



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em [www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br).

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



MARCELO ALEXANDRINO  
VICENTE PAULO

# Resumo DE DIREITO ADMINISTRATIVO

DESCOMPLICADO

9ª Edição  
revista e atualizada

**Conselho Superior do Brasil  
OAB/SP. 248.848**



## Capítulo X

### CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

#### 1. INTRODUÇÃO

Os contratos, públicos ou privados, são acordos de vontades. Portanto, em sua formação, os contratos são **bilaterais**. Essa é a primeira e principal diferença entre atos e contratos: os primeiros são declarações ou manifestações unilaterais e os últimos se formam mediante manifestações bilaterais de vontades.

Quando estudamos **atos administrativos**, vimos que eles são espécie do gênero ato jurídico. O que os particulariza é serem praticados pela administração pública, nesta qualidade, ou por particular investido em prerrogativas públicas, estando sujeitos, portanto, predominantemente a regime de direito público.

A mesma lógica vale para os contratos administrativos. Eles são espécie do gênero contrato. Particulariza-os o fato de a administração figurar como poder público, o que os sujeita, **predominantemente**, ao regime jurídico de direito público.

Cumprir notar, todavia, que, mesmo sendo os contratos administrativos regidos precipuamente por normas de direito público, sempre será necessária a livre manifestação de vontade do particular para a formação do vínculo contratual. O regime de direito público é caracterizado pela existência de prerrogativas especiais para a administração, as ditas **cláusulas exorbitantes**, que serão vistas adiante.

Deve ficar claro, portanto, que o particular não pode ser compelido, contra sua vontade, a procurar a administração para celebrar um

contrato, ainda que se trate de um contrato regido pelo direito público. A iniciativa de contratar deve sempre ser livre; após a assinatura do contrato, aí, sim, as partes passam a estar vinculadas às suas cláusulas e às disposições legais a ele relativas (com certas ressalvas quanto à vinculação da administração a algumas cláusulas contratuais, conforme será exposto à frente).

Os contratos administrativos estão disciplinados principalmente nos art. 54 a 80 da Lei 8.666/1993. Esses artigos devem ser a fonte primária de estudo desse assunto. Ademais, é importante alertar – embora seja um tanto óbvio – que quaisquer disposições legais prevalecem sobre eventuais posições doutrinárias delas divergentes.

Cabe observar que os contratos de concessões e permissões de serviços públicos submetem-se a regramento próprio, constante da Lei 8.987/1995. Também seguem disciplina específica, estabelecida na Lei 11.079/2004, os contratos de parcerias público-privadas, que consistem em uma peculiar modalidade de contrato de concessão. As concessões e permissões de serviços públicos, assim como as parcerias público-privadas, serão estudadas em capítulo próprio desta obra, acerca dos “serviços públicos”.

No presente capítulo, todas as referências que fizermos a dispositivos legais, sem menção expressa à lei a que o dispositivo pertença, reportam-se à Lei 8.666/1993.

## 2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E DE CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO

Podemos conceituar contrato administrativo como o **ajuste entre a administração pública, atuando na qualidade de poder público, e particulares, firmado nos termos estipulados pela própria administração contratante, em conformidade com o interesse público, e sob regência predominante do direito público.**

Essa definição concerne aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, que são exatamente aqueles em que a administração pública atua nessa qualidade, dotada, por isso, de prerrogativas características de direito público (supremacia).

Entretanto, a administração pública tem a possibilidade de celebrar contratos regidos predominantemente pelo direito privado, caso em que, em princípio, encontra-se em posição de igualdade jurídica com o particular contratado. Contratos dessa espécie são, por vezes, denominados “contratos administrativos atípicos”. Mais frequentemente, contudo, a doutrina refere-se

a esses contratos regidos precipuamente pelo direito privado simplesmente como “contratos da administração”.

Dessa forma, definimos “contrato da administração” como o **ajuste firmado entre a administração pública e particulares, no qual a administração não figura na qualidade de poder público, sendo tal ajuste, por isso, regido predominantemente pelo direito privado.**

Exemplos de “contratos da administração” são um contrato de locação em que a administração figure como locatária; um contrato de compra e venda em que uma sociedade de economia mista esteja vendendo bens de sua produção; um contrato de abertura de conta corrente firmado entre um particular e um banco estatal (Banco do Brasil, Barrisul) etc.

Afirmamos acima que nesses chamados “contratos da administração” o particular e a administração pública encontram-se, “em princípio”, em posição de igualdade jurídica. Utilizamos a ressalva – “em princípio” – porque é necessário observar que a Lei 8.666/1993, contrariando o que costumava ser lecionado pela doutrina administrativista, estendeu aos “contratos da administração”, **no que couber**, algumas das mais importantes prerrogativas de direito público aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos (art. 62, § 3.º, I). Note-se que, contraditoriamente, a própria lei, no mesmo dispositivo (art. 62, § 3.º, I), textualmente reconhece a existência de “contratos da administração” cujo conteúdo seja regido predominantemente por norma de direito privado (a lei expressamente alude, de forma exemplificativa, a contratos de seguro, de financiamento e de locação em que o poder público seja locatário).

Constata-se, assim, que a Lei 8.666/1993 atenuou a distinção entre “contratos administrativos” e “contratos da administração”, porque as mais importantes prerrogativas de direito público, que caracterizam os contratos administrativos propriamente ditos, passaram, por força dessa lei (art. 62, § 3.º, I), a ser aplicáveis aos demais contratos celebrados pela administração pública. É verdade, entretanto, que as prerrogativas de direito público aplicam-se aos “contratos da administração” somente **no que couber** e, sem dúvida, nos casos em que o conteúdo do contrato seja próprio do domínio econômico, muito poucas ou mesmo nenhuma cláusula estranha ao direito privado poderá ser considerada “cabível”.

