

ESTADO DE SÃO PAULO

RESPOSTA ESPERADA DA PROVA DISSERTATIVA

CARGO PÚBLICO: ADVOGADO

CONCURSO PÚBLICO – EDITAL Nº 108/2023 – SEPLA-RH

RESPOSTA ESPERADA – QUESTÃO DISSERTATIVA 1

Quanto à letra **a)**, esperava-se que o candidato, mesmo que resumidamente, indicasse que o critério de julgamento seria o de maior retorno econômico, conforme o artigo 33, VI da Lei n.º 14.133/2021 e que a modalidade contratual seria contrato de eficiência, conforme o artigo 39 da Lei n.º 14.133/2021. Vale observar que a nova Lei de Licitações poderá fomentar o uso de uma modalidade contratual muito benéfica para a administração pública, mas ainda pouco utilizada no Brasil: o contrato de eficiência ou contrato de performance.

(...) O International Finance Corporation (IFC), instituição membro do Banco Mundial, defende em seu Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento no Brasil que o contrato de eficiência pode representar uma importante solução para a baixa capacidade dos operadores de saneamento no país de alavancarem recursos. O mesmo documento ainda reforça que a literatura internacional é unânime em indicar o contrato de eficiência para a redução de perdas de água comercial, em substituição ao tradicional contrato de terceirização.

(O contrato de eficiência na nova Lei de Licitações: economia para o ente público

12 de março de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-12/publico-pragmatico-contrato-eficiencia-lei-licitacoes>>).

“(...) contrato de eficiência, em que o contratado é remunerado com base no percentual da economia gerada. O escopo é proporcionar economia à Administração contratante. O seu objeto envolve a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens.

Vale ressaltar que o critério de julgamento baseia-se no maior retorno econômico, único compatível com a natureza do contrato.

Cumpra mencionar que a Lei n.º 8.666/1993 não previa a figura do contrato de eficiência, o qual passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n.º 12.462/2011 (RDC).

Em remate, para Rodrigues, atualmente, trata-se de instrumento generalizado na nova lei de licitações e contratos”.

Quanto à letra **b)**, esperava-se que o candidato, mesmo que resumidamente, mencionasse que a Lei n.º 14.133/2021, no artigo 6º que aduz que: “Para os fins desta Lei, consideram-se: LIII – contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;”.

Que a Lei n.º 14.133/2021, no artigo 39 aduz que: “O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.”

Que a Lei n.º 14.133/2021, no artigo 110 aduz que: “Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.”

Que no julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

Neste caso, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço. O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada”.

(COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021).

No critério de julgamento, por maior retorno econômico oportuno registrar sua utilização exclusiva para a celebração de contratos de eficiência (art. 6º, LIII) proporcionando economia ao contratante com a redução das despesas correntes com remuneração baseada no percentual da economia gerada de acordo com o art. 39.

Assim é que os licitantes apresentarão a proposta de trabalho; a economia que se pretende gerar, bem como a proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia gerada (art. 39, § 1º).

Desta forma, o retorno econômico será calculado retirando-se da proposta de preço a economia que se estima gerar (art. 39, § 3º).

Por fim, importante observar que na hipótese de não configuração da economia apresentada, fica autorizado o desconto na remuneração do contratado (art. 39, § 4º).

(SPITZCOVSKY, Celso. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: principais diretrizes e mudanças. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021.)

Que o maior retorno econômico – O critério de julgamento por maior retorno econômico inspira-se no art. 23 do RDC, cuja disciplina jurídica a Lei n. 14.133/2021 transcreve, e destina-se unicamente à celebração de contratos de eficiência.

O contrato de eficiência visa à “prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes” (art. 6º, LIII, da Lei n. 14.133/2021). Nessa espécie de contrato, a remuneração do contratado é diretamente proporcional à economia gerada para a Administração.

A licitação sob esse critério de julgamento requer a apresentação, pelos licitantes, de: (i) proposta de trabalho que contemple as obras, serviços ou bens e prazos de entrega, tal como a economia estimada, expressa em grandeza física e seu equivalente monetário; e (ii) proposta de preços.

Será vencedora a proposta que proporcionar maior economia, deduzido o valor da proposta de preço. Na execução contratual, se a economia efetiva for inferior, a variação será descontada da remuneração do contratado. (COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021)

“O grande diferencial desse tipo de contrato está no fato de toda a remuneração do contratado se dar pelo percentual de economia gerada ao ente público. Para a administração pública, a principal vantagem é que a maior parte do risco corre por conta do contratado, que deverá empregar os meios necessários para atingir as metas de eficiência e assim ser remunerado pelo serviço prestado, podendo, para tanto, realizar as obras ou o fornecimento de bens que julgar pertinentes. Outros subprodutos interessantes dessa modalidade de

contratação são o fomento à inovação, já que são necessárias ideias inovadoras e criativas para o atingimento das metas, e a possibilidade de mensuração mais clara dos resultados obtidos.

(...) Diante da crise fiscal em que se encontra o Brasil e, de outro lado, a necessidade latente de investimentos em diversas áreas, o contrato de eficiência pode ser uma opção ao poder público já que não implica em gastos e pode trazer bons resultados.

(...) Esse tipo de contrato foi usado massivamente até agora para eficiência energética e, no Brasil, em alguns contratos para redução de perda de água.” (O contrato de eficiência na nova Lei de Licitações: economia para o ente público. 12 de março de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-12/publico-pragmatico-contrato-eficiencia-lei-licitacoes>>)

"[...] ao contratado cabe realizar todos os investimentos e prestar todos os serviços necessários (p.ex. troca de bombas, troca de hidrômetros, política de cortes) antes de receber qualquer pagamento do contratante. Diferentemente do modelo tradicional de contratação, não há, no contrato de performance, a obrigação do contratante em pagar o contratado pela conclusão de etapas de um determinado cronograma físico-financeiro previamente estabelecido e cujo cumprimento é aferido por meio de medições.

