poder judiciário. Porque, quando for decidido pelo juízo arbitral, não pode ir para o judiciário, você tem que ficar naquela área da arbitragem, a não ser que haja uma ilegalidade, que a decisão do árbitro seja ilegal. Então assim, eu tenho convicção que a arbitragem é muito favorável ao contratado, porque muitas vezes eu vejo que a administração descumpre muitos contratos e os contratados ficam só naquela de tentar negociar porque sabem que se forem pro judiciário vai demorar séculos pra resolver e não vai conseguir chegar a uma posição nunca. Então, acaba se sujeitando às indulgências da administração e acaba se criando um grande faz de conta. O contratado passa a prestar um péssimo serviço, porque está mal remunerado e a administração acaba fazendo vistas grossas à execução do contrato e quem sofre no final de tudo são os administrados. Então, o juízo arbitral favorece mais o contratado do que o contratante. Talvez seja mais vantagem mesmo, porque como eu vou ter mais uma garantia, provavelmente eu posso ter um custo menor do contrato porque o risco é menor.

Tem também um artigo que fala do recebimento provisório e definitivo do objeto contratado. O art. 73, que diz assim:

“Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;”

Então, o contratado diz que terminou a obra ou serviço, a administração tem quinze dias pra fiscalizar e dar o recebimento provisório. No recebimento provisório, eu não libero ainda as garantias dadas. Então, quando o contratado tem uma garantia no contrato de obra, ele só vai receber de volta a garantia com o recebimento definitivo. Essa é feita provisoriamente pelo fiscal da obra e é um processo bem mais simples. Alínea “b”:

“b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;”

Então, só com o recebimento definitivo é que na verdade a garantia é liberada. Agora, em se tratando de compras ou locações:

“II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.”

27/11/2014

Concessão de serviços públicos

Quando a gente está falando de concessão de serviços públicos, para que o serviço público seja dado em concessão, ele tem que ser um serviço singular (que pode ser individualizado, que pode ser fruído ou que seja fruível individualmente, que seja utilizado individualmente). Então, serviço público pra ser objeto de concessão, existe a necessidade de que eu possa individualizar, ou seja, que eu possa indicar quais são as pessoas que efetivamente estão utilizando aquele serviço. Depois, o serviço tem que ser um serviço de natureza econômica, serviço público de natureza econômica. Serviço público de natureza econômica é aquele que você remunera a sua utilização. Então assim, essas duas características são importantes para que o serviço seja dado em concessão. Agora, o que é a concessão de serviço público? Vamos dar o conceito. Concessão de serviço público é o contrato administrativo através do qual a administração pública transfere a outrem a execução de um serviço público para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, remunerado através de tarifas pagas pelos usuários ou outra forma de remuneração que decorra diretamente da exploração do serviço. Esse conceito, a gente pode falar que é o conceito da concessão de serviço público simples. Porque, depois que veio a lei de parcerias público-privadas, quando a

gente se refere às parcerias público-privadas, a gente chama o contrato de PPP de concessão especial. Então, a concessão simples é essa que a gente vai estudar agora, e a especial é a da parceria público-privada, que já difere em vários pontos do que está aí. Na Constituição Federal, a concessão de serviços públicos é mencionada diversas vezes quando fala nos serviços públicos federais no âmbito da União. Então por exemplo, o art. 21 da Constituição Federal fala assim: “competete à União”. Aí, quando chega no inciso XI fala assim:

“XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:”

Aí fala numa série de serviços. Além disso, também quando fala do serviço público estadual, diz assim no §2º do art. 25:

“§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

O art. 30, inciso V:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

Então veja que quando se manifestou a Constituição com relação a alguns serviços públicos federais, no estado, especificamente no serviço de gás canalizado, e no caso do município, do serviço de interesse local, falou da possibilidade de prestá-lo diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. O art. 175 da Constituição Federal diz assim:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Então tá dizendo o seguinte: que a prestação do serviço público pode ser feita diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. Aí, diz assim:

“Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Veja só, então a Constituição falou que o serviço público pode ser prestado ou diretamente pelo poder público ou sob o regime de concessão ou permissão. Se pelo

regime de concessão e permissão, a própria Constituição falou que teria que ser mediante licitação. Aí, a Constituição diz também que deveria ter uma lei pra regulamentar a concessão de serviços públicos. Pois bem, a Constituição é de 88, a lei de concessão de serviços públicos é de 1995, é a lei 8987/95, é a lei geral de concessões. Vejam só: no mesmo ano, nós tivemos a lei 9074, que tem alguns dispositivos de caráter geral e outros concernentes à concessão do serviço de energia elétrica. Depois disso, nós temos a 11.079/2005, que é a lei de parcerias público-privadas. Agora veja só, essas leis da ANEEL, da ANaTel, elas têm algumas normas específicas com relação à concessão do serviço de telefonia, do serviço de energia elétrica, então você pode ter alguns outros diplomas legais que tragam normas especiais com relação a algum tipo de serviço. Então a 8987 é a lei geral de concessões e você tem na 9074 alguns dispositivos de caráter genérico. Agora, repito o que eu estava falando: nada impede que nós tenhamos alguns diplomas legais que tragam algumas normas especiais para um tipo especial de concessão. Por exemplo, a lei da ANaTel traz dispositivos específicos para o contrato que é firmado para a prestação de serviço de telefonia. Então assim, você pode ter outras normas, mas o que a gente vai estudar aqui, obviamente, é a norma geral.

O estado da Bahia pode ter uma lei sobre concessões desde que ele respeite as normas gerais que estão na 8987. Porque veja só, a concessão é um contrato precedido de licitação e a Constituição diz no {art. 22, inciso VI}, que compete à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. Então, como na verdade a concessão de serviços públicos é um contrato, então quem vai licitar com normas gerais é a União.

Na lei 8987, ela fala no art. 2º em dois tipos de contratos de concessão. Ela fala em concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida de obra pública e define, inclusive – a definição não é muito boa, mas tá aqui definido – o art. 2º diz assim:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

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;”

Então assim, aquela concessionária da litoral norte mesmo é uma concessão de serviço público precedida de obra pública porque ela duplicou. Quando a gente vai fazer o contrato de concessão, a administração diz: “esse serviço que eu estou prestando hoje diretamente, eu vou prestar a partir do ano que vem através de um contrato de concessão”. Qual é a primeira coisa que se tem que fazer? A primeira coisa que se tem que verificar é se ele dispõe de autorização legislativa, é necessário que haja autorização legislativa. Agora veja só, essa autorização legislativa não necessariamente tem que estar numa lei específica, ela pode decorrer da própria Constituição Federal. Por exemplo, a Constituição diz expressamente que o transporte coletivo pode ser dado em concessão, então se o município resolver dar em concessão o transporte coletivo, ele não vai precisar mais de autorização legislativa porque a própria Constituição já autorizou. Essa exigência de autorização legislativa está no art. 2º da lei 9074/95, que diz assim:

“Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição

Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995.”

Então, a gente já sabe que precisa de autorização legislativa. É necessário que a lei permita, podendo ser a Constituição, uma lei estadual, uma lei específica ou uma lei orgânica que traga essa previsão de que o serviço possa ser dado em concessão. Decidido que eu vou dar o serviço em concessão e já tenho a lei autorizativa, o próximo passo agora é a realização da licitação. A licitação, segundo o art. 2º, ela em regra se dá na modalidade de concorrência. Excepcionalmente eu poderia utilizar o leilão. Quando é que eu poderia utilizar o leilão? Art. 27 da lei 9074, que diz assim:

“Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;”

Em regra, a licitação é uma concorrência, mas se porventura a administração, além de estar transferindo a execução do serviço, estiver também alienando uma empresa... Por exemplo, a EmBASA: o estado agora decidiu que o serviço agora de água e esgotamento sanitário vai ser prestado não mais pelo estado da Bahia através da EmBASA, mas sim pelo particular. Como ele vai fazer? Ele vai transferir essa execução e provavelmente também vai alienar a empresa, vai alienar a EmBASA, e obviamente a EmBASA ela tem um patrimônio elevado, tem bens, tem tudo isso. Então, nesse caso, concomitante à transferência da concessão do serviço público, ele vai estar alienando um bem. Qual é a licitação que se utiliza para a alienação de bens? O leilão. Então, a lei permite que se utilize o leilão nesses casos. Por exemplo, você vai alienar um bem, vai transferir a concessão... Porque, olhe bem, não tem sentido... Porque é que o estado vai ficar com toda a estrutura da EmBASA? Não vai servir pra nada e se não vai prestar mais o serviço, quem vai prestar é a iniciativa privada, o correto é que eu transfira a EmBASA para essa empresa privada. Então, nesse caso ela vai fazer um leilão se ela quiser (não é obrigada) ao invés de uma concorrência. As críticas que se fazem à utilização do leilão – é até Celso Antônio que faz essa crítica – dizem que quando a empresa utiliza o leilão, quando o poder público, quando a lei autoriza a utilização do leilão para a concessão de serviço público, fica parecendo que a administração está valorando muito mais o preço que ela vai obter com a alienação do que a qualidade da prestação do serviço. Mas isso não quer dizer muita coisa porque nada impede que eu faça um leilão e exija elevada qualificação técnica da empresa que vai prestar o serviço.

