

Maria Sylvia Zanella  
**Di Pietro**

# DIREITO **ADMINISTRATIVO**

**29.<sup>a</sup>** revista,  
edição atualizada  
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.<sup>a</sup> edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.  
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

# 8

## CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 8.1 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A expressão **contratos da Administração** é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.**

Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade** e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **verticalidade**.

### 8.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Existem grandes controvérsias entre os doutrinadores a respeito dos chamados contratos administrativos, havendo, pelo menos, três correntes:

1. a que nega a existência de contrato administrativo;
2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos;
3. a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

Os adeptos da primeira corrente argumentam que o contrato administrativo não observa o **princípio da igualdade entre as partes**, o da **autonomia da vontade** e o da **força obrigatória das convenções**, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas **regulamentares** ou **de serviço**, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si.

Quanto ao princípio da **força obrigatória das convenções** (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado.

Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de **ato unilateral** da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.

No caso, por exemplo, da concessão, o autor entendia que pode haver contrato apenas quanto à equação econômico-financeira, como ato jurídico complementar adjeto ao ato unilateral ou ato-união da concessão. O ato por excelência, que é a concessão de serviço público ou de uso de bem público, é unilateral; o ato acessório, que diz respeito ao equilíbrio econômico, é contratual. Não se poderia definir a natureza de um instituto por um ato que é apenas acessório do ato principal. É mesmo esse contrato não é administrativo, por ser inalterável pelas partes da mesma forma que qualquer contrato de direito privado.

A segunda corrente entende que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo; o que não existe é contrato de direito privado, porque em todos os acordos de que participa a Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo; quanto à competência, à forma, ao procedimento, à finalidade, aplica-se sempre o direito público e não o direito privado. É o que ocorre nos contratos de compra e venda, locação, comodato, quando celebrados pelo poder público. Veja-se, a respeito, José Roberto Dromi (1977:16-18).

A terceira posição, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado.



Vários são os critérios apontados para distinguir o contrato administrativo do contrato de direito privado:

1. alguns adotam o critério **subjetivo** ou **orgânico**, entendendo que no contrato administrativo a Administração age como poder público, com poder de império na relação jurídica contratual; não agindo nessa qualidade, o contrato será de direito privado;
2. para outros, o contrato administrativo tem sempre por **objeto** a organização e o funcionamento dos serviços públicos; se tiver por conteúdo a prestação de atividade privada, será contrato de direito civil;
3. há quem diferencie o contrato administrativo pela **finalidade pública**, o que é contestado, sob a alegação de que a Administração, mesmo agindo sob regime jurídico privado, tem que agir com esse objetivo, sob pena de incidir em desvio de poder;
4. outros entendem que é o **procedimento** de contratação que caracteriza o contrato administrativo, o que também não corresponde à verdade porque existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade;
5. finalmente, há aqueles para os quais o contrato administrativo se caracteriza pela presença de **cláusulas exorbitantes do direito comum**, assim chamadas porque estão fora da órbita (*ex orbita*) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além.

### 8.3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO CONTRATO

Colocamo-nos entre os adeptos da terceira corrente, que aceita a existência do contrato administrativo como espécie do gênero contrato.

O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Ele existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie **contrato de direito público**, que, por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo.

Quando a Administração celebra contratos, acontece, com grande frequência, que ela obedece a um contrato-padrão (e isso ocorre até com determinados **con-**

**tratos de direito privado**, como a locação de imóvel destinado à instalação de repartição pública). Em outras hipóteses, como na concessão de serviços públicos, as condições de contratação, na parte referente à execução do contrato, constam de regulamento, denominado, pelos franceses, de “caderno de encargos”, elaborado unilateralmente pela Administração e que, em geral, se limita a repetir preceitos de lei. Isto leva alguns autores a verem nos contratos administrativos simples **atos unilaterais** da Administração ou verdadeiras **normas jurídicas**.

Comparando-se o contrato da Administração com o ato unilateral, de um lado, e, de outro, com a norma jurídica, verifica-se que existem diferenças marcantes.

O que caracteriza o ato unilateral, seja ele de direito público ou de direito privado, é o fato de ser produzido por uma só declaração de vontade.

Enquanto no direito privado prevalecem os atos jurídicos bilaterais – os contratos –, a Administração Pública utiliza-se **essencialmente** de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum, tais como as prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo.<sup>1</sup> Dentre os atributos do ato administrativo, um deles, a **imperatividade**, permite à Administração utilizar-se de seu poder de império para praticar atos unilaterais que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância ou ainda contra a sua vontade. Esse atributo vem acompanhado, em certos casos, da possibilidade de autoexecutar a decisão.

Apenas não têm o atributo da imperatividade aqueles atos em que há uma coincidência entre a vontade da Administração e a do particular, ou seja, naquele tipo de ato em que a Administração não impõe deveres, mas confere direitos. É o que se dá nos chamados atos negociais, como a autorização, a permissão, a admissão. Em todos eles, a Administração, por ato unilateral, consente, em geral atendendo a pedido do interessado, que ele exerça certa atividade ou pratique determinado ato; não lhe impõe uma obrigação.

O contrato administrativo, ao contrário, ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento; além disso, o contratado não é titular de mera **faculdade** outorgada pela Administração, como ocorre nos atos negociais, mas, ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Falta, nesse caso, às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância.

---

<sup>1</sup> Hoje, a consensualidade é apontada como uma das tendências atuais do direito administrativo, no sentido de que se tenta reduzir a unilateralidade das decisões e ampliar o consenso nas relações entre Administração Pública e o cidadão. Nesse sentido, dentre outros, Fernando Dias Menezes de Almeida, *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*, 2008, p. 335-341.

Quer isto dizer que o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração.

Com relação à doutrina que equipara as condições gerais do contrato, fixadas pela Administração, a verdadeiras normas jurídicas, também há alguns reparos a fazer.

As **condições gerais** somente obrigam àquele que celebra o contrato com a Administração; delas resultam direitos e deveres recíprocos para a Administração e o contratado; são, em regra, irrevogáveis, ressalvados os poderes de alteração e rescisão unilateral, por motivos de interesse público e desde que respeitado o equilíbrio econômico do contrato. As **normas jurídicas**, ao contrário, são obrigatórias para todos, independentemente do consentimento individual; não criam direitos e deveres recíprocos, pois estabelecem uma relação desigual, em que ao **poder** da Administração se contrapõe o **dever** do administrado; são essencialmente revogáveis, sem a contrapartida de quaisquer direitos compensatórios por parte do particular.

Afastadas as duas ideias – quer a que equipara o contrato administrativo ao ato unilateral, quer a que o equipara a verdadeiras normas jurídicas – resta enquadrá-lo como contrato, considerado este em suas características básicas, presentes em qualquer tipo de contrato, público ou privado, a saber, segundo Meirelles Teixeira (RDP 6/115-116):

- a) um acordo voluntário de vontades, indissolúvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária;
- b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros;
- c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes.

No contrato administrativo, existe uma **oferta** feita, em geral, por meio do edital de licitação, **a toda a coletividade**; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a **vontade contratual unitária** (primeiro elemento).

Os **interesses e finalidades** visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro (segundo elemento).

Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento).

Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como **acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos**.

## 8.4 TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE O CONTRATO ADMINISTRATIVO E O CONTRATO DE DIREITO PRIVADO

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades.

1. os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se:
  - a) os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
  - b) **os que têm paralelo no direito privado**, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Embora de **regimes jurídicos** diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado **parcialmente derogado pelo direito público**, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria. Importa, portanto, indicar os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de **contratos da Administração**.

Sabe-se que o **regime jurídico administrativo** caracteriza-se por **prerrogativas e sujeições**; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

Quando se cuida do tema contratual, verifica-se que, no que se refere às **sujeições** impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem a exigências de **forma**, de **procedimento**, de **competência**, de **finalidade**; precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são **contratos administrativos**.

Com efeito, sob o aspecto **formal**, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita; mesmo na alienação de bens móveis, essa exigência deve ser respeitada, ressalvados apenas alguns contratos de pequeno valor e pagamento imediato, em que se admite a forma verbal (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-93).

Com relação às **finalidades e procedimentos** para a celebração do contrato, também não há distinção; todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, à observância de requisitos previstos em lei para a sua validade, como autorização legislativa (quando for o caso), avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação, aprovação pelo Tribunal de Contas.

Também no que concerne à **competência**, as regras são as mesmas, pois, em direito administrativo, toda a competência resulta da lei.

A **finalidade**, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.

Já no que concerne às **prerrogativas**, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas **cláusulas exorbitantes** ou de **privilégio** ou de **prerrogativa**.

Tais cláusulas podem ser definidas como **aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra**.

Algumas **não são comuns** nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam **ilícitas** nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que preveem aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; em todos esses casos está presente a **executoriedade**, que constitui atributo de certos atos praticados pela Administração e que não seriam válidos quando conferidos ao particular.

Quando a Administração celebra **contratos administrativos**, as cláusulas exorbitantes existem **implicitamente, ainda que não expressamente previstas**; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; **elas têm que ser expressamente previstas**, com base em lei que

derroque o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o **comodato** de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de exigi-lo de volta por motivo de interesse público.

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de **verticalidade** (o que é verdadeiro) e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de **horizontalidade**, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a **restrições** inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao **objeto**. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de “atividade exercida sob regime jurídico exorbitante”, mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. Abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência.

Também será administrativo o contrato que tiver por objeto a **utilização privativa de bem público de uso comum ou uso especial**, uma vez que tais bens, sendo inalienáveis, estão fora do comércio jurídico de direito privado; todas as relações jurídicas que sobre eles incidam são disciplinadas pelo direito público.

Diríamos até que, mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a **utilidade pública que resulta diretamente do contrato**. Nesses casos, é patente a desigualdade entre as partes: o particular visa à consecução de seu interesse individual; a Administração objetiva o atendimento do interesse geral. Sendo este predominante sobre aquele, a Administração terá que agir com todo o seu poder de império para assegurar a sua observância, o que somente é possível sob regime jurídico administrativo.

Ao contrário, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público. O mesmo ocorre com a utilização de bens do domínio privado do Estado (bens dominicais) por terceiros; se a utilização se der para fins de utilidade pública (mercado municipal, por exemplo), o

instituto adequado é a concessão de uso, contrato tipicamente administrativo; se a utilização se der para proveito exclusivo do particular (como residência) e não para exploração de atividade de utilidade pública, o instituto adequado será a locação. Nesses casos, o interesse público é protegido apenas indiretamente, à medida que, por esse meio, a Administração estará explorando adequadamente o patrimônio, para obtenção de renda.

## 8.5 DIREITO POSITIVO

### 8.5.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS

No âmbito constitucional, cabe fazer referência à inovação introduzida pela Constituição de 1988, quanto à **competência** para legislar sobre contrato. Seu artigo 22, inciso XXVII, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, inclui entre as matérias de **competência legislativa privativa da União** as “normas gerais de licitação e **contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III”.

Vale dizer que a matéria relativa a contratos administrativos, que antes era de competência privativa de cada ente político, reparte-se agora entre, de um lado, a União, que estabelece normas gerais e, de outro, Estados e Municípios, que estabelecem as normas suplementares.

Desse modo, a Lei nº 8.666, de 21-6-93, que regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, exorbita da competência legislativa federal ao estabelecer normas que se aplicam a todas as esferas de governo, sem distinguir as normas gerais e as que não têm essa natureza (v. item 9.2).

### 8.5.2 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A Lei nº 8.666/93, com as alterações posteriores, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de **contratos administrativos** (arts. 1º e 54), embora nem todos tenham essa natureza. Compulsando-se a lei, verifica-se que ela cuida de contratos como os de compra e venda, alienação, obras e serviços, com referências à concessão, permissão, locação, seguro, financiamento (arts. 1º, 2º, 23, § 3º, 62, § 3º).

No entanto, alguns desses contratos regem-se basicamente pelo direito privado, com sujeição a algumas normas de direito público constantes dessa lei. Tal é o caso da compra, da alienação, da locação de imóvel, da concessão de direito real de uso.



As normas contidas nessa lei a respeito da **compra** (arts. 14 a 16) e da **alienação** (arts. 17 a 19) não derogam o direito comum; apenas estabelecem determinadas exigências, que dele exorbitam, concernentes ao **procedimento** prévio que a Administração deverá observar para concretizar o contrato: no caso de compra, essas exigências dizem respeito à indicação de recursos financeiros, ao princípio da padronização, ao registro de preços, à pesquisa de mercado; quanto à alienação, exige-se demonstração do interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa, nas hipóteses que especifica. Trata-se da já referida aplicação, a **todos os contratos** da Administração, das **sujeições** próprias do regime jurídico administrativo, e que têm por objetivo, basicamente, assegurar a observância da legalidade e o respeito ao interesse público.

Já no que diz respeito aos **contratos de obra e serviço**, abrangendo a **empreitada** e a **tarefa** (art. 6º, VIII), a Lei nº 8.666/93 não apenas estabeleceu sujeições próprias do regime administrativo (arts. 7º a 12), como também assegurou à Administração uma série de **prerrogativas** que a colocam em situação de supremacia sobre o particular. Ainda que os contornos do instituto estejam definidos pelo Código Civil, as relações jurídicas entre as partes regulam-se inteiramente por essa lei.

Houve, no entanto, uma evidente intenção do legislador de **publicizar parcialmente** os contratos de direito privado celebrados pela Administração; é o que decorre do artigo 62, § 3º, que manda aplicar o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 e **demais normas gerais**, no que couber:

1. aos contratos de **seguro**, de **financiamento**, de **locação**, em que o Poder Público seja locatário, e aos **demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado**;
2. aos contratos em que a administração for parte, como usuária de serviço público.

Dentre as normas que o dispositivo manda aplicar a todos esses contratos, consta a do artigo 58, que é precisamente o que consagra algumas **cláusulas exorbitantes**, próprias dos contratos administrativos, como os poderes de alteração e rescisão unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções. Essa publicização ou aplicação das normas gerais da Lei nº 8.666 é apenas parcial, pois somente se fará no que for compatível com as regras do direito privado que disciplinam tais contratos; essa conclusão decorre da própria redação do dispositivo, que fala em contratos regidos “**predominantemente** por normas de direito privado”.

Algumas modalidades de contratos administrativos estão disciplinadas por leis específicas. A prestação de serviços de publicidade rege-se pela Lei nº 12.232, de 29-4-10. A concessão de serviços públicos, precedida ou não de obra pública, e a permissão de serviços públicos regem-se pelas Leis nºs 8.987, de 13-2-95, e 9.074, de 7-7-95, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.666/93 (cf. art. 124).



As duas modalidades de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa) estão reguladas pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, também se aplicando subsidiariamente a Lei nº 8.987/95 e, em matéria de licitação, a Lei nº 8.666/93. O regime diferenciado de contratação (RDC) para as obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas está disciplinado pela Lei nº 12.462, de 4-8-11. Tratando-se de leis que dispõem sobre contratos administrativos e licitações, aplicam-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios apenas as normas gerais nelas contidas.

Existem algumas leis esparsas disciplinando a concessão de determinados serviços públicos, como é o caso da Lei nº 9.427, de 20-3-97 (energia elétrica), Lei nº 9.472, de 16-7-97 (telecomunicações), dentre outras.

## 8.6 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Considerando os contratos administrativos, não no sentido amplo empregado na Lei nº 8.666/93, mas no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características:

1. presença da Administração Pública como Poder Público;
2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.

Cada uma dessas características será analisada a seguir.

### 8.6.1 PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO

Nos contratos administrativos, a Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular; elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativas, adiante analisadas.

## 8.6.2 FINALIDADE PÚBLICA

Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do Poder Público.

## 8.6.3 OBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI

Para os contratos celebrados pela Administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma; esta é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria Administração, para fins de controle da legalidade.

Além de outras leis esparsas, referentes a contratos específicos, a Lei nº 8.666/93 estabelece uma série de normas referentes ao aspecto **formal**, dentre as quais merecem realce as seguintes:

1. salvo os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, os demais serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático de seu extrato; somente são permitidos contratos verbais para pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no artigo 23, inciso II, alínea *a* (limite para convite), feitas em regime de adiantamento (art. 60 e parágrafo único);
2. deve ser publicado, resumidamente, seu extrato, no Diário Oficial, no prazo máximo de 20 dias a contar da data da assinatura (art. 61, parágrafo único); antes disso, o contrato não adquire eficácia; se ultrapassado o prazo de 20 dias, sem publicação do extrato, o ajuste deixa de adquirir efeitos e perde, portanto, sua validade;
3. o contrato formaliza-se, conforme o artigo 62, por meio de “termo de contrato”, “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra” ou “ordem de execução de serviço”. O termo de contrato é obrigatório no caso de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, sendo dispensável, no entanto, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de **compras**, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assis-

tência técnica (§ 4º do art. 62). Essa exceção é justificável pelo fato de o contrato exaurir-se em um único ato, não resultando direitos e deveres futuros.

Com relação ao conceito de **nota de empenho**, devem ser analisados os artigos 58 e 61 da Lei nº 4.320, de 17-3-64, que estatui normas gerais de direito financeiro; o primeiro define **empenho** como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”; e o segundo determina que “para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’ que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da ‘dotação própria’”.

Quer dizer que, para cada pagamento a ser efetuado, o Poder Público emite uma nota de empenho; esta pode substituir o termo de contrato em hipóteses outras que não as previstas no artigo 62.

O mesmo ocorre com a “autorização de compra” e a “ordem de execução de serviço”, utilizáveis, como o próprio nome indica, em casos de compra e prestação de serviços, respectivamente, desde que respeitadas as limitações contidas no artigo 62;

4. na redação do termo de contrato ou outro instrumento equivalente deverão ser observadas as condições constantes do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite, conforme o caso), já que o mesmo é a **lei do contrato e da licitação**; nenhuma cláusula poderá ser acrescentada ao contrato, contendo disposição não prevista na licitação, sob pena de nulidade do acordo, por burla aos demais licitantes. Se o contrato foi celebrado sem licitação, deve obedecer aos termos do ato que o autorizou e da proposta, quando for o caso (art. 54, § 2º);
5. deverão obrigatoriamente constar do contrato determinadas cláusulas consideradas **necessárias** pelo artigo 55; dentre as mesmas, algumas podem ser consideradas **regulamentares** (as referentes ao objeto, forma de execução, rescisão, responsabilidade das partes); outras constituem as chamadas cláusulas **financeiras**, por estabelecerem o equilíbrio econômico do contrato (em especial as referentes ao preço e critérios de reajustamento).

Dentre essas cláusulas, é oportuno realçar a concernente ao **prazo**; de acordo com o artigo 57, § 3º, da Lei nº 8.666/93, é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. Além disso, há a limitação que decorre do artigo 57, *caput*: “a duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto:

- I – 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;

- II – 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 (redação dada pela Lei nº 9.648/98);
- III – (vetado);
- IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato;
- V – às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administração” (acrescentado pela Medida Provisória nº 495, de 19-7-10, convertida na Lei nº 12.349/10).