Por fim, julgamos oportuno registrar que, em alguns casos, a doutrina emprega a expressão “contratos da administração” em um sentido amplo, abrangendo todos os ajustes em que a administração pública seja parte, tanto os regidos predominantemente pelo direito público quanto os submetidos precipuamente ao direito privado, ou seja, abrangendo os “contratos administrativos” propriamente ditos e os “contratos da administração” (em sentido estrito).

### 3. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A nota realmente característica dos contratos administrativos, que os peculiariza, diferenciando-os dos contratos privados, é a existência das denominadas **cláusulas exorbitantes**. Tais “cláusulas”, em verdade, decorrem diretamente da lei e configuram prerrogativas de direito público conferidas pela lei exclusivamente à administração pública, tendo em vista a sua atuação na qualidade de poder público. São chamadas “exorbitantes” porque extrapolam aquilo que existe, aquilo que seria admitido no direito comum (direito privado); por esse motivo, são elas, por vezes, referidas como “cláusulas exorbitantes do direito comum” (são “cláusulas” de direito público que exorbitam os limites existentes no direito comum).

Em razão de sua importância para o estudo dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes serão estudadas em tópico específico. Apresentaremos, neste item, outras características dos contratos administrativos, não obrigatoriamente próprias de direito público.

Não obstante terem os contratos administrativos como característica essencial a sujeição a regras de direito público, a eles se aplicam, subsidiariamente, as normas e princípios de direito privado pertinentes à denominada “teoria geral dos contratos” (art. 54).

O objeto dos contratos administrativos consiste em uma relação jurídica (ou diversas relações jurídicas) concernente a qualquer bem, direito ou serviço que seja do interesse da administração pública, ou necessária ao desempenho de suas atividades – obras, compras, fornecimentos, locações, alienações, serviços, concessões. Apenas nas matérias que devam ser regidas predominantemente pelo direito privado, como as concernentes às atividades econômicas, os contratos, em regra, serão “contratos da administração” (regidos predominantemente pelo direito privado), e não contratos administrativos (regidos predominantemente pelo direito público). Em qualquer caso, cumpre frisar, a administração somente pode atuar visando à satisfação do interesse público.

A doutrina administrativista costuma apontar como principais características dos contratos administrativos serem eles sempre consensuais (embora se trate de contratos de adesão) e, em regra, formais, onerosos, comutativos e celebrados *intuitu personae* (devem, em princípio, ser executados pelo contratado, não se admitindo a livre subcontratação). Além dessas características, os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, somente inexigível, dispensada ou dispensável nos casos previstos na lei.

Detalhemos algumas dessas características.

#### a) contrato de adesão;

Os contratos administrativos enquadram-se na categoria dos denominados **contratos de adesão**. Com efeito, em um contrato de adesão, uma das partes propõe as cláusulas e a outra parte não pode propor alterações, supressões ou acréscimos a essas cláusulas. Nos contratos de adesão, a autonomia da vontade da parte que adere ao contrato é limitada à aceitação, ou não, das condições impostas para a formação do vínculo. A parte não é obrigada a aceitar as cláusulas propostas, mas, uma vez que não pode modificá-las, sua manifestação de vontade resume-se à possibilidade de não celebração do contrato.

O art. 55 da Lei 8.666/1993 enumera diversas cláusulas que obrigatoriamente deverão constar dos contratos administrativos. Além disso, a minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação (art. 62, § 1.º). Na licitação, a lei determina que, na fase de julgamento, seja verificada a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis (art. 43, IV).

Portanto, aqueles interessados em contratar já conhecem as cláusulas que integrarão o contrato antes de decidirem se irão participar do procedimento licitatório. Se optam por participar da licitação, sabem que, uma vez vencedores, não será possível propor qualquer alteração nas cláusulas do contrato que se propuseram a assinar.

#### b) formalismo;

Na quase totalidade dos casos, os contratos administrativos devem ser **formais e escritos**.

É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a administração, **salvo o de pequenas compras de pronto pagamento**, assim entendidas aquelas de valor não superior a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único).

Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua celebração, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, e a sujeição dos contratantes às normas da Lei 8.666/1993 e às cláusulas contratuais (art. 61).

Além desses requisitos, o resumo do instrumento de contrato, qualquer que seja o seu valor (inclusive na hipótese de contratos sem ônus), deve ser **publicado** na imprensa oficial, como condição indispensável à **eficácia** do contrato (art. 61, parágrafo único). Nas situações de inexigibilidade de licitação e na maioria das hipóteses de dispensa são exigidas, também, para a eficácia do ato de inexigibilidade ou de dispensa, a ratificação pela autoridade superior e a publicação na imprensa oficial (art. 26). Nesses casos de

inexigibilidade e dispensa de licitação previstos no art. 26 da Lei 8.666/1993, portanto, são exigidas, para o contrato decorrente ter eficácia, duas formalidades: (a) ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial dos atos de inexigibilidade ou de dispensa; e (b) publicação do resumo do instrumento do contrato respectivo na imprensa oficial.

Conforme o art. 62 da Lei 8.666/1993, o **instrumento de contrato** é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação. Nos demais casos, o instrumento de contrato é facultativo. Não significa isso que o vínculo obrigacional seja verbal. A lei estabelece que, na hipótese de dispensar o uso do instrumento de contrato, a administração deverá substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A lei permite, também, que a administração dispense o “termo de contrato”, facultando a substituição por outros instrumentos hábeis, como acima exemplificado, a seu critério e **independentemente de seu valor**, nos casos de **compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos**, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica (art. 62, § 4.º).

No intuito de assegurar a publicidade dos contratos administrativos, dispõe a lei que é permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos (art. 63).

#### c) **personalidade** (*intuitu personae*).

Os contratos administrativos, em regra, são contratos pessoais, celebrados *intuitu personae*, ou seja, a execução do contrato deve ser levada a termo pela mesma pessoa (física ou jurídica) que se obrigou perante a administração. A natureza pessoal dos contratos administrativos decorre principalmente do fato de serem eles celebrados após a realização de um procedimento licitatório em que se visa não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, mas também a selecionar uma pessoa, física ou jurídica, que ofereça condições de assegurar a adequada execução do que foi contratado.