Quem pode participar da licitação é a iniciativa privada. No caso da concessão de serviço público, só pode pessoa jurídica, pessoa física não pode. E uma questão que se coloca é a seguinte: uma empresa estatal pode ser concessionária de serviço público. Tipo assim, eu posso ter uma empresa do município de Salvador e ela vai ser concessionária de um serviço público estadual ou de um serviço público federal? Não existe um impedimento legal, desde que ela participe da licitação e desde que ela tenha competência para atuar no espaço em que vai ser prestado o serviço. Eu vou dar um exemplo: vai ser licitado o serviço público de energia elétrica pra ser prestado somente no município de Salvador. O município tem uma empresa estatal que foi criada mais

ou menos nessa linha e ela deseja participar da licitação. Ela pode? Pode. Porque, se ela conseguir satisfazer a qualificação técnica e ela pode atuar em Salvador, porque ela é municipal. Agora, se fosse para prestar um serviço no estado inteiro, essa empresa pública municipal não poderia, porque ela não tem atribuição para atuar, por ela ser municipal, ela não pode ultrapassar a fronteira do município. Eu estou falando isso muito mais teoricamente, porque em regra as empresas estatais não participam de licitação para ser concessionária de serviços públicos. O que eu quero dizer com isso é que a lei não cria barreiras. Agora, obviamente que essa empresa pública ou essa sociedade de economia mista tem que preencher esses requisitos que eu falei aqui. Quem fala disso é Carvalho Filho. Agora não tem sentido, por exemplo, a União resolveu dar em concessão o serviço de energia elétrica, aí tem uma empresa pública federal que quer participar da licitação. Tem sentido isso? Não tem, porque se ela quer dar em concessão, do que é que adianta ela dar pra ela mesma? É possível a participação na licitação de empresas em consórcio, e a 8987 estabelece expressamente no art. 20 que o poder concedente pode exigir que a concessionária constitua nova pessoa jurídica para a assinatura do contrato. Inclusive, o condicionamento que tem hoje é que a lei, no art. 20, diz assim:

“Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.”

Fala na lei que é se participar consórcio de empresas, mas hoje o entendimento, inclusive, é no sentido de que não precisa ser nem consórcio de empresa. Eu posso botar no edital que quem quer que ganhe a licitação, consórcio ou não, se vencer a licitação vai ter que constituir uma nova empresa pra assinar o contrato. Isso é possível? É. O objetivo é o seguinte: quando você cria uma nova pessoa jurídica, você vai estar firmando o contrato com uma pessoa que só vai ter como objeto o objeto daquela concessão, então o controle da empresa vai ser muito mais fácil. Veja só, seus contratos todos, o que você tiver de inadimplência em outros contratos, as pessoas vão em cima de você e isso pode afetar a sua gestão do meu contrato. Agora na SPE, não. A SPE tá criada ali com aquele patrimônio dela e ela só tem um contrato, que é a concessão do Estado. Claro que o contrato é mais protegido. Normalmente ela só tem aquele objeto, então ela só pode firmar contratos que estejam vinculados àquele objeto, são contratos ligados àquela concessão.

A licitação, mesmo sendo concorrência, ela tem algumas regras diferentes da concorrência da lei 8666. Primeiramente, a lei 8987 permite a inversão de fases. Art. 18-A, que diz assim:

“Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

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

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

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.”

Então veja que há a possibilidade de inversão das fase. Outra coisa que é importante, são os critérios de julgamento. Lembre-se que na lei 8666, nós trabalhamos aqui que ela trazia quatro critérios de julgamento na licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance. No caso daqui, o art. 15 lei 8987 tem uma série de possibilidades de critérios de julgamentos das propostas. Então, o art. 15 diz assim:

“Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

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

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.”

Então, você vê aqui que basicamente ele fala de três situações, três coisas que você vê que ele valora aqui. Ele valora a questão do valor da tarifa, ele valora em alguns casos a questão do quanto que a concessionária vai pagar de outorga ao poder público, e valora também as chamadas propostas técnicas, mas você veja que ele lista os limites com relação a esses critério. Outra coisa, a questão das cláusulas contratuais que são obrigatórias nos contratos de concessão estão no art. 23. Tem nada de interessante não.

Tem dois institutos que são tratados aqui na lei 8987, que nós não tínhamos na lei 8666. O primeiro é a chamada transferência de concessão. O que é essa transferência de concessão: art. 27. O que diz o art. 27:

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

Quer dizer que se eu tiver anuência do poder concedente, eu posso fazer a transferência de concessão. No que é que consiste a transferência da concessão? A transferência da concessão pode ocorrer de duas formas. Primeiro: eu posso ter um contrato de concessão com o poder público e transferir esse contrato para um outra empresa – eu tenho que ter a anuência do poder concedente, mas transfiro para uma outra empresa –, é uma forma. A outra forma é mudar o quadro societário da empresa. Por exemplo: eu tenho a Nova Fonte Nova, cujos sócios são OAS e Odebrecht. Eu faço a transferência da concessão de que forma? A empresa continua a Nova Fonte Nova, mas sai a OAS e a Odebrecht e entra as outras duas novas. Aí é a mudança do quadro societário. Eu posso mudar a empresa, por exemplo, a empresa que está firmando o contrato com o Estado é a empresa x. Pode ter a transferência da concessão transferindo para a empresa y. Sai a empresa x e entra a empresa y. Além da anuência, tem alguns requisitos presentes na lei. Aí vem o §1º e diz assim:

“§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;”

O que é que ele quer dizer aqui? Que para a empresa assumir, tem que mostrar que tem a mesma capacidade de quem está prestando o serviço. A mesma capacidade técnica, a mesma capacidade econômica, habilitação jurídica, regularidade fiscal, tudo o que tinha. E o outro é comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Às vezes vai precisar de termo aditivo, porque eu tenho que ter o compromisso de que ela vai cumprir todas as cláusulas que o outro tava cumprindo.

Agora, tem uma situação que é interessante. Quando foi criada a lei de PPP, se teve uma preocupação muito grande com a figura do agente financiador. Porque diz o seguinte: quando você vai fazer um contrato desse, seja de concessão, seja de parceria público-privada, ninguém vai pensar... Por exemplo, a litoral norte. Ninguém tá pensando que a PCLN abriu o cofre da empresa, tirou lá 4 milhões e fez a duplicação. Ela tomou com certeza financiamento em outras instituições financeiras, que isso é a praxe. Então, se percebeu que as leis deveriam incentivar também essas instituições financeiras, esses agentes financiadores. Não adianta eu estar só criando um ambiente propício à concessionária e o concessionário tiver até disposto a firmar o contrato, mas não tiver nenhum tipo de financiador, nenhuma instituição financeira que queira bancar aquele projeto assumido pelo concessionário. Então, a lei começou a perceber que tinha que trazer alguns dispositivos que trouxessem algum tipo de vantagem para o concessionário. Então assim, no art. 27 já traz uma delas, que diz assim:

“§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.”

O que é que tá querendo dizer aqui? Que se porventura, por exemplo, a concessionária tomou um financiamento pra terminar o serviço, aí ela tá começando a atrasar o pagamento do financiamento e a empresa está extremamente mal gerida. Aí, a lei permite que a instituição financeira vá até o poder público e diga assim: “olhe, eu vou assumir essa concessão, eu tenho interesse de assumir essa concessão”. Aí, quem assume é a própria instituição financeira, ela fica na gerência da concessionária até reestrutura a concessionária e devolver o poder concessionário se assim quiser, se assim entender. Nesse caso aí, a lei faz uma observação que diz assim:

“§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.”

Quais são os demais requisitos? Um que jamais a instituição financeira vai conseguir preencher: qualificação técnica. Dificilmente uma instituição financeira tem qualificação técnica pra assumir determinada concessão. Então houve essa possibilidade, que foi trazida com a lei de PPP's, não é originária da lei, antes não se permitia essa transferência de concessão para o agente financiador, depois que começou a se admitir, até como uma forma de incentivar esses agentes financiadores para que eles tivessem interesse nesses contratos.

Agora também, além do instituto da transferência de concessão, a lei trouxe também a chamada subconcessão. A subconcessão está no art. 26 da lei. Diz assim no art. 26:

“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

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

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.”

Ora, como é a subconcessão? A subconcessão seria mais ou menos assim: antigamente, só pra dar um exemplo, o contrato de transporte coletivo, eu licitava linhas, então digamos que eu fizesse uma licitação pra 15 linhas e aí uma empresa ganhasse e no edital eu dizia que tá sendo licitado 15 linhas, mas que a concessionária que ganhar pode dar em subconcessão 5 dessas 15 linhas. Aí, o que significa: que ela pode transferir essas 5 linhas pra uma outra empresa, aí essa empresa vai ser subconcessionária e a concessionária passa a ser a subconcedente, ou seja, ela vai ter que fiscalizar a subconcessionária. A grande dificuldade da subconcessão é que a lei exige que seja precedida de licitação na modalidade de concorrência. E a grande questão é que se a concessionária é uma empresa privada (em regra), como é que essa empresa privada vai conseguir realizar essa licitação na modalidade de concorrência? Então, essa é a grande questão. Então, você não tem muita subconcessão em função disso. Maria Sylvia Zanella de Pietro diz que: “não, eu só vou utilizar a subconcessão se porventura a concessionária for uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, porque aí elas podem licitar”, mas isso não resolve a situação. Então assim, a grande questão da subconcessão é quem é que vai realizar essa licitação, porque em tese teria que ser a concessionária, mas a concessionária como empresa privada, ela não licita.

02/12/2014

Prerrogativas do poder concedente no contrato de concessão

Algumas prerrogativas do poder concedente no contrato de concessão estão no art. 29 da lei 8987. Algumas delas vocês já conhecem porque são típicas do contrato administrativo, então eu vou falar de algumas delas. Uma possibilidade que vocês já conhecem: o poder concedente pode alterar unilateralmente o contrato de concessão. Então por exemplo, tem o contrato de concessão de ônibus mesmo, tem uma linha que não passa em tal lugar, aí o poder concedente pode determinar dizendo “essa linha aqui hoje passa em tal rua, vai ter que fazer um desvio”. Isso tudo ele pode alterar, tem coisas que podem ser alteradas unilateralmente, por exemplo, transporte de ferry-boat: “o ferry boat tá saindo de uma em uma hora, mas agora vai diminuir, vai sair de meia em meia hora”. Isso é uma alteração unilateral de contrato, então pode ocorrer alteração unilateral do contrato de concessão. Se for uma alteração abusiva, ele pode não fazer e ingressa no judiciário pra deixar de fazer. Normalmente, se for referente à forma de prestação do serviço, normalmente o poder concedente pode alterar, mas o direito do concessionário em, razão dessa alteração é o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Outra prerrogativa que tem é a prerrogativa de aplicar sanções ao concessionário. Na lei 8987/95 não tem sanções, não traz um capítulo prevendo sanções. Pergunto a você: quais são as sanções, então, que o poder concedente vai

aplicar ao concessionário? Vai haver a aplicação subsidiária da lei 8666, então as sanções que serão aplicadas são aquelas que estão previstas na lei 8666.