Como o exercício financeiro coincide com o ano civil (art. 34 da Lei nº 4.320, de 17-3-64), os créditos normalmente têm essa vigência, a não ser que previstos no Plano Plurianual. Para evitar a celebração de contratos que ultrapassem o exercício financeiro, com comprometimento do orçamento do ano subsequente, a lei quis fazer coincidir a duração dos contratos com o término do exercício financeiro, só admitindo, para os projetos, prazo superior, quando estejam previstos no Plano Plurianual. Com isto, evita-se a realização de **obras** e **serviços** não planejados, que possam acarretar ônus superiores às disponibilidades orçamentárias.

A mesma preocupação revela-se pela norma do artigo 7º, § 2º, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, que coloca como condição para a abertura de licitações para **obras** e **serviços** a existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem executadas no exercício financeiro em curso, com o respectivo cronograma; bem como previsão do produto da obra ou serviço nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o artigo 165 da Constituição Federal, quando for o caso. Isto quer dizer que, para os projetos previstos no Plano Plurianual, a duração dos contratos não está adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas ao período necessário para o término da **obra** ou **serviço** (desde que não prestado de forma contínua, pois, para estes, a norma aplicável é a do inciso II do art. 57, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98).

Para os contratos que tenham por objeto **serviços a serem executados de forma contínua** (por exemplo, serviços de limpeza e de assistência técnica), o artigo 57, II, estabelece exceção diversa: permite que tenham sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitado a sessenta meses; vale dizer que a condição para que a prorrogação se faça é a demonstração de que a duração maior permite a

obtenção de preços e condições mais vantajosos. A Lei nº 9.648/98 introduziu um § 4º no artigo 57, permitindo que, em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II seja prorrogado em até doze meses.

A justificativa para a exceção prevista no inciso II é diversa daquela do inciso I, em que a preocupação é com as obras não planejadas que possam comprometer sucessivos exercícios financeiros; daí a exigência de previsão nas metas do Plano Plurianual. No caso do inciso II, não há problema de previsão, porque os serviços contínuos atendem a necessidades constantes da Administração, necessariamente previstas nas leis orçamentárias anuais. A limitação ao tempo de duração dos contratos objetiva evitar que os mesmos se estendam por longos períodos com o mesmo contratado, quando o princípio da isonomia exige a repetição do procedimento licitatório para assegurar igualdade de oportunidade a outros possíveis interessados.

Para os contratos celebrados em regime diferenciado de contratação (RDC), o artigo 43 da Lei nº 12.462, de 4-8-11, com a redação dada pela Lei nº 12.688, de 18-7-12, veio permitir que os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas nos incisos I a III do seu artigo 1º tenham vigência estabelecida até a data da extinção da APO (Autoridade Pública Olímpica).

A terceira hipótese prevista no artigo 57, em que a duração do contrato pode ultrapassar a vigência do crédito orçamentário, é a do inciso IV, referente ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato.

A Lei nº 12.349/10 acrescentou ao artigo 57 da Lei nº 8.666/93 o inciso V, que compreende mais quatro hipóteses em que a duração do contrato pode ultrapassar a vigência do crédito orçamentário. Trata-se de hipóteses em que a contratação é feita com dispensa de licitação, previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, a saber: possibilidade de comprometimento da segurança nacional; compras de material pelas Forças Armadas (observados os termos do artigo 24, XIX); fornecimento de bens e serviços produzidos ou prestados no País nas condições previstas no artigo 24, XXVIII; e nas contratações que visem ao cumprimento dos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2-12-04, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Embora a lei não diga expressamente, as limitações constantes do artigo 57 não atingem os contratos relativos a uso de bens públicos por particulares, como a concessão de uso, a concessão de direito real de uso e a locação, pelo simples fato de que esses contratos não acarretam ônus aos cofres públicos; quando onerosos, o particular é que remunera a Administração. Além disso, o artigo 121, parágrafo único, exclui da abrangência da lei os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União, remetendo-os à disciplina do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46. Do mesmo modo, Estados e Municípios poderão reger-se, nessa matéria, por sua própria legislação.

A restrição do artigo 57 também não se aplica aos contratos de concessão de obra pública e de concessão de serviços públicos, que também não oneram, em regra, os cofres públicos, pois a remuneração fica a cargo do usuário da obra ou do serviço. Além disso, a restrição é incompatível com a própria natureza desses contratos.

E não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o artigo 62, § 3º, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo.

Ainda com relação aos prazos contratuais, há que se observar que a prorrogação dos contratos pode também ser feita com inobservância das restrições contidas no artigo 57, *caput*, quando ocorrerem as circunstâncias excepcionais previstas no § 1º. Todas elas ocorrem para atender ao interesse da própria Administração e não teria sentido que a prorrogação, nesse caso, ficasse sujeita à restrição do *caput*. Só que, ocorrendo uma das hipóteses expressamente previstas no § 1º, a prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

A prorrogação prevista no *caput* do artigo 57, incisos I a IV, só é possível se prevista no ato convocatório e no contrato; a do § 1º, precisamente por atender a circunstâncias excepcionais, independe de previsão.

#### 8.6.4 PROCEDIMENTO LEGAL

A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

A própria Constituição Federal contém algumas exigências quanto ao procedimento; o artigo 37, XXI, exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e o artigo 175, para a concessão de serviços públicos. A mesma exigência é feita por leis ordinárias, dentre as quais a Lei nº 8.666/93; o assunto será, no entanto, aprofundado no item específico concernente à licitação.

Quanto aos recursos orçamentários, embora a sua indicação deva constar do contrato, dentre as cláusulas necessárias (art. 55, V, da Lei nº 8.666/93), na realidade a verificação de sua existência deve preceder qualquer providência da Administração, até mesmo a licitação, pois não é viável que se cogite de celebrar contrato e se inicie qualquer procedimento, sem a prévia verificação da existência de verbas para atender à despesa. Aliás, a Constituição do Estado de São Paulo de 1967 já continha norma salutar nesse sentido, ao estabelecer, no artigo 75, que “nenhuma despesa será ordenada ou realizada sem que existam recursos orçamentários ou crédito votado pela Assembleia”. E a Constituição Federal, no artigo 167, II, veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos

orçamentários ou adicionais”. A mesma exigência se contém no artigo 176, II, da Constituição Paulista de 1989.

Dessa norma não destoa o artigo 57 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos; isto porque, se a duração do contrato ultrapassar a vigência do crédito orçamentário, já implicará realização de despesa sem o crédito aprovado no orçamento; as exceções são apenas as que constam dos incisos I, II, IV e V (analisados no item 8.6.3).

Pela mesma razão que impede a duração do contrato que ultrapasse o período de vigência do crédito, a Lei Federal nº 4.320, de 17-3-64, no artigo 60, veda a realização de despesa sem prévio empenho e, no artigo 59, o empenho de despesa que exceda o limite dos créditos concedidos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00) veio reforçar essa ideia, com as normas dos artigos 15 e 16. O primeiro considera “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”. O segundo exige, para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa: estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (inciso I); e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (inciso II).<sup>2</sup>

## 8.6.5 CONTRATO DE ADESÃO

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa ideia se confirma com a norma do artigo 40, § 2º, da Lei nº 8.666, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”; com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.

Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

<sup>2</sup> De acordo com o Tribunal de Contas da União, “as despesas ordinárias e rotineiras da administração pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa de impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal” (Acórdão nº 883/05, da 1ª Câmara).



## 8.6.6 NATUREZA INTUITU PERSONAE

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/93, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.

Todas essas medidas constituem motivo para rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI), sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas no artigo 87 e às consequências assinaladas no artigo 80.

## 8.6.7 PRESENÇA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Serão a seguir analisadas as principais cláusulas exorbitantes, muitas delas agasalhadas pela Lei nº 8.666/93.

### 8.6.7.1 EXIGÊNCIA DE GARANTIA

A faculdade de exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras está prevista no artigo 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 11.079, de 3-10-04, podendo abranger as seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública (inciso I), seguro-garantia (inciso II), e fiança bancária (inciso III).

A lei atual permite que a exigência de garantia seja feita, já na licitação, “para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado” (art. 31, § 2º). Neste caso, terá que ser devolvida aos licitantes não vencedores.

A escolha da modalidade de garantia cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor do contrato, a não ser no caso de ajustes que importam entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário; nesse caso, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor dos bens (art. 56, § 5º).



A garantia, quando exigida do contratado, é devolvida após a execução do contrato; em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao contratado, a Administração pode reter a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos (art. 80, III). Trata-se de medida autoexecutória, que independe de recurso ao Poder Judiciário.

Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), a prestação de garantia deixa de ser ônus apenas do contratado, porque prevista também para o parceiro público; em razão disso, perde a natureza de cláusula exorbitante.

#### 8.6.7.2 ALTERAÇÃO UNILATERAL

Essa prerrogativa está prevista, genericamente, no artigo 58, I, para possibilitar a melhor adequação às finalidades de interesse público; mais especificamente, o artigo 65, I, estabelece a possibilidade de alteração unilateral nos seguintes casos:

1. quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
2. quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos nos parágrafos do mesmo dispositivo.

A redação do dispositivo permite falar em duas modalidades de alteração unilateral: a primeira é **qualitativa**, porque ocorre quando há necessidade de alterar o próprio projeto ou as suas especificações; a segunda é **quantitativa**, porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.

São requisitos para a alteração unilateral:

- a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;
- b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; não se pode alterar um contrato de venda para um de permuta, ou um contrato de vigilância para um de limpeza;
- c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado;
- d) com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo § 1º do artigo 65; esse dispositivo estabelece um limite para os **acrécimos** ou **supressões** que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% para os seus acréscimos. Pelo § 2º, inciso II, do mesmo dispositivo, incluído pela Lei

nº 9.648/98, nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo “as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”.

Temos entendido que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666, até porque o inciso I, “b” (que trata especificamente dessa hipótese de alteração), faz expressa referência à modificação do valor contratual “em decorrência de **acrécimo ou diminuição quantitativa** de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, não se encontrando a mesma referência no inciso I, “a”, que trata das alterações qualitativas.<sup>3</sup>

Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o **direito** do contratado, de ver mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração (v. item 8.6.8.1).

Esse direito, que sempre foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência, está agora consagrado na Lei nº 8.666/93, para a hipótese de alteração unilateral; há expressa referência ao equilíbrio econômico-financeiro no artigo 65, §§ 4º, 5º e 6º. O primeiro estabelece que, no caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros

<sup>3</sup> O Tribunal de Contas da União tem adotado entendimento diverso, decidindo que “a) tanto as alterações contratuais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto – quanto as unilaterais qualitativas – que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei; b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea ‘a’, supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssima a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (Decisão 215/99 – Plenário, Relator Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo). Como se verifica, os grandes fundamentos para a interpretação ainda hoje adotada pelo Tribunal de Contas da União são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados; o segundo prevê a revisão dos preços, para mais ou para menos, em caso de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, após a apresentação das propostas e de comprovada repercussão nos preços contratados; e o terceiro determina que, em havendo a alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro.

### 8.6.7.3 RESCISÃO UNILATERAL

Prevista no artigo 58, II, combinado com os artigos 79, I, e 78, incisos I a XII e XVII, em casos de:

1. inadimplemento com culpa (incisos I a VIII e XVIII do art. 78), abrangendo hipóteses como não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, descumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sobre trabalho de menor;
2. inadimplemento sem culpa, que abrange situações que caracterizem **desaparecimento do sujeito**, sua **insolvência** ou **comprometimento da execução do contrato** (incisos IX a XI do art. 78): falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; nota-se que, em caso de concordata, é permitido à Administração manter o contrato, assumindo o controle de determinadas atividades necessárias à sua execução (art. 80, § 2º);
3. **razões de interesse público** (inciso XII do art. 78);
4. caso fortuito ou de força maior (inciso XVII do art. 78).

Nas duas primeiras hipóteses, a Administração nada deve ao contratado, já que a rescisão se deu por atos a ele mesmo atribuídos; o contratado é que fica sujeito às consequências do inadimplemento; se ele for culposos, cabem o ressarcimento dos prejuízos, as sanções administrativas, assunção do objeto do contrato pela Administração, e a perda da garantia.

Nas duas últimas hipóteses, de rescisão por motivo de interesse público, ou ocorrência de caso fortuito ou de força maior, a Administração fica obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmo-

bilização (art. 79, § 2º). Trata-se de obrigação que também decorre do direito do contratado à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro; este é estabelecido em função de vários fatores, dentre os quais o prazo de duração do contrato; rescindido antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado.

É estranhável que a norma do artigo 79, § 2º, tenha dado idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos “prejuízos regularmente comprovados”; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo imputáveis a nenhuma das partes, o contrato deveria rescindir-se de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 393 do Código Civil de 2002, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito. No entanto, a norma do artigo 79, § 2º, é a que está em vigor, não obstante as críticas que possa receber.

#### 8.6.7.4 FISCALIZAÇÃO

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores.

O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis.

#### 8.6.7.5 APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre as indicadas no artigo 87, a saber:

- “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 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.”

A pena de multa pode ser aplicada com qualquer uma das outras (art. 87, § 2º), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas.

Enquanto a pena de suspensão não pode ultrapassar dois anos, a de declaração de inidoneidade não tem um limite preciso definido na lei. Apesar da má redação do inciso IV do artigo 87, deduz-se que o limite mínimo é de dois anos, já que a lei, na parte final do dispositivo, emprega a expressão *após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior*; o limite máximo é a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados à Administração (art. 87, § 3º).

Os incisos III e IV do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem à Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades. O inciso III, ao prever a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, refere-se à **Administração**, remetendo o intérprete ao conceito contido no artigo 6º, XII, da Lei, que a define como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.<sup>4</sup> O inciso IV do artigo 87, ao falar em inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Pública**, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente, ao artigo 6º, XI, que define Administração Pública de forma a abranger “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> A jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União considera que a suspensão temporária de participação em licitação, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, deva ser entendida como penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs. Nesse sentido, Acórdão nº 2.617/10, 2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz, 25-5-10.

<sup>5</sup> O STJ vem firmando o entendimento de que “a declaração de inidoneidade só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe 9-12-08). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito de sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93 (MS 13.964, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 25-5-09).

O direito de defesa, que está previsto no artigo 87, *caput*, da Lei nº 8.666/93, constitui exigência constitucional contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal; para exercer esse direito, o interessado dispõe do prazo de cinco dias, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade, em que o prazo se eleva para dez dias (§§ 2º e 3º do art. 87).

Para cobrança da multa, a Administração pode reter a garantia e, se esta não for suficiente, pode deduzir o seu valor de importâncias devidas ao contratado; trata-se de decisões executórias do poder público, que independem de título fornecido pelo Poder Judiciário. Somente se não forem suficientes os valores assim recebidos, é que a Administração irá a juízo, caso o interessado não pague voluntariamente.

Da aplicação das penas de advertência, multa e suspensão temporária cabe **recurso**, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato, dirigido à autoridade superior, por intermédio daquela que aplicou a pena; esta tem o prazo de cinco dias úteis para reconsiderar a sua decisão ou, no mesmo prazo, fazer subir o recurso à autoridade competente, que deverá decidir também no prazo de cinco dias úteis, contado do recebimento (art. 109, I, *f*, e § 4º).

A esse recurso a autoridade administrativa poderá dar efeito suspensivo (art. 109, § 2º).

No caso de declaração de inidoneidade, cabe **pedido de reconsideração** à autoridade que aplicou a pena, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato (art. 109, III).

#### 8.6.7.6 ANULAÇÃO

A Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é a prerrogativa que alguns chamam de **auto-tutela** e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a própria decisão.

Essa prerrogativa da Administração de rever e corrigir os próprios atos está consagrada na Súmula nº 473, do STF: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Essa anulação deve, contudo, respeitar o princípio da ampla defesa e do contraditório previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, conforme entendimento jurisprudencial que, aos poucos, vai-se firmando (v. acórdão do Superior Tribunal de Justiça, publicado na RSTJ 36/165, com citação de precedentes). A Lei paulista nº 10.177, de 30-12-98, que disciplina o processo administrativo estadual, no artigo 58, IV e V, impõe a observância desse princípio no procedimento de anulação dos atos administrativos.

Em se tratando de ilegalidade verificada nos contratos de que é parte, a Administração tem também o poder de declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que elas ordinariamente deveriam produzir, além de desconstituir os já produzidos. É o que consta do artigo 59 da Lei nº 8.666/93. Se a ilegalidade for imputável apenas à própria Administração, não tendo para ela contribuído o contratado, este terá que ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

Há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado.

A anulação do contrato não exonera a Administração Pública do dever de pagar o contratado pela parte do contrato já executada, sob pena de incidir em enriquecimento ilícito.<sup>6</sup> Além disso, também não a exonera do poder-dever de apurar a eventual responsabilidade dos seus servidores pela ocorrência do vício que levou à invalidação do contrato.

#### 8.6.7.7 RETOMADA DO OBJETO

Além das medidas executórias já analisadas, o artigo 80 da Lei nº 8.666/93 prevê, ainda, como cláusula exorbitante, determinadas prerrogativas que têm por objetivo assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente, ao andamento de serviço público essencial; trata-se, neste último caso, de aplicação do princípio da continuidade do serviço público.

Essas medidas, que somente são possíveis nos casos de rescisão unilateral, são as seguintes:

- I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta lei;
- III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.”

<sup>6</sup> Nesse sentido, entendimento do STJ (REsp 876140, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23-6-09).



### 8.6.7.8 RESTRIÇÕES AO USO DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

No direito privado, quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumpri-lo também, socorrendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), com fundamento no artigo 477 do Código Civil.

No direito administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Note-se que a Lei nº 8.666/93 só prevê a possibilidade de **rescisão unilateral** por parte da Administração (art. 79, I); em nenhum dispositivo confere tal direito ao contratado.

O rigor desse entendimento tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência, quando a “inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra” (cf. Barros Júnior, 1986:74); além disso, torna-se injustificável quando o contrato não tenha por objeto a execução de **serviço público**, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade. Permanece, no entanto, o fato de que a lei não prevê rescisão unilateral pelo particular; de modo que este, paralisando, por sua conta, a execução do contrato, corre o risco de arcar com as consequências do inadimplemento, se não aceita, em juízo, a exceção do contrato não cumprido (v. item 8.6.8.3).

O abrandamento também foi feito pela Lei nº 8.666 que, no artigo 78, incisos XV e XVI, prevê hipóteses em que, por fato da Administração, o contratado pode **suspender** a execução do contrato (v. item 8.6.8.3).

### 8.6.8 MUTABILIDADE

Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua **mutabilidade**, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.

Segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

O assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem **mutável** o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de **equilíbrio econômico-financeiro**.

Já foi visto que o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato,



entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração. Preferimos falar em contraprestação **assegurada** e não **devida** pela Administração, porque nem sempre é ela que paga; em determinados contratos, é o usuário do serviço público que paga a prestação devida, por meio da **tarifa**; é o que ocorre nos contratos de concessão de serviço público.