Por esse motivo, as licitações, regra geral, têm uma fase de habilitação, em que os pretendentes a contratar com a administração comprovam possuir qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista etc. – condições pessoais que ensejam a presunção de que aquela pessoa tem aptidão para executar adequadamente o objeto do contrato.

Como decorrência direta da natureza pessoal dos contratos administrativos, não é possível, em princípio, a subcontratação, ou seja, o contratado não pode livremente cometer a terceiros a execução do objeto do contrato. Outra consequência é a rescisão do contrato nas hipóteses de falecimento do contratado ou da extinção da pessoa jurídica. O art. 78 da Lei 8.666/1993 expressamente prevê como motivos para a rescisão do contrato “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato” e “a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado”.

Não obstante, a regra segundo a qual os contratos administrativos são celebrados *intuitu personae* **não é absoluta**. A Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de **subcontratação parcial**, contanto que esteja prevista no edital e no contrato e que seja autorizada, em cada caso, pela administração, que deve estabelecer os limites das partes do objeto do contrato cuja execução poderá ser subcontratada. O art. 72 da lei afirma 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 Administração”.

Diversamente, o art. 13, § 3.º, estabelece uma vedação absoluta à subcontratação, no caso da prestação de **serviços técnicos especializados**, nos seguintes termos: “A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes **realizem pessoal e diretamente** os serviços objeto do contrato.”

#### 4. PRAZO DE DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como regra geral, a duração dos contratos administrativos é limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, *caput*). A Lei 8.666/1993, entretanto, estabelece as seguintes exceções:

- a) contratos relativos aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (art. 57, I);
- b) contratos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, **limitada a sessenta meses** (art. 57, II). Esse prazo, em

caráter excepcional, poderá ser **prorrogado por até doze meses**, devendo essa prorrogação adicional ser devidamente justificada, sendo exigida, ainda, autorização da autoridade superior (art. 57, § 4.º);

- c) contratos relativos ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, cuja duração pode estender-se pelo prazo de até **quarenta e oito meses** após o início da vigência do contrato (art. 57, IV);
- d) contratos celebrados nas hipóteses de licitação dispensável previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da Lei 8.666/1993, os quais poderão ter vigência por até **cento e vinte meses**, caso haja interesse da administração (art. 57, V).

Cabe, ainda, observar que, no caso das parcerias público-privadas, o prazo de vigência do contrato não pode ser inferior a **cinco anos**, nem superior a **trinta e cinco anos**, incluindo eventual prorrogação (Lei 11.079/2004, art. 5.º, I).

Assevera o § 3.º do art. 57 da Lei 8.666/1993 que “**é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado**”. Observamos que, não obstante essa regra expressa, os contratos de concessão de direito real de uso de bem público podem ser celebrados sem prazo certo (art. 7.º do Decreto-lei 271/1967, com a redação dada pela Lei 11.481/2007). Ainda, o Decreto 6.017/2007 admite que os contratos de consórcio público de que trata a Lei 11.107/2005 sejam firmados por prazo indeterminado (os consórcios públicos, todavia, não são contratos administrativos propriamente ditos, regidos pela Lei 8.666/1993, mas sim ajustes celebrados entre entes federados para a consecução de objetivos de interesse comum).

## 5. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: AS “CLÁUSULAS EXORBITANTES”

As assim denominadas cláusulas exorbitantes caracterizam os contratos administrativos, diferenciando-os dos ajustes de direito privado. São chamadas exorbitantes justamente porque exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns do direito privado e não seriam neste admissíveis. As cláusulas exorbitantes podem ser explícitas ou implícitas (a Lei 8.666/1993, seguindo a sistematização doutrinária, expressamente passou a prever todas as cláusulas exorbitantes apontadas pelos administrativistas) e configuram prerrogativas de direito público da administração pública ante o particular contratado. As principais cláusulas exorbitantes estão enumeradas no art. 58 da Lei 8.666/1993, a seguir reproduzido:

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

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

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

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1.º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2.º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

A seguir, além das cláusulas exorbitantes listadas nos incisos I a V transcritos acima, serão estudadas: (a) as restrições à oposição, pelo contratado, da denominada “exceção do contrato não cumprido” (art. 78, XV); (b) as normas acerca de exigência de garantia pela administração (art. 56); e (c) a possibilidade de a administração exigir do contratado medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica e acesso a condições vantajosas de financiamento (art. 3.º, § 11). Esta última (letra “c”), embora não esteja inserida entre as disposições da Lei 8.666/1993 especificamente concernentes aos contratos administrativos, deve ser acrescentada à lista de cláusulas exorbitantes, uma vez que traduz prerrogativa da administração pública passível de ser imposta unilateralmente aos administrados que com ela contratam.

### 5.1. Exigência de garantia

A exigência de que os licitantes e contratados prestem garantias à administração visa a assegurar o adequado adimplemento do contrato, ou, na hipótese de inexecução, facilitar o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela administração.

Nos termos do art. 56 da Lei 8.666/1993, a prestação de garantia **poderá ser exigida**, a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que

prevista no instrumento convocatório. A lei prevê a possibilidade de exigência de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

A garantia oferecida pelos contratados não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados por meio de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. Nos contratos de parcerias público-privadas deverá ser exigida do parceiro privado a prestação de garantia de até 10% (dez por cento) do valor do contrato (Lei 11.079/2004, art. 5.º, VIII).

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

A lei prevê três diferentes modalidades de garantia, ficando a critério do contratado optar por uma delas. As modalidades são:

- a) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;
- b) seguro-garantia;
- c) fiança bancária.

