

Caderno de Atualização

Julho de 2016

Matheus Carvalho

Manual de Direito Administrativo

Inclui

Doutrina
Jurisprudência
Legislação



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

• E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições *JusPODIVM*

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Víglier, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *JusPODIVM*.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *JusPODIVM*. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

1. Estatuto das Empresas Estatais	5
1.1. Requisitos de transparência	5
1.2. Conselho de Administração e Conselho Fiscal	7
1.3. Licitações das empresas estatais	8
1.3.1. Dispensa e inexigibilidade.....	8
1.3.2. Modalidade e regras aplicáveis	11
1.3.3. Tipos de licitação e intervalo mínimo.....	12
1.3.4. Procedimento da licitação	13
1.3.5. Pré-qualificação permanente	16
1.3.6. Cadastramento	16
1.3.7. Registro de preços.....	17
1.4. Contratos firmados com as empresas estatais.....	17
1.4.1. Garantia.....	18
1.4.2. Duração	18
1.4.3. Alteração bilateral.....	18
1.1.4. Sanções	20
1.1.5. Subcontratação.....	21
1.1.6. Contratação integrada e contratação semi-integrada.....	21

Reafirmando o compromisso com o nosso público, resolvemos disponibilizar **gratuitamente** aos leitores do *Manual de Direito Administrativo (Matheus Carvalho)* uma compilação com as mais relevantes alterações jurisprudenciais e legislativas ocorridas no âmbito deste ramo do Direito até o dia 11 de julho de 2016.

1. Estatuto das Empresas Estatais

Em 30 de junho de 2016, foi publicada a lei 13.303/16 que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mantendo as regras anteriormente aplicáveis a essas entidades, no que tange à formação societária, organização do capital e finalidades precípua e criando novas disposições detalhadas.

Com efeito, as empresas públicas, conforme art. 3º, são criadas com capital 100% do Estado, admitindo-se a participação societária de qualquer entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, mas vedando a participação de particulares e, por seu turno, as sociedades de economia mista, previstas no art. 4º da referida lei, devem ser criadas também sob o regime de direito privado, permitindo-se a participação societárias de particulares desde que o controle acionário se mantenha nas mãos das entidades integrantes do Estado.

Seguindo o art. 173 da Constituição Federal, o art. 2º, §1º determina que a lei que autorizar a criação da empresa estatal deverá indicar, de forma, clara, a existência de relevante interesse coletivo ou o imperativo da segurança nacional.

Todavia, a lei minudencia a forma de estruturação destas entidades, assim como as regras de licitações e contratos a elas aplicadas, a saber.

1.1. Requisitos de transparência

Consoante disposição legal, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

a) – elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos

recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos e sua ampla divulgação anual;

b) – adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

c) – divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração, assim como a divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

d) – elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

e) – divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

f) – elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

g) – divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Ademais, a lei exige a criação de estrutura de viabilize o **controle interno** da entidade, inclusive com auditoria interna realizada pelo **Comitê de Auditoria Estatutário**, que será formado por, no mínimo 3 e, no máximo, 5 membros, em sua maioria independentes, sendo que, ao menos um desses membros deve ter experiência em assuntos de contabilidade societária.

Esse Comitê ficará responsável por opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente, supervisionar as atividades dos auditores independentes e as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista, além de monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, entre outras atividades.

Ressalte-se, ainda, que o art. 12 da lei permite que as **controvérsias entre os acionistas poderão ser solucionadas por meio de arbitragem**, desde que haja previsão no estatuto social.

1.2. Conselho de Administração e Conselho Fiscal

A empresa estatal deverá organizar seu Conselho de Administração que ficará responsável pela gestão da entidade e que deverá ser composto por, no mínimo, 7 e, no máximo, 11 membros, sendo que, ao menos 3 serão designados como Diretores da estatal.

Os membros do Conselho de Administração deverão demonstrar **Experiência profissional, formação acadêmica compatível e não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade**. Além disso, o diploma legal dispõe ser vedada a indicação para o referido Conselho ou Diretoria:

I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II – de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV – de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V – de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

O Conselho de Administração ficará responsável pela gestão da empresa, devendo discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes,

assim como implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude.

Da mesma forma, deverá estabelecer política de porta-vozes visando a eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e as dos executivos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e avaliar os diretores da empresa pública ou da sociedade de economia mista, nos termos do controle interno, podendo contar com apoio metodológico e procedimental do comitê estatutário.

