

Direito Administrativo I:

Ponto 9: Contratos Administrativos



PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), junho de 2017.

Sumário de aula

1. Contratos Administrativos:

1. Aspectos Introdutório
2. Tipologia
3. Contratos administrativos clássicos ou em sentido estrito

2. Regime Jurídico

1. Caracterização e disciplina normativa
2. Cláusulas exorbitantes
3. Alteração unilateral e direito ao equilíbrio econômico financeiro
4. Fiscalização
5. Não invocação da “*exceptio non adimpleti contractus*”
6. Imposição de sanções
7. Rescisão unilateral

3. Hipóteses de alteração dos contratos administrativos

8. Álea econômica e Álea Administrativa

5. Garantias

6. Duração dos contratos

7. Rescisão

5. Por ato unilateral.
6. Amigável
7. Judicial

8. Nulidades

1. Caso prático

9. Contratos celebrados no âmbito do RDC

1. Contratação integrada
2. Contrato de eficiência

10. Referências Bibliográficas

1. Contratos Administrativos

1.1 Aspectos introdutórios

- Supremacia da Administração Pública na relação contratual
- Teoria administrativista: frente ao modelo de contrato privado
- Mudanças recentes: mitigação da supremacia da Administração Pública
- Acordo, cooperação, consenso e parceria entre poder público e particulares

“há uma tendência à contratualização da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente, e a democracia se manifesta como concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade. Isso se passa no próprio âmbito dos atos públicos unilaterais. Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais” (JUSTEN FILHO, 2005, 276-277).

1. Contratos Administrativos

1.2 Tipologia

Contratos da Administração: todo e qualquer ajuste bilateral firmado com a Administração Pública. Gênero do qual são espécies:

- **Contratos administrativos clássicos ou em sentido restrito:**
- **Contratos de direito privado:** regidos parcialmente pelo direito privado.
- **Acordos administrativos:** novas figuras .
 - Convênios: art. 116 e seguintes da Lei nº 8.666/1993
 - Consórcios públicos: Lei nº
 - Contratos de Gestão: Lei nº
 - Termos de Parceria: Lei 9.790/1999
 - Contratos de Fomento
 - Termos de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação: Lei nº 13.019/2014

1. Contratos Administrativos

1.3 Contratos Administrativo Clássicos: celebrados pela Administração sob regime jurídico de direito público.

- Compras, obras, serviços, alienações, concessões, permissões e locações
- Base normativa do regime jurídico

Lei nº 8.666/1993. Art. 2º.
Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Lei nº 8.987/1995. Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

1. Contratos Administrativos

1.3 Disciplina legislativa dos Contratos Administrativo Clássicos ou Restritos

- Art. 22, inciso XXVII da CRFB: competência privativa da União para editar normas gerais
- Art. 37, inciso XXI da CRFB:
- Lei nº 8.666/1993 – Normas gerais de licitação e contratos
- Lei nº 10.520/2002 – Disciplina da modalidade licitatória do pregão
- Lei 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratações Públicas
- Lei 8.987/1995 – Concessões e Permissões de Serviço Público
- Lei das Parcerias Público Privadas
- Normas Estaduais e municipais

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.1 Regime jurídico dos contratos administrativos: a disciplina jurídica da relação contratual com primazia do ente integrante da Administração Pública em relação ao particular.

São Prerrogativas especiais da administração

- Cláusulas exorbitantes do direito privado: art. 58, IV da Lei nº 8.666/1993

Compreende:

- Alteração unilateral e direito ao equilíbrio econômico financeiro
- Fiscalização
- Não invocação da “*exceptio non adimpleti contractus*”
- Imposição de sanções
- Rescisão unilateral

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.2 Cláusulas exorbitantes: derrogatória do regime privado dos contratos

- A importância da previsão legal para a segurança do contratado
- Ausente a previsão legal: ilicitude da cláusula
- Base normativa: Art. 58 da Lei nº 8.666/1993

Cláusulas exorbitantes são aquelas que “*excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado*” (MEIRELLES, 2001, p. 203), provocando, portanto, uma desigualdade entre as partes

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.3 Alteração unilateral e direito ao equilíbrio econômico financeiro