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

## 5.2. Poder de alteração unilateral do contrato

A alteração unilateral do contrato administrativo deve sempre ter por escopo a sua melhor adequação às finalidades de interesse público. Devem, ademais, ser respeitados os direitos do administrado, essencialmente o direito à observância dos limites legais de alteração por parte da administração e o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido.

Em razão dessa prerrogativa de alteração unilateral do contrato por uma das partes (a administração), diz-se que aos contratos administrativos não se aplica integralmente o princípio do *pacta sunt servanda*. Esse princípio implica a obrigação de cumprimento das cláusulas contratuais conforme foram

estabelecidas inicialmente, e é um dos mais importantes princípios entre os que regem os contratos privados.

O art. 65, I, da Lei 8.666/1993 especifica os casos em que é cabível a alteração unilateral do contrato pela administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos (**alteração qualitativa**);
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela lei (**alteração quantitativa**).

Os limites, para acréscimos ou supressões de obras, serviços ou compras, encontram-se estabelecidos nos §§ 1.º e 2.º do art. 65 da Lei 8.666/1993. São os seguintes:

- a) 25% do valor inicial atualizado do contrato (é a regra geral);
- b) 50% no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, aplicável esse limite ampliado somente para os acréscimos (para as supressões permanece o limite de 25%).

Abrimos um parêntese para registrar que a lei admite alteração quantitativa do contrato, **sem limite percentual**, quando se tratar de **supressão** resultante de **acordo** entre os contratantes. Essa hipótese, entretanto, não diz respeito ao poder de alteração unilateral do contrato, uma vez que exige acordo entre as partes; logo, não se trata de uma cláusula exorbitante, não traduz prerrogativa da administração pública ante o particular contratado.

A possibilidade de alteração unilateral do contrato pela administração somente abrange as **cláusulas regulamentares** (também chamadas cláusulas de serviço ou de execução, que são aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e sua execução, e não sobre a remuneração do contratado).

Nunca podem ser modificadas **unilateralmente** as denominadas **cláusulas econômico-financeiras** dos contratos, que estabelecem a relação entre a remuneração e os encargos do contratado, a qual deve ser mantida durante toda a execução do contrato. A impossibilidade de alteração unilateral de tais cláusulas e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato estão expressamente previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

## 5.3. Fiscalização da execução do contrato

Nos termos da Lei 8.666/1993, deverá ser designado um representante da administração especialmente para acompanhar e fiscalizar a execução do

contrato, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 67). Esse poder-dever de fiscalização e acompanhamento é permanente e abrange todo o período de execução do contrato.

De sua parte, o contratado deve manter preposto, **aceito pela administração**, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato (art. 68).

É importante enfatizar que a fiscalização **não exclui ou reduz a responsabilidade do contratado** pelos danos que, por culpa ou dolo, a execução do contrato venha a causar a terceiros (art. 70).

#### 5.4. Aplicação direta de sanções

A administração pública tem o poder-dever de aplicar ao contratado sanções administrativas **na lei previstas**, desde que lhe assegure o exercício do contraditório e da ampla defesa **prévios**, no âmbito de um processo administrativo regularmente instaurado. Tais sanções serão impostas diretamente pela administração pública, isto é, sua aplicação **independe** de prévia manifestação do Poder Judiciário.

As sanções administrativas previstas na Lei 8.666/1993 são as seguintes:

- a) multa de mora, por atraso na execução do contrato (art. 86);
- b) advertência (art. 87, I);
- c) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, por inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, II);
- d) suspensão temporária da possibilidade de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos (art. 87, III);
- e) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (art. 87, IV).

Tanto a multa de mora quanto a multa decorrente da inexecução total ou parcial do contrato podem ser aplicadas cumulativamente entre si e cumulativamente com as demais sanções administrativas acima enumeradas (art. 86, § 1.º, e art. 87, § 2.º).

As multas aplicadas pela administração podem ser diretamente descontadas da garantia prestada pelo contratado, quando houver. Ademais, se a multa aplicada for **superior ao valor da garantia** prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela diferença, que será descontada, pela própria administração, dos pagamentos por ela eventualmente devidos ao contratado

(art. 86, §§ 2.º e 3.º, e art. 87, § 1.º). Conforme se constata, a exigência das multas, nessas hipóteses, reveste-se de autoexecutoriedade. Entretanto, se não houver pagamentos devidos pela administração ao contratado, ou se o valor deles for inferior à diferença entre as multas e a garantia prestada, a parcela remanescente das multas terá que ser cobrada judicialmente, vale dizer, a exigência dessa parcela das multas, em tal hipótese, não será autoexecutória.

Ao aplicar a penalidade de **suspensão** temporária de participação em licitações e contratações, a administração deve estipular a duração da medida no caso concreto, tendo em conta a gravidade das infrações comprovadas no processo administrativo correspondente, não podendo a restrição ultrapassar o prazo de **dois anos**.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública é sanção de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal, conforme o caso (art. 87, § 3.º). O impedimento de licitar ou contratar com a administração permanecerá enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição, ou até que seja promovida a **reabilitação** perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. A reabilitação somente pode ser requerida **após dois anos** da aplicação dessa sanção (art. 87, § 3.º) e será concedida sempre que o contratado ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes da inexecução total ou parcial do contrato.

A aplicação de sanções pela administração pública não impede que ela, **cumulativamente**, decrete a rescisão unilateral do contrato, devendo, em qualquer caso, ser observado o devido processo legal e assegurado ao contratado o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

#### 5.5. Ocupação temporária

Quando o objeto do contrato for a prestação de um **serviço essencial**, a administração pode "ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo" (art. 58, V).

Conforme se constata, há **duas situações** distintas em que é prevista a **ocupação temporária** (ou provisória).

Na primeira delas, a ocupação configura **medida acautelatória**, que visa a possibilitar a **apuração de irregularidade** na execução do contrato. O contrato está em execução e a ocupação provisória tem apenas o intuito de assegurar a sua continuidade enquanto se apuram as eventuais faltas imputadas ao contratado. Ao final da apuração poderá, ou não, haver a rescisão unilateral do contrato.