Outra prerrogativa é a prerrogativa que tem a administração de extinguir unilateralmente o contrato. Vou fazer duas observações, depois vou explicar isso melhor mais adiante quando eu falar de extinção de contrato. Se a administração extinguir o contrato de concessão por falta do concessionário, é chamado de caducidade. Então, caducidade é a extinção do contrato de concessão feita pelo poder concedente por falta cometida pelo concessionário. Quando o poder concedente extingue o contrato de concessão por inconveniência ou inoportunidade da manutenção daquele contrato, essa extinção é chamada de encampação. Na caducidade o concessionário cometeu uma falta, por exemplo, o contrato de ferry-boat da TWB foi extinto por caducidade porque descumpriu as cláusulas contratuais, não deu a garantia, não fez o aporte de capital que deveria ter sido feito. A encampação é quando não há mais interesse público na prestação daquele serviço, por exemplo, digamos que no Rio de Janeiro se resolveu extinguir o serviço de bonde porque se tornou obsoleto, não tem mais sentido, então aí seria a encampação.

Outra prerrogativa que tem é a prerrogativa que tem a administração pública de fiscalizar o concessionário. O poder concedente pode fiscalizar a concessionária, só que lembre-se que quando a gente estudou pela lei 8666, essa fiscalização era com relação a execução do contrato, pra saber se tava realizando o contrato de forma correta, tal e tal. No caso da concessão de serviço, essa fiscalização, além de abranger o mais importante, obviamente, a execução do contrato, mas nessa fiscalização a administração pública pode ter acesso à administração da empresa, à contabilidade da empresa, às informações econômicas da empresa, ela pode ter acesso à própria empresa. Isso está no art. 30, quando diz assim, ó:

“Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.”

Então, você veja que ela tem um poder de fiscalização que vai além da execução do serviço. Pode fazer auditoria.

“Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

Então, esse órgão técnico pode ser próprio ou ele pode contratar alguém pra fazer essa fiscalização.

Outra prerrogativa que tem o poder concedente é o poder de intervir no contrato de concessão. Veja só, a intervenção vem estabelecida do art. 32 ao art. 34 da lei. Vamos ver aqui o que diz o art. 32:

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

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

Então veja só, quando é que ocorre a intervenção? Vamos dar o exemplo da TWB. A TWB prestava o serviço transporte hidroviário e se verificou que a TWB estava come tendo uma série de irregularidades, por exemplo: ela descumpriu milhares de cláusulas contratuais, ela tava sendo multada diuturnamente por uma série de irregularidades cometidas. Então, se convocou a TWB, se instaurou um processo administrativo e convocou a TWB no sentido de tentar suprir as deficiências, deu um prazo pra ela suprir as deficiências e ela não supriu as deficiências. Aí, fizemos um decreto do chefe do executivo, do governador, determinando a intervenção na TWB. Nesse decreto, ele já determinou quem seria o interventor, uma pessoa é determinada interventor. No caso da TWB, eles pegaram a empresa Agerba e colocaram como interventora da TWB. Nesse caso a intervenção foi total, então como foi que aconteceu isso? Se sabia no estado que o decreto de intervenção ia sair no diário oficial de hoje, por exemplo. Aí, eu me recordo bem que 5h da manhã já tava a equipe toda na porta da empresa mandando abrir. Eles chegam mesmo tipo arrombando a porta da empresa e entram e assumem absolutamente tudo, tem acesso a tudo, tem acesso às contas bancárias, manda um ofício para o banco dizendo: “olhe, a TWB está sob intervenção, então de hoje em diante, quem vai movimentar as contas da TWB não é mais Fulano de Tal, é o interventor”. Então, esse interventor vai fazer a movimentação de contas, ele vai fazer tudo, ele assume como se a empresa passasse a ser uma empresa gerida mesmo por aquela pessoa. Aí, o que é que acontece? O que é que diz a lei? Que determinada a intervenção, no prazo de 30 dias vai ter que ser instaurado um processo administrativo, obviamente, até dando oportunidade de defesa para a concessionária porque a concessionária tem a oportunidade de defesa nesse processo administrativo, que será instaurado no prazo de 30 dias. Quem será o interventor, vai depender. Colocou a Agerba porque o serviço de transporte hidroviário é fiscalizado pela Agerba. O interventor é uma pessoa física, a intervenção é do estado, é o poder concedente, agora, o interventor é uma pessoa e é importante saber quem é essa pessoa porque ela tá respondendo tudo pela empresa e qualquer coisa ela pode ser responsabilizada. Olha o que diz a lei aqui:

“Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.”

Obviamente tem que ver, porque a intervenção vai ter que cumprir todos os pressupostos legais. Se fizer uma intervenção com vício, obviamente a intervenção vai ser anulada.

“§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.”

Então, instaurado esse processo, esse processo de intervenção para essa apuração de faltas e tudo mais, deverá ser concluído no prazo, como diz a lei, de 180 dias.

“Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.”

Então, ao final do processo de intervenção, ele vai decidir se ele devolve a empresa pra poder continuar prestando o serviço, ou se ele vai extinguir o contrato de concessão. Lembre-se que no caso da TWB, o que se fez foi extinguir o contrato de concessão, houve a caducidade do contrato.

Agora vamos falar um pouquinho sobre a remuneração do concessionário. Você sabe que o concessionário só tem direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Lembre-se que a remuneração do concessionário é feita através de tarifas pagas pelo usuário. A tarifa tem natureza jurídica de preço público e quem vai determinar essa tarifa sempre, em regra é o chefe do executivo através de decreto, mas é uma função que pode ser delegada. No caso das agências reguladoras ANEEL, ANaTel, normalmente quem estabelece as tarifas são as agências reguladoras, elas já tem essa atribuição de estabelecer tarifas, as leis que criaram essas agências reguladoras já estabeleceram isso. Mas a agente não tem nenhuma agência reguladora aqui, então todas as tarifas são estabelecidas pelo chefe do executivo, mas é uma função que pode ser delegado, por exemplo, o chefe do executivo pode delegar a atribuição de determinar a tarifa do transporte hidroviário vai ser o secretário de infraestrutura.

O contrato de concessão também, ele pode sofrer um desequilíbrio, seja por uma alteração unilateral do contrato, um fato do príncipe – por exemplo, se estabelecer que determinada parcela dos usuários não paga mais tarifa de transporte, isso é um fato do príncipe que pode gerar desequilíbrio no contrato. Então assim, pode gerar um desequilíbrio no contrato de concessão de serviço público tanto pela alteração unilateral do contrato, quanto por um fato do príncipe, uma teoria da imprevisão, são situações que também podem levar ao desequilíbrio e que pode ser necessário reequilibrar esse contrato. A grande questão é o seguinte: se o contrato de concessão é remunerado somente através de tarifa, normalmente como é que vai se dar esse reequilíbrio? Aumentando o preço da tarifa. Então assim, isso tem sido muito complicado porque vocês sabem que a administração pública não gosta de reajustar tarifa porque politicamente tem um preço muito alto para a administração, mas acontece que você não tem outras opções. O serviço é mantido somente por tarifas pagas pelos usuários. Se ficar desequilibrado, só tem três formas de reequilibrar: ou você aumenta a tarifa, ou o município faz algum tipo de desoneração – tipo, abre mão de algum tributo –, ou então ele vai aumentar o prazo do contrato de concessão. Quando a gente fala de contrato de concessão, o raciocínio é o seguinte: se eu tivesse esse dinheiro todo e eu aplicasse, qual o rendimento que ele vai me dar? Então, na verdade, quando eu faço um contrato de concessão, a concessionária é como se ela tivesse pegando esse dinheiro e tivesse aplicando ali, então eu tenho um prazo pra ter aquele retorno. Então assim, quanto mais investimento você faz, maior a demora pra você ter aquele retorno depois. Tanto que quando a gente vai ver, o prazo da estação da lapa são de 35 anos, o que a gente pede é a adequação econômica pra ver se o prazo condiz com o investimento, porque a depender do investimento que você faz, você tem mais prazo. Quem escolhe como vai reequilibrar o contrato é a administração pública, mas o reajuste de tarifa deveria ser anual. Eu posso pensar em redução de tarifa desde que eu tenha como desonerar, porque a gente não pode esquecer nunca que o concessionário tem direito ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, então se eu for reduzir a tarifa, eu tenho que dar um jeito de manter esse equilíbrio.

Segundo o art. 6º, §3º da lei, é possível a suspensão da prestação do serviço pela falta de pagamento. Então se eu for na lei 8987, no art. 6º fala assim:

“§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

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

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

Então veja só, é possível suspender a prestação do serviço? É. Agora, desde que haja uma prévia notificação, então o usuário do serviço tem que ser notificado antes da suspensão da prestação do serviço e não pode suspender se porventura gerar um prejuízo ao interesse público. Então por exemplo, se eu estou prestando um serviço de energia num hospital, seja um hospital público ou privado, eu não posso suspender o serviço de energia no hospital, mesmo privado, porque eu posso comprometer a vida de pacientes e esse valor é um valor superior ao valor econômico buscado pela concessionária. Então assim, é possível que em algumas situações essa interrupção não seja possível. Se vocês forem procurar no site do STJ, tem varias decisões nas quais o STJ manifesta-se contrário, dizendo que não pode suspender a prestação de serviços de pessoas que não tenham efetivamente condições de pagar por aquela prestação. Você veja que até na forma de prestação do serviço, tem um artigo bem interessante, bem ligado ao Código do consumidor, que utiliza-se subsidiariamente na questão do serviço público.

04/12/2014

Extinção da concessão do serviço público

As modalidades estão previstas no art. 35 da lei 8987.

A primeira modalidade é o tempo final do prazo. Então, a concessão como um contrato qualquer, ela vai ter fim quando o prazo estipulado for alcançado. Então, ela se opera de pleno direito, o que significa que não é preciso notificar nem intimar a empresa dizendo que o contrato foi terminado. O prazo é aquele, ela já sabe, então opera-se a extinção do contrato e o serviço volta para a administração. E os efeitos são ex-nunc, então dali pra frente não tem mais efeito nenhum.