➤ **Base normativa:** art. 58, inciso I e art. 65, inciso I da Lei nº 8.666/1993

- Alterações qualitativas (art. 65, I, a)
- Alterações quantitativas (art. 65, I, b)

Art. 65, §1º da Lei 8.666/1993. O contratado é obrigado a aceitar acréscimos e supressões de até 25% em obras, compras e serviços e até 50% em caso de reforma de edifício e equipamento

- A prerrogativa de alterar cláusulas contratuais é preceito de ordem pública
- Objeto da alteração: cláusulas regulamentares da execução da prestação
- É excepcionalidade legal – segurança jurídica
- A ela se contrapõe a cláusula de segurança do particular:
 - **Intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato**

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.4 – Fiscalização dos contratos

- **Base normativa:** : art. 58, inciso III e art. 67 da Lei nº 8.666/1993
- É um direito e um dever: responsabilidades da omissão
- O agente fiscalizador responde pelo recebimento do objeto - art. 73, da Lei nº 8.666/1993
- A fiscalização não exclui nem reduz a responsabilidade do contratado por danos causados diretamente a este ou a terceiros – art. 70 da Lei nº 8.666/1993

Lei nº 8.666/1993. Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.5 - Não invocação da “*exceptio non adimpleti contractus*”

- Teoria dos contratos privados: art. 476 do Código Civil
- Contratos administrativos: vinculação ao interesse público
- Princípio da continuidade
- **Regra:** o contratado não pode alegar descumprimento do contrato pela Administração
- **Cabe rescisão do contrato:** art. 78 da Lei nº 8.666/1993, incisos XIV a XVI
- **Inoponibilidade:** atenuação

Código Civil. Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro

“(…) alguns argumentos levam à sua atenuação: (...); o descumprimento da Administração pode inviabilizar a execução do contrato, por falta de condições materiais e técnicas ou por arruinar o contratado (tratando-se, sobretudo, de atraso nos pagamentos)” (MEDAUAR, 2015, p. 268).

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos


Lei Federal nº 8.666/1993

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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;

2. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.6 – Imposição de Sanções ao contratado

- Base normativa: art. 58, IV e art. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993
- Espécies de sanções 
- Todas as penalidades são cumulativas com multa
 - art. 86, § 1º e art. 87, § 2º da Lei nº 8.666/1993
- É poder/dever da autoridade administrativa:
 - quem admite à contratação pessoa inidônea incorre em crime
- Regime jurídico sancionatório: limites constitucionais
 - Direito ao devido processo administrativo
 - Direito a defesa e ao contraditório

Lei Federal nº 8.666/1993

- Advertência
- multa
- suspensão temporária de licitar e impedimento para contratar
- declaração de inidoneidade para licitar

Lei do Pregão (10.520/2002)

- Impedimento de licitar e contratar com o ente federado

3. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

2.7 Rescisão unilateral ou rescisão administrativa: prerrogativa conferida à Administração Pública para, unilateralmente e sem ter de recorrer ao Poder Judiciário, extinguir antecipadamente a relação contratual.

➤ **Base normativa: art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666/1993**

➤ **Hipóteses:**

- Casos de inadimplemento pelo contratado – art. 78, incisos I a XI e XVIII da Lei 8.666/1993
- Razões de interesse público: art. 78, inciso XII
- Fortuito ou força maior: art. 78, inciso XVII da Lei 8.666/1993

➤ **Rescisão unilateral é ato administrativo vinculado:** motivação legal

➤ Devido processo administrativo e direito a ampla defesa ao contratado

➤ Decorrências:

- Dever de indenizar em caso de conveniência para o interesse público
- Assunção do objeto do contrato – continuidade do serviço público

3. Hipóteses de alteração dos contratos administrativos

Álea administrativa

- Hipóteses de alteração unilateral do contrato (art. 79, I da Lei)
- Fato do príncipe – art. 65, II, *d* da Lei
- Fato da Administração:
 - **A conduta do Estado contratante que torne impossível a execução do contrato**

Álea econômica: Risco ordinário ou empresarial – Teoria da Imprevisão

- **Requisitos**
 - a imprevisibilidade do evento
 - inimputabilidade do evento às partes
 - grave modificação das condições do contrato
 - ausência de impedimento absoluto

