

ORGANIZAÇÃO: LEONARDO GARCIA

COORDENAÇÃO: • JOSÉ HENRIQUE MORAES  
• LEONARDO VIEIRA DE SOUZA • FRANCISCO BRAGA  
• RENÉRIO DE CASTRO JÚNIOR

# Guia definitivo

## PARA A SEGUNDA FASE DA

# ADVOCACIA PÚBLICA

Temas, Peças, Pareceres e Questões  
Discursivas na Teoria e na Prática

Autores:

BRUNA TAPIÉ GABRIELLI  
CAIO FELIPE CAMINHA DE ALBUQUERQUE  
CLAUDIO HENRIQUE RIBEIRO DIAS  
DANDARA DOS SANTOS BARROS PASSOS  
DANIELE PAULINA MARTINS NUNES  
DAVI DORIA  
FILIPE SPENSER DOWNSLEY  
FRANCISCO BRAGA  
GIORGIA KRISTINY DOS SANTOS ADAD  
ISADORA CARVALHO BUENO  
JOÃO RODRIGO DOLABELLA  
JONAS RODRIGUES DA SILVA JÚNIOR  
JOSÉ HENRIQUE MORAES  
LAÍS DE LUCENA PEDROSA  
MARCOS FREDERICO FRAZÃO LOPES  
MAURICIO SCHIBUOLA DE CARVALHO  
REBECA SOUZA CAVALCANTE DE OLIVEIRA  
RENÉRIO DE CASTRO JÚNIOR  
YASMINE LOPES PEREIRA SANTOS

INCLUI

- Novas peças, questões e pareceres elaborados por professores experientes na preparação de concursos voltados para a advocacia pública;
- Aprofundamento do conteúdo (doutrina de estudo) cobrado nas peças, questões e pareceres;
- Sugestão de resposta modelo para o candidato (Resposta Nota 10), com a estrutura das peças, pareceres e questões;
- Espelho de correção sugerido, demonstrando o que as bancas normalmente exigem que o candidato aponte nas provas;
- Abordagem dos temas mais importantes na preparação para Advocacia Pública.

 EDITORA  
JusPODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

4ª edição

Revista, atualizada  
e ampliada

## PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

 *Direito Processual Civil:*

*Tutela de Interesses Difusos e Coletivos*



### ENUNCIADO

A empresa Explosion Ltda., visando a comercialização de fogos de artifício, requereu a realização de perícia junto à Polícia Civil, órgão responsável pela vistoria de estabelecimentos que comercializam materiais com pólvora. A realização da perícia seria condição para a concessão de licença de funcionamento pela Secretaria de Segurança Comunitária do Município. Para a concessão dessa licença, a legislação municipal exigia, ainda, prévia inspeção do local pelo próprio Município, bem como a comprovação do pedido de vistoria pela Polícia Civil e do recolhimento da taxa cobrada pelo órgão de polícia estadual.

Ao protocolizar o pedido junto à Secretaria Municipal, a empresa juntou o comprovante de pagamento da taxa de funcionamento estadual, mas não comprovou a realização de vistoria pela Polícia Estadual, de modo que o requerimento ficou pendente de análise.

Mesmo sem a licença de funcionamento e sem que o Município fosse informado, a empresa Explosion Ltda. iniciou suas atividades, realizando, inclusive, o depósito de pólvora. Seis meses após o início da comercialização de fogos de artifício, uma grave explosão ocorreu no local, destruindo parcialmente o imóvel residencial vizinho, pertencente a Joaquim, acarretando a morte de sua esposa Maria e de sua filha Júlia.

Inconformado com a tragédia, Joaquim ajuizou uma ação indenizatória contra a Secretaria de Segurança Comunitária, alegando a responsabilidade objetiva do Município, em razão da omissão no dever de fiscalizar e pleiteando:

- a) Indenização por danos morais e materiais, decorrentes do sofrimento psíquico e da perda patrimonial que suportou, respectivamente nos montantes de R\$ 200.000,00 e R\$ 300.000,00;

- b) Indenização pelos danos morais, sofridos por sua filha e sua esposa, no valor de R\$ 200.000,00.

Após a citação, a Secretaria de Segurança Comunitária encaminhou os autos à Procuradoria Geral do Município, que apresentou contestação, alegando toda a defesa material e processual referente ao caso. Após a instrução do processo, o juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública proferiu sentença, julgando inteiramente procedente a ação. No dia 13 de dezembro de 2019 (sexta-feira), a PGM foi intimada da sentença.

Considerando a situação exposta, presente, no último dia do prazo, a medida processual cabível para reverter a decisão. Desconsidere a existência de feriados locais.

## APROFUNDAMENTO DO CONTEÚDO

### 1. PRELIMINARES

No presente caso, o aluno deveria ter indicado a existência de algumas preliminares. Senão, vejamos:

#### ▼ A) ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA COMUNITÁRIA E CONSEQUENTE VÍCIO DE CITAÇÃO

Nos termos narrados no caso, a ação foi proposta em face da Secretaria de Segurança Comunitária e não em face do Município. Ocorre que a Secretaria é órgão integrante da estrutura municipal, não sendo dotado de personalidade jurídica.

De acordo com a **teoria do órgão**, adotada no ordenamento brasileiro, o órgão pode ser definido como um feixe de atribuições repartidas entre os agentes públicos com o objetivo de manifestar a vontade do Estado. Hely Lopes Meirelles explica que “cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem, necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isso explica por que a alteração de funções, ou a vacância de cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão”<sup>1</sup>.