Ressalte-se, ainda que o **Conselho deve ser composto, no mínimo, por 25% de membros independentes**, garantindo-se o mínimo de 1 membro nessa condição.

Esse **conselheiro independente** não terá qualquer vínculo com a empresa estatal, ressalvada a participação societária e não poderá exercer função de direção nas entidades da Administração Direta, sendo, ainda, vedada a atuação dele como fornecedor ou comprador de bens e serviços da empresa.

O **Conselho Fiscal**, por sua vez, será composto por pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa.

1.3. Licitações das empresas estatais

1.3.1. Dispensa e inexigibilidade

Inicialmente, cumpre ressaltar que a lei 13.303/16 estabelece situações de contratações diretas por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação.

As hipóteses de dispensa estão taxativamente expostas no art. 29 da referida lei, que permite a contratação direta, em razão de dispensa:

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

II – para **outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00** (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

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

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

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

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

VII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

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

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

X – na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da le-

gislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

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

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

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

XIV – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que tratam dos contratos firmados com Institutos de Ciência e Tecnologia, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XV – em situações de **emergência**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no **prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias** consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, **vedada a prorrogação** dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º;

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

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

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

Por seu turno, a **inexigibilidade de licitação** estará presente sempre que se demonstrar a **inviabilidade de competição**. Neste sentido, o art. 30 da lei 13.303/16 dispõe acerca de algumas hipóteses em que se configura a contratação direta com base neste entendimento. Lembrando-se que se trata de um rol meramente exemplificativo.

Com efeito, a lei dispõe:

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

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

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

a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Em ambos os casos, em que se admita a contratação sem a realização do certame licitatório, o processo de contratação direta será instruído, no que couber, com a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso, razão da escolha do fornecedor ou do executante e justificativa do preço. Sendo assim, não obstante a desnecessidade do processo de licitação, deverá ser instaurado um processo simplificado justificador da situação excepcional.

1.3.2. Modalidade e regras aplicáveis

O art. 32, IV da lei 13.303/16 prevê que o **pregão** deverá ser a modalidade licitatória preferencialmente utilizada nas contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. Saliente-se que a lei deixa claro o **caráter preferencial** – e não exclusivo – desta modalidade licitatória, que somente será escolhida quando for cabível, nos moldes da legislação vigente, ou seja, para aquisição

de bens e serviços comuns. Com efeito, não se pode utilizar o pregão para a execução de obras ou alienação de bens pelas empresas estatais.

Ademais, as licitações deverão atentar para a **sustentabilidade ambiental e acessibilidade para pessoas com deficiência** ou com mobilidade reduzida.

1.3.3. Tipos de licitação e intervalo mínimo

Inicialmente, deve-se ter em mente que as regras e princípios aplicáveis às licitações devem ser seguidos pelas empresas estatais em seus procedimentos de seleção, razão pela qual o instrumento convocatório deve trazer critérios objetivos de julgamento, evitando a escolha do vencedor com base em parâmetros pessoais. Nesse sentido, a lei dispõe que as licitações das estatais poderão prever 8(oito) critérios de escolha do vencedor, sendo que um deles deverá estar estipulado no edital.

São critérios de escolha do vencedor admitidos:

- I – menor preço;
- II – maior desconto;
- III – melhor combinação de técnica e preço;
- IV – melhor técnica;
- V – melhor conteúdo artístico;
- VI – maior oferta de preço;
- VII – maior retorno econômico;
- VIII – melhor destinação de bens alienados.

Outrossim, uma vez divulgado o instrumento convocatório, a Administração Pública deverá conceder prazo razoável para que os licitantes possam se preparar para a participação no certame. Neste sentido, a lei dispõe acerca do intervalo mínimo que deverá ser obedecido pelo ente público entre a publicação do edital e o início da licitação com a análise das propostas e documentações.

Esse **intervalo mínimo** varia de acordo com o objeto e com o tipo de licitação. Vejamos.

- Em se tratando de licitação **para aquisição de bens:**

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

- b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;
 - Nos casos de contratações de **obras e serviços**:
 - a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;
 - b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;
 - Nas hipóteses de licitação em que se adote como critério de julgamento a **melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço**, bem como para licitação em que haja **contratação semi-integrada ou integrada** – no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis.

Insta salientar que as modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos, devendo ser reaberto o prazo de intervalo mínimo, exceto quando a alteração não afetar a preparação e conteúdo das propostas.