Na realidade, todos os contratos, sejam eles públicos ou privados, supõem a existência de um equilíbrio financeiro que, conforme demonstrado por Gaspar Ariño Ortiz (1968:6), costuma ser visto sob dois aspectos: o da **equivalência material** das prestações, ou seja, a equivalência objetiva, atendendo à valoração econômica das contraprestações e invocando em sua defesa um ideal de justiça comutativa; e o da **equivalência subjetiva**, atendendo ao valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra.

Nos contratos entre particulares, nem sempre a equivalência material corresponde à equivalência subjetiva, sendo comum esta prevalecer sobre aquela. A tanto autoriza o princípio da autonomia da vontade. Estabelecida essa equivalência no momento em que se firma o contrato, ela só poderá ser alterada por novo acordo entre as partes.

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Tudo isso faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se muito mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo.

Além da **força maior**, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

1. **álea ordinária** ou **empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais

difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária;

2. **álea administrativa**, que abrange três modalidades:

- a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
- b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
- c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato” (Escola, 1977, v. I:434); ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução” (Hely Lopes Meirelles, 2003:233);

3. **álea econômica**, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos.

Em consequência, a solução tem sido a mesma em qualquer das teorias (fato do príncipe, fato da Administração e imprevisão); inclusive é a solução adotada também para as hipóteses de caso fortuito e força maior (art. 78, XVII, combinado com art. 79, I, da Lei nº 8.666/93). Em todos os casos, a Administração Pública responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A invocação das

teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para a revisão das cláusulas financeiras do contrato.

Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), regidos pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, adota-se solução diversa, uma vez que é prevista a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III).

Será analisada, a seguir, cada uma das circunstâncias que imprimem mutabilidade aos contratos administrativos, deixando de lado a álea ordinária e analisando apenas as outras duas, que podem ser abrangidas sob a denominação genérica de **áleas extraordinárias**.

#### 8.6.8.1 ÁLEA ADMINISTRATIVA: ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

O poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. Adverte Edmir Netto de Araújo (1987:130-131) que “esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Esses dois limites estão previstos expressamente na Lei nº 8.666/93; o artigo 58, I, prevê a prerrogativa de modificação unilateral “para melhor adequação às **finalidades de interesse público**”. E o artigo 65, § 6º, obriga a Administração, nessa hipótese, a “**restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial**”.

Além disso, a lei ainda estabelece limite **quantitativo** às alterações quantitativas (art. 65, §§ 1º e 4º), na medida em que, ao permitir acréscimos e supressões de obras, serviços ou compras, impõe ao contratado a obrigação de acatá-los até o montante de 25% ou 50% (conforme o caso) do valor do contrato, não podendo os acréscimos implicar alterações do seu objeto.

Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente **dinâmico**, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático. Alguns autores, especialmente franceses, ilustram com fórmulas matemáticas a diferença entre o equilíbrio do contrato de direito privado e o administrativo: no primeiro, o equilíbrio é do tipo  $a = b$ , de tal forma que, se uma das partes descumpre a sua obrigação, ela comete uma **falta** e o sistema contratual fica irremediavelmente rompido; no contrato administrativo, o equilíbrio é do tipo  $a/b = a^1/b^1$ . Se a Administração altera a obrigação  $a$  do contratado, substituindo-a pela obrigação  $a^1$ , a remuneração devida pelo poder público passa de  $b$  para  $b^1$  (cf. Caio Tácito, 1975:204); vale dizer

que, no contrato entre particulares, a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde o particular; no contrato administrativo, esse inadimplemento só ocorre se a alteração decorrer de ato do particular, hipótese em que ele arcará com todas as consequências legais; quando a alteração feita nos limites legais decorrer de ato da Administração, não se caracteriza **falta contratual**, mas **prerrogativa** a ela reconhecida no interesse público, com a consequente obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

#### 8.6.8.2 ÁLEA ADMINISTRATIVA: FATO DO PRÍNCIPE

Divergem os autores na conceituação do fato do príncipe; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as **medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado**. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas.

É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de **responsabilidade contratual**.

No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da **responsabilidade objetiva** do Estado.

No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.

Há expressa referência à teoria do fato do príncipe no art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, e no art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas.

#### 8.6.8.3 ÁLEA ADMINISTRATIVA: FATO DA ADMINISTRAÇÃO

O **fato da Administração** distingue-se do **fato do príncipe**, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como “parte” no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.

O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução

do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:637) considera como fato da Administração “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”. Para o autor, o que caracteriza efetivamente o fato da Administração (e se apresenta como mais um traço que o diferencia do fato do príncipe) é a irregularidade do comportamento do Poder Público. Além disso, o autor realça que o fato da Administração nem sempre retarda ou impede a execução do contrato.

O fato da Administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.

Exemplos de fato da Administração são dados por Hely Lopes Meirelles: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impediendo dos trabalhos a cargo da outra parte. Até mesmo a falta de pagamento, por longo tempo, das prestações contratuais, pode constituir **fato da Administração** capaz de autorizar a rescisão do contrato por culpa do Poder Público com as indenizações devidas” (1990:236).

Costuma-se equiparar o fato da Administração com a força maior, o que deve ser entendido em termos; em ambas as hipóteses, há a ocorrência de um fato **atual** (posterior à celebração do contrato), **imprevisível** e **inevitável**; porém, na força maior, esse fato é estranho à vontade das partes e, no fato da Administração, é imputável a esta. Além disso, a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da Administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo a Administração pelos prejuízos sofridos pelo contratado.

O que se discute em doutrina é se, em ocorrendo o chamado fato da Administração, pode o particular simplesmente parar a execução do contrato, invocando a *exceptio non adimpleti contractus*.

Trata-se de exceção surgida no direito privado, para os contratos bilaterais, sob o fundamento de que as obrigações a cargo de uma parte são correlativas às obrigações da outra parte, sendo injusto que se exija o cumprimento, por uma, quando a outra não cumpriu o que lhe cabia. No Direito Romano, essa exceção era chamada *exceptio doli*, sendo posteriormente denominada pela forma como hoje é conhecida.

Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Neste, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incumbe, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida.

Essa regra admite exceção pela aplicação da teoria do fato da Administração, quando sua conduta tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato.

A Lei nº 8.666/93 previu uma hipótese em que é possível, com critério objetivo, saber se é dado ou não ao particular suspender a execução do contrato. Trata-se da norma do artigo 78, inciso XV, segundo a qual constitui motivo para rescisão do contrato “o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, 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”.

Isto significa que, ultrapassados os 90 dias sem que a Administração efetue os pagamentos em atraso, é dado ao contratado, licitamente, suspender a execução do contrato.

O dispositivo prevê exceção para os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, hipóteses em que não se aplica a regra dos 90 dias, se as ocorrências previstas no dispositivo impuserem a paralisação antes desse prazo limite.

Outra hipótese em que a Lei nº 8.666/93 prevê o fato da Administração é a do inciso XVI do artigo 78, em decorrência do qual constitui motivo para rescisão do contrato “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”. Nesta hipótese, a lei não estabelece um prazo que deva ser aguardado pelo particular para suspensão do contrato. Mas permite deduzir, pelo emprego da expressão **nos prazos contratuais**, que, tão logo o prazo contratual seja ultrapassado, está o particular autorizado a suspender a execução, já que estará caracterizada a hipótese de rescisão; mesmo porque a omissão do poder público quanto às providências previstas nesse inciso pode até inviabilizar a execução do contrato.

Tanto na hipótese do inciso XV (atraso no pagamento) como na do inciso XVI, se for dada continuidade ao contrato, o particular faz jus à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; se houver rescisão, caberá a indenização prevista no artigo 79, § 2º.

#### 8.6.8.4 ÁLEA ECONÔMICA: TEORIA DA IMPREVISÃO

**Álea econômica**, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é **todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.**

Ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a teoria da imprevisão que, da mesma forma que a teoria do fato do príncipe, foi construída pelo Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França; essa teoria nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*.

Embora não se saiba exatamente em que momento surgiu essa cláusula, sabe-se que os romanos já aceitavam a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*). Antes de ser uma regra jurídica, ela foi uma regra moral adotada pelo cristianismo; exigia-se equivalência das prestações sempre que se estivesse em presença de um ato a título oneroso. Daí a frase, que é atribuída a Bartolo (1314-1354): “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”.

Como se vê, a expressão *rebus sic stantibus* é parte dessa frase e designa a cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração.

Não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir o seu encargo, sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tornaram muito oneroso.

Essa cláusula, surgida na Idade Média, entrou em declínio e praticamente desapareceu no século XVIII, por influência do individualismo que floresceu em todos os aspectos, inclusive no jurídico.

Segundo Caio Tácito (1975:297) “foi o conflito mundial da segunda década do século atual que veio reavivar a teoria. As violentas flutuações econômicas geradas pelo desequilíbrio social e político da guerra exigiram dos intérpretes e dos tribunais a mitigação do princípio rígido da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*)”.

Ainda segundo o mesmo autor, essa teoria consolida-se no direito administrativo, com o famoso aresto do Conselho de Estado francês, proferido no caso da Cia. de Gás de Bordeaux (30-3-1916) – *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux*. A guerra de 1914 tinha provocado tal subida no preço do carvão que os concessio-

nários de gás não podiam prosseguir a sua exploração com as tarifas previstas nos contratos sem se exporem à ruína. Daí a decisão do Conselho de Estado francês permitindo a revisão das tarifas.

Alega-se, em favor da teoria, que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do cocontratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

No direito brasileiro, essa teoria tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência. Em matéria de concessão de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b:47) sempre entendeu que a Administração tem o ônus do restabelecimento **integral** do equilíbrio econômico, seja qual for o tipo de álea, à vista do artigo 167 da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que impunha a fixação de tarifas que assegurassem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o **equilíbrio econômico e financeiro** do contrato.

A Constituição de 1988, embora contenha dispositivo análogo, concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). Apenas se estabelece, de maneira muito vaga, que os contratos de **obras, serviços, compras e alienações** serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “**mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei” (art. 37, XXI). Essa norma tem sido interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.

No entanto, é certo que o antigo Decreto-lei nº 2.300/86 já havia incorporado em seu texto, a aplicação da teoria da imprevisão, ao permitir a **alteração do contrato, por acordo das partes** “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 inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (art. 55, II, d).

Essa norma ficou excluída da Lei nº 8.666/93 (art. 65), em decorrência de veto do Presidente da República, mas foi restabelecida pela Lei nº 8.883/94, com nova redação, em que ficam claras as exigências de que se trate de **fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis**; que esses fatos retardem ou impeçam a execução do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.



Aliada essa norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato; se decorrer da vontade da Administração, cai-se nas regras referentes à álea administrativa (alteração unilateral e teoria do fato do príncipe). Não se pode esquecer que essa solução, adotada na Lei nº 8.666, não se aplica aos contratos de parceria público-privada, disciplinados pela Lei nº 11.079/04, tendo em vista que seu artigo 5º, III, prevê a repartição dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e áleas econômicas extraordinárias.

Ainda com relação à **álea econômica**, que justifica a aplicação da teoria da imprevisão, cumpre distingui-la da **força maior**.

Nesta estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a **impossibilidade absoluta** de dar prosseguimento ao contrato. As consequências são também diversas: no primeiro caso, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público; no segundo caso, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, como consequência da norma do artigo 393 do Código Civil. Pela Lei nº 8.666/93, a força maior constitui um dos fundamentos para a rescisão do contrato (art. 78, XVII), tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução.

Também é necessário mencionar os **fatos imprevistos** a que fazem referência alguns autores; eles correspondem a fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos

contratantes; é o caso de empreiteiro de obra pública que, no curso da execução do contrato, esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato. Se o fato era imprevisível, aplicar-se-ão as mesmas soluções já expostas: teoria da imprevisão ou da força maior, conforme o caso.

## 8.7 RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A Lei nº 8.666/93 prevê, no artigo 79, três tipos de rescisão: **unilateral, amigável e judicial**.

As duas últimas são isentas de dificuldade. A amigável ou administrativa é feita por acordo entre as partes, sendo aceitável quando haja conveniência para a Administração. A judicial normalmente é requerida pelo contratado, quando haja inadimplemento pela Administração, já que ele não pode paralisar a execução do contrato nem fazer a rescisão unilateral. O Poder Público não tem necessidade de ir a juízo, já que a lei lhe defere o poder de rescindir unilateralmente o contrato, nas hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78.

A rescisão amigável e a judicial devem ser requeridas nos casos estabelecidos nos itens XIII a XVI do artigo 78, abrangendo os chamados **atos da Administração**: supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato, além do limite permitido no artigo 65, § 1º; suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizam 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 até que seja normalizada a situação; atraso superior a 90 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; 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 especificados no projeto.

Vale dizer que o artigo 78, nos incisos I a XI e XVIII (este último inserido pela Lei nº 9.854, de 27-10-99, regulamentada pelo Decreto nº 4.358, de 5-9-02), prevê hipóteses de rescisão por atos atribuíveis ao contratado; cabe, nesses casos, rescisão unilateral da Administração, sem prejuízo, **se for o caso de inadimplemento culposo**, das sanções administrativas cabíveis e da assunção do objeto do contrato pela Administração, conforme estabelece o artigo 80; e sem prejuízo, também, da

reparação dos prejuízos que disso resultar para o poder público. A mesma solução é dada para os casos de caso fortuito ou de força maior (v. item 8.6.7.5).

O artigo 78, inciso XII, estabelece a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração, por motivo de interesse público. Nesse caso, faz jus, o contratado, ao ressarcimento dos prejuízos, à devolução da garantia, aos pagamentos atrasados e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º).

O mesmo dispositivo, nos incisos XIII a XVI, prevê hipóteses em que a Administração é que pratica atos ensejadores da rescisão (fatos da Administração), hipótese em que a rescisão pode ser amigável ou judicial; não vemos razão para que não se aplique a essas hipóteses a rescisão unilateral, desde que caracterizado o interesse da Administração; não teria sentido negar-se a esta esse poder em casos nos quais o prosseguimento da execução seria prejudicial para ambas as partes.

## 8.8 MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao direito público, compreendem-se a **concessão** de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as duas últimas como formas de parcerias público-privadas), o contrato de **prestação** ou **locação de serviços**, o de **obra pública**, o de **fornecimento**, o de **empréstimo público**, o de **função pública**.

Serão analisadas a concessão, em suas várias modalidades, por ser o contrato administrativo por excelência, e os contratos de que trata a Lei nº 8.666/93, que são os de maior uso pela Administração.

### 8.8.1 CONCESSÃO

#### 8.8.1.1 CONCEITO E MODALIDADES

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão. Para fins de sistematização da matéria, pode-se separá-los em três grupos:

1. os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão* de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês;

2. os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a **concessão translativa** da **constitutiva**, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público;
3. os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.

Esta última posição foi defendida por Mário Masagão (1933:17-19), que entende não haver “um gênero **concessão**, dentro do qual apareçam espécies diversas, mas sim que a **concessão** é uma espécie, em cujas manifestações se verifica, sempre, a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em seu nome os exerça”. Embora se refira à concessão de obra pública, esta só existe se ligada à concessão de serviço público. Afirma ele que “na concessão de obra pública, a execução da obra se confia a pessoa que, em vez de receber a retribuição, fica incumbida de gerir o **serviço público**, ao qual se destina a obra, percebendo, no tempo e nas condições prefixadas, os competentes tributos”. Conclui que a concessão de serviço público pode estar, ou não, subordinada à prévia execução de uma obra.

Esse é também o pensamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1981:211-216), para quem toda concessão implica a transferência de poderes da Administração para o particular, com vistas à execução de serviço público. O que, para outros autores, se denomina “concessão de uso” de bem público, para ele constitui concessão de uso.

À segunda corrente, que distingue três modalidades de concessão, pertence a maioria dos doutrinadores brasileiros.

Quanto à distinção entre concessão translativa e constitutiva, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:556-559), que a aceita, diz que “corresponde a ato administrativo translativo de direito a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventário de ofício público, ou de construir obra pública, como de retificação de rio, ou de prestar serviço público, como de fornecimento de energia elétrica”; “corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os tem, relativos à exploração de jazidas e fontes minerais, à utilização de terrenos nos cemitérios como túmulos de família, à instalação de indústrias de pesca às margens dos rios”.

Em resumo, a concessão **translativa** importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são **próprios** do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público.

A concessão **constitutiva** ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público.

Quer dizer que, sob o aspecto **formal**, não há distinção: trata-se, em qualquer das modalidades, de contratos administrativos sujeitos a regime publicístico.

Sob o aspecto **material**, de seu conteúdo, assim se distinguem: na concessão de serviços públicos e de obra pública, na concessão patrocinada e na concessão administrativa, o Estado delega ao concessionário a execução de um serviço público ou de uma obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos, vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário. Na concessão de uso, o Estado consente que o particular se utilize de parcela de bem público, mas o direito que o concessionário vai exercer sobre o bem é de natureza diversa daquele que o concedente exerce sobre o mesmo bem; uma pequena parcela do bem é destinada ao uso privativo do concessionário.

Na concessão translativa, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na constitutiva, eles derivam do ato de concessão.

O ponto comum, em todas as modalidades de concessão, é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição etc.

No que diz respeito ao objeto da concessão, existem várias modalidades sujeitas a regime jurídico parcialmente diferenciado:

- a) **concessão de serviço público**, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95; a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço;
- b) **concessão patrocinada**, que constitui modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei nº 11.079/04, como forma de parceria público-privada; nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado);
- c) **concessão administrativa**, que tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens; está disciplinada também pela Lei nº 11.079/04; nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado;
- d) **concessão de obra pública**, nas modalidades disciplinadas pela Lei nº 8.987/95 ou pela Lei nº 11.079/04;
- e) **concessão de uso de bem público**, com ou sem exploração do bem, disciplinada por legislação esparsa.

Em muitos contratos, existe a conjugação de diferentes modalidades, em que uma constitui o objeto principal e, a outra, o acessório. É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia, em que o objeto é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário; mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público. Também é o que ocorre nas várias modalidades de concessão de serviço público (e vai ocorrer nas parcerias público-privadas), em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público.

Como existem agora novas modalidades de contratos que têm por objeto a prestação de serviços públicos (as parcerias público-privadas), a concessão de serviços públicos de que trata a Lei nº 8.987/95 tem que ser chamada de **tradicional** ou **comum**, para diferenciar-se das outras, especialmente da concessão patrocinada.

À vista do que foi dito, pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o **contrato administrativo** pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de **serviço público**, de **obra pública** ou de **serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta**, ou lhe cede o **uso de bem público**, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

### 8.8.1.2 NATUREZA JURÍDICA

Existem várias correntes doutrinárias que explicam de maneira diversa a natureza jurídica da concessão; essas correntes foram sistematizadas por José Cretella Júnior da seguinte maneira (1986:403-406):

1. **teorias unilaterais**, que se subdividem em dois grupos:
  - a) existe na concessão **um ato unilateral** do Poder Público, porque as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração, achando-se as partes em posição de desigualdade;
  - b) existem na concessão **dois atos unilaterais**, um da Administração, que seria um ato de império, e um do particular regido pelo direito privado; o primeiro fixa as condições que, em momento subsequente, provocam a declaração de vontade do particular aceitando as condições;
2. **teorias bilaterais**, que também se subdividem:
  - a) a concessão é um **contrato de direito privado**; essa corrente é adotada por autores que, apegados ao direito civil, negam que exista, na concessão, um acordo de vontades; ele não difere de outros contratos regidos pelo direito comum;
  - b) a concessão é um **contrato de direito público**, vale dizer, submetido a regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum;

- c) a concessão é um **contrato de direito misto**, porque sujeito parcialmente ao direito público e parcialmente ao direito privado;
3. **teoria mista**: vê na concessão um **ato unilateral** do Poder Público, estabelecendo as condições da concessão, ou seja, as cláusulas regulamentares, e um **contrato** concernente ao equilíbrio econômico-financeiro; o ato unilateral é um ato administrativo, regido pelo direito público; e o contrato é de direito privado.