A segunda modalidade de extinção da concessão é a anulação, que é decretada pelo poder público quando há um vício de legalidade no contrato ou na licitação. Então, sempre que a administração observar que há algum vício no processo licitatório ou no processo de contratação ou no próprio contrato, vai haver a anulação da concessão, que pode ser pela via administrativa, já que a administração tem esse poder-dever de tutelar os seus interesses, então se há um vício, há a presunção de que aquilo ali gera um prejuízo para a administração, para o interesse público, então a administração deve anular aquele contrato de concessão, ou pode ser judicialmente, e se não houver má-fé do contratado, ele vai ter direito à indenização pelas despesas que ele teve com aquele contrato e pelo capital não amortizado.

Reversão

Quando há a prestação do serviço público através da concessão, os bens utilizados pela empresa contratada pra prestar aquele serviço, findo o contrato de concessão, alguns bens voltam para a administração. Porque a empresa, findo aquele serviço, ela não vai ter interesse em continuar com aqueles bens porque ela não vai mais prestar aquela atividade, então o interesse da administração em ter aqueles bens pra poder dar continuidade à prestação do serviço público, que não pode ser interrompido, faz com que seja do interesse tanto da administração quanto da empresa, que aqueles bens utilizados na prestação do serviço voltem para a administração. Aí, essa reversão pode ser gratuita ou onerosa. Então, quando o contrato é estabelecido, é previsto que o investimento que a empresa faz com a compra dos bens, esse investimento vai ser compensado no lucro que ela vai ter na execução do contrato, é o que a gente chama de amortização daquele investimento. Então, o que a empresa gastou pra comprar o material que ela precisava pra executar o serviço, pra poder oferecer o serviço público, já há uma previsão no contrato de que o que ela vai auferir de lucro. Então, a tarifa do ônibus, já tá prevista ali no valor da tarifa o que é preciso para amortizar o capital, ou seja, pra compensar o investimento que ela fez pra executar o serviço. Então, findo o contrato, se ela já teve ressarcido tudo o que ela gastou com aqueles bens, os bens voltam para a administração sem que ela tenha que pagar nada ao contratado.

A questão da reversão é diferente porque, se eu contratar uma empresa pra prestação de serviço de limpeza aqui ou pra realizar uma obra, ela tanto pode fazer isso pra administração pública quanto ela pode fazer isso para o particular. Os bancos utilizam, as instituições privadas contratam empresas de prestação de serviço, então o que é que acontece? É diferente de serviço público. O serviço público é da titularidade da administração, então por exemplo, serviço de transporte hidroviário: quem pode prestar serviço de ferry-boat é o estado somente. Quando eu termino o contrato, não tem sentido os bens utilizados na prestação do serviço ficarem com as concessionárias porque eles não podem utilizar para aquela finalidade, porque é um serviço típico do estado, então por isso é que há reversão. Sem contar que há situações que é impossível, por exemplo, a litoral norte duplicou a pista, então quando terminar o contrato ela vai fazer o quê? Implodir a pista? Não tem sentido. A mesma coisa é a estação rodoviária: a empresa foi contratada pra construir e a concessionária explorar. Terminou o contrato, quem explora aquele serviço é o estado, então obviamente que o que foi utilizado pra prestação do serviço tem que retornar ao Estado. E são os bens que são afetos à prestação do serviço público, são os bens que são necessários àquele serviço, então não é qualquer bem que a concessionária utilizou, só aqueles bens necessários à prestação daquele serviço.

Então, a reversão pode se dar de forma gratuita, quando o investimento realizado pelo concessionário já foi compensado pelos lucros que ele teve, ou pode ser de forma onerosa, que a administração vai ter que pagar por aqueles bens. Então, a anulação pode ocorrer por uma ilegalidade no contrato ou na licitação, e se houver má-fé, há indenização pelas despesas e pelo capital não amortizado. Então, vamos supor que houve uma licitação, uma contratação, ele comprou, só que aí se foi descoberto um vício no processo de licitação e a concessão precisa ser extinta através da anulação. Então, ele vai ter que ser ressarcido pelas despesas que ele teve e pelo capital que ainda

não foi amortizado, para administração requerer aqueles bens pra ela. O bem reversível tem que ser amortizado de qualquer jeito. Independente do que acontecer, terminou o contrato de concessão, qualquer que seja a causa do término – por exemplo, o concessionário cometeu uma falta gravíssima e vai extinguir o contrato de concessão – no que diz respeito aos bens que vão reverter para a administração, eles vão ter que ser indenizados, porque senão seria um enriquecimento sem causa da administração pública, eles são sempre indenizáveis, a não ser que tenham sido amortizados. Por exemplo, a gente tá trabalhando com contrato de concessão da estação da Lapa. O que foi que aconteceu: a estação da Lapa, o contrato é de 35 anos. O que é que vai fazer nesses 35 anos? Ele vai reformar a estação da Lapa, vai administrar e vai construir um shopping center. Porque 35 anos? Porque, pelo cálculo feito, quando passar esse tempo já vai ter amortizado o valor do shopping, a reforma toda. Aí vai fazer o que? O shopping fica com a empresa? Não. Volta pra administração pública, mesmo sendo shopping, que aí vai ver o que vai fazer com ele, mas porque em 35 anos se percebe que é um prazo suficiente pra amortizar o capital. Digamos que em 10 anos a concessionária tenha cometido uma falta extremamente grave e o município quer rescindir o contrato unilateralmente. Pode rescindir? Pode. Agora, o que ele vai fazer? Ele tem que amortizar o capital que ele reverteu, porque ele vai receber aquele shopping com 10 anos e não com 35, então ele vai ter que pagar à concessionária, independente de ter dado causa à essa extinção porque eu não tô indenizando o término precoce da concessão, eu não estou indenizando porque era pra 35 e eu di com 10, mesmo porque eu tô rescindindo por falta da concessionária, o que eu estou indenizando é aquele investimento que ele fez, que eu vou pegar aquele investimento e dar continuidade.

A terceira modalidade é a rescisão, que está prevista no art. 39. A rescisão é de iniciativa do concessionário e pressupõe o descumprimento pelo concedente, pela administração pública, de normas legais regulamentares ou contratuais. Então, se a administração, que é o poder concedente, descumpre alguma norma, seja essa norma legal, seja regulamentar, ou seja contratual, estabelecida no contrato de concessão, o concessionário tem a possibilidade de pedir a rescisão do contrato, então ele vai postular judicialmente que o contrato seja desfeito e a reparação dos prejuízos causados pela imperícia da administração. Então, a administração está numa situação de inadimplência porque ela não cumpriu com o que estava previsto no contrato ou com o que estava previsto na lei, aí o administrado pode pedir a rescisão judicialmente e a indenização pelos prejuízos que ele sofreu em razão dessa imperícia da administração.

A quarta modalidade é a caducidade. A caducidade ocorre quando o concessionário não cumpre as normas legais, contratuais ou regulamentares. Então, rescisão é quando a administração está inadimplente, ela descumpriu alguma das normas, e caducidade é quando o concessionário descumpriu algumas das normas, então ele ficou inadimplente. As hipóteses de inadimplência estão elencadas no art. 38, nos incisos do §1º. A administração pode escolher se ela vai rescindir o contrato, se ela vai encerrar o contrato, ou se ela vai aplicar uma sanção. Para que ocorra a caducidade é preciso se observar um procedimento. Então, primeiro o concessionário é notificado para que ele sane a irregularidade que ele está cometendo em determinado prazo. A administração notifica ele pra que dentro do prazo estipulado ele sane aquele defeito ou

aquela falta que ele tá cometendo. Se isso não for corrigido, não for cumprido, é instaurado um processo administrativo em que há ampla defesa e contraditório para que ele se defenda e o contrato pode ser extinto ou não. Nesse caso da caducidade, o concessionário não vai receber indenização pela rescisão antecipada do contrato. Então, no caso da rescisão porque a administração está cometendo um ato ilícito, ele tem direito a receber uma indenização pelo encerramento do contrato, então além da indenização que se recebe dos bens do capital que ainda não foi amortizado, na rescisão ele recebe uma indenização. Na caducidade, não. Se ele está cometendo uma falta, não há porque receber uma indenização pelo encerramento precoce do contrato, e ele só vai receber aquilo correspondente ao capital que ainda não foi amortizado, e pode inclusive ser condenado ao pagamento de multa. A indenização não precisa ser prévia, então a administração pode encerrar o contrato e só depois indenizar o que ela tem que indenizar em virtude do encerramento do contrato.

A quinta modalidade de extinção do contrato de concessão é a encampação. A encampação está prevista no art. 37 da lei e aí eu vou ler:

“Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

Então, quando há algum motivo de interesse público – então a administração vai avaliar se é motivo de interesse público ou não –, ela pode rescindir unilateralmente o contrato e retomar a prestação do serviço público. É isso que se chama de encampação. Então, não há nenhum vício, não há nenhuma inadimplência por parte da administração. O que há é um motivo de interesse público e a administração julga que é preciso a retomada do serviço, e aí a administração fica vinculada ao motivo que ela indicou para fazer essa encampação do contrato. Se a administração motiva o ato de extinção do contrato, se ela apresenta determinado motivo como fundamento daquele ato que ela tá praticando, se aquele motivo não existir, aquela rescisão é nula, então ela fica vinculada à existência daquele motivo apresentado e a administração considerou como gerador de um interesse público que justificava a retomada do serviço. Aí a gente vê que o art. fala “por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa”, então o primeiro requisito é que haja interesse público, o segundo requisito é que haja uma lei autorizativa e o terceiro requisito é que haja o prévio pagamento de uma indenização e essa indenização vai ser relativa à reversão dos bens e Celso Antônio consideram que essa reversão pode incluir os lucros cessantes que haveriam com a continuidade do contrato, então aqueles lucros que seriam auferidos com a possibilidade do contrato, a administração pode ser obrigada a indenizar, porque haveria um desequilíbrio econômico e financeiro. A eficácia dessa extinção é ex-nunc, então no momento em que houver a encampação e administração rescindir unilateralmente o contrato, o contrato não produz efeitos dali pra frente. Então, os três requisitos são: a existência de um motivo de interesse público; a existência de uma lei que autoriza a retomada do serviço; e o pagamento prévio de uma indenização.