1.3.4. Procedimento da licitação

O procedimento licitatório se desenvolve em 10 fases a seguir expostas:

a) Preparação

Trata-se da fase interna do procedimento licitatório em que é elaborado o instrumento convocatório e a minuta do contrato, assim como justificada a necessidade da contratação a ser efetivada.

b) Divulgação

Diante da ausência de previsão legal expressa, aplicam-se as disposições da lei 8.666/93 que define que a divulgação é feita por meio de publicação do edital em Diário Oficial e em jornal de grande circulação.

c) Apresentação de lances ou propostas

A lei regulamenta que poderão ser adotados os modelos de disputa aberto ou fechado, ou ainda, a combinação de ambos.

No **modelo de disputa fechado**, seguindo a regra geral aplicável aos procedimentos licitatórios definidos na lei 8.666/93, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas.

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, sendo que nesses casos, poderá ser admitida a apresentação de lances intermediários e, também, o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais

colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.

d) Julgamento

Nesse caso, será aplicado o critério previamente estabelecido no instrumento convocatório, de forma objetiva.

Em havendo empate na licitação, deverão ser utilizados os **critérios sucessivos de desempate** estipulados na lei, quais sejam:

I – disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II – avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III – bens produzidos nos país

IV – bens ou serviços produzidos ou prestados por empresa brasileira

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

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

VI – Sorteio

e) Verificação da efetividade dos lances ou propostas

f) Negociação

A negociação será feita, sempre que a proposta vencedora for desclassificada, quando então serão negociados os valores com os licitantes que ofertaram as propostas subsequentes.

Da mesma forma, a negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado pela empresa.

Isso decorre do fato de que a lei estabelece que o orçamento estimado da licitação feito pela empresa estatal será sigiloso.

g) Habilitação

A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I – exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante, ou seja, **habilitação jurídica**.

II – **qualificação técnica**, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório, não sendo lícito se exigir condições técnicas que não sejam compatíveis com o objeto do contrato.

III – **capacidade econômica e financeira**;

IV – **recolhimento de quantia** a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Insta salientar que, quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

h) Recurso

Na licitação das empresas estatais o prazo recursal é único. Com efeito, o recurso deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da habilitação.

i) Adjudicação do objeto

j) Homologação ou revogação

Nessa fase, a autoridade máxima do órgão irá verificar se o procedimento foi regular, quando então será homologado e encerrado. Também se admite a revogação do procedimento fundada em razões de interesse público supervenientes ao início do certame e anulação em casos de vícios devidamente comprovados.

Saliente-se, ainda que o art. 75, §2º da lei 13.303/16 dispõe que:

§ 2º É facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:

I – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;

II – revogar a licitação.

1.3.5. *Pré-qualificação permanente*

A Pré-qualificação permanente configura uma decisão administrativa que informa que interessados cumprem requisitos genéricos para participação de licitações no órgão público que a está realizando. O procedimento para a pré-qualificação é público, permanente e aberto para quaisquer interessados.

Neste sentido, a lei 13.303/16 define que:

Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;

II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

A legislação ainda dispõe que a pré-qualificação poderá ser dividida com base no seguimento de atividade dos fornecedores e que a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

Outrossim, a pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes e terá validade de um ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

1.3.6. *Cadastramento*

A lei ainda prevê a possibilidade de cadastramento de licitantes, sendo que os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, também sendo admitida a atualização a qualquer tempo. Da mesma forma que acontece na pré-qualificação, o art. 65, §1º, dispõe que “*Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.*”

Não se confunde com a pré-qualificação, uma vez que o cadastro se apresenta como um conjunto de informações armazenadas no órgão público, ou seja, não há qualquer provimento de caráter decisório proferido pelo órgão.

Com efeito, na pré-qualificação, é indispensável que seja proferida uma decisão pelo ente estatal, informando se a empresa tem condições de participar de futuras licitações, enquanto que, no cadastro, os documentos são apresentados e arquivados no órgão público.

Acerca do tema, Marçal Justen Filho define que “a decisão de pré-qualificar é equivalente àquela produzida pela Administração ao reconhecer a habilitação do sujeito ou ao reputar que o produto ofertado é satisfatório”.¹

1.3.7. Registro de preços

A lei 13.303/16 prevê o sistema de registro de preços, nos mesmos moldes definidos para as demais modalidades licitatórias, dispondo que, nestes casos, serão observadas, as seguintes condições:

- I – efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;
- II – seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;
- III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;
- IV – definição da validade do registro;
- V – inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

1.4. Contratos firmados com as empresas estatais

Inicialmente, é importante salientar que, haja vista a natureza jurídica inerente às empresas estatais, os seus contratos não ostentam a qualidade de contratos administrativos, razão pela qual a lei não prevê cláusulas exorbitantes como a possibilidade de alteração unilateral da avença por determinação do contratante.