Como a atuação dos órgãos públicos é imputada à pessoa jurídica a quem pertencem, a presente ação deveria ter sido ajuizada em face do Município e não da Secretaria de Segurança Comunitária, restando configurado o vício de legitimidade passiva.

Havendo vício de legitimidade passiva, constata-se, também, a nulidade da citação, que foi realizada em nome da Secretaria Municipal e não perante a Procuradoria Geral do Município, nos termos do § 3º do artigo 242 do Código de Processo Civil:

Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.

1. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.68.

(...)

§ 3º **A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.**

Logo, a ação a que ora se recorre deve ser extinta sem julgamento de mérito, em razão do vício de legitimidade processual e da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do artigo 485, IV e VI, do Código de Processo Civil.

#### ATENÇÃO

Na prática forense o comparecimento aos autos supre o vício de citação. Todavia, em uma prova discursiva de concurso público, o candidato deve apresentar essa preliminar para se resguardar contra eventual cobrança no espelho de correção, como ocorreu na prova da PGM Campo Grande (CEBRASPE/2019), nos seguintes termos:

Além disso, a citação também deve ser considerada como nula **pele fato de o município foi citado em uma de suas secretarias e não no órgão de advocacia pública**, conforme prevê o art. 242, § 3º, do Código de Processo Civil. Dessa forma, nula está a citação, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito por ausência de pressuposto para o regular desenvolvimento processual, conforme o constante no art. 485, IV, do CPC.

#### ▼ B) ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR PARA PLEITEAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO ALHEIO

De acordo com o artigo 17 do Código de Processo Civil, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade. Já o artigo 18 do CPC prescreve que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Joaquim não poderia pleitear indenização pelos danos morais sofridos por sua filha e sua esposa. Como Maria e Júlia estão mortas, esse pedido deveria ter sido pleiteado pelos seus respectivos espólios, representados por seus inventariantes. É o que dispõe o artigo 75, VII, do CPC:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(...)

VII – o espólio, pelo inventariante.

Logo, Joaquim não possui legitimidade ativa para pleitear indenização pelos danos morais sofridos por Maria e Júlia.

Diante do exposto, o mencionado pedido deve ser extinto sem resolução de mérito, em conformidade com os artigos 17, 18 e 485, IV, do CPC.

## 2. DO MÉRITO

A matéria envolvendo o caso em análise foi objeto de recente decisão pelo Supremo Tribunal Federal, no Informativo 969. Antes de explicar a decisão proferida pelo STF, é necessário abordar a evolução histórica da Responsabilidade Civil do Estado.

## ▼ A) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando se fala em Responsabilidade Civil do Estado, é necessário diferenciar três teorias que podem ser utilizadas:

- **Teoria da Culpa Administrativa ou Culpa Anônima:** também chamada de culpa do serviço ou *faute du service*, essa teoria preconiza que a responsabilização do Estado é SUBJETIVA e depende da demonstração de falha na prestação dos serviços, seja pelo mau funcionamento do serviço, seja pela sua inexistência, seja pela sua intempestividade. Não se trata de identificar a culpa nos atos dos agentes públicos, mas sim de identificar a falha na prestação do serviço (serviço defeituoso, inexistente ou intempestivo), a chamada culpa anônima, despersonalizada.
- **Teoria da Responsabilidade Objetiva fundada no Risco Administrativo:** por essa teoria, impõe-se o dever de indenizar ao Poder Público, independentemente de culpa de seus agentes ou de falhas na prestação do serviço. Isso porque cabe à Administração Pública o risco de suportar o ônus de sua atuação, sendo desnecessária a demonstração de culpa no caso de eventuais danos causados a terceiros. Essa teoria dispensa a demonstração de culpa pelo resultado danoso, cabendo ao particular demonstrar apenas os três elementos da responsabilidade civil: a conduta (comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita), o dano e o nexo causal. Essa responsabilidade é OBJETIVA e está prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, de menção obrigatória em provas subjetivas que tratem do tema:

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

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

Note-se que o particular não necessita provar a culpa da Administração. A discussão sobre a culpa apenas tem relevância em momento posterior, quando o Poder Público, uma vez condenado, utiliza-se do seu direito de regresso contra o agente responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Cabe destacar que essa teoria, a despeito de dispensar a prova da culpa da Administração, não implica sua responsabilidade em toda e qualquer hipótese, permitindo-se ao ente público alegar as chamadas causas excludentes do nexo de causalidade, como o caso fortuito e a força maior e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

- **Teoria do Risco Integral:** essa teoria distingue-se da anterior, pois ao Estado não é permitido alegar as chamadas causas excludentes do nexo de causalidade.

Nesses casos, a responsabilidade estatal é levada ao extremo, não se podendo alegar culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, nem mesmo caso fortuito ou força maior. Há divergência na doutrina acerca dessa teoria, mas majoritariamente é aplicada aos danos nucleares e ambientais.