Por último, a última modalidade de extinção do contrato de concessão é a falência. Então, se a empresa faliu, fica extinta a concessão. Isso está previsto no art. 35, inciso VI.

Permissão de serviço público

A permissão de serviço público é uma coisa que ficou meio confusa depois da Constituição de 1988. Antes da Constituição, a permissão de serviço público era um ato administrativo e depois da Constituição ela passou a ser um contrato, então a diferença essencial que ela tinha em relação à concessão é que a concessão era um contrato e a permissão era ato, só que depois da constituição as duas passaram a ser contrato. Então, há uma semelhança muito grande entre elas e a doutrina tem uma discussão muito forte sobre isso se a permissão deveria ser logo extinta porque não há uma diferença essencial entre as duas, então você desconfigurou o instituto. A lei 8987, no art. 2º, inciso IV, traz uma definição do que seria permissão. Então:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

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

É um conceito muito semelhante ao conceito da concessão, então depois da CF88 a permissão passou a ser um contrato tal como a concessão e passou a exigir uma licitação prévia também, então foi se assemelhando bastante à concessão. Veja só, antes da CF88 ela era um ato administrativo, como ato administrativo não tem prazo, a permissão poderia ser precária, sem prazo e que na época tinha um certo significado que se mantém hoje. Por exemplo, hoje mesmo, quando a gente vê uma permissão de uso sem prazo, a gente entende que isso não é bom para a administração porque como os tribunais superiores estão hoje muito ligados à segurança jurídica do próprio permissionário, entende-se que se você não tem prazo, porque antes dessa evolução que se teve em relação a valorização do princípio da segurança jurídica e da confiança legítima da administração pública, se entendia que se eu tivesse uma permissão, que era um ato administrativo, eu revogava a qualquer tempo, se não tivesse prazo, e não tinha problema nenhum, era precário então eu chegava lá revogava e acabou, sem direito à indenização, sem nada. Só que agora, os próprios tribunais superiores entendem que por conta do princípio da segurança jurídica, não pode permitir à administração que você tendo uma permissão de uso há dez anos, não pode chegar a administração e dizer “olha, você vai sair porque eu não quero mais que você fique”, isso não é mais admitido, eles só admitem que você realmente revogue se tiver um motivo de interesse público que justifique aquela revogação. Então, mesmo hoje sendo as permissões de uso ainda precárias, elas tem uma certa “estabilidade” para o permissionário, porque eu sei que o poder público não vai poder chegar pra mim e dizer “me dê hoje porque eu não quero mais”, ele vai ter que justificar e mostrar que houve uma alteração da situação fática em que se deu a necessidade de reaver aquela permissão de uso. Então assim,

antes da CF88, as permissões de serviço público eram um ato administrativo, então a permissão de serviço público normalmente só era utilizada pra serviços públicos em que o permissionário não precisaria fazer grandes investimentos e que eles pudessem ficar com os bens utilizados no serviço, ele não precisaria ter a reversão. Então por exemplo, antes da CF88 todos os transportes, seja intermunicipal ou interestadual, todos eles eram permissão de serviço público, porque os bens poderiam ficar com o permissionário, então não era um bem de raiz, que ficava cravado no solo, e o investimento se entendia que não era um investimento muito alto. Então, se fazia a distinção entre concessão e permissão normalmente pela questão do investimento que a pessoa tinha que fazer, dessa necessidade de reversão ou não. Hoje em dia tudo virou contrato, então hoje não se existe uma diferença efetiva entre concessão e permissão e hoje se prefere se trabalhar muito mais em concessão mesmo porque já que como vai trabalhar em contrato, vai por concessão de serviço público e não por permissão.

A precariedade é uma palavra que não tá no conceito de concessão, então ela é entendida dessa forma, que a administração poderia retomar o serviço a qualquer tempo pois a permissão não teria um prazo. Só que o que a gente observa é que as permissões têm prazo sim, porque a administração não pode estabelecer contrato sem prazo, porque isso é uma coisa dos contratos, então quando a permissão passa a ser um contrato e deixa de ser ato ela tem que ter um prazo e não vai ser admitida essa questão. Então, o contrato firmado deve obedecer à boa-fé e todos os princípios gerais do direito, então não se admite mais que a administração possa de uma hora pra outra simplesmente rescindir o contrato. Carvalho Filho ainda critica essa suposta precariedade que a permissão teria, porque a encampação permitiria essa rescisão unilateral do contrato, então mesmo o contrato tendo um prazo determinado, a administração pode simplesmente pela vontade dela – porque não é uma vontade bilateral, é uma vontade unilateral da administração –, rescindir o contrato através da encampação, só que isso tem que obedecer alguns requisitos, que são a indenização prévia, a autorização de lei e o interesse público. Então, qual a diferença que teria: para a permissão, não precisaria de lei autorizativa, então na permissão se admite a encampação, que é a rescisão unilateral do contrato por interesse público, tem que ter indenização prévia mas dispensaria, diferentemente da concessão, a autorização legislativa. Então, é a primeira diferença, é a questão da precariedade, que a precariedade não difere tanto assim mas no caso da permissão, a administração pode rescindir o contrato sem observar um dos requisitos. Então, pra realizar a encampação, ela precisa observar três requisitos na concessão e na permissão ela só precisa observar dois, fica de fora a autorização legislativa. A outra diferença seria que na permissão era possível a contratação de pessoa física e pessoa jurídica e na concessão só é permitida pessoa jurídica ou consórcio de empresas. A responsabilidade civil, tanto na concessão quanto na permissão, é objetiva. Então, a responsabilidade do estado pelas lesões causadas pelos seus agentes está prevista no §6º do art. 37 e isso inclui as concessionárias de serviço público e também as permissionárias. Por fim, Carvalho Filho criticando essa questão da pouca diferença que há entre os institutos hoje, ele aponta o §único do art. 40 da lei, que fala que as disposições dessa lei que fala sobre a concessão, se aplica à permissão.

Então, praticamente tudo o que se aplica à concessão pode se aplicar à permissão, então a diferença entre os institutos tá bem pequena mesmo, é uma diferença mínima.

Autorização de serviço público

Autorização de serviço público é um ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público para que o execute predominantemente em seu próprio benefício. Então, difere da concessão principalmente pela finalidade, então a execução desse serviço público vai beneficiar principalmente ou exclusivamente o concessionário. Há uma crítica que diz que isso não seria propriamente um serviço público. Ele independe de indenização porque se ele é prestado para o interesse exclusivo do beneficiário, não seria possível uma competição. Sendo um ato precário, ele pode ser revogado por motivo de interesse público, sem ensejar direito à indenização. Na lei 8987 não fala de autorizações, a única coisa é quando você fala na própria Constituição Federal, no art. 21, quando fala de concessão permissão e autorização. A lei 9074 tem o art. 10, tem alguns que fala de concessão por normas gerais e fala da concessão do serviço de energia elétrica. Então por exemplo, a lei 9074 quando tá falando disso, quando tá tratando da concessão de energia elétrica, quando vai para o art. 7º diz assim:

“Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.”

Porque autorização? Porque não concessão e permissão? Porque na verdade a produção de energia elétrica é dada através de concessão, mas porque tá sendo essa por autorização? Porque essa não tem uma das características básicas do serviço público, que é a generalidade, ele tá produzindo energia elétrica para o consumo próprio. Se ele tá produzindo energia elétrica pra consumo próprio, não vai ser através de uma concessão, vai ser através de uma autorização de serviço. Por isso que Carvalho critica vai criticar dizendo que não é nem serviço público, porque se ele tá produzindo pra uso particular, não há nem que se falar em serviço público. Às vezes, por exemplo, as empresas de transporte coletivo, quando o prefeito atual assumiu, elas não tinham contrato, não tinham permissão, não tinham nada, netão sem nenhum documento que permitisse que elas explorassem aquele serviço. Aí o prefeito deu uma autorização de serviço público, no sentido de precariedade. Então, se vocês forem ver a autorização de serviço público Erilopes Meirelles diz que a autorização de serviço público ela só é utilizada quando o serviço está sendo prestado de forma precária, como é o caso dessas empresas de transporte coletivo antes de ocorrer a licitação.

Parcerias público-privadas

A parceria público-privada está regulamentada pela lei 11.079 de 2004. Porque se adotar esse modelo de PPP? Na verdade, a parceria público-privada, em alguns aspectos, ela se assemelha muito à própria concessão de serviço público. Agora, porque se adotou esse novo modelo contratual? Porque se percebeu que em alguns setores não havia um estímulo da iniciativa privada, quer dizer, a iniciativa privada em alguns setores não se via estimulada para prestar alguns tipos de serviços. Por exemplo: serviço de metrô. Imagine uma empresa que fosse fazer um contrato de concessão simples pra construir e explorar o metrô. É um serviço que não tem nenhum tipo de atrativo, porque ele teria que ser remunerado através de tarifas pagas pelo usuário, as tarifas são submetidas ao princípio da modicidade – eu não posso cobrar tarifas altíssimas, óbvio –, então ninguém ia querer construir e explorar o metrô pra ser remunerado através de tarifa. Porque, pra poder amortizar esse capital altíssimo que investiu pra construir o metrô, ele precisaria de 50, 60 anos e isso não seria interessante. Então assim, exatamente porque a iniciativa privada não estava sendo atraída em alguns tipos de serviço, normalmente serviços de ferrovias e estradas, se buscou um outro modelo que não dessa concessão simples. Então, se começou a se trabalhar no nosso ordenamento com as PPPs. É um modelo que já foi utilizado há muito tempo na Inglaterra é utilizado, na Argentina, Portugal, Espanha, então você já tem vários países que vêm utilizando esse tipo de contratação, que nós adotamos a partir de 2004.