Colocamo-nos entre os que atribuem à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público, pelas razões já expostas no item 8.3.

Nela estão presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato: acordo de vontades sobre determinado objeto; interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes; efeitos jurídicos para ambas as partes.

É verdade que enquanto, em alguns casos, todas as condições decorrem do próprio ato de concessão, em outros, algumas das condições já constam de ordenamento jurídico previamente estabelecido, vinculando as partes contratantes. Mas isto não retira à concessão a natureza contratual, da mesma forma que não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, pois a outorga do objeto do contrato (serviço público, obra pública ou uso privativo) somente se efetuará mediante manifestação expressa de ambas as partes, implicando, o consentimento do concessionário, aceitação das condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Além disso, existem, ao lado dessas cláusulas ditas **regulamentares**, outras que se denominam **financeiras** ou **contratuais** propriamente ditas, em que as partes estipulam o prazo, a remuneração, os casos de rescisão, ou outras condições que não estejam predeterminadas em lei.

Quanto à natureza pública do contrato, parece-nos ser indiscutível, em decorrência do regime jurídico administrativo que o informa, com todas as **prerrogativas** e **sujeições** próprias do poder público, concernentes à finalidade, procedimento, forma, cláusulas exorbitantes, mutabilidade etc.

### 8.8.1.3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

#### 8.8.1.3.1 EVOLUÇÃO

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de méto-



dos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante **concessão**; por meio dela, o particular (concessionário) executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa –, a qual é fixada pelo poder concedente.

“A grande vantagem do regime de concessão para o Estado liberal”, diz Bilac Pinto (RDA 32:3), “era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Estas características originárias da concessão de serviço público foram, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros’ e mais tarde pela aplicação da teoria da imprevisão. Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário, como que surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a este ponto, o seu declínio se tornou inevitável”.

Como diz Rivero (1981:417), “a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de o obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de pôr em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”.

Daí o surgimento das sociedades de economia mista e empresas públicas, como novas formas de descentralização dos serviços públicos.

Posteriormente, acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, ocorreu outro fenômeno no direito brasileiro; voltou-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob controle acionário do Poder Público. A vantagem estava no fato de que o Estado mantinha, como na forma originária de concessão, o seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficavam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa. Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para o seu surgimento: a de poder prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado.



Exemplos desse tipo de entidade existiram inúmeros no direito brasileiro. Basta conferir o artigo 8º, inciso XV, da Constituição de 1967, que indicava serviços públicos passíveis de serem executados mediante concessão, para constatar o quanto o Poder Público se utilizou desse procedimento; com efeito, ali estão relacionados serviços como os de **telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, transportes**. Pense-se, então, na CESP, ELETROPAULO, TELEBRÁS, EMBRATEL, todas empresas sob controle acionário da União ou do Estado de São Paulo e, ao mesmo tempo, concessionárias de serviços públicos. Algumas delas nem foram criadas por lei, nem têm com o Poder Público um contrato de concessão.

Isto quer dizer que se passou a falar em dois tipos de concessão:

1. a que se outorga a empresa particular;
2. a que se outorga a empresa estatal.

Em um e outro caso, a concessão há de ser feita por **contrato**. Embora a concessão, por lei, a empresas estatais seja uma realidade brasileira, não compartilhamos da opinião dos que a aceitam como válida. A concessão de serviço público, de um lado, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro, correspondem a formas bem diversas de descentralização de serviços públicos.

A primeira é feita por contrato, em que o poder público transfere apenas a **execução** do serviço e conserva a sua **titularidade**; em decorrência disso, mantém a plena disponibilidade sobre o mesmo, alterando as cláusulas regulamentares, retomando a execução do serviço por meio de encampação, fiscalizando e punindo, administrativamente, o concessionário em caso de inadimplemento.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por **lei** e adquirem o **direito** à prestação do serviço, direito esse oponível até mesmo à pessoa jurídica que as criou, pois esta somente pode interferir na vida da empresa nos limites previstos em lei.

Quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige seja prestado **diretamente** ou **mediante concessão**, além de haver ofensa à Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. Esse entendimento se reforça pelo fato de a atual Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso I, deixar claro que a concessão tem que ser feita por **contrato**.

Com o movimento da privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: (a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; (b) pelo retorno ao instituto da concessão de

serviços públicos, em sua forma tradicional, mediante realização de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei nº 8.987, de 13-2-95.

Ainda avançando na evolução do instituto, a Lei nº 11.079/04 instituiu a chamada parceria público-privada, como espécie de contrato administrativo que abrange duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa, a serem tratadas no item 8.8.1.4, no tema das parceiras público-privadas.

#### 8.8.1.3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

**Concessão de serviço público** é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias.

As características da concessão de serviço público são as mesmas já assinaladas para os demais contratos administrativos e que já eram reconhecidas para todos eles, pela doutrina e jurisprudência, muito antes de ser editado o Decreto-lei nº 2.300/86 e, depois, a Lei nº 8.666/93, que se limitaram a encampar os ensinamentos já aceitos no direito brasileiro.

A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da **mutabilidade**, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Aliás, foi a propósito da concessão de serviço público que se elaboraram originariamente essas teorias.

A Constituição Federal, no artigo 175, à semelhança do artigo 167 da Constituição de 1967, previu lei que viesse disciplinar a concessão e a permissão de serviço público. No Estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 7.835, de 8-5-92, que “dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas”. Na esfera federal, a matéria está disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13-2-95, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, e pela Lei nº 9.074, de 7-7-95, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”, ambas alteradas parcialmente pela Lei nº 9.648, de 27-5-98. Subsidiariamente, aplica-se a Lei nº 8.666, de 21-6-93, por força do que determina seu artigo 124. Existem ainda leis específicas disciplinando a concessão de determinados serviços públicos, como a Lei nº 9.427, de 26-12-96, sobre a concessão de energia elétrica, e as Leis nºs 9.295, de 19-7-96, e 9.472, de

16-7-97, sobre telecomunicações. A Lei nº 11.079/04, dispendo sobre parcerias público-privadas, sem revogar ou derrogar a atual lei de concessões, prevê formas de contratos que acrescentam ao direito positivo modelos de concessão com contornos um pouco diferentes, quanto a novas formas de remuneração da concessionária e a garantias a serem oferecidas pelo poder público.

Alguns Estados se adiantaram e promulgaram leis instituindo essa forma de parceria, antes da lei federal. No Estado de São Paulo, a matéria foi disciplinada pela Lei nº 11.688, de 19-6-04.

Evidentemente, como a lei paulista foi editada anteriormente, só poderá aplicar-se no que não contrariar as “normas gerais” contidas na legislação federal, já que a competência da União, em matéria de contratos da Administração Pública, se limita ao estabelecimento de normas gerais, conforme artigo 22, inciso XXVII, da Constituição.

A concessão tem cláusulas regulamentares, estabelecidas unilateralmente pela Administração, e cláusulas financeiras concernentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Embora tenha a natureza de contrato administrativo, a concessão apresenta algumas peculiaridades:

1. só existe concessão de serviço público quando se trata de serviço de titularidade do Estado; por outras palavras, a lei define determinadas atividades como sendo serviços públicos, permitindo que sejam executadas diretamente ou mediante concessão ou permissão;
2. o poder concedente só transfere ao concessionário a **execução** do serviço, continuando **titular** do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público;
3. a concessão tem que ser feita “sempre através de licitação”, consoante o exige o artigo 175 da Constituição; a modalidade cabível é a **concorrência** (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95); o dispositivo constitucional não contém a ressalva do artigo 37, XXI, que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei; assim, não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666; admite-se a declaração de inexigibilidade desde que se demonstre a inviabilidade de competição; o procedimento da licitação é o mesmo estabelecido na Lei nº 8.666/93, com as derrogações previstas nos artigos 14 a 22 da Lei nº 8.987/95 e no artigo 120 da Lei nº 11.196, de 21-11-05, especialmente quanto aos critérios de julgamento, que são diversos, e quanto à possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento;

4. é cabível o procedimento de manifestação de interesse como meio para subsidiar a Administração Pública na realização de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, tal como regulamentado pelo Decreto nº 8.428, de 2-4-15; o fundamento decorre do artigo 21 da Lei nº 8.987/95;<sup>7</sup>
5. o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do **empreendimento**; ele faz jus ao recebimento da **remuneração**, ao **equilíbrio econômico** da concessão, e à **inalterabilidade do objeto**; vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu **objeto** e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário;
6. a tarifa, quando cabível, tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (arts. 9º e 23, IV, da Lei nº 8.987/95); na Constituição de 1967, o artigo 167, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, exigia a fixação de tarifas que permitissem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro; a atual Constituição, no artigo 175, remete à lei a incumbência de dispor sobre “política tarifária”. Assim, enquanto, pela Constituição anterior, era pela tarifa que se assegurava o equilíbrio econômico, pela atual nada impede que a lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compensando, por outra forma, o concessionário; a Lei nº 8.987/95 previu, no artigo 11, a possibilidade de previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas; essas fontes de receitas devem ser indicadas no edital da licitação (art. 18, inciso VI) e devem compor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (parágrafo único do art. 11);
7. o **usuário tem direito** à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água e gás, quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas circunstâncias, existe jurisprudência não unânime no sentido de que o serviço, sendo **essencial**, não pode ser suspenso, cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis;

---

<sup>7</sup> Sobre o procedimento de manifestação de interesse, v. item 8.8.1.4.7.

8. a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é **objetiva**, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado **prestadoras de serviços públicos**; o poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade subsidiária somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público; eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização;
9. a rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, é conhecida doutrinariamente sob o nome de **encampação**; equivale à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; como em toda rescisão unilateral, o concessionário faz jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados (art. 37 da Lei nº 8.987/95);
10. a rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual é denominada **caducidade**, regendo-se pelo artigo 38 da Lei nº 8.987/95; nesse caso, não cabe indenização senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2008:738); quanto ao mais, responde o concessionário pelas consequências de seu inadimplemento, inclusive sujeitando-se às penalidades administrativas cabíveis;
11. em qualquer dos casos de extinção da concessão previstos no artigo 35 da Lei nº 8.987 (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular), é cabível a incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público, mediante indenização (art. 36 da Lei nº 8.987); é o que se denomina de **reversão**, a qual encontra fundamento no princípio da continuidade do serviço público.

Com relação à **falência**, prevista no artigo 35, VI, da Lei nº 8.987 como uma das hipóteses de extinção da concessão, o artigo 195 da Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 9-1-05) estabelece também que “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei”. A lei aí mencionada já existe, porque a matéria está disciplinada pela lei de concessões (Lei nº 8.987/95). Pode-se, portanto, afirmar que a norma inserida no artigo 195 da Lei de Falências não é de conteúdo inovador. A extinção dos contratos de concessão de serviços públicos já está devidamente disciplinada no direito positivo, razão pela qual o dispositivo é autoaplicável, apesar da fórmula contida em sua parte final: “na forma da lei”.

Também é importante assinalar que o simples pedido de **recuperação judicial** formulado por empresa concessionária de serviço público, com base na Lei de Falências, não justifica a extinção da concessão. A Lei nº 8.666/93 (promulgada na vigência da anterior lei de falência, que falava em concordata) estabelecia, no artigo 80, § 2º, que “*é permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais*”. Vale dizer que deixou a critério da Administração decidir pela continuidade ou rescisão do contrato.

A Lei nº 8.987/95 incluiu a caducidade entre as causas de extinção do contrato de concessão. Trata-se de forma de extinção que decorre do inadimplemento total ou parcial do contrato, conforme o artigo 38, que disciplinou a caducidade. O § 1º do mesmo dispositivo dá o elenco das hipóteses em que poderá ser declarada a caducidade, dentre elas, no inciso IV, aquela em que “*a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido*”.

A norma faz sentido tendo em vista que a qualificação econômica e técnica da empresa constitui requisito a ser demonstrado no procedimento da licitação; a empresa que não o demonstrar será declarada inabilitada. Porém, a extinção do contrato, nos casos de caducidade, não é automática. O § 2º do artigo 38 exige que a declaração de caducidade seja precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. Além disso, o § 3º proíbe a instauração de processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

Somente se comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo, de conformidade com o artigo 36, já referido, que trata da reversão.

Assim, repita-se, o fato de ter a empresa pedido recuperação judicial, na forma do artigo 47 e seguintes da Lei nº 11.101/05 não é suficiente para a declaração de caducidade. O objetivo do processo, expresso no artigo 47, é precisamente o de “*viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”.

Pode, inclusive, ocorrer que, embora pedindo a recuperação judicial, a empresa continue a cumprir o contrato de concessão, hipótese em que

faltar um requisito para a declaração de caducidade, que é a inexecução total ou parcial do contrato.

No caso de ser declarada a caducidade, estabelece o § 6º do artigo 38 da Lei nº 8.987/95 que “*não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária*”. A norma justifica-se pelo fato de ter sido a empresa concessionária a dar causa à caducidade. Nesse caso, a indenização do poder público limita-se à parcela correspondente aos bens reversíveis. Celso Antônio Bandeira de Mello menciona, em sua obra (2008:738) decisões nesse sentido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (RDA 37-307), TFR (RDA 54/102) e TJMG (RDA 56/234).

12. o poder concedente tem o poder de decretar a **intervenção** na empresa concessionária, com base nos artigos 32 a 34 da Lei nº 8.987/95, a qual não tem natureza punitiva, mas apenas investigatória; ela equivale à substituição temporária do gestor da empresa concessionária pelo interventor designado pelo poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, a final, as medidas mais convenientes a serem adotadas, inclusive, se for o caso, a aplicação de sanções; decretada a intervenção, o interventor tem o prazo de 30 dias para instaurar procedimento administrativo contraditório destinado a apurar as irregularidades, devendo concluí-lo no prazo de 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Finalmente, cabe fazer menção aos institutos da **subconcessão, subcontratação e transferência da concessão** ou do controle societário ou da administração temporária, disciplinados pelos artigos 25, 26, 27 e 27-A da Lei nº 8.987, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.097, de 19-1-15. Na subconcessão, existe a delegação de uma parte do próprio objeto da concessão para outra empresa (a subconcessionária); por exemplo, uma concessionária de dez linhas de ônibus faz a subconcessão de duas dessas linhas. O contrato de subconcessão tem que ser autorizado pelo poder concedente, está sujeito à prévia concorrência e implica, para o subconcessionário, a sub-rogação em todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão. A subconcessão tem a mesma natureza de contrato administrativo que o contrato de concessão e é celebrado à imagem deste. A subconcessionária responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição.

A **subcontratação**, disciplinada pelo artigo 25, corresponde à terceirização ou contratação de terceiros para a prestação de serviços ou de obras ligados à concessão. São contratos de direito privado que não dependem de autorização do poder concedente, nem de licitação (a não ser que a concessionária seja empresa estatal), não



estabelecendo qualquer vínculo com o poder concedente. Por isso mesmo, perante este e perante o usuário, quem responde é a própria concessionária.

A **transferência da concessão**, prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes condições: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição.

Diferente é a hipótese de **transferência do controle societário** da concessionária, pois, nesse caso, não existe alteração na pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade. O artigo 27-A, § 3º, define o controle da concessionária, para os fins do disposto no caput, como “a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15-12-76” (Lei de Sociedade por Ações).<sup>8</sup> O requisito que o dispositivo impõe para a transferência é que haja autorização do poder concedente e que a transferência de controle não afete as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à prestação do serviço.

Também não existe alteração da pessoa do concessionário na **transferência da administração temporária**, prevista no artigo 27-A, introduzido pela Lei nº 13.097/15 e definida no § 4º. De acordo com esse dispositivo, “configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: I – indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15-12-76; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; II – indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; III – exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no *caput* deste artigo; IV – outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no *caput* deste artigo.”

---

<sup>8</sup> O art. 116 da Lei 6.404 considera acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.



Pelo § 5º, a administração temporária “não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados”.

Nos termos do § 2º, a assunção do controle ou da administração temporária autorizada “não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos”.

Não há dúvida de que os §§ 2º e 5º tornam mais vantajosa, para os financiadores e garantidores do contrato de concessão, assunção do controle e a transferência temporária da administração da concessionária, quando comparadas com a transferência da concessão, exatamente pela ressalva quanto à responsabilidade prevista nesses dois parágrafos do artigo 27-A.

A Lei nº 11.196, de 21-11-05, no artigo 119, alterou a Lei nº 8.987/95, para prever, nos §§ 2º a 4º do artigo 27, medida semelhante à prevista para as parcerias público-privadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-04: a possibilidade de os financiadores assumirem o controle da concessionária para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Nesse caso, os financiadores deverão demonstrar a sua regularidade jurídica e fiscal, podendo o poder concedente alterar ou dispensar os requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira (o que é absurdo). Além disso, nos termos do § 4º do artigo 27 da Lei nº 8.987/95, a assunção do controle pelo financiador não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante o poder concedente.

No entanto, a Lei nº 13.097, de 19-1-15, revogou os §§ 2º a 4º do artigo 27 e introduziu o artigo 27-A para prever que os financiadores e garantidores com quem o poder concedente não mantenha vínculo societário direto poderão ser autorizados a assumirem o **controle** ou a **administração temporária da concessionária**, para promoverem sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. O § 2º do dispositivo deixa expresso que a assunção do controle ou da administração temporária não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

Pelo § 1º do artigo 27-A, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do artigo 27 (§ 1º do art. 27-A). Na realidade os “demais requisitos” dizem respeito apenas à capacidade técnica.

A título de garantia para os financiadores, o artigo 28 da Lei nº 8.987/95 estabelece que “nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço”.

E o artigo 28-A, acrescentado pela Lei nº 11.196/05, permite que nos contratos de mútuo de longo prazo (superiores a 5 anos), destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias

cedam ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as condições estabelecidas no dispositivo. Embora a norma não o diga, é evidente que essa cessão dos créditos futuros não pode ser feita em prejuízo da continuidade do serviço.