#### ▼ B) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

No caso da questão, Joaquim pleiteia a condenação do Poder Público em razão da omissão no dever de fiscalizar. Com relação aos atos omissivos do Estado, é importante explanar a divergência na doutrina e entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Há basicamente dois entendimentos:

Doutrina Majoritária e STJ	Doutrina Minoritária e STF
A responsabilidade do Poder Público por atos omissivos seria SUBJETIVA, informada pela Teoria da Culpa Anônima ou da Culpa Administrativa. Nesses casos, não se aplicaria o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, sendo necessário comprovar a má prestação do serviço público (serviço intempestivo, ineficiente, inexistente) pelo Estado.	A responsabilidade do Poder Público por atos omissivos seria OBJETIVA, pois o artigo 37, §6º, da Constituição Federal fala em conduta, que pode ser comissiva ou omissiva. Não havendo distinção legal, não há que se diferenciar a forma de responsabilidade entre condutas comissivas e omissivas, sendo ambas objetivas, informadas pela Teoria do Risco Administrativo.

**De acordo com o STJ e também com a doutrina majoritária, a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é subjetiva, informada pela Teoria da Culpa Administrativa ou da Culpa do Serviço, não se aplicando, nesses casos, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal.**

Segundo Matheus Carvalho, “a Responsabilidade Subjetiva aplicável, neste caso, não é aquela apresentada ou defendida pela teoria civilista, ou seja, não depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público, mas sim da responsabilização decorrente da Culpa Anônima”<sup>2</sup>.

Essa responsabilidade decorreria, pois, da culpa do serviço, segundo a qual a má prestação do serviço público (serviço ineficiente, inexistente, intempestivo) geraria a responsabilidade subjetiva do Estado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.** PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ.

**1. Caracterizado o ato ilícito ensejador da possível responsabilidade civil estatal em sua modalidade omissiva, faz-se necessária a verificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do ente público.**

2. CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Editora Juspodivm. 3ª edição, 2016.

2. A seu turno, também a aplicabilidade do princípio da reserva do possível requer considerações sobre a situação econômico-financeira do ente público envolvido.

3. Essas duas ordens de investigação importam em detida análise da situação de fato por que passa o ente público – seja em relação à administração, seja em relação às finanças –, esbarrando, portanto, no óbice da Súmula 7 deste Tribunal.

3. Agravo regimental não-provido.

(STJ. AgRg no Ag 1014339/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 24/09/2008)

De modo diverso, o STF entende que a responsabilidade nos casos de atos omissivos do Poder Público é OBJETIVA, aplicando-se o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que trata de responsabilidade extracontratual do Estado. A Corte Suprema, juntamente com a doutrina minoritária, defende que a responsabilidade objetiva, informada pela Teoria do Risco Administrativo, aplica-se tanto para as condutas comissivas, quanto para as omissivas:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. **Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva.** Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.

(STF. ARE 697326 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR AÇÕES E OMISSÕES QUE ACARRETEM DANO A TERCEIROS.** NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos.** II – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

(STF. ARE 1207942 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 04-09-2019 PUBLIC 05-09-2019)

# ESTRUTURA DOS PARECERES

## 1. CABEÇALHO

No cabeçalho de um parecer precisam constar as seguintes informações:

### ▼ PARECER Nº:

Neste ponto, como muito provavelmente não será disponibilizado qual será o número do parecer, recomenda-se colocar “...” após o “Parecer Nº ...” ou mesmo deixar somente a expressão “Parecer Nº”.

### ▼ CONSULENTE:

O consulente é aquele que solicita o parecer, ou seja, na aba “consulente” é feito o endereçamento do parecer.

Exemplos: “Consulente: Prefeito do Município X”; “Consulente: Secretário de Educação do Estado Y”.

### ▼ ASSUNTO:

O assunto deverá ser informado de forma resumida, direta e clara, ou seja, com menção expressa a qual “tema” está sendo solicitado o parecer.

Exemplos: “Assunto: Licitações e Contratos.”; “Assunto: Desapropriação.”; “Assunto: Responsabilidade Civil por suicídio de preso.”

### ▼ EMENTA:

Na ementa, por sua vez, o parecerista deve reunir de forma lógica e coordenada as principais “palavras-chaves” que foram utilizadas na elaboração do parecer. Em síntese, a ementa é o resumo do que consta do parecer.

Uma importante dica é deixar para elaborar a ementa por último, pois assim o candidato saberá bem como resumir as palavras mais importantes que foram utilizadas.



Por fim, ainda quanto à Ementa, vejamos o que a Banca Cespe expôs no Espelho de Correção Sugerido da prova da PGE – SE em 2017<sup>1</sup>:

“Ementa exemplificativa. Serão verificados os aspectos de formatação e adequação da ementa ao conteúdo do parecer. **A Ementa tem de estar na porção direita da folha.** Os tópicos essenciais da matéria devem ser apresentados sob a forma de frases nominais, ou seja, frases sem verbo. **A ementa deve reunir, de forma lógica e coordenada, as principais palavras-chave utilizadas na elaboração do parecer.**”

Exemplo:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO ESPECÍFICA. INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA.”

## 2. RELATÓRIO

No relatório, o parecerista deve expor os fatos colacionados pelo interessado, de forma sucinta e objetiva.

Exemplo: “Trata-se de consulta formulada pelo Secretário de ... do Estado X, em que se questiona acerca do pedido de indenização solicitado por ..., em razão da morte do detento ..., em virtude ...”

## 3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Neste ponto, deve o candidato ter a máxima atenção, já que a maior parte da questão e da pontuação se encontra neste tópico.