Conceito de PPP

Vamos primeiro dar o conceito de PPP. As parcerias público-privadas nada mais são do que contratos de concessão especial, através do qual a administração ou o poder público transfere ao particular a execução de um serviço público precedido ou não de obra pública, com remuneração decorrente da exploração do serviço e contraprestação paga pelo poder concedente, ou para – aí vem outra modalidade de parceria – o exercício de atividade da qual a administração pública seja beneficiária direta ou indireta, cabendo em qualquer caso o compartilhamento de riscos.

Então, na verdade a lei 11079 traz dois tipos de contratos de PPP. Traz a chamada concessão patrocinada e a chamada concessão administrativa. Então, a gente já sabe que o contrato de PPP é uma concessão. Normalmente quando se utiliza o termo “concessão especial”, nós estamos nos referindo a parceria público-privada. Quando se fala em concessão, normalmente é a concessão simples da lei 8987. A própria lei 11079, ela define o que seria a chamada concessão patrocinada e a concessão administrativa. Então, se eu for pro art. 2º da lei, ela diz assim:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

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

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

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Então veja só, a concessão patrocinada se assemelha ao contrato de concessão simples, no sentido de que ela também tem uma relação triangular, na qual nós temos a figura do poder concedente, do concessionário e do usuário do serviço. Então, a gente tem também na concessão patrocinada, do mesmo jeito que na concessão simples, uma relação triangular. Na concessão patrocinada, do mesmo jeito que na concessão simples, existe o pagamento de tarifas pelo usuário para a utilização do serviço, porem adicionada a essa tarifa você tem um contraprestação paga pelo poder público à concessionária. Porque isso? Porque na concessão patrocinada, em regra, o serviço não é autossustentável. Se o serviço for autossustentável, eu não preciso fazer uma concessão patrocinada, eu faço uma concessão simples. Serviço autossustentável é aquele que se mantém, por exemplo, o município de Salvador entendeu que o serviço de transporte coletivo é autossustentável, que pode ser sustentado através de tarifas pagas. Se ele não fosse autossustentável, seria necessário acontecer uma contraprestação do serviço público. Essa variação é muito importante porque se você trata um serviço que não é autossustentável como se ele fosse, começa a acontecer um desequilíbrio e o desequilíbrio no contrato de concessão simples é terrível, porque pra eu reequilibrar o contrato de concessão simples, eu tenho pouquíssimos caminhos: ou eu aumento a tarifa, que tem um limite de aumento, ou você estende o prazo da concessão ou então você vai ter que desonerar o serviço e essa desoneração do serviço é muito complicada porque envolve questão de lei, de você retirar algumas cargas tributarias de algumas empresas, o que normalmente o poder público não está a fim de fazer. Então acaba que o serviço público acaba sendo muito mal prestado às vezes por conta do concessionário que trabalha mal, mas também tem essa parcela do serviço estar com uma equação financeira desequilibrada e aí o próprio concessionário não tem disposição de fazer investimentos com a equação econômica em desequilíbrio. Então, nas concessões patrocinadas eles já sabem de antemão que não é autossustentável. Quando se pensou na concessão patrocinada, se pensou exatamente na necessidade que eu estou falando, de serviços que não fossem autossustentáveis e precisaria de uma complementação do capital público envolvido naquela questão.

Além da concessão patrocinada, a lei trouxe uma outra figura, que é a chamada concessão administrativa e a definiu:

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

Veja só, na concessão administrativa, não tem tarifas pagas pelo usuário. A administração é beneficiária direta ou indireta do serviço. Nós temos dois exemplos aqui. O hospital do subúrbio é uma concessão indireta, porque ninguém que vai lá paga absolutamente nada, ela é remunerada 100% pelo poder público, que é o beneficiário indireto daquele serviço. Quer ver uma coisa que foi muito utilizada nas concessões administrativas? Presídio. A empresa constrói o presídio e gere o presídio. Vejam vocês o seguinte: eu não posso ter uma concessão administrativa só pra construir ou só pra fornecer bens, tem que ser uma gestão de atividade. A fonte nova, por exemplo, é uma concessão administrativa, então a empresa chegou lá, construiu, fez a obra toda e agora tá explorando. O hospital do subúrbio: a empresa ganhou a licitação, já tinha um prédio, mas ela montou todo, botou todo mundo lá e tá lá explorando. Presídio: já tá sendo feito presídio em modelo de PPP. Como é que vai ser? A empresa vai construir o presídio e vai administrá-lo. Então, é uma atividade da qual a administração é beneficiária direta ou indireta. A lógica do contrato das concessões administrativas não é a mesma da patrocinada, porque não é um serviço que seja remunerada pelo particular, então eu não posso dizer que é porque o serviço não é autossustentável nem nada porque esse discurso não cabe para a concessão administrativa. Qual a vantagem da concessão administrativa, então? A vantagem, primeiro, é porque é como se eu pegasse a possibilidade de ter um lapso temporal maior que tá na lei de concessão e levar pros contratos da 8666, porque lembre-se que no contrato da 8666 eu só vou ter um prazo de no máximo 5 anos ou aquela prorrogação de 60 meses, pra investimentos altíssimos. Uma outra vantagem, que é a grande vantagem é que o investimento inicial é todo do setor privado, aliás isso é uma característica de todo contrato de PPP: o investimento inicial é todo feito pelo setor privado. Por exemplo: a fonte nova, fala-se que se gastou 600 milhões pra construir. Aí você pergunta: “o estado já pagou a fonte nova?”. Não, porque todo contrato de PPP, o poder público só começa a pagar quando o serviço público é disponibilizado. Então, a fonte nova só foi começar a pagar no final de 2013, quando a fonte nova começou a funcionar. Aí, ele não paga de vez, esse pagamento é diluído no tempo. Então, por exemplo, quando se diz que a fonte nova custou 600 milhões, a obra custou esse valor, mas na verdade, pro estado da Bahia, a preço de 2008 custou 1 bilhão e 600 milhões porque esses 600 milhões, o estado vai pagar para a empresa durante 15 anos, é a mesma coisa que você comprar financiado. Como o estado vai pagar diluído no tempo, então é claro que ele vai pagar juros, vai pagar tudo, então a obra da fonte nova foi alçada em relativamente 600 milhões, mas quando você faz os cálculos das prestações mensais que o estado vai pagar ao longo dos 15 anos, essa soma, sem correção nenhuma, ela dá 1 bi e 600 mi, então essa seria uma das vantagens disso. Quando é que a administração pública vai escolher um contrato de concessão administrativa? É quando, por exemplo, eu não quero comprometer o recurso, eu não tenho 700 milhões pra gastar agora, então eu faço um contrato de PPP eu vou pagando isso diluído. Agora, é claro que quando eu for fazer esse contrato de PPP, eu não posso fazer só pra obra. Tipo: vai fazer a obra e vai me entregar. Não, ela tem que envolver uma atividade que vai ser realizada, pode envolver obra também. Ela não pode ser só pra fornecimento de equipamento, mas ela pode envolver fornecimento de equipamento.

Não pode ser um contrato só pra fornecimento de mão de obra, mas pode envolver o fornecimento de mão de obra. É toda uma atividade conjunta.

A lei diz que se a concessão for uma concessão patrocinada, que o particular remunera, e mais de 70% da remuneração vier do poder público, aí eu vou ter que ter autorização legislativa pra fazer aquela concessão patrocinada. Fora isso, a denominação que você tem não vai ter tratamento pratico diferenciado pela lei. A concessão administrativa vai acontecer ou para atividades em que a administração seja beneficiária direta ou indireta, ou para serviço público, mas só se for serviço público social. O que é serviço público social? Educação, saúde, previdência e assistência. Quando a gente fala em serviço público social, a gente fala nesses 4. Porque esses serviços públicos nunca seriam concessão patrocinada? Porque esses serviços não são remunerados pelos particulares e para ser concessão patrocinada, tem que o particular remunerar.

09/12/2014

Características da parceria público-privada

Uma situação interessante é que as sociedades de economia mista e empresas públicas, elas nunca vão conceder concessão patrocinada. Concessão patrocinada engloba o serviço público, seria aqueles contratos que seriam pela 8987. Então, como no caso de sociedades de economia mista e empresas públicas, elas nunca são titulares de serviço público. Quando uma sociedade de economia mista ou empresa pública exerce um serviço público, já é por delegação, então elas não podem delegar serviço público, então elas não podem fazer o papel de poder concedente em concessão patrocinada. Lembrando que concessão patrocinada é aquela que sempre envolve a prestação de serviço público. Então, no caso das sociedades de economia mista e das empresas públicas, elas nunca poderão ser poder concedente em concessão patrocinada, porque elas nunca podem ser titulares de serviços públicos. É diferente da concessão administrativa.

Primeira característica é que o financiamento é todo realizado pelo setor privado. O poder público só começa a pagar à concessionária quando existe a disponibilização do serviço, então o financiamento inicial é todo feito pelo particular. Daí porque existe uma serie de garantias que vão ser estudadas depois, que são dadas para as instituições financiadoras. Porque, quando se criou a lei de PPP, foi já pensando em estimular a iniciativa privada a ter interesse por esse tipo de contrato, mas não bastava isso, era importante também estimular os agentes financiadores a financiar esse tipo de contrato. Então, nesse caso o financiamento é todo do setor privado. Nos contratos pela lei 8666 não é assim, lembre que se eu contrato uma empresa pra construir uma escola, ela vai construindo e eu vou pagando, então o financiamento não é todo do setor privado.

Outra característica é que a lei estabelece três tipos de garantias. Uma garantia, vocês já conhecem que é a garantia que o concessionário dá ao poder concedente de que seria na forma do art. 56 da lei 8666. Essa garantia também existe no contrato de PPP e essa vocês já conhecem, mas a lei também estabelece mais dois tipos de garantia.