Outra alteração introduzida na Lei nº 8.987/95 (art. 23-A) pela Lei nº 11.196/05 foi a permissão de que o contrato de concessão preveja o emprego de **mecanismos privados de solução de conflitos, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23-9-96. Essa possibilidade foi reforçada pela Lei nº 13.129, de 26-5-15, que alterou a Lei nº 9.307/96 para permitir o uso de arbitragem pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>9</sup>

#### 8.8.1.3.3 CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

De acordo com o artigo 175 da Constituição, “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”. Note-se que o dispositivo não faz referência à **autorização** de serviço público, talvez porque os chamados serviços públicos **autorizados** não sejam prestados a terceiros, mas aos próprios particulares beneficiários da autorização; são chamados serviços públicos, porque atribuídos à titularidade exclusiva do Estado, que pode, discricionariamente, atribuir a sua execução ao particular que queira prestá-lo, não para atender à coletividade, mas às suas próprias necessidades. São as hipóteses mencionadas no artigo 21, incisos XI e XII. Não são atividades abertas à iniciativa privada, nem sujeitas aos princípios da ordem econômica previstos no artigo 170, tendo em vista que a Constituição os outorga à União. É diferente dos serviços públicos não exclusivos do Estado, como os da saúde e educação, que a Constituição, ao mesmo tempo em que os prevê, nos artigos 196 e 205, como deveres do Estado (e, portanto, como **serviços públicos próprios**), deixa aberta ao particular a possibilidade de exercê-los por sua própria iniciativa (arts. 199 e 209), o que significa que se incluem na categoria de **serviços públicos impróprios**; nesse caso, a autorização não constitui ato de delegação de atividade do Estado, mas simples medida de polícia.<sup>10</sup>

Importa, em primeiro lugar, distinguir **concessão** e **permissão**, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual, sendo tratada neste capítulo para permitir a adequada diferenciação dos institutos e pelo fato de o artigo 175 da Constituição Federal ter uma redação que permitiu a conclusão de tratar-se de contrato; como tal, foi a permissão tratada na Lei nº 8.987/95.

<sup>9</sup> Sobre o emprego de meios alternativos de solução de conflitos pela Administração Pública, v. cap. 20.

<sup>10</sup> Nesse assunto, estamos reformulando a posição adotada até a 17ª edição deste livro.

A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

A diferença está na **forma de constituição**, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na **precariedade** existente na permissão e não na concessão.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:747), a permissão, pelo seu caráter precário, seria utilizada, normalmente, quando: “a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado; ou, ainda, quando c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada”.

Com base na lição de Hely Lopes Meirelles (2003:383), pode-se acrescentar a essas hipóteses, em que seria preferível a permissão, aquela em que os serviços permitidos são “transitórios, ou mesmo permanentes, mas que exijam frequentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes de controle estatal”.

Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem:

1. é contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, *intuitu personae*.
2. depende sempre de **licitação**, conforme artigo 175 da Constituição (ver item 15.6.3.3);
3. seu objeto é a **execução** de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público;
4. o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco;
5. o permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização;
6. como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público;
7. não obstante seja de sua natureza a outorga **sem prazo**, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização;

é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (2003:382) denomina de **permissão condicionada** e Cretella Júnior (1972:112-113) de **permissão qualificada**.

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de **permissão de uso de bem público** (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido.

Daí as permissões **com** prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina (cf. Meirelles Teixeira, in *RDP* 6/100 e 7/114) e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto (cf. Ivan Barbosa Rigolin, 1988:639-644). Talvez por isso a Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso I, refira-se à permissão como **contrato**, embora com uma redação que enseja dúvidas de interpretação.

A Lei nº 8.987/95 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 2º, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que a permissão é definida como **contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente** (melhor seria que, em vez de falar em **revogação**, que se refere a atos unilaterais, o legislador tivesse falado em **rescisão**, esta sim referente a contratos; o emprego errôneo do vocábulo bem revela as incertezas quanto à natureza da permissão).

A primeira e a última características apontadas não servem para distinguir a permissão da concessão, porque todos os contratos administrativos são de **adesão** e passíveis de **rescisão unilateral** pela Administração Pública. A **precariedade** poderá servir para distinguir a permissão da concessão, desde que seja entendida como contrato sem prazo estabelecido. Trata-se de exceção à regra do artigo 57, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que veda os contratos com prazo de vigência indeterminado (v. Di Pietro, 1999:118-122).

Outra distinção é que a lei no inciso IV do artigo 2º, ao definir a permissão, não fez referência à concorrência como modalidade de licitação obrigatória, ao contrário do que ocorre no inciso II, relativo à concessão.

Ainda outra distinção: a concessão de serviço público só pode ser feita a pessoa jurídica (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95), enquanto a permissão de serviço público pode ser feita a pessoa física ou jurídica (inciso IV do mesmo dispositivo legal).

A forma pela qual foi disciplinada a permissão (se é que se pode dizer que ela foi disciplinada) pode tornar bastante problemática a utilização do instituto ou, pelo menos, possibilitar abusos, por ensejar o uso de meios outros de licitação, que não a concorrência, sob pretexto de precariedade da delegação, em situações em que essa precariedade não se justifique.

Com relação à **autorização de serviço público**, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Exemplo típico é o da autorização dos serviços de energia elétrica previstos no artigo 7º da Lei nº 9.074, de 7-7-95, alterada pela Lei nº 13.097, de 19-1-15.<sup>11</sup>

Não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição. O serviço é executado em nome do autorizatário, por sua conta e risco, sujeitando-se à fiscalização pelo poder público. Sendo ato precário, pode ser revogado a qualquer momento, por motivo de interesse público, sem dar direito a indenização. Quanto ao estabelecimento de prazo, aplica-se o quanto foi dito em relação às permissões com prazo.

#### 8.8.1.4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

##### 8.8.1.4.1 DIREITO POSITIVO

As parcerias público-privadas foram instituídas, como modalidades de contratos administrativos, pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, com alterações posteriores.

Até a promulgação dessa lei, quando a Constituição se referia à concessão (arts. 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223), tinha-se que entender que a referência era à concessão de serviço público. Após a instituição do regime legal das parcerias público-privadas, embora a Constituição continue a falar em concessão apenas, tem-se que incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a **concessão patrocinada**, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso; com efeito, os serviços previstos no artigo 21, XI e XII, e no artigo 25, § 2º, admitindo cobrança de tarifa dos usuários, podem ser prestados sob a forma de concessão de serviço público comum ou sob a forma de concessão patrocinada, a critério do Poder Público.

Quanto ao artigo 175, a própria **concessão administrativa** tem que ser abrangida, no que couber, pela norma nele contida, uma vez que, embora de forma meio camuflada na lei, essa modalidade de concessão também poderá ter por objeto a prestação de serviços públicos. Não se aplica a essa modalidade a política tarifária

<sup>11</sup> Sobre o uso indevido do vocábulo *autorização*, v. item 7.10.1.1.

referida no parágrafo único, inciso III, do dispositivo constitucional, porque nela a remuneração do concessionário fica a cargo do poder concedente, não cabendo a instituição de tarifa. Todas as demais exigências contidas no dispositivo aplicar-se-ão também a essa modalidade de concessão.

No que diz respeito à Lei nº 11.079/04, o artigo 1º deixa claro que ela institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A norma está em consonância com o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal. Pelo parágrafo único, a lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Diante disso, os Estados que se anteciparam ao governo federal e promulgaram leis dispendo sobre parcerias público-privadas terão que adaptá-las às normas gerais contidas na lei federal. No Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada pela Lei nº 11.688, de 19-5-04.

Quanto à aplicação da lei às entidades da Administração Indireta, o parágrafo único do artigo 1º (alterado pela Lei nº 13.137, de 19-6-15) causa certa perplexidade e será de aplicação limitada. Isto porque a delegação de serviços públicos a concessionárias e a outorga a entidades da Administração Indireta são duas modalidades diversas de descentralização de atividades de que o Poder Público é titular. Não existe hipótese em que a titularidade de determinado serviço público seja originariamente de entidade da Administração Indireta. Quando ela desempenha um serviço público, já o faz porque o respectivo titular houve por bem criá-la com essa finalidade específica. Não há a possibilidade de a entidade transferir a execução do serviço a terceiros; o que ela pode fazer é celebrar contratos de prestação de serviços, de execução de obra ou de fornecimento, com base na Lei nº 8.666/93 ou, se atuar como concessionária de serviço público, pode fazer subconcessão, com fundamento no artigo 26 da Lei nº 8.987/95.

Desse modo, uma entidade da Administração Indireta não pode celebrar contrato de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada, na qualidade de parceiro público. Poderá eventualmente fazer parcerias, nessa qualidade, sob a modalidade de concessão administrativa, desde que o contrato não tenha por objeto a prestação de serviço público de titularidade do Poder Público, porque, neste caso, a este cabe fazer a parceria. O que é possível é a subconcessão, se a entidade atuar como concessionária de serviço público.

Não há impedimento na lei a que a entidade da Administração Indireta atue como parceiro privado, hipótese em que se sujeitará a todas as normas previstas na lei. Essa possibilidade somente existe se a atividade objeto do contrato se inserir entre as finalidades institucionais da entidade.

A Lei nº 11.079 permite com mais facilidade distinguir as **normas gerais** nela contidas, obrigatórias para União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as **normas federais** aplicáveis apenas à União. É que a lei contém um Capítulo VI, com



“disposições aplicáveis à União”, abrangendo os artigos 14 a 22. Tais dispositivos tratam especificamente do órgão gestor das parcerias público-privadas, do Fundo Garantidor de PPPs (FGP), das garantias a serem prestadas pelo parceiro público e dos limites para a contratação de PPPs. Tais dispositivos não são de aplicação obrigatória aos demais entes da federação, que poderão disciplinar a matéria dentro de sua própria competência legislativa resultante do artigo 22, XXVII, da Constituição, observadas as normas gerais contidas nos demais dispositivos da lei.

Aplica-se, subsidiariamente, à concessão patrocinada a Lei nº 8.987/95, conforme previsão contida no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 11.079. À concessão administrativa aplicam-se, conforme *caput* do artigo 3º, os artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987 e artigo 31 da Lei nº 9.074.

Além disso, aplica-se também subsidiariamente, em matéria de licitação, a Lei nº 8.666/93, conforme estabelece o artigo 12 da Lei nº 11.079.

#### 8.8.1.4.2 CONCEITO E MODALIDADES

Embora existam várias espécies de parceria entre os setores público e privado, a Lei nº 11.079/04 reservou a expressão **parceria público-privada** para duas modalidades específicas. Nos termos do artigo 2º, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

O dispositivo legal, na realidade, não contém qualquer conceito, porque utiliza expressões que também têm quer ser definidas, o que consta dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Pelo § 1º, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13-2-95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

E, pelo § 2º, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada.

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

#### 8.8.1.4.3 CONCESSÃO PATROCINADA

A concessão patrocinada é uma concessão de serviço público sujeita a regime jurídico **parcialmente** diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95. É a própria Lei nº 11.079/04 que o diz no conceito, já transcrito, contido no artigo 2º, § 1º. E é o que resulta também do § 3º do mesmo dispositivo, quando estabelece que “não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

*A contrario sensu*, será parceria público-privada quando envolver essa contraprestação.

A partir dessa constatação, o conceito de concessão patrocinada pode ser dado tomando por base o próprio conceito de concessão de serviço público contido no item 8.8.1.3.2. Ou seja, é possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

No que diz respeito ao conceito, a principal diferença entre a concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum é a que diz respeito à forma de remuneração; assim mesmo, essa diferença pode desaparecer se, na concessão tradicional, houver previsão de subsídio pelo poder público, conforme previsto no artigo 17 da Lei nº 8.987/95. Também existe diferença no que diz respeito (a) aos **riscos** que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público, (b) às **garantias** que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e (c) ao **compartilhamento** entre os parceiros de **ganhos econômicos** decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

As diferenças não são conceituais, mas de regime jurídico, **parcialmente** diverso na concessão patrocinada. Tanto assim que o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 11.079 determina que “as concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”.



A semelhança entre os dois institutos quase permitiria afirmar o contrário: a concessão patrocinada rege-se pela Lei nº 8.987 em tudo o que não for derogado pela Lei nº 11.079.

Sendo a concessão patrocinada uma concessão de serviços públicos, inúmeros são os pontos comuns com a modalidade disciplinada pela Lei nº 8.987.

- a) existência de **cláusulas regulamentares** no contrato, resultantes da atividade hoje chamada de regulação;
- b) outorga de **prerrogativas públicas** ao parceiro privado;
- c) sujeição do parceiro privado aos **princípios** inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários, além dos mencionados no artigo 6º da Lei nº 8.987/95;
- d) reconhecimento de **poderes** ao parceiro público, como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório e poder de decretar a caducidade;
- e) reversão, ao término do contrato, de bens do parceiro privado afetados à prestação do serviço;
- f) natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço;
- g) responsabilidade civil, por danos causados a terceiros, regida por normas publicísticas, mais especificamente o artigo 37, § 6º, da Constituição;
- h) efeitos trilaterais da concessão: sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários.

Mencionando especificamente a Lei nº 8.987/95, aplicam-se à concessão patrocinada as normas referentes a:

- a) direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);
- b) política tarifária (arts. 9º a 13), no que couber;
- c) cláusulas essenciais do contrato (art. 23), no que não contrariarem os incisos do artigo 5º da Lei nº 11.079;
- d) encargos do poder concedente (art. 29);
- e) encargos do concessionário (art. 31);
- f) intervenção (arts. 32 a 34);
- g) responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25, *caput*);
- h) subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º);
- i) subconcessão (art. 26);

- j) transferência da concessão (art. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei nº 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
- k) formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação (arts. 35 a 39);
- l) reversão (art. 36);
- m) licitação (arts. 15, §§ 3º e 4º, 18, 19 e 21), no que não contrariarem as normas dos artigos 11 a 13 da Lei nº 11.079;
- n) controle da concessionária (art. 30 da Lei nº 8.987/95, e arts. 31 e 36 da Lei nº 9.074/95).

Embora a concessão patrocinada seja equiparada, pela própria lei, à concessão de serviços públicos, existem algumas distinções no que diz respeito ao regime jurídico:

- a) a forma de remuneração, que deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais (art. 5º, IV) e que abrange, além da tarifa e outras fontes de receita previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado;
- b) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º);
- c) a possibilidade de serem prestadas, pela Administração Pública, garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias (art. 8º);
- d) o compartilhamento de riscos (art. 4º, VI, e art. 5º, III) e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX);
- e) normas específicas sobre licitação, derogando parcialmente as normas das Leis nºs 8.987/95 e 8.666/93 (arts. 10 a 13);
- f) possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, II);
- g) normas limitadoras do prazo mínimo e máximo do contrato (art. 5º, I);
- h) imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas (arts. 22 e 28, este último alterado pela Lei nº 12.766, de 27-12-12, conversão da Medida Provisória nº 575/12);
- i) vedação de utilização da concessão patrocinada quando o contrato for inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), conforme artigo 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/04; essa exigência não existe para os contratos de concessão de serviço público.

Essas características serão analisadas adiante, após tratar-se da chamada concessão administrativa, tendo em vista que, salvo quanto à forma de remuneração,

os demais traços são previstos na lei de forma idêntica para as duas modalidades de parcerias público-privadas.

Pelo conceito dado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11.079, a remuneração da concessionária compreende a tarifa cobrada dos usuários e a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. No entanto, como o dispositivo equipara a concessão patrocinada à concessão de serviços públicos ou de obras da Lei nº 8.987, e como o artigo 3º, § 1º, preceitua que essa lei se aplica subsidiariamente às concessões patrocinadas, é possível concluir que a remuneração pode abranger também as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, conforme está previsto no artigo 11 da Lei nº 8.987. No caso de que se trata, essas receitas podem favorecer a redução da própria contraprestação do poder público.

Nos termos do artigo 10, § 3º, a contribuição do parceiro público não pode ser superior a 70% da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, a menos que haja autorização legislativa específica.

A contraprestação pode ser paga diretamente pelo poder público, em pecúnia, por meio de ordem bancária, ou, indiretamente, pelas formas previstas no artigo 6º da Lei nº 11.079/04 (com novos parágrafos acrescentados pela Lei nº 12.766, de 27-12-12). Pelo § 2º, “o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado, para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do *caput* do artigo 18 da Lei nº 8.987, de 13-2-95, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8-8-12”. Nesse caso, se o aporte de recursos for realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas (§ 2º do art. 7º, acrescentado pela Lei nº 12.766/12).

Para a remuneração, em qualquer de suas modalidades, aplica-se o § 1º do artigo 5º, segundo o qual “as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após a apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta lei ou no contrato para a rejeição da atualização”.

Embora o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11.079, ao definir a concessão patrocinada, fale em contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, essa contraprestação pode assumir todas as formas previstas no artigo 6º da lei, a saber: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, outros meios admitidos em lei.

Isto significa que a contraprestação nem sempre é paga diretamente pelo poder público, já que a lei permite que esse pagamento seja efetuado de forma indireta.

A contraprestação do poder público só terá início quando o serviço objeto do contrato se tornar total ou parcialmente disponível (art. 7º, *caput*, e § 1º). Com isto, se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir tais tarefas às suas próprias custas, já que a tarifa do usuário também não pode, por sua natureza, ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado. Quando muito, o parceiro privado poderá, mesmo antes de iniciar a prestação do serviço, receber as receitas previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987, desde que não constituam encargos do poder público, previstos no artigo 6º da Lei nº 11.079.

Por isso mesmo, assume fundamental importância a figura do financiador do projeto de parceria público-privada, que está protegido pela Lei nº 11.079 por meio de uma série de medidas previstas no artigo 5º, § 2º. Além disso e pela mesma razão, a contraprestação da Administração Pública está coberta pelas garantias a que se refere o artigo 8º. Os dois preceitos serão analisados adiante, por serem figuras comuns às duas modalidades de parceria público-privada.

#### 8.8.1.4.4 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.079, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

O conceito peca pela falta de clareza. É preciso recorrer a outros dispositivos da lei para tentar esclarecer o real objetivo do legislador. Além do próprio conceito, já transcrito, existe outro dispositivo referindo-se à concessão administrativa, que é o artigo 3º, sobre as leis aplicáveis a essa modalidade. Todos os demais artigos (salvo os poucos que se referem à concessão patrocinada) fazem referência às parcerias público-privadas dando a entender que se aplicam, sem distinção, às duas modalidades.

Um primeiro dado que resulta do conceito legal é o que diz respeito ao objeto do contrato, que é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Resulta claro que o objeto principal é a prestação de serviço.

Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público). Vale dizer que haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, sob a forma de empreitada (arts. 6º, VIII, e 10).

Na concessão patrocinada (da mesma forma que na concessão de serviços públicos comum ou tradicional), a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material. Na concessão

administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço.

No entanto, não é possível identificar inteiramente a concessão administrativa com a empreitada. Em primeiro lugar, porque, na primeira, o parceiro privado sujeitar-se-á às normas da Lei nº 11.079, da Lei nº 8.987 (arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e da Lei nº 9.074/95 (art. 31), enquanto na segunda aplica-se a Lei nº 8.666/93.

Em segundo lugar, apesar da errônea impressão que decorre do conceito legal contido no artigo 2º, § 2º, outros dispositivos permitem inferir que a concessão administrativa terá ou poderá ter por objeto a prestação de serviço público, até porque a lei expressamente veda a concessão patrocinada ou administrativa “que tenha por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública” (art. 2º, § 4º, inciso III). Por exemplo, a parceria público-privada não poderá ter por objeto só a construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei nº 8.666; após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta; a ideia bastante provável é a de que deverá haver a gestão do serviço pelo parceiro privado.