Na fundamentação jurídica, o candidato deverá abordar todos os pontos solicitados, bem como as minúcias e os posicionamentos de cada um deles, apontando sempre o posicionamento da jurisprudência/doutrina majoritária.

## 4. CONCLUSÃO

Por último, na conclusão o candidato deverá resumir as principais teses expostas, com os apontamentos finais e informações necessárias para solução do conflito adjacente à consulta, de modo que o consulente possa compreender qual a orientação dada pelo órgão jurídico na consulta formulada.

Neste tópico, o candidato deverá ser claro e objetivo.

## 5. FINAL

Ao finalizar o parecer, recomenda-se ao candidato a utilização dos seguintes termos:

“É o parecer. À consideração superior.

Local, data.

Advogado da União/Procurador da Fazenda Nacional/  
Procurador Federal/do Estado/do Município.”

1. Da mesma forma: PGE-PE 2018.

# LICITAÇÃO E O REGIME DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE



## ENUNCIADO

No intuito de adquirir 200 cadeiras para o Ministério da Fazenda e com o objetivo político de fomentar o acesso ao mercado por parte das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, além de eliminar os entraves burocráticos que dificultam seu desenvolvimento, o Ministro da Fazenda constituiu a Comissão de Licitação e iniciou os atos preparatórios do instrumento convocatório, informando à Comissão que deseja que a licitação seja destinada exclusivamente às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Em razão das discordâncias acerca de eventuais ilegalidades que poderiam ser apontadas no edital, a Comissão de Licitação e o Ministro da Fazenda suspenderam a reunião e formularam consulta à Advocacia Geral da União, com o intuito desta auxiliar na análise do edital e emitir parecer sobre os pontos de discordâncias elencados.

Com base na doutrina majoritária e na jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, apresente a orientação jurídica, em forma de parecer, discorrendo acerca das seguintes indagações:

- a. Eventuais benesses concedidas às Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP precisam estar expressamente previstas no edital da licitação?
- b. É possível que a licitação seja destinada exclusivamente às ME e EPP?
- c. Quais são as possibilidades de licitações diferenciadas no âmbito das ME e EPP? É possível estabelecer prioridade de contratação para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas no local ou região da contratação?
- d. Como se procedimentaliza a denominada Reserva de Cota?
- e. No que consiste a Regularidade Fiscal Postergada? Aplica-se também à regularidade trabalhista?

- f. É preciso o ingresso no Simples Nacional para que as ME e EPP usufruam do tratamento diferenciado?
- g. A perda da qualificação de ME ou EPP no curso da execução do contrato acarreta a rescisão do pacto?

## APROFUNDAMENTO DE CONTEÚDO

### DA CONSULTA:

#### ▼ INTRODUÇÃO

No intuito de fomentar a atividade exercida pelas Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte, o Constituinte determinou que estas receberão tratamento jurídico diferenciado, bem como previu o tratamento favorecido como um dos princípios da atividade econômica. Vejamos:

“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:

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

“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.”

Com o reconhecimento de sua importância no setor econômico, pretendeu o legislador conferir-lhes regime jurídico específico, ampliando seu acesso ao mercado e reduzindo ou eliminando entraves burocráticos que dificultam seu desenvolvimento, resultando na edição da Lei Complementar nº 123/2006.

De acordo com o art. 3º da LC 123/2006, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada (extinta pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021, convertida na Lei nº 14.382/2022, mas ainda presente na redação literal do dispositivo da LC 123/2006) e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

- No caso da **microempresa**, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta **igual ou inferior a R\$ 360.000,00** (trezentos e sessenta mil reais);
- No caso de **empresa de pequeno porte**, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta **superior a R\$ 360.000,00** (trezentos e sessenta mil reais) e **igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00** (quatro milhões e oitocentos mil reais).

▼ **A. EVENTUAIS BENESSES CONCEDIDAS ÀS MICROEMPRESAS – ME E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – EPP PRECISAM ESTAR EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO EDITAL DA LICITAÇÃO?**

**NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

O tema do tratamento diferenciado em licitação às microempresas e empresas de pequeno porte foi tratado pela Lei nº 14.133/2021. O art. 4º estabelece que permanecem aplicáveis as regras dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006, observadas algumas especificidades:

**Art. 4º** Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo **não são aplicadas**:

I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Preliminarmente, em breves notas, vale a pena comentar o histórico acerca da questão relativa ao edital de licitação. Antes, havia controvérsia sobre a aplicação, ou não, do regime de concessão de benefícios a microempresas e empresas de pequeno porte, se os critérios de tratamento diferenciado não estivessem previstos expressamente no ato editalício<sup>2</sup>.

De um lado, entendia-se que seria inaplicável. Neste sentido, o TCU assim afirmava:

“Não se deve conceder o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte previsto no art. 47 da Lei Complementar 123/2006 quando não expressamente previsto no instrumento convocatório ou para contratações de valor superior a oitenta mil reais.” (TCU. Acórdão 2479/2009 – Plenário. Relator: Marcos Bemquerer.)

Este entendimento decorria do inciso I do art. 49 da LC Nº 123, que assim afirmava:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:  
I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **não forem expressamente previstos no instrumento convocatório.**”

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 383.

Por outro lado, porém, advogava-se entendimento segundo o qual seria dispensável essa referência, uma vez que o supracitado inciso mencionava apenas acerca dos critérios utilizados e não sobre o tratamento favorecido propriamente dito.