Inclusive, nesse sentido, o art. 173, II da Constituição da República dispõe que essas entidades devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

1. JUSTEN FILHO, Marçal. A Pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações no RDC (lei 12.462/11). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 56, outubro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.

Todavia, a lei estabelece algumas peculiaridades em relação aos contratos a serem firmados por essas empresas com particulares, inclusive a possibilidade de aplicação de multa e exigência de garantia. Vejamos.

1.4.1. Garantia

Da mesma forma que ocorre nos contratos administrativos, as empresas estatais poderão exigir do particular a ser contratado a prestação de garantia no valor de até 5% do valor do contrato, podendo esse valor chegar a até 10%, em se tratando de contratação de grande vulto, que envolva alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis. O valor da garantia, respeitados os limites legais, será estipulado pela estatal.

Além disso, o particular definirá a forma de prestação da garantia, também nos limites da lei. A garantia poderá ser prestada em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária.

1.4.2. Duração

Ressalte-se, de antemão, que não se admite a celebração de contratos com as empresas estatais por prazo indeterminado e que, os acordos firmados deverão, como regra, respeitar o prazo máximo de vigência de 5 anos.

Entretanto, os contratos poderão exceder essa duração máxima de 5 anos em duas situações, a saber:

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

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

1.4.3. Alteração bilateral

Consoante exposto anteriormente, não se admite a alteração unilateral de contratos firmados pelas empresas estatais. Os referidos acordos deverão conter cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, em determinadas situações, a saber:

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

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

c) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

d) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

e) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

f) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Outrossim, a lei estipula que o contratado **poderá** 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. Em se tratando de contratos de reformas, a alteração para acréscimos poderá chegar até o limite de 50% (cinquenta por cento). **O mais importante é ressaltar que essas alterações dependem sempre do consentimento do particular contratado.**

O art. 81, §2º da lei contém uma impropriedade que deverá ser consertada posteriormente por nova legislação ou, até mesmo, mediante interpretação jurisprudencial e doutrinária. O dispositivo dispõe que *“Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”*

Ora, os limites de 25% e 50% (em casos de reforma) já estão postos para alterações bilaterais, ou seja, mediante acordo celebrado entre as partes, razão pela qual a ressalva colocada no dispositivo deve ser suprimida, em razão de sua apresentação contraditória.

Com efeito, o art. 81, §2º deverá ser lido sem a existência da ressalva, por se tratar de erro material na elaboração da lei que repetiu o art. 65, §2º da lei 8.666/93 sem atentar para as peculiaridades deste novo contrato. **Essa interpretação se impõe, diante do equívoco do legislador.**

O art. 81, § 5º prevê a garantia de revisão contratual nas hipóteses de fato do príncipe, quando o contrato é desequilibrado por atuação extracontratual do ente público que atinge a avença de forma indireta, definindo que *“A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”*.

Por seu turno, o § 6º do mesmo dispositivo contempla as hipóteses de fato da administração, presentes todas as vezes em que o desequilíbrio do contrato decorra de atuação do ente estatal dentro da relação contratual, determinando que *“Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”*.

1.1.4. Sanções

A lei prevê que o descumprimento do contrato pelo particular, seja ele total ou parcial do poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência.

Trata-se de penalidade aplicada por escrito, com o intuito de alertar a prática abusiva e evitar penalidades mais graves.

II – multa

Somente poderá ser aplicada se houver previsão no instrumento convocatório ou no contrato. Trata-se de penalidade pecuniária que não se confunde com o dever de ressarcir o erário por qualquer prejuízo decorrente do contrato e pode ser aplicada isoladamente ou cumulada com outras sanções.

Ademais, a multa será descontada da garantia do respectivo contratado e, em sendo 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

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A suspensão poderá ser aplicada pelo **prazo máximo de 2 (dois) anos**.

Para a aplicação de quaisquer sanções, deverá ser instaurado processo administrativo regular, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Por fim, cumpre estabelecer que a sanção de **suspensão temporária de contratar** poderá também ser aplicada às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei 13.303/16:

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

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

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

1.1.5. Subcontratação

A subcontratação é admitida, desde que seja parcial e mediante autorização da empresa estatal, desde que a empresa subcontratada atenda a todas as exigências de qualificação técnica impostas ao contratado no bojo do procedimento licitatório. Com efeito, o art. 78 da lei 13.303/16 dispõe que “*O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame*”.