Essa ideia é reforçada pelo fato de que vários dispositivos legais referentes à concessão de serviço público serão aplicados à concessão administrativa. Além de alguns dispositivos da Lei nº 8.987, que se referem ao contrato (arts. 21 e 23), aplicam-se à concessão administrativa as normas que tratam da responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, os usuários e terceiros (art. 25), da subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º), da transferência da concessão (art. 27), dos encargos do poder concedente (art. 29), dos encargos da concessionária (art. 31), da intervenção (arts. 32 a 34), da extinção, abrangendo o advento do termo, a encampação, a caducidade, a rescisão, a anulação, a falência ou extinção da empresa, o falecimento ou incapacidade do titular (arts. 32 a 39), além da reversão (art. 36). É o que decorre do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 11.079. Se o objeto do contrato fosse tão somente a prestação de serviço, à semelhança do contrato de empreitada, não teria sentido a aplicação desses dispositivos da Lei nº 8.987/95 à concessão administrativa.

Por isso, o conceito inserido no artigo 2º, § 2º, causa certa perplexidade, já que alguns dos dispositivos mencionados pressupõem a gestão do serviço pelo concessionário; é o caso, por exemplo, do artigo 31, que inclui, entre os encargos da concessionária, o de prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários; do artigo 32, que prevê a intervenção para assegurar a adequação na prestação do serviço; do artigo 34, segundo o qual, ao término da intervenção, a administração do serviço será devolvida à concessionária; é o caso também do § 2º do artigo 35, que prevê, ao término da concessão, a imediata assunção do serviço pelo poder concedente. É evidente que em um contrato de empreitada que tenha por objeto a simples execução material de uma atividade não se justificam poderes como esses.

Diante disso, pode-se dizer que os dispositivos citados, da Lei nº 11.079, desmentem, de certa forma, a ideia que se quis passar com a regra do artigo 2º, § 2º, de que se trataria de contrato de prestação de serviços.

Na realidade, a interpretação sistemática da lei permite concluir que a concessão administrativa tanto pode ter, eventualmente, por objeto a execução material de atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão de serviço público comum e na concessão patrocinada), que é o real objetivo do legislador.

Além da norma do artigo 3º já mencionada, outros dados permitem chegar à mesma conclusão:

- a) em primeiro lugar, o artigo 2º, § 2º, ao falar em “serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta”, implicitamente admite a prestação de serviços a terceiros; com efeito, quando o dispositivo fala na Administração como usuária direta, pode-se imaginar qualquer dos serviços prestados diretamente a ela, previstos nos artigos 6º, II, e 13 da Lei nº 8.666; porém, quando se fala em usuária indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (como os estudantes de uma escola pública, os pacientes de um hospital público etc.);
- b) em segundo lugar, o artigo 4º, III, só exclui dos objetos das parcerias público-privadas as atividades que sejam exclusivas do Estado; dentre as não exclusivas, algumas somente poderão ser objeto de concessão patrocinada (que permite cobrança de tarifa dos usuários), o que significa que as outras só poderão ser objeto de concessão administrativa (quando não haja possibilidade de cobrar tarifa dos usuários).

Isto permite concluir que a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários – está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário).

Se esse objeto de concessão administrativa – delegação da execução de serviço público – se revelar verdadeiro, haverá terceirização de atividade-meio (serviços administrativos) e atividade-fim (serviços sociais do Estado).

A forma de remuneração, na concessão administrativa, é fundamentalmente a contraprestação paga pela Administração, por uma das formas previstas no artigo 6º da Lei nº 11.079, com as alterações feitas pela Lei nº 12.766, de 27-12-12 (conversão da Medida Provisória nº 575/12).

Evidentemente, não há impedimento a que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes

de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6º, ao falar em “*outros meios admitidos em lei*”, deixa claro que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa.

O que não existe, na concessão administrativa, é a tarifa cobrada do usuário porque, nesse caso, haveria concessão patrocinada. Por essa razão, o objeto do contrato só poderá ser serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado.

Não havendo possibilidade de instituição de tarifa e a contribuição do poder público só se iniciando quando o serviço se tornar disponível, a figura do financiador e as medidas previstas para garantir o seu investimento, mais uma vez, adquirem importância fundamental para o sucesso da parceria público-privada.

#### 8.8.1.4.5 TRAÇOS COMUNS À CONCESSÃO PATROCINADA E À CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

São pontos comuns às duas modalidades de parcerias público-privadas:

- a) a previsão de **contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado**, sob pena de se configurar a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95; é o que estabelece o artigo 2º, § 3º, da Lei nº 11.079; só que na concessão patrocinada a contraprestação do parceiro público é um *plus* em relação à tarifa cobrada do usuário, enquanto na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração;
- b) a garantia do **equilíbrio econômico-financeiro**, não prevista expressamente na Lei nº 11.079/04, mas decorrente, na concessão patrocinada, da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, em especial os artigos 9º e 10; em ambas as modalidades, a garantia decorre implicitamente do artigo 5º, III e IV, da Lei nº 11.079, que prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” e à “forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais”; trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos;
- c) o **compartilhamento de ganhos econômicos** decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; essa característica se justifica porque, para as parcerias público-privadas, ao contrário do que ocorre na concessão de serviços públicos, o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, § 2º), reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público;



- d) o **financiamento por terceiros**, referido em alguns dispositivos da Lei nº 11.079/04, como ocorre nos artigos 5º, § 2º, 18, § 2º, e 24; este último prevê que o Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar;
- e) previsão dos três tipos de garantias referidos nos artigos 5º e 5º-A (redação dada pela Lei nº 13.097, de 19-1-15) para as parcerias público-privadas: (1) as garantias de execução do contrato, prestadas **pelo parceiro privado ao parceiro público**, que são as mesmas previstas na Lei nº 8.666/93, para os contratos administrativos em geral (art. 56, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.079); (2) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas **pelo parceiro público perante o parceiro privado**, prevista no artigo 8º da Lei nº 11.079 e abrangendo: vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público e garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal; com relação à vinculação de receitas e à instituição de fundo, merece especial menção parecer proferido por Kiyoshi Harada, publicado no *Boletim de Direito Administrativo* (São Paulo: NDJ, nº 3, p. 308-315, mar. 2005); e (3) a contragarantia prestada **pelo parceiro público aos financiadores e garantidores**, que pode assumir as seguintes modalidades: I – **transferência do controle ou administração temporária da sociedade de propósito específico** para os financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para esse efeito o previsto no inciso I do § 1º do artigo 27 da Lei nº 8.987, de 13-2-95;<sup>12</sup> II – possibilidade de **emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto** em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – legitimidade dos financiadores do projeto para **receberem indenizações por extinção antecipada do contrato**, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas;

<sup>12</sup> O artigo 27, § 1º, da Lei nº 8.987/95 estabelece que, “para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá: I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”.



- f) constituição de **sociedade de propósitos específicos** (art. 9º da Lei nº 11.079), em caráter obrigatório, independentemente de o licitante vencedor ser ou não um consórcio;
- g) previsão de **penalidades aplicáveis à Administração Pública** (art. 5º, II), o que somente será possível se se tratar de multa ressarcitória, cujo objetivo é o de indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente causados pelo poder concedente; qualquer outro tipo de penalidade é inconcebível de ser imposta à Administração Pública, porque a sanção resultaria aplicada ao próprio Estado, que detém com exclusividade o poder sancionatório;
- h) **delimitação do prazo contratual**, que não pode ser inferior a cinco nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação (art. 5º, inciso I);
- i) **normas sobre licitações**, a serem tratadas no item subsequente;
- j) **observância da Lei de Responsabilidade Fiscal**, também a ser mencionada no item subsequente;
- k) **imposição de limite de despesa**, conforme artigos 22 e 28 (alterados pela Lei nº 12.024, de 27-8-09); o artigo 22 está inserido entre as normas aplicáveis apenas à União e veda a contratação de parceria público-privada “quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”; como não podia definir o limite para Estados e Municípios, sob pena de ferir a sua autonomia, estabeleceu esse limite de forma indireta, no artigo 28, proibindo a União de conceder garantia e transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se estes não observassem o limite previsto no dispositivo e que, na redação original, era igual ao estabelecido para a União; levando em conta que esse limite praticamente impossibilitava a contratação de parcerias público-privadas no âmbito de alguns Estados e na grande maioria dos Municípios, o artigo 28 foi alterado pela Lei nº 12.766, de 27-12-12, para proibir a União de conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a 5% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios;
- l) vedações previstas no artigo 2º, § 4º, da Lei nº 11.079/04 a saber, celebração de contrato de parceria público-privada: “I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos ou III – que

tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

No que diz respeito à transferência de controle e à administração temporária (referidas no item e, supra, como modalidades de garantia do parceiro público aos financiadores e garantidores do contrato), a Lei nº 13.097/15 acrescentou o artigo 5º-A à Lei nº 11.079, praticamente repetindo algumas normas acrescentadas na Lei nº 8.987/95, no artigo 27-A. O objetivo é disciplinar a transferência do controle e a administração temporária previstas no já referido artigo 5º, § 2º, inciso I.

O artigo 5º-A, no inciso I, considera como controle da sociedade de propósito específico “a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do artigo 116 da Lei nº 6.404, de 16-12-76” (Lei da Sociedade por Ações). Trata-se de propriedade resolúvel porque somente remanesce enquanto o concessionário não cumprir as obrigações em relação ao financiador ou garantidor.

E o inciso II considera como administração temporária da sociedade de propósito específico pelos financiadores e garantidores “quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15-12-76; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo”.

O prazo da administração temporária tem que ser estabelecido pelo poder concedente (art. 5º-A, § 2º).

Nos termos do § 1º, “a administração temporária autorizada pelo poder concedente não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados”.

#### 8.8.1.4.6 DA LICITAÇÃO

No Capítulo V, que trata da licitação, a Lei nº 11.079/04, no artigo 10, prevê a obrigatoriedade de licitação para a contratação de parceria público-privada, na modalidade de concorrência, condicionando a abertura do procedimento à observância de determinadas formalidades, que abrangem, em resumo: (a) autorização pela autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e oportunidade da contratação; (b) demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4-5-00; (c) submissão

da minuta do edital e do contrato a consulta pública; e (d) licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Quanto à autoridade competente para a autorização de abertura da licitação e à motivação, a Lei nº 11.079 disciplina o assunto nos artigos 14 e 15, dos quais se deduz que as minutas de edital serão elaboradas pelo Ministério ou Agência Reguladora em cuja área de competência se insira o objeto do contrato. A autorização para a contratação será dada pelo órgão gestor, instituído, na União, pelo Decreto nº 5.385, de 4-3-05, alterado pelo Decreto nº 6.037, de 7-2-07, com o nome de Comitê Gestor de Parceria Público Privada – CGP; essa autorização será precedida de estudo técnico sobre a conveniência e a oportunidade da contratação e o cumprimento de disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal; sobre esse estudo técnico, haverá manifestação fundamentada do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto ao mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão de garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o artigo 22.

Segundo esse dispositivo, a União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Estando esse dispositivo inserido no capítulo das disposições aplicáveis à União, os demais entes da Federação terão que definir em lei os respectivos limites, cientes, no entanto, de que, se os limites forem superiores ao estabelecido no artigo 22, não poderão obter garantias nem receber transferências voluntárias da União, conforme estabelece o artigo 28. Foi uma forma indireta e, portanto, inconstitucional, de a lei federal instituir limite em matéria que seria de competência de cada ente da federação.

Quando a lei exige manifestação quanto ao mérito, tem-se que entender que aí se incluem vários aspectos, como o da razoabilidade e proporcionalidade, que exigem adequação entre meios e fins, exame da relação de custo-benefício, utilidade para o interesse público, economicidade, entre outros.

No que diz respeito ao aspecto jurídico, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 8.666, que exige exame e aprovação pela assessoria jurídica da Administração sobre as minutas dos editais e dos contratos (art. 38, parágrafo único).

No âmbito do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, cabe a cada qual disciplinar, por lei, a matéria referente à competência, já que os referidos dispositivos da lei federal são de aplicação restrita à União. Na Lei nº 11.688, de 19-5-04, do Estado de São Paulo, optou-se pela criação de um Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, outorgando-lhe, entre outras atribuições, a de aprovar projetos de parceria público-privadas.

No que diz respeito ao cumprimento da **Lei de Responsabilidade Fiscal**, o artigo 10, incisos I, b e c, a V, da Lei nº 11.079/04 exige que os estudos técnicos que antecederem a abertura da licitação demonstrem:

- a) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00), devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (inciso I, b);
- b) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do artigo 25, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, nas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato (inciso I, c); esses dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal tratam dos limites do endividamento e da recondução da dívida aos seus limites;
- c) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (inciso II);
- d) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual (inciso III);
- e) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública (inciso IV);
- f) previsão no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado (inciso V).

Aparentemente, procura-se dar cumprimento a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. A grande dificuldade está no fato de que essa lei impõe uma série de restrições voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, a qual, nos termos do artigo 1º, § 1º, “pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, gestão de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

A dificuldade, no entanto, de dar cumprimento às exigências dessa lei é grande, em razão do prazo de duração dos contratos de parceria público-privada, que vai

de cinco a 35 anos. Ocorre que as restrições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Se a Lei nº 11.079 exige, por exemplo, elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (dando cumprimento ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal), isto significa que a cada exercício esse estudo deverá ser repetido; se constatado que a despesa não é compatível com o plano plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou com a lei orçamentária anual, o contrato terá que ser obrigatoriamente rescindido.

Não há como o ordenador da despesa fazer estimativas que cubram todo o período de vigência do contrato. As estimativas são feitas para o exercício em que a despesa for efetuada e os dois subsequentes (conforme art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal). Em razão disso, ou essa lei resultará descumprida, na medida em que empenhará orçamentos futuros, ou levará à rescisão dos contratos que venham a descumpri-la no decorrer de sua execução, com as consequências financeiras que toda rescisão extemporânea acarreta para o Poder Público.

Vale dizer que nenhuma das exigências contidas no artigo 10, incisos I a V, pertinentes à Lei de Responsabilidade Fiscal, tem condições de ser cumprida em relação a todo o período de vigência dos contratos.

Não há dúvida de que a Lei nº 11.079, embora com a natureza de lei ordinária, conflita com os objetivos, princípios e normas que inspiraram a Lei de Responsabilidade Fiscal, que tem a natureza de lei complementar.

Outra exigência que deve ser atendida antes da abertura da licitação é a **consulta pública**. O artigo 10, inciso VI, da Lei nº 11.079 exige que a minuta de edital e de contrato seja submetida à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

Não há dúvida de que a exigência é útil em termos de participação dos interessados. Mas ela será inútil para o cumprimento dos princípios da democracia participativa se as sugestões não forem efetivamente examinadas e a sua recusa devidamente justificada. A consulta não pode transformar-se em mero instrumento formal para dar aparência de legalidade à exigência, como costuma acontecer com relação a medidas semelhantes previstas em outras leis.

Ainda como formalidade prévia à abertura do procedimento da licitação, o inciso VII do artigo 10 exige a **licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento**, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir. Na realidade, a exigência seria desnecessária, porque toda a matéria de licenciamento já está disciplinada em lei, especialmente a Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

A regulamentação prevista no referido dispositivo legal terá que observar toda a legislação vigente sobre a matéria.

Quanto ao procedimento da licitação, a Lei nº 11.079/04, da mesma forma que a Lei nº 8.987/93, não o define, limitando-se, nos artigos 11 a 13, a estabelecer algumas normas específicas que complementam ou derrogam parcialmente as Leis nºs 8.666/93 e 8.987/95. Além disso, o artigo 12 determina expressamente que o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos.

O artigo 11 refere-se ao instrumento convocatório, mandando aplicar, no que couber, os §§ 3º e 4º do artigo 15, os artigos 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, o que significa: (a) possibilidade de recusa de propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação (§ 3º do art. 15); (b) preferência à proposta apresentada por empresa brasileira, quando haja igualdade de condições (§ 4º do art. 15); (c) elaboração do edital pelo poder concedente segundo critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, com inclusão dos itens especialmente indicados (art. 18); (d) observância das normas sobre participação de empresas em consórcio (art. 19); (e) exigência de serem postos à disposição dos interessados estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à licitação, realizados pelo poder concedente ou com sua autorização, cabendo ao vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital (art. 21).

Além da observância desses dispositivos da Lei nº 8.987, o instrumento convocatório poderá ainda prever, em consonância com o artigo 11, *caput* e parágrafo único: (a) exigência de garantia dentro do limite previsto no inciso III do artigo 31 da Lei nº 8.666 (1% do valor estimado do objeto do contrato); (b) possibilidade de emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem; (c) as garantias, quando houver, da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

Embora o dispositivo não o diga, é evidente que o edital também terá que prever as garantias a serem ofertadas ao financiador do projeto; além da exigência constituir aplicação do princípio da vinculação ao edital, ela decorre implicitamente do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 11.079, que autoriza a previsão dessa possibilidade no contrato; como a minuta do contrato acompanha o edital de licitação, conforme o exige o artigo 11, nela deverá ser inserida essa garantia, sob pena de não poder ser concedida após o término da licitação.

Quanto ao emprego da arbitragem, a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública foi reafirmada pela Lei nº 13.129, de 26-5-15, que alterou a Lei nº 9.307, de 23-9-96, para permitir que a Administração Pública direta e indireta utilize a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Sobre arbitragem, v. cap. 20.

Ainda com relação ao edital, o artigo 13 permite (não obriga) a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Sabe-se que, no procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/93, a habilitação precede necessariamente o julgamento, o que tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, pelos conflitos comuns na fase de habilitação, em que já se estabelece competição entre os licitantes; esses conflitos normalmente não são resolvidos na via administrativa, levando as partes a litigarem no Poder Judiciário, atrasando o término do procedimento, em prejuízo do interesse público. Na Lei nº 10.520, de 17-7-02, que instituiu o pregão como modalidade de licitação, essa inversão é prevista em caráter obrigatório, conforme artigo 4º, incisos VII a XIII. Agora, para as parcerias público-privadas, a inversão é prevista como faculdade discricionária do poder concedente, ao elaborar o edital de licitação. Do mesmo modo, essa inversão é prevista na Lei nº 8.987/95, em decorrência de alteração nela introduzida pela Lei nº 11.196/05.

O artigo 12, além de sujeitar o certame à legislação sobre licitações e contratos administrativos, estabelece algumas normas específicas sobre a fase de julgamento, o que também derroga as Leis nºs 8.666 e 8.987. O dispositivo indica os critérios de julgamento, que podem ser:

- a) o previsto no inciso I do artigo 15 da Lei nº 8.987, ou seja, o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; esse critério, evidentemente, somente se aplica à concessão patrocinada, já que na concessão administrativa não existe possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários;
- b) o previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal, que é o da melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;
- c) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- d) a melhor proposta em razão da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Embora alguns dos critérios apontados prevejam a combinação da maior oferta ou da menor contraprestação a ser paga pela Administração com o da melhor técnica, o inciso I do artigo 12 permite que o julgamento seja precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes.