Primeiro, a garantia de que o poder concedente confere ao concessionário. Leia aí o art. 8º da 11.079:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: (Vide Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

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

Veja como a lei foi até inteligente. Um dos grandes problemas dos contratos normais é que se a administração pública estiver me devendo, eu como contratado, e ela não pagar, eu vou ter que ir pro precatório, que é um inferno. Então, a lei de PPP trouxe algumas garantias que o poder concedente vai dar pro concessionário pra que se por ventura o poder concedente não pagar, tenham alguma receita que o concessionário pudesse ir atrás pra que não precisasse ir pro precatório. Então, a primeira forma é a vinculação de receitas, então ele pode ter algum tipo de receita, que não pode ser receita tributária e aí essa receita fica vinculada aos contratos de parceria. Então, se porventura o poder público não pagar, o particular sabe que aquelas receitas vão garantir aquele contrato. Continue:

“II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;”

Fundo especial: ele pode criar um fundo, como se fosse uma conta bancária e aí o recurso daquele fundo fica vinculado ao contrato de parceria. Então, se o parceiro não pagar, você tem aquele fundo que é pra garantia de parcerias. Fundo é quando você pega um certo recurso e vincula, na verdade é como se fosse uma conta com um nome específico e que eu só pudesse utilizar para aquela finalidade. Leia:

“III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;”

Aí o poder público faz o seguro-garantia com a empresa seguradora pra garantir aquele contrato. Outro:

“IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;”

Esse último é o que vem sendo muito utilizado, é o chamado fundo garantidor de parcerias público-privadas. É interessante porque quando a gente fala de fundo, o fundo não tem personalidade jurídica, normalmente não tem, mas o fundo garantidor de parceria público-privada nada mais é do que tipo uma empresa pública que é criada pela administração pública, ou seja, tem personalidade de direito privado. É isso o que tem

sido mais utilizado. Quando a União ou o estado está com um contrato de PPP, o próprio Estado vai abrir um fundo garantidor, que tem personalidade jurídica e faz um contrato de garantia com esse fundo garantidor. Aí eu digo assim pro fundo garantidor: “ó, fundo garantidor, se eu deixar de pagar a parceria por tais e tais motivos, o fundo garantidor tem que pagar, ou então se tiver uma situação excepcional, o fundo garantidor vai ter que garantir”. Ou seja, quando a administração pública, que é o poder concedente, ele vai firmar um contrato de garantia com o fundo garantidor, ele já deve te dizer de antemão o que é que ele vai garantir, o que é que esse fundo vai garantir. Qual é a vantagem desse fundo garantidor? Porque se eu fizer um contrato de PPP com o estado e ele tiver esse fundo garantidor garantindo essa PPP, se o estado não me pagar, eu vou executar o fundo garantidor e o fundo garantidor tem personalidade de direito privado, então eu não vou para o precatório, eu não tenho como ir pro precatório. Porque essa coisa de “ah, eu vou vincular receita... eu vou botar no fundo especial que eu vou criar”, se o estado não criar, tá tudo acabado porque você acaba indo brigar com um ente de personalidade de direito público. Mas quando você coloca o fundo garantidor de PPP, que é um ente com personalidade de direito privado, tudo o que eu colocar contra esse fundo garantidor de PPP, ele tem personalidade de direito privado, então eu não vou cair em precatório, eu vou discutir com ele como se fosse empresa privada mesmo e aí posso até pedir apenhora dos bens do fundo garantidor e tudo mais. Existe a possibilidade do estado criar um único fundo garantidor de PPP pra garantir todas as PPPs ou quando firmar uma PPP criar um fundo garantidor específico. Você tem, inclusive, na lei de PPP, parece que é a partir do art. 14 ao vinte e alguma coisa, trata somente do fundo garantidor de parcerias público-privadas federal. Porque a lei de PPP, do art. 14 ao art. 27, ela só se aplica à União e aí desse art. 14 ao 27 ele fala muito do fundo garantidor de PPP, mas o federal, para contratos federais.

Agora eu vou falar das garantias dadas ao agente financiador. Essas garantias que podem ser dadas ao agente financiador estão no art. 5º e eu vou dizer quais são elas. Primeiro: pode ficar estabelecido que empenhos, ao invés de ser firmados em nome da concessionária para o pagamento, sejam firmados diretamente em nome do agente financiador. Ou seja, ao invés do poder concedente pagar ao concessionário, ele pode pagar diretamente ao agente financiador. Leia aí o art. 5º:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:”

Aí tem vários incisos. Passe os incisos todos e vá pro §2º:

“§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores (...)”

Pronto. Você se lembra das transferências de concessão que a gente viu aqui? O que é que tá dizendo aí? Que o contrato de PPP pode estabelecer, e eu já falei isso aqui porque o contrato de concessão também pode, que pode transferir o controle da concessionária pro agente financiador e isso é uma garantia dada ao financiador. Ou seja, se porventura a concessionária não tiver gerindo bem a concessão e não tiver conseguindo pagar ao agente financiador, o agente financiador pode pedir ao poder concedente que transfira a concessão pra ele, e aí o agente financiador vai ficar na gestão da concessionária até reequilibrar as contas e devolvê-la para a concessionária. Eu falei isso aqui quando eu falei de concessão, que a concessão pode ser transferida para o agente financiador e você dispensa a qualificação técnica. Se eu for transferir da sua empresa para a empresa de Ricardo, a de Ricardo tem que ter qualificação técnica, mas se for pro agente financiador não se exige a qualificação técnica. Qual é a segunda? Leia aí:

“II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;”

Tá vendo? O empenho é quando você empenha um valor empenhando em nome de alguém. Ele pode estar dando o empenho, empenhar um valor em nome diretamente do financiador, isso é possível. Terceiro:

“III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.”

Ou seja, ao invés do fundo garantidor pagar à concessionária, pode pagar diretamente ao agente financiador. Ou então termina o contrato de concessão precocemente, tem alguma indenização devida ao concessionário, mas se o concessionário deve ao financiador, a administração pode pagar ao financiador e não à concessionária. Tudo isso são benefícios que são dados para o financiador para dizer o seguinte: “olhe, financiador, se você resolver financiar esse projeto, você não está completamente descoberto porque nós estamos criando mecanismos dentro da lei, que se porventura o concessionário não pagar, existe possibilidade de eu, administração pública, realizar esse pagamento diretamente”, nada mais é do que isso.

A terceira característica seria a questão do compartilhamento dos riscos. Como é que ocorre esse compartilhamento dos riscos? Vocês sabem que no contrato pela 8666, os riscos sempre são suportados pelo contratante, lembra? Fato do príncipe, teoria da imprevisão, fatos imprevistos, fato da administração... Ocorrendo esse desequilíbrio, sempre quem arcava com o risco era a administração pública. Pois bem, o contrato de parceria público-privada traz essa possibilidade de compartilhamento dos riscos, que já deve estar estabelecido quando da formação do contrato. Como seria esse compartilhamento dos riscos? Eu já vou dizer quando eu formalizar o contrato, quais são os riscos que ficam para a administração pública e quais os riscos que deverão ser suportados pelo concessionário. Agora lembrando, que apesar de eu ter essas vantagens

de eu poder compartilhar os riscos com o concessionário, deve-se chamar atenção porque todos os riscos em regra são compartilhados, inclusive os riscos decorrentes da má gestão administrativa. Ou seja, se o concessionário gerir mal a concessão, isso é muito provável que será compartilhado essa má gestão com o próprio poder concedente. Então tem que se ter muito cuidado, quando da formalização do contrato, quanto a forma que eu vou compartilhar esses riscos, porque eu tenho que compartilhar de uma forma que não onere tanto pro estado e que não onere muito o contrato. Por exemplo, se eu for firmar um contrato com o metrô e eu disser assim, olha: “os fatos imprevisíveis é um risco da concessionária”. Lembre que fato imprevisível é tudo o que se encontra quando da realização da obra. Se eu achar um lençol d’água, se eu achar um terreno rochoso, tudo isso é fato imprevisível. Se eu colocar isso, em uma licitação, dentro do contrato, as empresas que participarem vão botar o preço lá em cima, porque vai ter um risco muito alto. Todo risco significa aumento do custo, então você vai cobrar o risco que você tá tendo. Se você vai firmar um contrato com um risco que caso se concretize gere um gasto de 10, você vai cobrar pensando já em ter esse gasto de 10, porque se você não fizer isso pode ter um prejuízo. Então, esse compartilhamento de risco tem que ser feito com muito cuidado.

A quarta característica é a possibilidade de compartilhamento de ganho. A lei prevê entre as cláusulas contratuais – as cláusulas do contrato de PPP estão no art. 5º –, leia o art. 5º, o caput e veja se não é o inciso IX:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;”

É o seguinte: quando ele vai fazer um contrato de parceria, ele vai firmar um contrato de financiamento com a instituição financeira. Normalmente quando ele vai fazer esse contrato de financiamento, ele tem um juros, claro, ele vai pagar um juros por esse financiamento. Normalmente quando se faz um contrato de financiamento, logo no início, esses juros são mais altos porque o risco com o agente financiador é maior. Você está me mostrando um empreendimento que você vai entrar agora e eu não sei como é que você vai se sair nesse empreendimento, então claro que eu vou exigir um juros maior. Com o passar dos anos, eu posso fazer um refinanciamento com você, e aí pode acontecer que haja uma diminuição dos juros nesse refinanciamento. Por exemplo, depois de 10 anos o agente financiador já viu que o contrato que o financiado, que é o concessionário, firmou com o poder concedente é um contrato seguro, que não tem muitos riscos, então eu vou continuar emprestando dinheiro só que com juros menor. Aí a lei diz que se isso acontecer, isso também deverá ser repassado para o parceiro público. Por exemplo, o parceiro público, pode ser que a contraprestação dele diminua, porque se os juros que o concessionário está pagando para o banco diminuiu, a contraprestação que eu, administração pública, vou passar pra você, também vai

diminuir. Isso tem que estar previsto no contrato e realmente tem que haver um refinanciamento com a instituição financeira. Por exemplo, se o financiamento for feito pelo BNDES, ele normalmente não faz contrato de refinanciamento, então provavelmente isso nunca vai acontecer, porque o BNDES não refinancia, ele deixa os juros sempre iguais.