A segunda possibilidade de ocupação temporária prevista no inciso V do art. 58 da Lei 8.666/1993 ocorre imediatamente **após a rescisão do contrato administrativo**. O seu fundamento também é o princípio da continuidade dos serviços públicos. Uma vez rescindido o contrato, a administração assume o seu objeto e promove a ocupação e a utilização provisórias dos recursos materiais e humanos do contratado que forem necessários para evitar a interrupção da execução do contrato.

No capítulo acerca dos serviços públicos será visto que, no caso particular dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, a cláusula exorbitante estudada neste tópico recebe a denominação específica de **intervenção**.

### 5.6. Exigência de medidas de compensação

A Lei 12.349/2010 introduziu significativas mudanças na Lei 8.666/1993, com o escopo, principalmente, de possibilitar que as licitações públicas passem a ser utilizadas como instrumento de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Subjacente está a noção de que as compras governamentais têm um peso tão grande na formação da demanda agregada nacional que podem, e devem, ser utilizadas para, entre outros objetivos, fortalecer o mercado interno – com aumento correspondente do emprego e da renda –, favorecendo o desenvolvimento do País.

Ademais, o próprio poder de barganha do Estado, decorrente do vulto das compras de bens e serviços que realiza, permite que ele imponha àqueles que desejam com ele contratar condições que normalmente não seriam aceitas pelo setor privado. Tal raciocínio não é novo. Entre particulares é absolutamente corriqueiro que o negociador de grande porte utilize como instrumento de pressão o tamanho potencial das suas contratações – presentes e futuras – para obter da contraparte concessões e vantagens com as quais ela jamais consentiria caso estivesse negociando com parceiros menores.

Pois bem, com a edição da Lei 12.349/2010 essa mesma lógica concernente ao poder de barganha dos grandes compradores passou a ter possibilidade de ser adotada nas contratações realizadas pelo poder público. É o que deflui do § 11 do art. 3.º da Lei 8.666/1993, acrescentado pela Lei 12.349/2010, cuja redação cabe reproduzir:

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles

por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

O Decreto 7.546/2011 assim define medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica: “qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados, entre outras formas, como: (a) coprodução; (b) produção sob licença; (c) produção subcontratada; (d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; (e) transferência de tecnologia; (f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; (g) treinamento de recursos humanos; (h) contrapartida comercial; ou (i) contrapartida industrial”.

A primeira observação pertinente é que a imposição das exigências a que se refere o transcrito § 11 é **discricionária**: será feita a critério da administração, conforme análise efetuada em cada caso e **devidamente justificada**.

O segundo ponto relevante a apontar é que o dispositivo abrange contratos cujo objeto sejam **bens** (o que inclui compras públicas), prestação de **serviços** ou realização de **obras**.

Em terceiro lugar, nota-se que são duas as espécies de exigências que podem ser feitas, cumulativamente ou não, **desde que previstas no edital** de licitação, a saber:

- a) que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade da administração, ou em favor de pessoas que ela indique, **medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica**; e
- b) que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade da administração, ou em favor de pessoas que ela indique, acesso a **condições vantajosas de financiamento**.

Com base no § 11 do art. 3.º da Lei 8.666/1993 seria possível, por exemplo, no caso de uma concorrência internacional mediante a qual o governo brasileiro pretendesse adquirir uma ampla rede de radares de grande porte, visando a modernizar o controle de todo o espaço aéreo nacional, que o edital exigisse do futuro contratado medidas de compensação comercial – como a obtenção de acesso favorecido aos mercados do país cuja empresa vencesse a licitação –, ou, ainda exemplificando, medidas de compensação tecnológica – como a transferência de conhecimento das tecnologias empregadas nos radares para uso por empresas brasileiras fabricantes de componentes eletrônicos relacionados a essa área.

### 5.7. Restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)

Nos contratos onerosos regidos pelo direito privado é permitido a qualquer dos contratantes suspender a execução de sua parte no contrato enquanto o outro contratante não adimplir a sua própria. A essa suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada com a inadimplência do outro contratante dá-se o nome de oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

Em relação aos contratos administrativos, a doutrina tradicional defendia a inoponibilidade, contra a administração, dessa exceção do contrato não cumprido, ou seja, não seria lícito ao particular interromper a execução da obra, o fornecimento dos bens, a prestação do serviço objeto do contrato, mesmo que a administração permanecesse sem pagar pela obra, pelos bens ou pelo serviço. Ao particular prejudicado somente caberia indenização pelos prejuízos suportados, cumulada ou não com rescisão contratual judicial por culpa da administração. Invocava-se, para justificar essa prerrogativa da administração, o **princípio da continuidade do serviço público** (a expressão “serviço público” é empregada, aqui, em sentido amplo, abrangendo todas as atividades da administração pública que não sejam atividades econômicas em sentido estrito).

Essa orientação doutrinária, extremamente rigorosa em prejuízo do contratado, resultou afastada com a edição da Lei 8.666/1993, que passou a possibilitar, como regra, a oposição da exceção do contrato não cumprido pelo particular, estabelecendo, contudo, restrições ao exercício desse direito.

A partir da Lei 8.666/1993, tornou-se adequado aludir meramente a uma temporária inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido. Com efeito, a oposição dessa cláusula implícita pelo particular passou a ser expressamente autorizada na hipótese de **atraso superior a 90 dias** dos pagamentos devidos pela administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados (art. 78, XV).