Outrossim, veda-se a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I – do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II – direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

1.1.6. Contratação integrada e contratação semi-integrada

Assim como nas licitações previstas na lei 8.666/93, para a execução de obras, se exige a elaboração de **projeto básico**, com todas as características arquitetônicas e planilha de custos da obra e o **projeto executivo** com o cronograma de execução da obra.

A princípio, cada uma dessas etapas deverá ser feita separadamente. Ou seja, a empresa estatal deverá contratar uma empresa para a elaboração do projeto básico. Posteriormente, será feito o projeto executivo e, somente após a sua conclusão, será realizada a licitação para a execução da obra.

A lei 13.303/16, então dispõe que, em algumas situações, é possível a **contratação semi-integrada**, ou seja, contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Não se trata de novidade! De fato, a nomenclatura foi criada pela nova lei, no entanto, art. 7º, §1º da lei 8.666/93 já estipula que nos contratos regulados por aquele diploma, é possível que o ente estatal contrate alguém para a elaboração do projeto básico, deixando a elaboração do projeto executivo a cargo do vencedor da licitação para a execução da obra.

Por fim, a **contratação integrada**, é instituto que já havia sido criado para as contratações do RDC (regime diferenciado de contratações) regulado pela lei 12.462/11. Trata-se de contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Enfim, todas as etapas ficam englobadas em uma única contratação, exigindo-se do ente estatal somente a elaboração de um anteprojeto antes da realização do certame licitatório.

Nessas contratações, devem ser observadas algumas regras, quais sejam

I – o instrumento convocatório deverá conter:

a) anteprojeto de engenharia, no caso de contratação integrada, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares;

b) projeto básico, nos casos de empreitada por preço unitário, de empreitada por preço global, de empreitada integral e de contratação semi-integrada, nos termos definidos neste artigo;

c) documento técnico, com definição precisa das frações do empreendimento em que haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de

modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas;

d) matriz de riscos;

II – o valor estimado do objeto a ser licitado será calculado com base em valores de mercado, em valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou em avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

III – o critério de julgamento a ser adotado será o de menor preço ou de melhor combinação de técnica e preço, pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução.

IV – na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

Por fim, nessas espécies de contratações os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela empresa estatal deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

2. Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas por atos praticados contra o Poder Público (Lei Anti-corrupção). Processo Administrativo.

A aplicação de quaisquer sanções administrativas deve respeitar o devido processo legal, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa, consoante art, 5º, LIV e LV da Constituição Federal Dessa forma, a lei 12.846/13 define um procedimento a ser seguido pela Administração Pública para aplicação das penalidades previstas nesta lei às pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública.

Primeiramente, dispõe a lei que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou outra autoridade que atue por delegação destas, sendo possível que essas autoridades atuem de ofício ou mediante provocação, sempre em observância ao contraditório e a ampla defesa. Ocorre que, para os processos, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para instaurar esses processos ou para avocar os processos instaurados,

para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, sendo que esse órgão também será competente para processos que visem apurar atos praticados contra Administração Pública estrangeira.

A autoridade instauradora deverá designar comissão que ficará responsável por praticar todos os atos de andamento deste processo. A comissão deve ser composta por, no mínimo, 2 (dois) servidores estáveis e deve concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por motivo de interesse público devidamente justificado, contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatório conclusivo sobre os fatos apurados, sugerindo de forma motivada qual deve ser a decisão no processo. A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

Uma vez instaurado o processo, será feita a instrução probatória e notificada a pessoa jurídica para que apresente defesa, no prazo de 30 (trinta) dias.

Conforme já previsto na legislação civil, existe a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Após a conclusão do procedimento administrativo, a comissão processante deverá dar conhecimento dos fatos ao Ministério Público, para apuração de eventuais delitos de sua competência.

A lei prevê a possibilidade de celebração de **acordo de leniência**, firmado pela autoridade máxima do órgão público, com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Para que seja admitido esse acordo, a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, deve admitir sua participação no ilícito e aceitar cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. Também é indispensável que a pessoa jurídica, que pretende celebrar o acordo,

cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo.

Uma vez celebrado o acordo de leniência, a pessoa jurídica beneficiada fica isenta de sanção de interrupção parcial das suas atividades, bem como não sofrerá a sanção de publicação do ilícito. Ademais, o acordo reduz, em até 2/3 (dois terços), o valor da multa aplicável. Por óbvio, o acordo firmado não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado à Administração Pública.

Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento e a celebração do acordo interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

3. Licitação. Desempate na licitação.

A lei estabelece **critérios sucessivos de desempate, na licitação**, nas situações em que os critérios de escolha previamente definidos no edital não são suficientes para a seleção de uma única proposta vencedora.

Os critérios de desempate, no procedimento licitatório, estão definidos em lei, na ordem em que devem ser observados, somente sendo analisado o segundo critério caso o primeiro não seja suficiente a desempatar a licitação e assim, sucessivamente. Logo, trata-se de critérios sucessivos e não alternativos, vejamos.

Art. 3º. Lei 8.666/93:

§ 2º Em igualdade de condições, como **critério de desempate**, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – **produzidos no País**; (Redação dada pela Medida Provisória n. 495, de 2010)

II – produzidos ou prestados por **empresas brasileiras**; e (Redação dada pela Medida Provisória n. 495, de 2010)

III – produzidos ou prestados por **empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País**. (Redação dada pela Medida Provisória n. 495, de 2010)

IV – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

(...)

Houve alteração em 2015, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, determinando que as empresas que cumpram o dever de reservar vagas de emprego aos portadores de deficiências e reabilitados da Previdência Social poderão ter isso como benefício em caso de empate. Trata-se do último critério na ordem de sucessão legal.

4. Licitação. Dispensa de licitação.

Nas situações de dispensa, o Poder Público encontra-se diante de situação em que é plenamente possível a realização do procedimento licitatório mediante a competição, no entanto, a **lei** dispõe que é desnecessária a execução do certame.

O art. 24, da Lei 8.666/93, estabelece um rol de licitação **dispensável**. Nessas hipóteses, a legislação permite a celebração dos contratos pelo Poder Público sem a necessidade de realização do procedimento licitatório, mas se trata de atuação discricionária do administrador, a quem compete, em cada caso, definir se realizará ou não o certame licitatório.

Dentre estas hipóteses foi incluído o inciso XXXIV ao art. 24 da lei 8666/93. Vejamos.

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

Hipótese diretamente vinculada às atividades de ensino e pesquisa, que busque inovação tecnológica e também nas parcerias com o SUS para as atividades de saúde. É a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável.

5. Agentes Públicos. Hipóteses de aposentadoria. Aposentadoria Compulsória.

B) Aposentadoria compulsória

Acontece aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, tanto para o homem quanto para a mulher servidora pública, consoante disposto no art. 40, II, da Constituição Federal e no art. 2º da LC 152/2015 e será paga com proventos proporcionais ao tempo de contribuição ou integral, caso o servidor tenha contribuído todo o tempo necessário para a concessão de aposentadoria com proventos integrais.

6. Improbidade Administrativa. Procedimento da Ação Civil Pública por ato de improbidade. Alterações em razão da perda da vigência da MP 703/2015.

A ação de improbidade é ação civil que visa punir os agentes públicos e particulares que atuem em colaboração ou se beneficiando da atuação do agente, por atos de improbidade. Pode ser proposta pela Pessoa Jurídica lesada – ou seja, uma das entidades elencadas no art. 1º da lei 8429/92 que tenha sofrido o ato de improbidade – ou pelo Ministério Público.

Ressalte-se, que, conforme disposto no art. 17, §1º da lei 8429/92, não se admite qualquer espécie de transação ou acordo no bojo da ação de improbidade administrativa.

7. Intervenção do Estado na propriedade. Exclusão de item. Competência para desapropriar.

Em razão da perda da vigência da MP 700/2015 foi excluído o item (4.2.1.1).

Já no que tange às alterações referentes à competência para desapropriar, vale esclarecer inicialmente que a análise da competência divide-se em três diversas situações – competência legislativa, declaratória e executória.

Por seu turno, a **competência para executar** a desapropriação é atribuída, inicialmente, ao ente federativo que declarou a utilidade pública ou interesse social. Nestes casos, a competência é incondicionada. Afinal, quem declara a necessidade no bem, poderá promover a desapropriação posterior.

Ademais, se admite a delegação da competência executória para entes da Administração Indireta, para concessionárias de serviços públicos e, até mesmo, para consórcios públicos, firmados nos moldes da lei 11.107/05. Estas entidades não têm competência para decretar o interesse no bem, mas poderão promover a desapropriação, mediante o pagamento do valor indenizatório e imissão na propriedade.