Outra característica é a possibilidade de aplicação de sanções administrativas ao parceiro público. Isso tá no art. 5º, inciso II, leia aí:

“II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;”

Então, veja só. Nesse caso aí, a lei fala que existe uma possibilidade de aplicação de sanções ao parceiro público. Porque a gente tá acostumado só à aplicação de sanção ao parceiro privado, quer dizer, ao contratado. Há uma possibilidade que a lei fala que existe uma possibilidade de aplicação de sanções à administração pública, só que esse art. não foi implementado ainda porque eu só posso aplicar sanções se elas estiverem previstas em lei. Eu não posso somente estabelecer a sanção no contrato, ela tem que ter um respaldo legal e eu não tenho respaldo legal, eu não tenho sanção aplicada à administração pública na lei ainda. Na lei de PPP eu não tenho sanção nenhuma, daí quando eu vou ter que aplicar sanções ao concessionário, eu vou ter que ir ainda pra lei 8666 pra pegar a sanção do art. 87 pra poder aplicar. Mas pro poder concedente eu não posso aplicar sanção nenhuma porque eu não tenho nenhuma sanção em lei nenhuma pra poder aplicar.

Outra: a questão da indelegabilidade de funções típicas do Estado. Ou seja, eu não posso delegar ao concessionário funções típicas de Estado. Que funções são essas? Leia aí o art. 4º:

“Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;”

Então, eu não posso delegar função de regulação, exercício de poder de polícia e função jurisdicional.

Limites ao contrato de PPP

Limites quanto ao prazo

O prazo mínimo do contrato de PPP são 5 anos e o máximo é de 35, sem possibilidade de prorrogação. Esse limite máximo está no art. 5º, entre as cláusulas contratuais, no inciso I.

Quanto ao valor

O valor mínimo do contrato de PPP é de 20 milhões. Isso tá no art. 2º, §4º, inciso I. Então, quanto ao valor, o valor mínimo é de 20 milhões. Até tem uma discussão em relação a isso, que isso tá como cláusula geral, que vale pra União, estados e municípios e o que se discute muito é se a União poderia estabelecer valor máximo de contrato pra estados e municípios. O que a gente pode discutir é se é inconstitucional ou não, porque norma geral já é, está no capítulo de norma geral.

Limite com relação ao objeto do contrato

Olha, você não pode ter como objeto de PPP, exclusivamente: realização de obra, contratação de mão-de-obra ou fornecimento de equipamento. Esses não podem ser objetos exclusivos de PPP. No próprio art. 2º, §4º fala isso, leia aí:

*“§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.”*

Pode englobar tudo isso? Pode, mas não pode ter como objeto exclusivo.

Pagamento do contrato

Nós já sabemos que o pagamento só se inicia quando existe a disponibilização total ou parcial do serviço, mas a lei estabelece no art. 6º várias formas de pagamento. Normalmente no contrato o pagamento é feito em dinheiro, mas a lei estabelece outras formas de pagamento no art. 6º. Leia o art. 6º:

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

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;”

Cessão de créditos não tributários: ele pode deter alguns créditos a receber e ele vincular aqueles créditos ao pagamento da PPP, que não sejam tributários.

“III – outorga de direitos em face da Administração Pública;”

Por exemplo, ele pode pagar uma parte em ordem bancária e dar algum direito em face da administração pública, por exemplo, ele pode dar a questão de outorga do direito de construir, tem alguns direitos que estão na lei de construção, no estatuto da cidade, que você pode dar, por exemplo, aumentar o potencial construtivo da área. Então, você pode dar como forma de pagamento a possibilidade desse aumento de potencial construtivo. Por exemplo, quem fez a fonte nova foi a OAS e a Odebrecht. Eu

posso dizer a elas que além de pagar a ordem bancaria, eu vou permitir que ela tenha terrenos em tal lugar, que ele aumente o potencial construtivo do terreno. O que é aumentar o potencial construtivo? Por exemplo: ao invés de eu construir seis andares eu construo doze, isso é um direito dado em face da administração. Continue aí:

“IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;”

Teve isso aí no contrato da finte nova. No contrato da fonte nova tem um cláusula que permite que aquelas áreas do entorno da fonte nova sejam dadas em concessão para a nova fonte nova para a construção de um shopping center naquela área ali de entorno. Se fizer isso, obviamente eu vou abater da contraprestação que eu estou dando a ela. No dia que eu der essa área para construção do shopping, isso eu já vou abater da contraprestação que eu pago.

Agora veja só, pra poder desonerar o estado, porque o estado acaba ficando com uma contraprestação muito alta porque como ela vai pagar a concessionária, ela vai pagar tudo inclusive com aquela parcela tributada com juros e tudo, então as parcelas são muito altas. Então, o que foi que a lei possibilitou? Eu já disse a vocês que o poder público só pode começar a pagar quando existe a disponibilização do serviço ou de parte do serviço. Agora a lei permitiu, através de uma medida provisória, que por exemplo, o poder público pra tentar reduzir a contraprestação que ele tem que pagar para a empresa privada, ele possa fazer um aporte de capital pra concessionária – para fazer esse aporte, ele tem que ter autorização legislativa –, e esse aporte de capital tem que ser utilizado exclusivamente para os bens reversíveis. Bens reversíveis são aqueles que no final da concessão voltam para o poder concedente. Então, quando ele faz esse aporte de capital para o pagamento desses bens reversíveis, esse aporte não é tributado e aí reduz a contraprestação do poder público. Agora, só pode ter esse aporte de capital se tiver autorização legislativa e esse aporte for feito exatamente para cobrir aqueles bens que são reversíveis, que são aqueles que vão retornar para administração pública ao final da concessão. Isso está no art. 7º, leia aí:

“Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.”

Agora vamos ver como se processa o contrato de PPP. Nós temos na lei de PPP uma atenção muito especial à fase que antecede à abertura da licitação, que está no art. 10. Primeiro, uma coisa que é importante no art. 10 é que diz que a administração pública tem que justificar porque é que está fazendo o contrato através de parceria

público-privada, porque que não buscou outra modalidade contratual, o que é que justifica se realizar o contrato através da PPP. Veja que é diferente do pregão, que obrigatoriamente tem que utilizar o pregão, preferencialmente o eletrônico, então para eu não utilizar o pregão eu vou ter que justificar. Na questão da PPP é diferente: eu tenho que justificar porque é que eu estou utilizando esse tipo de contrato. Foi uma das grandes questões.

Outra coisa que a lei exige, obviamente, é que o projeto de PPP deve estar no plano plurianual, obrigatoriamente. O projeto de PPP vai estar na lei orçamentária anual quando começar a pagar e eu só começo a pagar quando o serviço estiver disponível, então não precisa estar previsto na lei orçamentária anual desse ano, porque a LOA prevê os gastos desse ano e eu não vou pagar agora.

Outra coisa, pra firmar o contrato de PPP, eu não preciso ter o projeto básico, basta eu ter elementos de projeto básico. Eu não preciso ter projeto básico desenvolvido para firmar o contrato de PPP.

Outra coisa, preu firmar o contrato de PPP, eu já tenho que ter a licença ambiental, ou diretrizes para a obtenção da licença ambiental. Eu posso até não ter a licença, mas já tenho que ter o pronunciamento do órgão competente dizendo que é possível obter a licença ambiental daquela área. Eu tenho que ter ou a licença ambiental ou diretrizes para a licença ambiental.

Outra coisa também, lembrando a vocês: se porventura nós estivermos diante de uma concessão patrocinada e mais de 70% da remuneração decorrer do poder público, é necessário autorização legislativa. Se for concessão patrocinada, concessão administrativa não.

Outra coisa também: a minuta do edital deve ser submetida à consulta pública no prazo de 30 dias. Uma coisa é audiência pública, outra coisa é a consulta pública. Audiência pública é quando você chama todo mundo. Normalmente eu entendo que deve ter audiência pública e consulta pública, eu tenho exigido os dois. A lei de PPP só fala em consulta pública, mas a lei de licitações fala que em qualquer contrato acima de uns 10 milhões tem que ter audiência pública. Na consulta pública você disponibiliza no site as minutas do edital e eu faço sugestões de alteração e tal no próprio site, e a audiência pública é uma audiência mesmo, aberta, você discute a licitação abertamente.

A modalidade de licitação é a concorrência, sempre a concorrência. A lei permite que haja a inversão das fases: fase de classificação anteceder a fase de habilitação. A lei permite. A lei permite também que após a abertura das propostas escritas na concorrência, se tenha uma fase de oralidade de propostas, de lances orais. Mesmo sendo uma concorrência, isso não transforma em pregão. Mesmo sendo uma concorrência, permite-se que eu receba essas propostas na concorrência, veja a proposta de cada um e a partir dessas propostas eu estabeleça lances orais.

Quais são os critérios de julgamento? A lei de PPP não traz os critérios de julgamento, então eu vou utilizar os da lei de concessão simples, da lei 8987. Estão no art. 15 da lei 8987.

Outra coisa importante: a lei trouxe uma fase chamada de fase de saneamento do processo, que não tem em nenhuma outra lei. Nessa fase permite-se que sejam corrigidos os vícios sanáveis. Exemplo: uma empresa apresentou uma documentação

sem autenticar o documento, então permite que leve o documento pra autenticar; ou apresentou o documento sem assinatura, então permite que seja assinado esse documento posteriormente. São vícios menores, que podem ser sanáveis, então nesse caso existe essa fase de saneamento do processo licitatório.

Outra coisa: pela lei de PPP, não existe fase de homologação. A lei não trouxe a previsão de fase de homologação.

Outra coisa interessante que tá na lei é que a lei teve um certo receio quanto ao comprometimento da receita pública no contrato de PPP. O que é comprometimento da receita pública? Da receita líquida. Qual o percentual de receita líquida sua, ente público, que está envolvido com o contrato de PPP. Então, os entes públicos podem comprometer sua receita líquida até 5% de comprometimento pra ter o repasse. É o máximo que eles podem. Se comprometer mais de 5% da receita com o contrato de PPP, fica impossibilitado de receber transferências voluntária. Isso está no art. 28 da lei, leia aí:

“Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”

Com isso, nós terminamos o contrato de PPP.