Cumprido ressaltar que a exceção do contrato não cumprido **não** é oponível, mesmo diante de atraso de pagamento superior a 90 dias, em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

Em suma, nos contratos de obras, serviços ou fornecimento, quando a administração atrasar por mais de 90 dias o pagamento de parcela devida ao contratado, a Lei 8.666/1993 faculta a ele – se não preferir pleitear a rescisão judicial ou amigável – suspender a execução do contrato, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

É importante, ainda, anotar que no caso dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos não é cabível a suspensão da execu-

ção do contrato pela concessionária ou permissionária, seja qual for o inadimplemento da administração, dure quanto durar. Nesses contratos, o descumprimento de obrigação da administração para com a concessionária ou permissionária enseja unicamente a rescisão judicial, por iniciativa do particular, e os serviços públicos prestados não poderão ser interrompidos ou paralisados, até o trânsito em julgado da decisão judicial (Lei 8.987/1995, art. 39, parágrafo único).

Por último, deve-se observar que, **no caso de ser o particular a parte que descumpra suas obrigações contratuais**, a administração sempre pode opor, de imediato, a exceção do contrato não cumprido e deixar de adimplir suas obrigações para com o contratado faltoso (por exemplo, suspendendo pagamentos que porventura lhe devesse), além de aplicar a ele as sanções previstas na lei e no contrato.

### 5.8. Possibilidade de rescisão unilateral do contrato

No direito privado, em regra, não existe a possibilidade de rescisão unilateral de um contrato, uma vez que as partes se encontram em posição de igualdade jurídica. Os contratos administrativos, diferentemente, são regidos predominantemente pelo direito público, o que confere a uma das partes – a administração pública – posição de supremacia jurídica ante a outra – o particular.

Uma das mais expressivas manifestações dessa desigualdade jurídica entre as partes em um contrato administrativo consiste na possibilidade que a lei confere à administração pública de rescindir unilateralmente o contrato, isto é, extingui-lo antes do prazo, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário ou de obter o consentimento do particular contratado.

A maioria das hipóteses autorizadas de rescisão unilateral diz respeito a situações em que se verifica algum inadimplemento contratual inescusável do particular contratado. No entanto, é tamanha a extensão dessa prerrogativa da administração pública que a lei admite a rescisão unilateral simplesmente com base em “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento”, ou seja, sem que tenha havido qualquer descumprimento contratual pelo particular. Também na hipótese de força maior ou caso fortuito a rescisão unilateral é prevista.

As hipóteses de rescisão unilateral e suas consequências para a administração e para o particular contratado serão detalhadas no tópico seguinte, acerca das formas gerais de extinção dos contratos administrativos.

## 6. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A extinção do contrato administrativo é o término do vínculo obrigacional existente entre a administração e o particular contratado. A extinção pode ocorrer em virtude da conclusão do objeto do contrato ou do término de seu prazo de duração, ou, diversamente, decorrer de anulação ou de rescisão do contrato.

A extinção pela conclusão do objeto do contrato (por exemplo, conclusão da obra) e pelo término do prazo (por exemplo, um contrato de fornecimento de merenda escolar pelo prazo de um ano) são as formas ordinárias de extinção. Nessas hipóteses, houve o adimplemento por parte do contratado e a extinção do vínculo contratual ocorre de pleno direito, ou seja, não é necessária intervenção da administração, do Poder Judiciário, ou acordo entre as partes. Recebido pela administração o objeto do contrato, ou chegado ao fim o seu prazo de duração, considera-se automaticamente extinto o contrato administrativo.

Diferentemente, a anulação e a rescisão são formas de extinção contratual que exigem atuação da administração pública ou do Poder Judiciário, ou, se for o caso, acordo entre as partes.

Analisaremos, a seguir, as regras sobre anulação e rescisão constantes da Lei 8.666/1993.

### 6.1. Anulação

A anulação do contrato administrativo segue regras análogas à anulação dos atos administrativos. Um contrato administrativo deve ser anulado quando houve ilegalidade na sua celebração, seja relativa à competência da autoridade que firmou o ajuste, seja quanto ao objeto do contrato, seja concernente à inobservância da obrigatoriedade de licitar, enfim, vícios em geral que acarretem a ilegalidade do contrato ensejam a sua anulação.

A anulação pode ser realizada pela própria administração pública, de ofício ou provocada, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação, sempre por motivo de ilegalidade ou ilegitimidade.

Mesmo quando o contrato, em si mesmo considerado, não contenha ilegalidade, pode ser necessária sua anulação. É o que ocorre quando houve vício na licitação que o precedeu. Com efeito, a Lei 8.666/1993 estabelece que “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato” (art. 49, § 2.º).

A regra básica acerca da anulação dos contratos administrativos encontra-se no art. 59 da Lei 8.666/1993, cuja transcrição faz-se oportuna:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

A lei nada especifica sobre os procedimentos para a **anulação** dos contratos administrativos. Entendemos, entretanto, que deve ser dada ao contratado oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, mesmo que não se pretenda imputar a ele culpa pela nulidade. O simples prejuízo causado ao contratado pelo desfazimento do contrato implica a necessidade de que lhe seja possibilitada a apresentação de alegações com o intuito, se for o caso, de demonstrar que a anulação é indevida.

Como reforço a essa posição, note-se que, na Lei 8.666/1993, o § 3.º do art. 49 assegura o contraditório e a ampla defesa “no caso de desfazimento do processo licitatório”, e o parágrafo único do art. 78 assegura o contraditório e a ampla defesa em todos os “casos de rescisão contratual”.

Lembramos que o Supremo Tribunal federal possui orientação segundo a qual o exercício da autotutela pela administração pública, embora seja um verdadeiro poder-dever, exige que se conceda ao administrado que terá sua situação jurídica desfavoravelmente modificada o direito ao contraditório e à ampla defesa. Para nossa Corte Suprema, o desfazimento de atos administrativos que afetem negativamente interesse do administrado deve ser precedido da instauração de procedimento no qual se dê a ele oportunidade de apresentar alegações que eventualmente demonstrem que o ato deva ser mantido (RE 594.296/MG). Não vislumbramos razão alguma para excluir dessa orientação jurisprudencial o desfazimento de contratos administrativos.