Neste sentido, inclusive, o Decreto Lei 3.365/41, em seu art. 3º, dispõe que “*Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos*

de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

Imagine-se, como exemplo, que a União declare o interesse social de um terreno para fins de Reforma Agrária, delegando a execução da desapropriação ao INCRA (Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária) – autarquia federal.

8. Intervenção do Estado na propriedade. Juros compensatórios.

Este pagamento acessório é feito com a intenção de compensar o expropriado pelo fato de ter perdido a posse do bem antes de receber a indenização justa. Com efeito, caso haja a imissão provisória na posse, por exemplo, o particular deixa de usufruir do bem, levantando somente 80% do valor que o ente estatal considerava devido.

O restante do valor será pago posteriormente à decisão do juízo, sendo que o valor determinado pelo magistrado, além do valor depositado ainda deverá seguir a ordem cronológica de pagamento de precatórios.

Assim, supondo que o ente estatal efetivou o depósito de cem mil reais para a imissão provisória na posse do bem, o particular levantou o valor de oitenta mil, em razão da perda da posse. Ao final do processo, a sentença, com trânsito em julgado, determinou que o valor justo a ser pago deveria ser de duzentos mil. Neste caso, os juros compensatórios deverão incidir sobre cento e vinte mil que corresponde a tudo aquilo que não estava disponível para o réu, no momento da perda da posse.

Ademais, os juros compensatórios começam a incidir a partir do momento em que o particular perde a posse do bem, *in casu*, a partir da data de imissão provisória na posse efetivada pelo ente estatal. O percentual de juros é de 12% ao ano, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal². Ocorre que a matéria enseja algumas discussões analisadas a seguir.

O Decreto-Lei 3.365/41, originariamente, definia o pagamento de juros compensatórios no valor de 12% ao ano. Posteriormente, o diploma foi alterado pela Medida Provisória 1.577/97, convertida na Medida Provisória 2.183/01, que incluiu o art. 15-A no Decreto-Lei, dispondo a incidência de juros compensatórios no valor de 6% ao ano.

2. A Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”.

A matéria sofreu algumas críticas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo objeto de controle de constitucionalidade, por meio da ADI n. 2332-2 que suspendeu, em sede liminar, a determinação de que os juros fossem pagos no valor de até 6% ao ano, reafirmando o entendimento já trazido pela súmula 618 do Supremo Tribunal Federal. Como a decisão não tem caráter retroativo, a aplicação dos juros compensatórios no valor de 6% ao ano deve ser mantida para os pagamentos feitos entre 11/06/97 e 13/09/2001, a partir de quando volta a incidir a regra que determina a incidência da parcela no percentual de 12% ao ano.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 408, dispondo que *“Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal”*.

Ademais, a Corte firmou o entendimento de que os juros compensatórios devem ser pagos mesmo quando a desapropriação recair sobre propriedades improdutivas, haja vista ter como motivo a perda da posse antes do recebimento do valor de indenização efetivamente devido, bastando, para isso, que a área seja suscetível de produção.

Apontando para este entendimento, cumpre transcrever um trecho do Resp 1.165.988/AC, proferido em 23/11/2010, no qual o Superior Tribunal de Justiça, analisando a matéria, definiu que *“Os juros compensatórios são devidos mesmo quando o imóvel desapropriado for improdutivo, justificando-se a imposição pela frustração da “expectativa de renda”, considerando a possibilidade do imóvel “ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista”*.

9. Intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação por zona.

A desapropriação por zona se efetiva em razão da realização de obra pública, na qual o ente estatal tenha a necessidade de desapropriar, não somente o espaço necessário à construção da obra, mas também a zona vizinha a esta construção. Acerca do tema. O art. 4º, do Decreto-Lei 3.365/41 define que *“A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”*.

Ou seja, a desapropriação ocorre em terreno além do necessário para a realização da obra, sendo que a lei exige que o decreto expressamente disponha sobre sua razão, discriminando, inclusive, que parcela da desapropriação é feita para a obra e qual a parcela do terreno em que a desapropriação ocorre por zona.

Pode acontecer:

a) em virtude de uma necessidade pública de posterior extensão da obra, devidamente justificada, como forma de dar celeridade à execução da parte acrescida.

b) se o Estado entender que haverá uma supervalorização dos terrenos vizinhos, quando então a desapropriação será feita para que o poder público possa, posteriormente à execução da obra, vender os bens expropriados pelo valor já valorizado. Nestes casos, o valor recebido a mais será utilizado com a finalidade de custear os gastos feitos com a execução da obra pública.