A LC Nº 147/2014, no entanto, eliminou a controvérsia ao revogar essa exigência, de modo que as **benesses atribuídas a essa categoria de empresas não mais dependem atualmente de menção no edital**<sup>3</sup>.

Assim, atualmente, as licitações diferenciadas decorrem diretamente da Lei e a sua implementação não está condicionada à regulamentação ou à previsão editalícia, na forma do art. 47, caput e parágrafo único, da LC 123/2006, com a alteração promovida pela LC 147/2014<sup>4</sup>.

#### ▼ B. É POSSÍVEL QUE A LICITAÇÃO SEJA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE ÀS ME E EPP?

De início, é importante notar que o enunciado questiona acerca da possibilidade de **licitação exclusiva às ME e EPP**, ou seja, se seria possível uma licitação apenas com as empresas que se enquadrem nestas duas categorias, e não acerca de eventuais privilégios das ME e EPP nas licitações em geral.

Desta forma, a resposta da questão em apreço perpassa pela análise do inciso I do artigo 48 da LC 123, que assim afirma:

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

**I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”**

Deste modo, nota-se que é possível que haja licitação exclusiva para as ME e EPP, desde que os valores sejam até R\$ 80.000,00.

Ademais, percebe-se ainda que o dispositivo em apreço não traz apenas uma possibilidade, mas sim uma obrigatoriedade ao afirmar que “**deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente ...”, o que se confirma quando se nota que a disposição antiga do artigo em apreço não mencionava o termo “deverá”, enquanto que a nova disposição acima reproduzida traz o referido termo. Vejamos:

“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);”

Comentando o tema, Rafael Oliveira<sup>5</sup> afirma que, tendo em vista a necessidade de efetivação das normas constitucionais que impõem o referido tratamento diferenciado

3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 383.

4. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 150.

5. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 149.

em favor daquelas entidades (arts. 146, III, “d”, 170, IX, e 179 da CRFB), **a obrigatoriedade do tratamento diferenciado foi prestigiada na alteração promovida pela LC 147/2014**, que utilizou a expressão “deverá” nos arts. 47, caput, e 48, I e III, da LC 123/2006.

Por fim, sobre o valor, importa destacar ainda que a Orientação Normativa/AGU 10 dispõe: “(...) Nas licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, o valor de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais) refere-se ao período de um ano, observada a respectiva proporcionalidade em casos de períodos distintos.”

▼ **C. QUAIS SÃO AS POSSIBILIDADES DE LICITAÇÕES DIFERENCIADAS NO ÂMBITO DAS ME E EPP? É POSSÍVEL ESTABELECEER PRIORIDADE DE CONTRATAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADAS NO LOCAL OU REGIÃO DA CONTRATAÇÃO?**

Diferentemente do questionamento anterior, aqui se pergunta acerca das licitações diferenciadas, que é o gênero da qual faz parte a licitação exclusiva mencionada no tópico anterior.

De acordo com o art. 47 da LC 123, nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Para o cumprimento do disposto no artigo acima citado, o art. 48 da LC 123 prevê as chamadas “licitações diferenciadas”, que envolvem as seguintes hipóteses:

- **Licitação Exclusiva**: como visto, consiste no certame destinado exclusivamente à participação de ME e EPP, nos itens ou lotes de licitação, cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.
- **Subcontratação Obrigatória**<sup>6</sup>: poderá a Administração Pública, em relação aos **processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços**, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.
- **Cota Reservada**: deverá ser estabelecido, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

6. “§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.”

Em relação às licitações diferenciadas, a LC 123/2006 admite, ainda, que, justificadamente seja estabelecida prioridade de contratação para as ME e EPP sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido, vide §3º do art. 48 da LC 123/2006.

O intuito é garantir a promoção do desenvolvimento econômico e social nos âmbitos municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, diretrizes elencadas no art. 47 da LC 123/2006, com redação dada pela LC 147/2014<sup>7</sup>.

O Decreto federal 8.538/2015, regulamentou a Lei, definindo a prioridade de contratação como um procedimento semelhante ao desempate ficto; assim, a ME/EPP sediada local ou regionalmente, melhor classificada (em uma licitação diferenciada) e dentro do percentual de até 10%, poderá apresentar proposta de preço inferior à aquela considerada vencedora da licitação (outra ME/EPP, mas não sediada local ou regionalmente)<sup>8</sup>.

Por outro lado, o art. 49 da LC 123 prevê as hipóteses em que se não aplicam as licitações diferenciadas, vejamos:

- Não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.
- O tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.
- A licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações (arts. 74 e 75 da Nova Lei de Licitações, L. nº 14.133/21), excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II (em razão do valor) do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. No caso da Nova Lei de Licitações, os quantitativos destas dispensas mudam, nos termos do art. 75, I e II (que passam a ser, respectivamente, de R\$ 114.416,65 e R\$ 57.208,33, de acordo com o Decreto nº 11.317/2022, a depender do objeto da contratação), mantendo-se, contudo, o valor de R\$ 80.000,00 para a preferência na compra de microempresas e empresas de pequeno porte.

7. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 149.

8. BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Sinopse para concursos: Direito Administrativo**. 8.ªed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 388.