O pagamento ocorre com os recursos adicionais gerados a partir dos resultados obtidos com o aumento no faturamento gerado com a redução de perdas de água ou com a diminuição de despesas com energia elétrica. Não há, portanto, necessidade de endividamento por parte das operadoras de saneamento para financiar as intervenções de redução de perdas.

(...) Os contratos de performance oferecem uma nova abordagem para o desafio de redução das perdas de água. A essência dos contratos de performance é o agente privado não ser remunerado apenas pela entrega dos serviços, como ocorreria na terceirização, mas também pelo cumprimento das metas estabelecidas no contrato.

O contrato de performance é baseado na ideia de remunerar o setor privado pela entrega de resultados e não apenas pela execução de uma série de tarefas. Em contrapartida aos riscos assumidos, é conferido ao agente privado flexibilidade necessária para executar as suas tarefas conforme julgar ser o melhor de acordo com a sua experiência na área”, IFC.

(Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento no Brasil. Brasil, 2013).

"Os contratos de eficiência podem revolucionar o setor de saneamento básico no Brasil, ainda dominado por empresas estatais, em que os índices de perdas físicas com distribuição de água permanecem em patamares elevados, quando comparados com os vigentes em países mais desenvolvidos. O esforço para racionalizar o uso e consumo da água torna-se tão mais importante, quando se leva em conta os cenários futuros de escassez do produto para servir a população concentrada nas regiões metropolitanas".

(RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JUNIOR, Mario Engler Pinto. Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69).

RESPOSTA ESPERADA – QUESTÃO DISSERTATIVA 2

Esperava-se que o candidato, mesmo que resumidamente, abordasse o tema sobre a relação jurídica de natureza privada, entre empresas privadas, contrato de natureza privada e que não houve procedimento licitatório nos termos do no artigo 37, caput e XXI, da Constituição Federal.

Assim sendo, trata-se de relação jurídica de natureza privada, entre empresas privadas que celebraram contrato de natureza também privada. Na disputa entre empresas interessadas na construção das moradias, o certame não se amolda ao conceito de licitação previsto no artigo 37, caput e XXI, da CF, já que não promovido por ente da Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tampouco poderia se cogitar da existência de contrato administrativo, na medida em que, estabelecido entre empresas privadas, o acordo, tal como firmado, é regido por normas e princípios do direito privado.

A competência para julgamento de controvérsia que diz respeito à pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que não ostenta índole administrativa, e reconvenção relacionado a devolução de adiantamentos realizados nesse mesmo acordo, entre empresas privadas, é das Turmas de Direito Privado.

Inicialmente, consigna-se que a competência interna, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, é fixada em razão da natureza da relação jurídica em litígio. *In casu*, a controvérsia posta nos autos (pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e reconvenção relacionado a devolução de adiantamentos realizados nesse mesmo acordo) tem origem em contrato celebrado entre companhia de energia elétrica e construtora, pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto diz com a elaboração de projeto executivo e construção de unidades habitacionais nas áreas de reassentamento urbano na cidade de Altamira/PA, como compensação às famílias ribeirinhas que seriam afetadas pelo lago da usina de Belo Monte.

Tal pacto surgiu da necessidade de cumprimento de obrigações assumidas pela companhia de energia elétrica decorrentes de concessão recebida do Poder Público relacionada à construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. Registra-se que a referida "(...) companhia é uma sociedade de propósito específico que tem por objeto social exclusivo a implantação, operação, manutenção e exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte), no Rio Xingu, localizada no Estado do Pará, e das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Central Geradora (Empreendimento), assim como a condução de todas as demais atividades necessárias à consecução deste objeto" (art. 3º do seu Estatuto Social), o que, a teor do que dispõe o art. 5º do Decreto 200/1967, afasta a natureza pública da entidade, ainda que entes públicos detenham parcela do seu capital social.

De outro lado, considera-se que, para a realização do reassentamento urbano, a companhia de energia elétrica, através de procedimento que resolveu chamar de "licitação", promoveu disputa entre empresas interessadas na construção das moradias, porém tal certame não se amolda ao conceito de licitação previsto no art. 37, caput e XXI, da CF/1988, já que não promovido por ente da Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tampouco poderia se cogitar da existência de contrato administrativo, na medida em que estabelecido entre empresas privadas, o acordo, tal como firmado, é regido por normas e princípios do direito privado."

RESPOSTA ESPERADA – QUESTÃO DISSERTATIVA 3

Esperava-se que o candidato, mesmo que resumidamente, fosse capaz de desenvolver raciocínio jurídico com base no artigo 68, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que dispõe:

“Art. 68. [...]

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício”.

Quanto à letra **a)**, considerou-se integralmente o texto do candidato que citou, no mínimo, duas, das três hipóteses previstas nos incisos I a III do § 1º do artigo 68 da Constituição Federal; e quanto à letra **b)**, a resposta que explicou que a delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício, nos termos do artigo 68, § 2º, da Constituição Federal.

RESPOSTA ESPERADA – QUESTÃO DISSERTATIVA 4

Esperava-se que o candidato, mesmo que resumidamente, fosse capaz de desenvolver raciocínio jurídico com base no parágrafo único do artigo 21 e no parágrafo 1º do artigo 22 da Lei n.º 12.016/2009:

“Art. 21. [...]

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

“Art. 22. [...]

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

Com base nessas premissas, foram aplicados os critérios de avaliação previstos no Edital.