Parte da doutrina considera que a desapropriação por zona com a intenção de alienar os bens após a sua valorização se configura como especulação imobiliária, contrária ao texto constitucional. Ademais, para esta parte da doutrina, a Constituição Federal de 1988 criou o tributo de Contribuição de Melhoria justamente para abarcar esses casos, de onde se depreende que o ordenamento jurídico não autoriza a indenização do Estado por outros meios além daquele estabelecido. Dessa forma, o decreto lei 3365/41 não teria sido recepcionado, neste ponto, pela Constituição Federal de 1988 e a desapropriação por zona, somente será possível, a partir dele, nos casos de necessidade de posterior extensão da obra.

Este entendimento não é aceito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que determina ser viável a desapropriação por zona em casos nos quais a obra pública enseje uma valorização extraordinária dos bens vizinhos. Em outras palavras, sempre que a obra pública ensejar valorização diferenciada aos prédios vizinhos, permitindo que um determinado imóvel valorize mais do que os outros, a desapropriação por zona é a melhor forma de garantir o pagamento ao poder público. A contribuição de melhoria deverá ser aplicada obrigatoriamente nas situações em que a valorização dos vizinhos for ordinária.

DESAPROPRIAÇÃO. VALORIZAÇÃO ESPECÍFICA. Cuida-se de REsp derivado de ação indenizatória por desapropriação indireta no qual a autora, ora recorrente, insurge-se, entre outras questões, contra a assertiva do acórdão recorrido de que a valorização de seu imóvel

(área remanescente) decorrente da construção de rodovia estadual deveria ser deduzida do valor da indenização. Nesse contexto, mostra-se relevante frisar que a valorização imobiliária que advém de obra ou serviço público pode ser de ordem geral (beneficia indistintamente grupo considerável de administrados) ou especial (apenas um ou alguns identificados ou identificáveis são beneficiados) e a mais-valia divide-se em ordinária (todos os imóveis lindeiros à obra valorizam-se na mesma proporção) ou extraordinária (um ou alguns se valorizam mais que outros sujeitos à mais-valia ordinária). **Na hipótese de valorização geral ordinária, o Poder Público tem em mão o instrumento legal da contribuição de melhoria e, diante da valorização geral extraordinária, tem a desapropriação por zona ou extensiva (art. 4º do DL n. 3.365/1941).** Já na seara da valorização específica e só nela, pode o Estado abatê-la da indenização a ser paga (art. 27 daquele mesmo DL, que deve ser interpretado em consonância com os demais princípios e regras do ordenamento jurídico). Anote-se que a tendência da jurisprudência de vetar o abatimento da mais-valia pelo Estado como regra geral remonta à década de 1950 e visava assegurar que o ônus referente à valorização fosse suportado não só pelo expropriado, mas por todos os beneficiados pelo melhoramento público, além de evitar que o desapropriado ficasse devedor do Poder Público acaso a valorização da parte remanescente fosse maior que o preço da parte desapropriada. Contudo, essa tendência sofreu evolução jurisprudencial a possibilitar a compensação nos casos de valorização específica, diante da impossibilidade de repartir o ônus oriundo da valorização. Disso decorre a jurisprudência do Superior Tribunal de que essa compensação não pode ser feita na desapropriação, com exceção dos casos de comprovada valorização específica ou individual. No caso, é patente a mais-valia da área remanescente em decorrência da construção da rodovia. Todavia, essa se mostra não como especial, mas como genérica, ao atingir os mesmos patamares dos demais imóveis lindeiros. Daí a respectiva mais-valia dever ser cobrada mediante contribuição de melhoria, a invalidar seu abatimento proporcional do valor da indenização, tal qual assentado no acórdão recorrido. Esse entendimento foi firmado por maioria pela Turma no prosseguimento do julgamento. Precedentes citados: REsp 795.580-SC, DJ 1º/2/2007; REsp 951.533-MG, DJe 5/3/2008, e REsp 831.405-SC, DJ 12/11/2007. REsp 1.092.010-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 12/4/2011.

10. Intervenção do Estado na propriedade. Obrigações decorrentes do tombamento.

Preferência – Esse direito de preferência foi extinto pelo art. 1072, I do Código de Processo Civil que revoga expressamente o art. 22 do Decreto-lei 25/37.

Desta forma, se mantém a preferência somente em casos de alienações judiciais, consoante dispõe o art. 892, §3º do CPC. Com efeito, o artigo estabelece que *“No caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta”*.

Desse modo, não há mais direito de preferência do poder público sobre bens tombados, quando se tratar de alienação extrajudicial.

Outrossim, é importante ressaltar que o tombamento não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.