#### ▼ D. COMO SE PROCEDIMENTALIZA A DENOMINADA RESERVA DE COTA?

Como acima exposto, a Reserva de Cota é uma das espécies de “licitações diferenciadas” previstas para as ME/EPP e consiste na reserva do percentual de até 25% nos certames que visam a aquisição de bens de natureza divisível para a contratação das referidas empresas.

Antes de falar acerca do procedimento licitatório da Reserva de Cota, cabe traçar as seguintes considerações expostas por Rafael Oliveira<sup>9</sup>:

- a reserva de cota tem aplicação restrita às aquisições de bens de natureza divisível, sendo inaplicável às contratações de serviços, execução de obra ou outro objeto;
- apesar de mencionar “até 25%”, o percentual máximo deve ser aplicado até que os respectivos entes da Federação disponham sobre percentuais diferentes, respeitado o teto legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista a necessidade de máxima efetividade das normas constitucionais que exigem o tratamento favorável às ME e EPP;
- a reserva de cota do objeto licitado às ME e EPP não se aplica às licitações com valores de até R\$ 80.000,00, uma vez que os referidos certames já são destinados exclusivamente às ME e EPP.

Neste último ponto, destaca-se, inclusive, o seguinte posicionamento do TCU:

“A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.” (TCU. Acórdão 1819/2018. Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues.)

De acordo com Rafael Oliveira<sup>10</sup>, quanto ao procedimento, o legislador não foi claro sobre a efetivação da contratação da cota. Teoricamente, poderia se pensar na divisão do item licitado em dois subitens: um relativo a 75% do objeto e o outro ao restante (25%), que seria destinado exclusivamente à ME e EPP.

O problema dessa interpretação é a perda de economia de escala (economicidade), pois a competição ampla e irrestrita para maior parte do objeto (75%) certamente levaria à apresentação de preços menores que aqueles encontrados no âmbito de uma competição restrita à ME e EPP para aquisição de quantitativo inferior (25%).

Ao prevalecer o raciocínio, na aquisição do mesmo bem, a Administração pagaria valores diferentes pelo mesmo bem e – o que é pior – sem qualquer limite legal à

9. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 146.

10. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 145-146.



diferença que poderia existir entre os referidos valores, o que revelaria, inclusive, violação ao princípio da proporcionalidade.

O posicionamento do citado autor faz sentido e merece ter os argumentos lidos na íntegra<sup>11</sup>. Contudo, para os fins da presente questão, adotar-se-á o posicionamento do TCU, bem como do Decreto 8.538/2015, conforme será visto.

De início, já se afirma que o posicionamento do TCU<sup>12</sup> é no sentido de que na aplicação do tratamento diferenciado às ME e às EPP em licitações envolvendo Reserva de Cota, é possível que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que disputam as cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o preço de referência definido pela Administração, o qual deve sempre refletir os valores praticados no mercado.

Por sua vez, o art. 8.º do Decreto 8.538/2015 adotou a realização de procedimentos distintos para contratação da “cota principal” e da “cota reservada”. Nesse caso, o edital deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal (§2º). Na hipótese em que a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço (§3º).

Desta forma, nota-se que a procedimentalização da Reserva de Cota se dará mediante dois procedimentos distintos: uma para a cota principal e outro para a cota reserva.

#### ▼ E. NO QUE CONSISTE A REGULARIDADE FISCAL POSTERGADA? APLICA-SE TAMBÉM À REGULARIDADE TRABALHISTA?

A regra geral é a de que a prova da regularidade fiscal seja produzida antecipadamente pelos participantes da licitação, sendo acomodados os documentos em envelope próprio, juntamente com os documentos relativos aos demais requisitos de habilitação<sup>13</sup>.

A LC N° 123/2006, no artigo 42, porém, consignou que a regularidade fiscal, a ser comprovada pelas ME/EPP, 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. Em consequência, esse requisito não será apreciado antes do julgamento do certame<sup>14</sup>.

11. Expostos na página 146-147 do OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática** 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

12. (TCU. Acórdão 1819/2018. Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues.)

13. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 381.

14. Idem.

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 (art. 43). Sem a apresentação de tais documentos, a empresa será inabilitada, não pela irregularidade fiscal, mas sim pela ausência da documentação atinente ao requisito legal<sup>15</sup>.

Não sendo vencedora do certame a microempresa ou a empresa de pequeno porte, fica prejudicada a documentação comprobatória da regularidade ou não regularidade fiscal. Todavia, se vencer a licitação, assegura-lhe o prazo de cinco dias úteis para superar a restrição fiscal, contado do dia em que foi a empresa declarada vencedora. O prazo pode ser prorrogado por igual período, a critério da Administração<sup>16</sup>.

Ademais, segundo Ronny Charles, o prazo apenas será contado a partir:

- Da divulgação do resultado da fase de habilitação, no pregão e no RDC (quando a habilitação for posterior à fase de propostas) ou;
- Da divulgação do resultado do julgamento das propostas, nas modalidades de licitação da Lei nº 8.666/93 (agora substituída pela Lei nº 14.133/21) e no RDC (com inversão de fases – quando a habilitação for anterior à fase de propostas).