Fato *principis* e Fato da Administração: Distinção entre ato do **Estado soberano** e ato do **Estado contratante.** (Resp. 20254/PE. DJ: 02/09/1996)

4. Garantias

4.1 Exigências feitas ao contratado para assegurar a execução dos contratos administrativos

- **Base normativa:** art. 56 da Lei nº 8.666/1993
- Faculdade do ente administrativo
- Finalidade: minimizar os riscos de insucesso da contratação,
- Deve constar no edital
- Dever de restituir com a execução do contrato
- Possibilidade de execução direta dos encargos
- Limites:
 - não deve onerar demasiadamente o contrato de modo a impedir a competição licitatória
 - Parâmetro legal:
 - 5% nos contratos em geral
 - 10% nos contratos de alta complexidade técnica

5. Duração dos contratos administrativos e prorrogação

Vigência Contratual: tempo de existência do contrato

- **Base normativa:** art. 57 caput da Lei nº 8.666/1993
- **Regras gerais quanto a vigência contratual:**
 - Nenhum contrato pode ser firmado por prazo indeterminado
 - O prazo de vigência não pode ultrapassar os limites de vigência dos créditos orçamentários
- **Vigência contratual e prazo para adimplemento das obrigações**
 - **O adimplemento das obrigações é estabelecido em etapas**
 - **Atraso no adimplemento das obrigações:**
 - hipótese de prorrogação de vigência
 - Mediante culpa do contratado: aplicação de sanção

5. Duração dos contratos administrativos e prorrogação

5.1 Hipóteses legais de prorrogação da duração do contrato

Base normativa: art. 57 da Lei 8.666/1993, incisos I a IV e § 1º da Lei nº 8.666/1993

- Objetos contemplados nas metas do Plano Plurianual
- Prestação de serviços a serem executados de forma contínua – 60 meses
- Aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática - 48 meses
- Prorrogação dos prazos de início da execução, conclusão e entrega
 - Casos fortuitos – art. 57, § 1º, incisos I a VI

Requisitos à prorrogação - art. 57, § 2º da Lei nº 8.666/1993.

- Justificativa formal e motivada
- Autorização da autoridade competente para assinar o contrato

Prorrogação excepcional – Art. 57, § 4º da Lei 8.666/1993

- Serviços contínuos: mais 12 meses

6. Rescisão do contrato administrativo

Conceito: extinção do contrato antes do termo final do prazo

- **Causas:** inutilidade, inconveniência ou impossibilidade da execução da prestação
- **Base normativa:** art. 79 da Lei nº 8.666/1993 – referência às causas descritas no art. 78

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por **ato unilateral** e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - **amigável**, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - **judicial**, nos termos da legislação;

6. Rescisão do contrato administrativo

Hipóteses legais e características

- **A rescisão unilateral:** art. 79, I da Lei nº 8.666/1993
 - Prerrogativa da Administração na tutela do interesse público
 - Instrumento: ato administrativo
 - Ressarcimento à Administração

- **A rescisão amigável:** Art. 79, II da Lei nº 8.666/1993
 - Anuência de ambas as partes
 - Instrumento: o distrato
 - Impossível ante as hipóteses do art. 78, I a XI e XVIII (rescisão unilateral)

- **A rescisão judicial:** Art. 79, III da Lei nº 8.666/1993
 - interessa ao particular ante hipóteses de inadimplemento pela Administração.
 - Art. 78, incisos XII a XVI da Lei nº 8.666/1993
 - Instrumento: sentença
 - Amplo ressarcimento ao particular – art. 79, § 2º da Lei nº 8.666/1993

Caso – Rescisão contratual e Sanção Administrativa

➤ O Município X contratou a construção de uma escola, projeto essencial para o atendimento da educação básica no bairro Y. Durante a execução do contrato, o fiscal da Administração constatou que o contratado havia modificado os projetos estruturais da obra por conta própria, bem como estava empregando materiais de menor qualidade. O que fazer?