Com relação às propostas econômicas, o inciso III do artigo 12 admite que as mesmas sejam (a) escritas em envelopes lacrados, ou (b) escritas, seguidas de lances em viva voz. Nessa segunda hipótese, os lances serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances, porém podendo restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita seja no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta (§ 1º).



Outra novidade da lei, quanto ao procedimento da licitação, é a possibilidade de ser previsto no edital o saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer às exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. A lei não diz, mas exatamente por isso se subentende que essa correção é possível tanto em relação ao julgamento como à habilitação. Trata-se de medida salutar, que certamente evitará muitas das controvérsias suscitadas por licitantes inabilitados ou desclassificados no curso do procedimento.

Nota-se que a lei deixou larga margem de discricionariedade para a elaboração do edital, cabendo à autoridade decidir sobre a inclusão ou não dos seguintes itens: exigência de garantia, emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de julgamento, forma de apresentação das propostas econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, limitação dos lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta, inversão das fases de habilitação e julgamento. Sendo decisões discricionárias do poder concedente e derogando a legislação vigente sobre licitação, a ausência de qualquer dessas possibilidades no instrumento convocatório significará que não poderão ser adotadas posteriormente.

#### 8.8.1.4.7 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Procedimento de manifestação de interesse é o meio pelo qual pessoa física ou jurídica de direito privado manifesta seu interesse em apresentar subsídios à Administração Pública na estruturação de empreendimentos que constituam objeto de **concessão ou permissão de serviços públicos**, de **parceria público-privada**, de **arrendamento de bens públicos** ou de **concessão de direito real de uso**.

Trata-se de importante instrumento de que a Administração Pública pode valer-se, facultativamente, para suprir a sua insuficiência de conhecimento técnico indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos. É um procedimento facultativo porque, se a Administração Pública preferir, poderá valer-se de trabalhos efetuados por seus próprios servidores ou poderá celebrar com terceiros contratos de prestação de serviços para elaboração de projetos, com fundamento na Lei nº 8.666/93.

Para a concessão e permissão de serviço público, o fundamento para tal procedimento encontra-se no artigo 21 da Lei nº 8.987, de 13-2-95 (lei de concessões e permissões de serviços públicos), em cujos termos “os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”. Embora o dispositivo somente se refira à concessão, também é cabível na permissão, em

decorrência da norma do artigo 40 da lei. O mesmo artigo 21 serve de fundamento para a utilização do procedimento de manifestação de interesse nas parcerias público-privadas, em decorrência das normas contidas no artigo 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30-12-04 (que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública). O artigo 3º, *caput*, manda aplicar às concessões administrativas vários dispositivos da lei de concessões, dentre os quais o artigo 21. E o § 1º submete as concessões patrocinadas, subsidiariamente, ao disposto na lei de concessões.

O artigo 21 da Lei nº 8.987 parte do pressuposto de que estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos tenham sido realizados previamente à licitação, com ou sem autorização do poder concedente e sejam de seu interesse e utilidade para a licitação. Nesse caso, tais elementos têm que estar à disposição de todos os licitantes, devendo o vencedor ressarcir os dispêndios correspondentes, desde que devidamente especificados no edital.

Por sua vez, o artigo 31 da Lei nº 9.074, de 7-7-95 (que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos), também é indicado como fundamento para o procedimento de manifestação de interesse, tendo em vista que permite, nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, que os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo participem, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Para as parcerias público-privadas, o procedimento de manifestação de interesse estava regulamentado pelo Decreto nº 5.977, de 1º-12-06, que foi revogado pelo Decreto nº 8.428, de 2-4-15. Este tem aplicação às concessões e permissões de serviços públicos, às parcerias público-privadas, ao arrendamento de bens públicos e às concessões de direito real de uso. Tratando-se de decreto que regulamenta dispositivos de leis que contêm normas gerais de licitação e contratos (aplicáveis em âmbito nacional, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal), ele tem a mesma amplitude das normas regulamentadas. No entanto, como a competência da União abrange apenas as *normas gerais*, não há óbice jurídico para que Estados e Municípios tenham seus regulamentos, como já vem ocorrendo.

O Decreto nº 8.428/15, no artigo 1º, § 4º, prevê três fases para o procedimento: I – abertura, por meio de publicação de edital de chamamento público; II – autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e III – avaliação, seleção e aprovação.

O **chamamento público**, que deve ser cercado de ampla publicidade, pode ser aberto de ofício pela autoridade máxima ou pelo órgão colegiado máximo do órgão ou entidade competente para proceder à licitação ou para elaborar o projeto, ou pode ser aberto mediante provocação da pessoa física ou jurídica interessada. O edital de chamamento deve conter os requisitos mencionados no artigo 4º, como objeto, prazos, valor máximo para ressarcimento, contraprestação do poder público (no caso de parceria público-privada).

A **autorização** para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos constitui a segunda fase do procedimento. Nos termos do artigo 6º do Decreto: I – será conferida sem exclusividade; II – não gerará direito de preferência no processo licitatório do empreendimento; III – não obrigará o Poder Público a realizar licitação; IV – não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; e V – será pessoal e intransferível. Vale dizer que o fato de a Administração dar a autorização não cria qualquer direito ao interessado, nem mesmo o de ser ressarcido. Ele realiza o projeto às suas próprias custas, podendo ser ressarcido se utilizado na licitação que vier a ser realizada e desde que esse ressarcimento seja previsto no instrumento convocatório (conforme art. 21 da Lei nº 8.987).

O Decreto nº 8.428/15 prevê, no artigo 7º, a **cassação** da autorização (em caso de descumprimento de seus termos), a sua **revogação** (em caso de perda de interesse do Poder Público ou desistência da pessoa autorizada) e **anulação** (em caso de vício no procedimento ou outros motivos previstos em lei), bem como a possibilidade de ser **tornada sem efeito** (em caso de superveniência de dispositivo legal que, por qualquer motivo, impeça o recebimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos). Em nenhuma dessas hipóteses, o autorizado terá direito a ressarcimento (art. 7º, § 3º). Não há qualquer ilicitude nessa norma, tendo em vista que a pessoa interessada em participar do procedimento conhece de antemão as normas que o regem e, ainda assim, corre o risco de efetuar despesas, que não serão ressarcidas, a não ser que se configure a hipótese prevista no artigo 21 da Lei nº 8.987/95. Nesse caso, o autor do projeto, estudos ou levantamentos será ressarcido pelo vencedor da licitação.

A **avaliação, seleção e aprovação** correspondem à terceira fase do procedimento e são realizadas por comissão designada pelo órgão ou pela entidade solicitante. Esta pode solicitar a reapresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados, caso necessitem de detalhamentos ou correções, a serem apresentados em prazo indicado pelo órgão ou pela entidade solicitante, sob pena de cassação da autorização.

Os critérios para avaliação e seleção, que devem constar do edital de chamamento público, devem observar os requisitos previstos no artigo 10 do Decreto nº 8.428/15.

Os trabalhos selecionados não vinculam a Administração (art. 11). Eles podem ser rejeitados total ou parcialmente. Pode ocorrer que nenhum projeto, levantamentos, investigações ou estudos seja selecionado. Aqueles que forem selecionados terão seu valor apurado pela comissão competente. O valor poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados (art. 15). O artigo 16 determina que os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame. A norma

está em conformidade com o artigo 21 da Lei nº 8.987/95. Para esse fim, o artigo 17 do Decreto determina que o edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o artigo 1º conterà obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação.

Pelo artigo 18 do Decreto, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados poderão participar direta ou indiretamente da licitação ou da execução de obras ou serviços, exceto se houver disposição em contrário no edital de abertura do chamamento público do procedimento de manifestação de interesse.

Nenhuma retribuição é devida pelo poder público (art. 16, parágrafo único), a não ser na hipótese prevista no artigo 4º, inciso II, g, referente aos dados que devem constar do edital, dentre eles a “contraprestação pública admitida, no caso de parceria público-privada, sempre que possível estimar, ainda que sob a forma de percentual”.

#### 8.8.1.4.8 NORMAS APLICÁVEIS APENAS À UNIÃO

Conforme assinalado, a Lei nº 11.079/04 distinguiu, dentre as suas normas, as que têm natureza de normas gerais, aplicáveis a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as que são aplicáveis apenas à União. Com relação a estas últimas, os demais entes da Federação terão competência própria para legislar.

São de âmbito federal os artigos da lei que tratam da instituição do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), que terá por finalidade, nos termos do artigo 16, com a redação dada pela Lei nº 12.409, de 25-5-11, “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

A lei não instituiu propriamente o Fundo, limitando-se a dar algumas de suas características e autorizando a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais a participar no limite global de seis bilhões de reais (art. 16, alterado pela Lei nº 12.409/11). Presume-se que cada uma dessas pessoas jurídicas contribuirá com cotas, na medida em que celebrem contratos de parceria público-privada, com base no artigo 1º da Lei.

Pelo § 4º do artigo 16, “a integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial”.

O artigo 17 estabelece que “o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do artigo 4º da Lei nº 4.595, de 31.12.64”. O artigo 18, com a redação dada pela Lei nº 12.409/11, determina que “o estatuto e o regulamento do FGP devem

deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo”. A mesma Lei nº 12.409/11 incluiu o § 8º no artigo 18 para permitir que o FGP utilize parcela da cota da União para prestar garantia aos seus fundos especiais, às suas autarquias, às suas fundações públicas e às suas empresas estatais dependentes.

Ocorre que o fundo, para ser assim considerado e existir validamente, tem que ser criado por lei que indique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. O fundo é uma *receita* específica que a *lei* afasta do caixa único e vincula a um fim determinado. Sem receita vinculada, o fundo não tem existência legal. Não há possibilidade de ser o fundo *criado* por instituição financeira, ainda que esta integre a Administração Indireta. O que a instituição financeira poderá fazer é tomar as medidas administrativas para colocar o fundo em funcionamento, depois de ter sido instituído por lei.

Também é juridicamente inaceitável que fundos especiais, autarquias, fundações públicas e empresas estatais em geral, não identificados na lei, possam destinar uma parte de sua receita e de seu patrimônio à constituição desse fundo. As entidades da Administração Indireta estão sujeitas ao princípio da especialidade, que significa a vinculação aos fins para os quais foram instituídas. Elas não podem destinar parcelas de sua receita ou de seu patrimônio a finalidade diversa, sem autorização legislativa específica. Todas elas são criadas ou autorizadas por lei, que define os seus fins, o seu patrimônio, a sua receita. Se uma ou algumas dessas entidades dispõe de bens excedentes às suas necessidades, a lei terá que especificá-las e indicar os bens transferíveis ao Fundo. Não pode ser dada uma autorização em branco às autarquias, fundações públicas e empresas estatais em geral para destinarem verbas orçamentárias próprias, bens móveis ou imóveis ou mesmo direitos de que sejam titulares. Sem autorização legislativa específica, essa destinação caracterizaria ato de improbidade administrativa definido no artigo 10 da Lei nº 8.429, de 2-6-92. Há que se lembrar, também, que essa destinação não poderá fazer-se com infringência à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00) exatamente pelo fato de tratar-se de lei complementar a que as leis ordinárias se sujeitam hierarquicamente. Também não há fundamento para que fundos especiais da União destinem parte de sua receita para a constituição do FGP, já que os fundos, por definição, são receitas vinculadas a determinados fins; não há como destinar essas receitas a finalidade diversa, como previsto no artigo 16 da Lei 11.079/04, com a redação dada pela Lei nº 12.409/11).

As garantias a serem prestadas pelo FGP estão disciplinadas pelo artigo 18 da Lei nº 11.079/04, que foi alterado e acrescido de alguns parágrafos pela Lei nº 12.766/12.

O § 1º do artigo 18 indica as modalidades de garantia que podem ser prestadas pelo FGP, a saber: (I) fiança, sem benefício de ordem para o fiador; (II) penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia; (III) hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; (IV) alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos

bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução de garantia; (V) outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; (VI) garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Neste último inciso, está prevista praticamente a possibilidade de constituição de um fundo específico dentro do FGP. Específico, porque ele ficará destinado a garantir um contrato de parceria determinado, não podendo ser utilizado para garantir outras obrigações assumidas pelo FGP. É o que estabelece o artigo 21 da lei, que utiliza a expressão *patrimônio de afetação* para designar as parcelas vinculadas por essa forma. Os bens que integram esse patrimônio de afetação não podem ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP. Por outras palavras, esse patrimônio de afetação será criado para privilegiar determinado credor, o que é de constitucionalidade pelo menos duvidosa, por contrariar os princípios da isonomia e impessoalidade que devem nortear a destinação dos recursos orçamentários. A norma vai em sentido oposto ao objetivo que inspirou o legislador ao exigir que, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, seja obedecida, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades (art. 5º da Lei nº 8.666/93).

Pelo § 7º do artigo 18, “em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”.

Difícilmente poderão, sem impugnação, ser concedidas as garantias previstas no § 1º do artigo 18 e sujeitá-las, também sem impugnação, à constrição judicial. Embora a lei diga que o FGP tem natureza privada (art. 16, § 1º) e que a sua administração, gestão e representação judicial e extrajudicial será atribuída à instituição financeira sob controle direto ou indireto da União, na realidade o fundo vai ser constituído com receitas e bens públicos, oriundos da União, suas autarquias e fundações públicas. Essas receitas e esses bens não perderão a sua natureza pública pelo fato de ficarem vinculados a um fundo, tanto assim que o artigo 19 assegura a qualquer dos cotistas a possibilidade de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, e o artigo 20, parágrafo único, prevê que, em caso de ser “dissolvido” (melhor se diria “extinto”) o fundo, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução (“extinção”). Vale dizer que os bens voltam a integrar o patrimônio da União, autarquia ou fundação pública.

Se os bens da União, autarquias e fundações públicas são públicos e, portanto, impenhoráveis, por força do artigo 100 da Constituição, não perdem essa natureza pelo fato de ficarem vinculados a um Fundo. Se isso fosse possível, estar-se-ia, pela via indireta, alcançando objetivo que o constituinte quis coibir com a regra do referido dispositivo constitucional. A cada vez que uma pessoa pública quisesse oferecer

bens de seu patrimônio em garantia de dívidas, poderia instituir um fundo ao qual esses bens fossem vinculados. Nem por lei isso pode ser feito, sob pena de burla ao preceito constitucional. Aliás, parece ter sido exatamente esse o objetivo do legislador ao instituir o Fundo. Tanto assim que o artigo 18 apenas fez referência à União, autarquias e fundações públicas, não abrangendo empresas públicas e sociedades de economia mista, provavelmente pelo fato de que estas, sendo pessoas jurídicas de direito privado, podem oferecer bens não afetados à realização de serviços públicos em garantia do parceiro privado, sem necessitarem da constituição de fundo para fugir à regra constitucional, já que não estão sujeitas ao processo de execução ali estabelecido.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade do artigo 8º, incisos I e II, da Lei nº 11.079, merece especial menção, mais uma vez, parecer proferido por Kiyoshi Harada, a pedido da Comissão de Precatórios da OAB, Sessão de São Paulo (publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, nº 3, p. 308-315, mar. 2005).

Em resumo, a instituição do FGP depende de lei que especifique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. Não pode o Fundo ser instituído com burla à norma constitucional de que decorre a impenhorabilidade de bens públicos.

Muito mais adequada é a solução adotada pela lei paulista (11.688, de 19-5-04) que, no Capítulo IV, trata da Companhia Paulista de Parcerias (CPP). Ela autoriza o Poder Executivo a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, e define os seus objetivos (art. 12); indica a forma como será constituído o seu capital (art. 14), mencionando os bens imóveis que poderão ser utilizados para a integralização do capital da entidade (art. 14, § 2º, combinado com os arts. 19 e 20, e Anexo I). Não existe qualquer autorização legislativa em branco. Os bens transferidos para a CPP passarão a integrar o seu patrimônio, podendo, sem qualquer ofensa à Constituição, ser oferecidos em garantia de compromissos vinculados a parcerias público-privadas, na forma do artigo 15. É verdade que a prestação de garantia pela CPP irá esbarrar na proibição contida no artigo 40, § 6º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual “é vedado às entidades da Administração Indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos”. No entanto, afastada a interpretação puramente literal do dispositivo, é possível entender que o mesmo teve por objetivo impedir que as entidades da Administração Indireta empenhem verbas do seu patrimônio para prestar garantias a terceiros, em prejuízo de seu fim institucional. No caso da solução adotada pela lei paulista, a entidade foi criada com o objetivo específico de prestar garantia mediante a utilização de bens integrados ao seu patrimônio pela própria lei instituidora. Esse é o seu objetivo institucional. Não há outra atribuição específica que possa ficar prejudicada com a prestação da garantia.

Outra norma aplicável apenas à União é a que diz respeito ao **órgão gestor das parcerias público-privadas**, a ser instituído por decreto, com as seguintes competências: (I) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; (II) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; (III) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; (IV) apreciar os relatórios de execução dos contratos.



A constituição do órgão está disciplinada no § 1º e contará com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (que coordenará os trabalhos), do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise (§ 2º).

Embora o órgão tenha competência decisória sobre a contratação, depende, para esse fim, conforme artigo 14, § 3º, de manifestação prévia e fundamentada do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o artigo 22.

No que diz respeito à licitação, o órgão gestor não a realiza, limitando-se a autorizar a abertura do procedimento e aprovar o edital; a licitação é realizada pelo próprio Ministério ou Agência Reguladora, nas respectivas áreas de competência (art. 15).

O Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) foi instituído, na esfera federal, pelo Decreto nº 5.385, de 4-3-05, alterado pelo Decreto nº 6.037, de 7-2-07.

Salvo com relação às agências reguladoras, a lei não define competências nem faz qualquer referência à hipótese em que a parceria seja proposta por entidade da Administração Indireta, conforme o permite o artigo 1º, parágrafo único. Isto permite a conclusão de que cada entidade, tendo personalidade jurídica própria, tomará as próprias decisões quanto às parcerias, pela aplicação do princípio segundo o qual não existe tutela sem lei que a preveja. Sendo as entidades da Administração Indireta criadas por lei, com esfera de competência própria, a interferência da Administração Indireta fica limitada ao que dispuser a lei.

Na lei do Estado de São Paulo, as competências em matéria de parceria público-privada ficam concentradas nas mãos da Companhia Paulista de Parcerias, devendo, contudo, submeter-se às políticas e diretrizes definidas por outros órgãos da Administração Pública com competência específica sobre a matéria.