Ainda segundo Carvalho Filho<sup>17</sup>, afastada a empresa vencedora pelo não cumprimento do requisito referente à regularidade fiscal, fica facultado à Administração optar entre a convocação dos licitantes remanescentes para assinar o contrato (observando-se, logicamente, a ordem de classificação) ou a revogação do certame. Esta última alternativa, entretanto, é a menos desejável, por exigir a instauração de novo procedimento, o que usualmente retarda a consecução das metas almejadas. A primeira, ao contrário, torna aproveitável a licitação já realizada, sendo perfeitamente compatível com os princípios da economicidade e da eficiência.

Ao exposto, a doutrina denomina de Regularidade Fiscal Postergada<sup>18</sup>.

Outrossim, destaca-se que a Lei Complementar nº 155/2016 alterou a redação do artigo 42 da LC 123/2006, ampliando o benefício também para a regularidade trabalhista. Vejamos:

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

Por fim, a título de aprofundamento, pontua-se que o TCU entende que a referida disposição não se estende à qualificação econômico-financeira.

15. Idem.

16. Idem.

17. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 384.

18. BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Sinopse para concursos: Direito Administrativo**. 8.ªed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.383.

## DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1.1. LICITAÇÃO, REQUISITOS DE HABILITAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO



#### ENUNCIADO

A Secretária de Educação do Estado “X” iniciou o procedimento licitatório para a contratação de empresa de engenharia, com o intuito de realizar obras de construção de rampas de acessibilidade nas escolas públicas estaduais. Contudo, na fase de habilitação, o procedimento recebeu inúmeros recursos das empresas participantes, dentre eles os seguintes: a empresa “X” alegou que seria ilegal a exigência de Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor, ainda que houvesse lei estadual prevendo isto; a empresa “Z” apresentou argumentos no sentido de que o simples fato da empresa estar em recuperação judicial não pode impedir a participação no procedimento; a empresa “Y” aduziu que o edital não poderia condicionar à participação no procedimento à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado.

**Considerando a situação hipotética acima exposta, edifique texto dissertativo acerca da fase de habilitação do procedimento licitatório, abordando, necessariamente, os seguintes pontos:**

- a) O argumento da empresa “X” procede? Explique.
- b) É possível a participação em procedimento licitatório de empresa em recuperação judicial? Justifique.
- c) É lícita a exigência de experiência prévia em objeto com qualidade similar ao licitado? E se a exigência for de experiência em objeto com qualidade superior ao licitado? Justifique.
- d) Diferencie a capacidade técnica profissional da capacidade técnica operacional.

 APROFUNDAMENTO DE CONTEÚDO

## NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

No tema da habilitação em licitação, a Lei nº 14.133/2021 trouxe maior nível de detalhamento. A principal alteração foi a previsão de exigência de documentos de habilitação somente do licitante vencedor, exceto nos casos em que a fase de habilitação anteceder a de julgamento. No entanto, no caso de documentos de regularidade fiscal, em qualquer caso, somente será exigida a documentação comprobatória do licitante mais bem classificado e após o julgamento das propostas:

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I – poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;

II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

III – serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;

IV – será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

Especificamente no caso da habilitação fiscal, a lei dispõe o seguinte:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I – a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

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

III – a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

(...)

Ademais, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), ao tratar da apresentação de certidão negativa exige sua apresentação apenas em relação à Falência e não mais no caso de Recuperação Judicial. Vejamos:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

II – certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

**INTRODUÇÃO:**

De início, tenha logo os seguintes cuidados:

- o enunciado não segue a ordem alfabética ao listar os nomes das empresas e as respectivas situações, ou seja, o subconsciente poderia induzir na hora da transcrição da resposta ao papel à seguinte sequência lógica “XYZ”, enquanto que o enunciado lista as empresas da seguinte forma: “XZY”, o que ocasionaria um prejuízo gigante ao candidato, pois poderia facilmente ser eliminado por um descuido.
- O enunciado pede “n” coisas, o espelho vem com mil “n” coisas, ou seja, coloque tudo relacionado ao assunto, ainda que no enunciado não faça menção expressa. Você vai entender melhor na análise da alternativa “D”.
- Em questões do tipo, recomenda-se a estruturação em tópicos, a fim de organizar melhor as ideias e facilitar a compreensão pelo corretor.
- A quantidade de linhas na presente questão será um grande problema para o aluno, em virtude da extensão dos questionamentos. Sendo assim, o candidato deverá ser o máximo conciso possível, sem que, contudo, deixe de abordar os principais pontos que aparecerão no espelho. É uma tarefa que exige treino e a noção de que alguns argumentos precisarão ser sacrificados em face de outros mais contundentes e de maior possibilidade de aparecer no espelho.
- Quando o aluno se deparar com uma questão longa uma dica é o candidato diminuir a letra para que consiga abordar todos os pontos.

Sendo assim, CUIDADO com o enunciado SEMPRE, sobretudo na hora de responder as questões.

Vamos ao assunto:

A habilitação é a fase da licitação em que a Administração verifica a aptidão dos licitantes para celebração do futuro contrato.

Ademais, o art. 37, XXI, da CRFB somente admite “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

As exigências que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição<sup>1</sup>.

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. –32.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019,p.833.

Outrossim, o licitante vencedor deve manter o cumprimento dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato, na forma do art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993 (art. 92, XVI, L. N° 14.133/21).