Ademais, é incontroverso que o contratado sempre poderá contestar o valor da indenização que a administração se proponha a lhe pagar, quando aquela for devida, nos termos do parágrafo único do art. 59.

Cabe observar que não existe, na Lei 8.666/1993, menção a “revogação” de contrato administrativo (no caso das licitações, a revogação é prevista no art. 49 e no art. 64, § 2.º). Realmente, a utilização da palavra “revogação” deveria ser reservada para o desfazimento de atos administrativos discricionários. Tecnicamente, contratos não se revogam (não são atos unilaterais discricionários), mas, sendo o caso, se rescindem.

Não obstante essas orientações doutrinárias, cumpre registrar que a Lei 8.987/1995 – lei geral das concessões e permissões de serviços públicos –, depois de estatuir que a permissão de serviço público é um contrato de adesão, afirma ser ele um contrato precário e revogável unilateralmente (art. 40). Trata-se de imprecisão vocabular do legislador, mas, infelizmente, essa figura passou a integrar o nosso direito legislado. Os contratos de permissão de serviços públicos serão estudados em capítulo próprio.

Anote-se, por fim, que não há previsão, na lei, de convalidação de contratos administrativos.

## 6.2. Rescisão

As causas gerais de rescisão dos contratos administrativos estão listadas nos incisos do art. 78 da Lei 8.666/1993.

Há hipóteses que ensejam a **rescisão unilateral** pela administração e outras que ensejam **rescisão judicial** ou **rescisão amigável** (administrativa, mas por acordo entre as partes).

Há hipóteses de rescisão motivadas por fatos imputáveis ao contratado, ou seja, por culpa do contratado (todas essas possibilitam rescisão unilateral pela administração), e outras fundadas em causas atribuíveis à administração, ou seja, por culpa da administração. Há, ainda, hipóteses de rescisão decorrentes de interesse público superveniente e de força maior ou caso fortuito.

É oportuno observar que a rescisão unilateral só **não** é cabível quando o inadimplemento contratual for da administração, ou seja, nas hipóteses de rescisão decorrente de culpa da administração (incisos XIII a XVI do art. 78). Nos outros casos, é possível a rescisão unilateral, variando as consequências conforme ela decorra de culpa do contratado (art. 78, I a XI, e XVIII) ou se dê sem culpa do contratado (art. 78, incisos XII e XVII).

Deve-se atentar para o fato de que as hipóteses de rescisão amigável ou judicial em decorrência de culpa da administração não são cláusulas exorbitantes, uma vez que não traduzem prerrogativa da administração. As hipóteses de **rescisão unilateral** por parte da administração, seja em razão de adimplemento irregular do contrato pelo particular, seja em face de interesse público superveniente, ou ainda de força maior ou caso fortuito, essas, sim, configuram prerrogativas da administração e, portanto, só elas são cláusulas exorbitantes.

Listamos abaixo todas as hipóteses de rescisão enumeradas no art. 78 da Lei 8.666/1993:

- a) **causas que possibilitam a rescisão unilateral do contrato pela administração** (art. 78, incisos I a XII, XVII e XVIII):

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

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

III – lentidão do seu cumprimento, desde o momento em que se possa comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à administração;

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

VII – desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII – cometimento reiterado de faltas na sua execução;

IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil do contratado;

X – dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI – alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato (**rescisão unilateral sem culpa do contratado**);

XVII – ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato (**rescisão unilateral sem culpa do contratado e sem culpa da administração**);

XVIII – utilização de mão de obra de menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e, em qualquer trabalho, de menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

- b) **causas que só possibilitam a rescisão amigável ou judicial do contrato** (são todas elas situações em que há descumprimento contratual por parte da administração, previstas no art. 78, incisos XIII a XVI):

XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido na lei;

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

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

XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.

Deve-se observar que a ocorrência de caso fortuito ou de força maior tanto pode ensejar rescisão unilateral pela administração quanto rescisão amigável ou judicial. Em qualquer caso, é evidente que não há nem culpa da administração nem culpa do contratado.

As consequências das diversas hipóteses de rescisão dos contratos administrativos encontram-se, conforme o caso, no art. 79, § 2.º (aplicável quando não há culpa do contratado), e no art. 80 (aplicável quando há culpa do contratado). São as seguintes:

- 1) **consequências da rescisão unilateral por culpa do contratado** (não estão abrangidas, portanto, as hipóteses de rescisão unilateral em decorrência de interesse público superveniente e de caso fortuito ou força maior):
  - a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da administração;
  - b) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade;

- c) execução da garantia contratual, para ressarcimento da administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à administração.

A aplicação das medidas apontadas nos itens “a” e “b” fica a **critério da administração**, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por **execução direta ou indireta** (art. 80, § 1.º). O ato que determinar a ocupação e a utilização a que se refere a letra “b” – decretação de uma das modalidades da cláusula exorbitante conhecida como **ocupação temporária** (ou provisória), genericamente prevista no inciso V do art. 58 da Lei 8.666/1993 – deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado competente, ou secretário estadual ou municipal, conforme o caso (art. 80, § 3.º).

Além dessas consequências, o descumprimento contratual, quando há culpa do contratado, enseja a aplicação direta pela administração (sem necessidade de autorização do Poder Judiciário) das sanções administrativas anteriormente estudadas (arts. 86 e 87) – sempre, evidentemente, assegurados o contraditório e a ampla defesa prévios.

- 2) **consequências da rescisão sem culpa do contratado** (são todas as hipóteses de rescisão por culpa da administração, e mais as hipóteses de interesse público superveniente e de caso fortuito ou força maior; as consequências, na verdade, configuram direitos do contratado, e estão previstas no art. 79, § 2.º):
  - a) ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido (**indenização dos danos emergentes**);
  - b) devolução de garantia;
  - c) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
  - d) pagamento do custo da desmobilização.