➤ Lei Federal nº 8.666/1993

➤ Art. 87. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

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

➤ Lei Federal nº 8.666/1993

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

➤ I - advertência;

➤ II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

➤ III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

➤ IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Caso 2 – Rescisão contratual e Sanção

➤ Roteiro prático para o processo de rescisão contratual e de aplicação de sanção administrativa;

➤ 1º PASSO – Fiscal se depara com o cometimento de falhas pelo contratado que ensejam a rescisão ou a aplicação de sanção administrativa. Deve fazer as anotações necessárias para a instrução do processo e levar ao conhecimento da autoridade competente, eventualmente sugerindo rescisão e/ou aplicação de sanções.

➤ 2º PASSO – Portaria ou outro ato administrativo que determine a abertura de processo administrativo e a intimação do acusado para exercer o contraditório e a ampla defesa.

➤ Essa portaria ou outro ato administrativo deve relatar, sinteticamente, os fatos, indicar que se pretende rescindir o contrato administrativo e as eventuais sanções a serem aplicadas e determinar a intimação do acusado para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

➤ 3º PASSO – Intimar o acusado por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio, dando-lhe prazo para o exercício do contraditório e da ampla defesa, possibilitando-lhe a produção de provas. Prazo de cinco dias corridos, no mínimo (art. 24 da Lei Federal nº 9.784/99).

➤ Lei Federal nº 9.784/99

➤ Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

Caso – Rescisão contratual e Sanção Administrativa

- 4º PASSO – Se for o caso, realizar procedimento para a produção de prova (ex.: vistoria, perícia, oitiva de testemunhas, etc.).
- 5º PASSO – Manifestação sobre a prova eventualmente produzida – prazo de cinco dias corridos, no mínimo (art. 24 da Lei Federal nº 9.784/99).
- 6º PASSO – Avaliação e emissão de parecer pela assessoria jurídica (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).
- 7º PASSO – Decisão tomada pela autoridade competente quanto à rescisão contratual e/ou aplicação de determinadas sanções, devidamente motivada.
- 8º PASSO – Publicação da decisão na imprensa oficial e intimação pessoal do contratado.
- 9º PASSO – Abertura de prazo para recurso administrativo, 5 dias úteis (art. 109, inc. I, alínea “e” e “f”, da Lei nº 8.666/93) ou 10 dias úteis em caso de declaração de inidoneidade (art. 109, III). O recurso não produz efeito suspensivo (art. 109, § 2º, da Lei nº 8.666/93).
- 10º PASSO – Decisão definitiva e publicação.

7. Nulidades no Contrato Administrativo

A declaração de nulidade e seus efeitos para a relação contratual

- **Base normativa:** art. 59 da Lei nº 8.666/1993
- **Súmula 473 do STF:** poder geral de Administração anular seus próprios atos
- **Causa imputada à Administração:** indenização ao contratado – art. 59, § único
- **Ilegalidade do processo licitatório: nulidade do contrato**
- **Efeito Retroativo:**
 - desconstituição dos efeitos produzidos e restituição das partes ao estado anterior

“No entanto, a decisão invalidatória, ao produzir efeitos retroativos, não é autorizada a modificar a situação original. Ou se recolocam as partes na exata situação em que se encontravam antes ou se produz um equivalente jurídico. O equivalente jurídico reside usualmente na indenização por perdas e danos”. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 716-717).

8. Contratos celebrados no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC): Lei nº 12.462/2011

- **Contexto: regime inicialmente estabelecido para** licitações e contratos necessários a realização de eventos esportivos mundiais em 2013, 2014 e 2016 pelo Brasil.
 - Ampliação paulatina do objeto (ações do PAC, obras para o SUS, etc.)
 - Marco legal para um novo regime de contratações
- **Regra de aplicação:** art. 39, Lei nº 12.462/11. Aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.666/93 aos contratos administrativos firmados no âmbito do RDC
- **Inovações:**
 - **contratação integrada:** art. 8º, § 1º e art. 9º.
 - **contrato de eficiência:** art. 23, § 1º. Proporcionar economia ao contratante na forma de redução de despesas correntes ou pela remuneração do contratado em percentual da economia gerada

Referências e bibliografia indicada

- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
 - JUSTEN FILHO, Marçal. 10.ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.
 - MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
 - MELLO, Celson Antênio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.
 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, pp. 53-81.
-