Segundo Carvalho Filho<sup>2</sup>, o ato que considera habilitados os candidatos tem dois efeitos importantes. O primeiro reside em que não mais caberá desistência da proposta, salvo, excepcionalmente, por motivo justo derivado de fato superveniente, aceito pela Comissão. O segundo é que, ao ser ultrapassada a fase da habilitação, e sendo abertos os envelopes das propostas, não mais pode haver desclassificação calcada em motivo relativo à habilitação, a não ser que os fatos tenham ocorrido supervenientemente ou só tenham sido conhecidos após o julgamento (art. 43, §§ 5° e 6°). A mesma regra foi reproduzida no §2°, do artigo 64, da Lei n° 14.133/21.

De acordo com o art. 27 da Lei 8.666/1993, os requisitos de habilitação são: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7° da CF. A Nova Lei de Licitações e Contratos, por sua vez, trouxe um requisito a mais, qual seja o de habilitação social, conforme o artigo 62, da Lei 14.133/21.

A qualificação técnica veremos de forma mais aprofundada na letra C da questão.

Por sua vez, a habilitação jurídica exige a comprovação de que o licitante possui capacidade para contrair direitos e obrigações, e a documentação apresentada limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa, bem como, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade (art. 66 da Lei 14.133/2021). Exemplos<sup>3</sup> de documentos a serem apresentados pelos licitantes: cédula de identidade (se o licitante for pessoa física); ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, se se tratar de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, etc.

A qualificação econômico-financeira requer a comprovação de que o licitante tem capacidade financeira para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato (art. 69 da Lei 14.133/2021).

A comprovação dessa qualificação deve ser feita por meio da apresentação dos seguintes documentos: (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis dos últimos 2 exercícios sociais; e (ii) certidão negativa de falência, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Vale dizer que a disciplina da habilitação em licitação sofreu significativas mudanças com a Lei n° 14.133/2021 e, embora as disposições da Lei n° 8.666/93 em breve

---

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p.355.

3. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática** 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 106.

deixarão de ser aplicadas, é recomendável que o candidato a concursos públicos conheça também a lei anterior.

A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá exigir capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% do valor estimado da contratação, na forma do art. 69, § 4.º, da Lei 14.133/21.

Ademais, a exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não poderá ultrapassar 10% do valor estimado da contratação. As referidas garantias não podem ser exigidas de forma cumulativa, conforme entendimento consagrado na Súmula 275 do TCU. Vejamos:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

De acordo com o art. 69 da Lei 14.133/2021, a regularidade fiscal impõe ao licitante a comprovação de sua situação regular com o fisco.

Segundo Rafael Oliveira<sup>4</sup>, essa exigência inclui a regularidade com a seguridade social, em virtude do art. 195, § 3º, da CRFB.

Assim, o licitante deve apresentar, por exemplo, os seguintes documentos para comprovação da regularidade fiscal: inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); no Cadastro estadual ou municipal de Contribuintes, se houver; regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante; regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Conforme alerta Rafael Oliveira<sup>5</sup>, não se deve confundir a regularidade com a quitação fiscal (ausência de débitos fiscais). A exigência legal restringe-se à regularidade, razão pela qual o licitante, mesmo com débito fiscal, pode ser habilitado quando estiver em situação regular (ex.: parcelamento do débito tributário ou decisão judicial liminar que suspende a exigibilidade do tributo).

Nesse sentido, a Súmula 283 do TCU dispõe:

“Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.”

Quanto à regularidade trabalhista os licitantes devem comprovar por meio da apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), na forma do art. 68, V e VI, e § 2º, da Lei 14.133/2012 e do art. 642-A da CLT, acrescentados pela Lei 12.440/2011.

4. Idem.

5. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p.108.

De acordo com o TCU<sup>6</sup>, a Administração Pública, no curso da execução do contrato, deve exigir a apresentação da CNDT das empresas contratadas no momento do pagamento de cada parcela contratual.

O último requisito se refere ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF, ou seja, a empresa deve declarar, para fins de habilitação, que não possui menores de dezoito anos exercendo trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nem que possui trabalhadores menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Por fim, é importante registrar que a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal poderá ser dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), conforme o inciso III, do art. 70, da Lei 14.133/2021.<sup>7</sup>

Após este breve resumo acerca da fase de habilitação, vamos a questão.

#### LETRA A:

A situação hipotética em apreço originou-se da ADI 3.735/MS, no qual se impugnou a Lei Estadual 3.041/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul, que, dentre outras disposições, assim afirmava:

“Art. 1º Fica instituída, no âmbito da administração pública, a Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor – CVDC, que será exigida de pessoas físicas ou jurídicas na contratação com a administração pública e com as suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, seja nas negociações diretas ou por meio de qualquer uma das modalidades de licitação.”

O Procurador-Geral da República defendeu que o diploma impugnado incorreria em vício de inconstitucionalidade formal, porquanto teria sido editado em contravenção com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que reserva privativamente à União o exercício da competência legislativa para editar normas gerais de licitação e contratação com o Poder Público.

Acrescentou que, no desempenho desta competência, a União promulgou a lei federal 8.666/93, em que estariam elencados, de forma exaustiva, os documentos exigíveis para a participação em procedimento licitatório, não havendo espaço para que outros requisitos fossem adicionados por efeito de legislação estadual ou municipal.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul sustentou a constitucionalidade da norma atacada e se fundamentou nas seguintes teses:

6. TCU, Acórdão 1054/12, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, 02.05.2012.

7. De acordo com o Decreto nº 11317/2022, o valor atualizado do dispositivo é de R\$ 343.249,96.