Por fim, julgamos oportuno frisar que, na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, embora não exista culpa, nem da administração, nem do contratado, as consequências previstas na Lei 8.666/1993 são as mesmas atribuídas às hipóteses de rescisão por culpa da administração.

## 7. CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

O estudo do assunto “convênios administrativos” apresenta certa dificuldade, porque não existe uma “lei de normas gerais” ou diploma semelhante a eles aplicável – diferentemente do que acontece com os contratos adminis-

trativos. A rigor, a matéria nem mesmo deveria estar inserida neste capítulo, porque os convênios não podem, tecnicamente, ser considerados uma espécie de contrato. Embora se reconheça como ponto comum entre convênios e contratos a necessidade de acordo de vontades para a formação do vínculo jurídico entre os participantes, tantas distinções substanciais existem que não soa juridicamente congruente incluir no mesmo gênero essas duas figuras.

Apontamos, abaixo, algumas diferenças relevantes entre contratos e convênios (também chamados "atos coletivos"), consoante usualmente menciona a doutrina:

- a) nos contratos há interesses opostos, ao passo que nos convênios o interesse é comum às partes; por exemplo, em um contrato de prestação de serviço, o tomador deseja obter o serviço de melhor qualidade possível pelo menor preço e o prestador deseja executar o serviço nas melhores condições (com as menores exigências), com os menores custos, recebendo a maior remuneração possível; diversamente, em um convênio, digamos, entre uma entidade pública e uma instituição privada para a prestação de um serviço de interesse social, todas as partes têm o mesmo interesse, qual seja, a prestação do serviço à população, com qualidade satisfatória;
- b) os contratos podem ser celebrados entre entidades que possuam objetivos sociais ou institucionais absolutamente distintos, e pelo menos o de uma das partes não precisa coincidir com o objeto do contrato; os convênios devem ser firmados entre entidades cujos objetivos sociais ou institucionais sejam ao menos parcialmente coincidentes entre si, e incluam o objeto do próprio convênio;
- c) nos contratos (pelo menos nos onerosos) existe uma remuneração, que, uma vez paga, passa a integrar o patrimônio da parte que a recebeu, a qual pode dela dispor, sem prestar contas de sua aplicação; nos convênios não existe remuneração, e sim, no mais das vezes, repasse de recursos; os recursos recebidos, entretanto, são e permanecem vinculados à utilização prevista no convênio; se na origem são recursos públicos, não perdem essa natureza depois de repassados, permanecendo, por isso, sujeitos a todos os controles de direito público incidentes sobre a gestão e a aplicação de recursos públicos;
- d) a regra geral é a exigência de licitação previamente à celebração de contratos administrativos; não existe licitação no caso de convênios entre entidades públicas e, mesmo entre estas e entidades privadas, a regra geral é não haver licitação;
- e) nos contratos a regra geral é não poderem as partes romper o vínculo sem terem cumprido integralmente suas obrigações contratuais, sujeitando-se, caso o façam, a sanções previstas no próprio contrato e nas leis; nos convênios, a regra geral é a possibilidade de qualquer das partes romper o vínculo (denunciar o convênio) a qualquer tempo, promovendo, se for o caso, o acerto de contas (devolução dos repasses já realizados e ainda não aplicados, por exemplo).

Convém frisar, também, que convênios administrativos **não são instrumentos de delegação de serviço público** a entidades privadas. Quando um convênio é celebrado entre uma entidade da administração pública e uma pessoa jurídica privada, está-se diante de **fomento**, de incentivo à realização pela entidade privada, em colaboração com o Poder Público, de uma **atividade privada** de interesse social.

Cabe, ainda, destacar que a doutrina advoga a **impossibilidade** de "convênios administrativos" serem firmados entre o Poder Público e entidades privadas que **tenham finalidade de lucro**.

Vistas essas linhas gerais, podemos definir **convênios administrativos** como acordos firmados entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e entidades privadas sem finalidade de lucro, destinados a possibilitar a colaboração mútua entre os participantes, visando à consecução de objetivos de interesse comum a eles. Como pelo menos um dos participantes sempre será uma entidade da administração pública, os citados "objetivos de interesse comum" devem obrigatoriamente ser objetivos que atendam ao **interesse público**.

Muito pouco existe em nosso direito positivo acerca dos convênios administrativos. Na Constituição Federal, praticamente só há menções esparsas, em uns poucos preceitos, a convênios administrativos, a maioria delas introduzida pelo constituinte reformador. Enumeramos abaixo alguns exemplos:

- a) o inciso XXII do art. 37 estabelece que as administrações tributárias dos diversos entes federados devem atuar de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou de **convênio**;
- b) o § 2.º do art. 39 determina que as diversas pessoas políticas mantenham escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, facultada, para isso, a celebração de **convênios** ou contratos entre elas;
- c) o inciso VI do art. 71 atribui competência ao Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante **convênio**, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal ou a município;
- d) o art. 199 assevera que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e prevê a possibilidade de as instituições particulares participarem de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;
- e) o art. 241 estatui que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios devem disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

## Capítulo XI

### SERVIÇOS PÚBLICOS

#### 1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As disposições mais genéricas sobre **serviços públicos** existentes na Constituição de 1988 encontram-se no art. 175, que está inserido no Título VII, relativo à “**Ordem Econômica e Financeira**”. É a seguinte a sua redação:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Do conteúdo desse artigo decorre que a **titularidade** dos serviços públicos é do **poder público**. E que este pode prestá-los **ou diretamente ou por delegação** – hipótese em que se diz **indireta** a prestação –, mediante **concessão ou permissão**.

Desde logo, faz-se necessário averbar que, em outros dispositivos, a própria Constituição Federal prevê **também a autorização** como instrumento de **delegação de serviços públicos** (arts. 21, XI e XII, e 223). No entanto, a sua utilização deve ser **excepcional**; ordinariamente, é de se esperar que a delegação seja efetuada por meio de concessão e de permissão de serviços públicos.