Ainda de aplicação restrita à União são as normas relativas ao controle, estabelecidas mais para definir competências do que alterar as formas de controle já previstas no direito positivo:

- a) o artigo 14, § 4º, prevê o controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, ao exigir que lhes sejam remetidos, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada;<sup>14</sup>
- b) o § 6º do mesmo dispositivo garante o controle pelo particular, ao exigir que referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio

<sup>14</sup> A Instrução Normativa nº 52, de 4-7-07, do Tribunal de Contas da União, dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de parcerias público-privadas.

de rede pública de transmissão de dados, salvo quanto às informações classificadas como sigilosas;

- c) o artigo 15 outorga competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Isto tudo não afasta a aplicação dos dispositivos da Constituição referentes a controle (político, financeiro, administrativo, judicial), nem dos contidos nas Leis nºs 8.987 (art. 30) e 9.074 (art. 36), sobre controle pelo poder concedente e controle popular, exercido, como direito, pelo usuário do serviço, conforme previsto no artigo 7º da Lei nº 8.987. Como também não afasta o controle exercido pelo Ministério Público.

### 8.8.1.5 CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA

**Concessão de obra pública** é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Alguns autores, como Mário Masagão, negam a existência desse tipo de contrato, alegando que ele é sempre acessório de um contrato de concessão de serviço público. O que a Administração Pública tem em vista é a prestação do serviço público; mas, como este depende da realização de uma obra pública, esta é previamente transferida ao mesmo concessionário.

Hoje já se reconhece a existência desse contrato, como modalidade autônoma em relação ao de concessão de serviço público;<sup>15</sup> ele tem por objeto a execução de uma obra, sendo secundária a prestação ou não de um serviço público. Isto ocorre principalmente na medida em que se aceita a possibilidade de que o concessionário seja retribuído, não por meio de exploração da obra, após sua conclusão, mas por meio de contribuição de melhoria.

Em qualquer caso, não é a Administração que remunera o concessionário pela construção da obra; serão os futuros usuários, por meio de contribuição de melhoria ou por meio de tarifas fixadas no contrato.

No primeiro caso, o Poder Público institui contribuição de melhoria para remunerar o concessionário, hipótese em que a obra é paga pelos que experimentaram proveito em decorrência dela (cf. Hector Jorge Escola, 1979, t. 2:309).

No segundo caso, ao concessionário é assegurado o direito de administrar o serviço pelo tempo necessário para recuperar o capital que investiu e ainda obter um lucro. A rescisão unilateral do contrato antes do tempo estabelecido dará ao

<sup>15</sup> Nesse sentido é o entendimento do TCU, no Acórdão nº 790/08, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

concessionário o direito ao ressarcimento dos prejuízos. Exemplos de contrato desse tipo seriam aqueles que tivessem por objeto a construção de uma ponte, de um viaduto, de uma estrada, e em que se assegurasse ao concessionário o direito de cobrar pedágio durante certo tempo, para ressarcimento dos gastos efetuados; ou, ainda, a construção de um estacionamento, que fosse administrado posteriormente pelo mesmo concessionário que o construiu.

A vantagem desse tipo de contrato é a possibilidade que tem a Administração de realizar obras e prestar serviços sem dispêndio de capital.

No Estado de São Paulo, a concessão de obra pública está disciplinada pela Lei nº 7.835, de 8-5-92, inclusive quanto às formas de remuneração do concessionário. Na esfera federal, pela Lei nº 8.987/95 que, no entanto, se limitou a definir o instituto no artigo 2º, inciso III, do qual se conclui apenas que a forma de licitação utilizável é a concorrência; e que o investimento do concessionário será remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Quanto ao mais, tem-se que entender que se aplicam as normas pertinentes à concessão de serviço público, no que couberem, e as normas da Lei nº 8.666/93.

#### 8.8.1.6 CONCESSÃO DE USO

É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação (v. item 16.6.3.3).

### 8.8.2 CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A Lei nº 8.666/93, no artigo 6º, I e II, define **obra pública** como toda “**construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação**, realizada por execução direta ou indireta”; e **serviço** como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro, ou trabalhos técnicos profissionais”. Não dá para entender a inclusão da locação de bens no conceito de locação de serviços.

Enquanto a definição de obra pública é taxativa, abrangendo apenas a construção, a reforma e a ampliação, a de serviço é exemplificativa, o que permite concluir que toda atividade contratada pela Administração e que não se inclua no conceito de obra pública, é serviço. O contrato é de prestação ou locação de serviço.

Note-se que o **serviço** que constitui objeto desse contrato é atividade **privada** de que a Administração necessita e que não quer executar diretamente, como, por exemplo, limpeza, manutenção de máquinas, realização de projetos, trabalhos de pesquisa etc.

Dentre os serviços, alguns são **comuns**, porque não exigem habilitação legal específica, como, por exemplo, o serviço de limpeza, o de datilografia, o de manuten-

ção de máquinas de escrever etc. Outros são **técnicos profissionais**, porque exigem habilitação específica, como os de engenharia, advocacia, arquitetura. Dentre estes últimos, a Lei nº 8.666/93 define alguns como **serviços técnicos profissionais especializados** (art. 13), numa enumeração taxativa e que é da maior importância porque podem ser contratados, **sem licitação**, desde que o serviço seja de natureza singular e o contratado seja **profissional notoriamente especializado**, conforme conceito contido no artigo 25, § 1º. Trata-se de hipótese de **inexigibilidade de licitação** (art. 25, II).

Outra modalidade de serviço é o **artístico**, que pode ou não exigir habilitação legal e que se desenvolve nos mais variados setores em que se manifesta a **arte**. Esse tipo de serviço pode ser contratado **sem licitação** desde que se trate de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; também é caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, III).

A Lei nº 8.666/93 estabelece várias normas comuns ao contrato de obra pública e ao de serviço:

1. observância da sequência estabelecida no artigo 7º: **projeto básico** (definido no art. 6º, IX), **projeto executivo** (art. 6º, X) e **execução**;
2. exigência de só poderem ser objeto de licitação quando: “I – houver **projeto básico** aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados, em participar do processo licitatório; II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV – o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o artigo 165 da Constituição Federal, quando for o caso” (art. 7º, § 2º);
3. proibição, prevista no § 3º do artigo 7º, de incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob regime de concessão, nos termos da legislação específica; note-se que a proibição somente se refere aos contratos de **obras e serviços**, excluindo, portanto, as **compras** ou qualquer outro tipo de contrato que não tenha por objeto a execução de **obras ou serviços**; a ressalva para a **concessão** abrange qualquer de suas modalidades (concessão de serviço público, de obra pública, de exploração, de direito real de uso);
4. programação da execução das obras e serviços em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução (art. 8º); no entanto, é possível o parcelamento, observadas as exigências dos §§ 1º e 2º do artigo 23, hipótese em que “a cada etapa ou conjunto

de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação” (v. item 9.6);

5. proibição de participar da licitação ou da execução da **obra** ou **serviço** e do **fornecimento de bens a eles necessários**, consoante artigo 9º:
  - I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
  - II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
  - III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;
6. a execução da obra ou serviço pode ser feita **diretamente**, pelos próprios órgãos e entidades da Administração, e **indiretamente**, por terceiros contratados para esse fim (arts. 6º, VII e VIII, e 10);
7. a **execução indireta** pode fazer-se sob qualquer das seguintes modalidades previstas no artigo 6º, VIII:
  - a) **empreitada por preço global** – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total;
  - b) **empreitada por preço unitário** – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo de unidades determinadas;
  - c) **tarefa** – quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
  - d) **empreitada integral** – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

A única conclusão segura que se tira desse inciso é a de que os contratos de obra pública e de serviço podem ser executados por empreitada e tarefa (norma que se repete no art. 10); quanto aos conceitos, não dá ideia nem aproximada do que sejam essas várias modalidades ou da distinção entre uma e outra, além de deixar de mencionar a concessão de obra pública.

Ainda merecem menção os **contratos de serviços de publicidade** prestados por intermédio de agências de propaganda, disciplinados por legislação específica (Lei nº 12.232, de 29-4-10), que prevê, inclusive, algumas normas sobre o procedimento da licitação, que alteram, para a contratação desse tipo de serviço, o procedimento previsto na Lei nº 8.666/93 (v. item 9.7.7).

### 8.8.2.1 EMPREITADA

A empreitada é contrato que existe no direito privado, disciplinado pelo Código Civil (arts. 610 a 626), e no direito administrativo, regido pela Lei nº 8.666/93. O conteúdo é o mesmo nas duas hipóteses; a diferença existe quanto ao regime jurídico, já que, na empreitada celebrada pela Administração, estão presentes as características dos contratos administrativos, com todas as cláusulas exorbitantes já mencionadas.

Existe empreitada quando a Administração comete ao particular a execução da obra ou serviço, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração prefixada.

A empreitada pode ser de **lavor** (quando abrange só a obra ou serviço) e **mista** (quando, além da obra, o empreiteiro fornece os materiais).

Quanto à forma de remuneração, ela pode ser por **preço global** (quando o pagamento é total, abrangendo toda a obra ou serviço) e por **preço unitário** (em que o trabalho é executado paulatinamente e pago por unidade de execução, como, por exemplo, por metro quadrado ou por quilômetro). Nos termos dos artigos 6º, VIII, e 10, II, da Lei nº 8.666/93, os regimes de execução são a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário, a tarefa e a empreitada integral.

A Lei nº 8.666/93 inova ao prever a **empreitada integral** que, segundo Marçal Justen Filho (2001:105-106) “é uma espécie de empreitada por preço global. O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um **empreendimento** em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão **empreendimento** indica uma obra ou um serviço não consumível que serve de instrumento para produzir outras utilidades. A diferença entre os conceitos de empreitada por preço global e de empreitada integral fica evidente no caso de fracionamento de obra. Nesse caso, não haverá empreitada integral, pois o contratado executará apenas uma parte do empreendimento. No entanto, poderá existir empreitada por preço global. Basta que a fração da obra seja contratada por um preço que abranja todas as prestações do particular”.

A Lei nº 12.462, de 4-9-11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2011, para a Copa das Confederações Fifa-2013 e para a Copa do Mundo Fifa-2014, prevê, no artigo 8º, a contratação integrada como regime de execução, além dos já previstos no artigo 10 da Lei nº 8.666/93. Pelo artigo 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/11, a contratação integrada “compreende a elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.<sup>16</sup>

No contrato de empreitada não existe relação de subordinação entre empreiteiro e Administração Pública; ele não é empregado do Estado e responde, perante este, pela má execução da obra ou serviço.

<sup>16</sup> Sobre o RDC e a contratação integrada v. item 9.10 do Capítulo 9 deste livro.

Perante **terceiros**, a responsabilidade é do Estado e se rege pelo artigo 37, § 6º, da Constituição; o Estado responde objetivamente, mas tem direito de regresso contra aquele a quem transferiu a execução da obra ou serviço, desde que este tenha agido com culpa.

Algumas distinções merecem ser realçadas entre os contratos de empreitada de serviço e a concessão de serviço público. O contrato de empreitada tem por objeto a execução de uma atividade material (limpeza, vigilância, projeto, parecer etc.) dentre as elencadas nos artigos 6º, II, e 13, da Lei nº 8.666, sem transferir a gestão do serviço; a concessão de serviço público, como o próprio nome indica, tem por objeto a execução de um serviço público em sua integralidade, com todo o complexo de atividades materiais a ele inerente, como ocorre com o serviço de energia elétrica, telecomunicações, navegação aérea etc.

Na empreitada, a remuneração é paga pelo poder público, enquanto na concessão a remuneração é paga pelo usuário ou outras fontes de receita decorrentes da exploração do serviço. Essa distinção poderá ser abrandada ou até desaparecer em algumas formas de concessão outorgadas sob a forma de parceria público-privada, em que a remuneração pode decorrer de dotações orçamentárias, títulos da dívida pública, cessão de direitos oponíveis ao poder público, transferência de bens públicos.

Outra diferença diz respeito à responsabilidade perante terceiros: enquanto na empreitada a responsabilidade é objetiva do Estado, porque ele é o gestor, exercendo a atividade por meio da chamada execução indireta prevista nos artigos 6º, VIII, e 10, II, da Lei nº 8.666/93, na concessão de serviço público, a responsabilidade objetiva é da concessionária, consoante decorre do artigo 37, § 6º, da Constituição, respondendo o Estado apenas subsidiariamente ou solidariamente, neste último caso se houver má escolha da concessionária ou omissão do poder de fiscalização sobre o serviço concedido.

A empreitada produz efeitos bilaterais entre poder público e empreiteira, enquanto a concessão produz efeitos trilaterais, porque alcança o usuário do serviço público, que, embora não sendo parte no contrato, assume direitos e obrigações, conforme artigos 7º e 7º-A, da Lei nº 8.987/95.

Finalmente, o empreiteiro atua como particular, sem qualquer prerrogativa pública, enquanto o concessionário recebe prerrogativas próprias do poder público (como a de instituir servidão, promover desapropriação, fazer subconcessão) e sujeita-se a algumas restrições também próprias do poder concedente, como a submissão aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos (mutabilidade, continuidade, universalidade, igualdade entre usuários etc.) e inserção de alguns de seus bens na categoria de bens *extra commercium*, por estarem vinculados à prestação de serviço público.

Se comparada a empreitada de obra pública com a concessão de obra pública, existem diferenças quanto à forma de remuneração, às prerrogativas, à responsabilidade, aos efeitos em relação a terceiros.



### 8.8.2.2 ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA

**Administração contratada**, também chamada de **Administração interessada** (por influência do direito francês, que fala em *régie intéressée*) é o contrato administrativo em que a Administração defere a terceiro a incumbência de orientar e superintender a execução da obra ou serviço, mediante pagamento de importância proporcional ao seu custo total.

O particular contratado, que não tem vínculo empregatício com a Administração contratante, entra com a direção dos serviços, com a responsabilidade técnica, com o *know-how*, com a técnica de execução.

O administrador (ou *régisseur*) não suporta os riscos do empreendimento, que correm por conta da Administração Pública.

As principais diferenças entre a Administração contratada e a empreitada são as seguintes:

1. quanto à remuneração, o pagamento corresponde, na Administração contratada, a um percentual sobre o custo da obra ou serviço e, na empreitada, a um preço fixo abrangendo o total da obra; aliás, nisto ambas se distinguem da concessão de obra pública, em que a remuneração é paga pelo usuário por meio da tarifa;
2. quanto aos **riscos**, são suportados pelo empreiteiro (e também pelo concessionário de obra pública), mas não pelo *régisseur* ou administrador.

A Lei nº 8.666/93 não mais prevê essa modalidade, que foi vetada pelo Presidente da República.

### 8.8.2.3 TAREFA

**Tarefa** é o contrato administrativo que tem por objeto a mão de obra para pequenos trabalhos, mediante pagamento por preço certo, com ou sem fornecimento de material.

Normalmente é utilizado para trabalhos em que o pequeno valor justifica a dispensa de licitação e o termo de contrato; a forma normalmente usada é a “ordem de execução de serviço”.

### 8.8.2.4 SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

Os serviços de publicidade são incluídos no artigo 2º da Lei nº 8.666/93 entre aqueles que devem necessariamente ser precedidos de licitação. No entanto, estão regidos pela legislação específica já referida (a Lei nº 12.232/10), aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, *caput*), bem como aos órgãos do

Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, e às entidades da administração indireta e a todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no *caput* (art. 1º, § 1º).

Nos termos do artigo 2º dessa lei, são “serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral”.

Os serviços de publicidade somente podem ser contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 4.680, de 18-6-65, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento, junto ao Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP); trata-se de entidade sem fins lucrativos, integrada e gerida por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda (art. 4º).

O contrato pode incluir as **atividades complementares** previstas no artigo 2º, § 1º, as quais somente poderão ser prestadas por pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante (art. 14). Para essa contratação ou, melhor dizendo, subcontratação, o contratado deverá apresentar ao contratante três orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido. Se o valor do fornecimento tiver valor superior a 0,5% do valor global do contrato, os três orçamentos serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante (art. 14, § 2º).

O artigo 18 da lei permite a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, hipótese em que os frutos deles resultantes constituem receita própria da agência e não do contratante (art. 18). Esse proveito obtido pela agência não altera a equação econômico-financeira do contrato. De acordo com o § 2º do mesmo dispositivo, as agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados. O descumprimento a esse parágrafo caracteriza grave violação aos deveres contratuais, sujeitando o infrator às penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Ao contrário do que ocorre com os planos de incentivo, cujos frutos são apropriados pela agência de propaganda, pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos os eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação (art. 15, parágrafo único).

O artigo 20 da lei prevê a sua aplicação subsidiária às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua aplicação. O dispositivo, certamente, será fruto de controvérsias.

A sua aplicação às empresas que têm regulamento próprio poderá tornar sem sentido, com relação aos contratos de publicidade, a norma contida no artigo 119 da Lei nº 8.666/93, que os permite; se elas têm regulamento próprio, a submissão às normas da Lei nº 12.232, quanto aos contratos de publicidade, poderá tornar inúteis os referidos regulamentos, o que contraria o princípio da razoabilidade. Quando muito, poderá ser exigido que tais regulamentos sejam adaptados às exigências da nova lei e submetidos à aprovação da autoridade superior, na forma do artigo 119, parágrafo único, da Lei nº 8.666.

A aplicação às licitações já abertas exigirá nova publicação do instrumento convocatório, se afetar a formulação das propostas, conforme previsto no artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Eventualmente, a anulação ou revogação do procedimento serão as medidas cabíveis, com a consequente obrigação de indenização aos licitantes, na forma dos artigos 49 e 59 da Lei nº 8.666/93.

A aplicação aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados contraria a norma do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, que protege o ato jurídico perfeito diante das alterações legislativas, além de infringir o princípio da segurança jurídica, seja no aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, seja no aspecto subjetivo da proteção à confiança.

### 8.8.3 CONTRATO DE FORNECIMENTO

**Fornecimento** é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública adquire bens móveis e semoventes necessários à execução de obras ou serviços.

Quanto ao conteúdo, não se distingue do contrato de compra e venda; por isso mesmo, alguns negam que exista como contrato administrativo. Inexplícitamente, em apenas mais um dos inúmeros vícios de técnica legislativa contidos na Lei nº 8.666/93, ela se refere às compras nos artigos 15 e 16, dentro de uma seção específica; no entanto, fala em **fornecimento** na seção referente às **obras e serviços**, dando a entender que somente considera como **fornecimento** as compras vinculadas a contratos de obras e serviços. Confira-se, a esse propósito, a norma do artigo 9º, só aplicável ao **fornecimento** tal como considerado na lei, excluindo, portanto, as **compras** não vinculadas a contratos de obras e serviços.

Quando se trata de compras para entrega imediata e pagamento à vista, não há que se falar, realmente, em contrato de fornecimento como contrato administrativo. Ele em nada difere da compra e venda, a não ser pelo procedimento prévio da licitação, quando for o caso, e demais normas previstas nos artigos 15 e 16.

Ele só apresentará as características de contrato administrativo, em que a Administração Pública aparece em posição de supremacia, com privilégios assegurados por meio das cláusulas exorbitantes, quando se tratar de fornecimento **contínuo**, **parcelado** ou quando o fornecimento for integral, porém para entrega futura.

Fornecimento **parcelado**, como o próprio nome indica, é aquele que se faz por partes. Por exemplo, quando a Administração adquire quantidade de bens, como veículos, máquinas, mesas, e a entrega se faz parceladamente.

Fornecimento **contínuo** é aquele que se faz por tempo determinado, para entrega de bens de consumo habitual ou permanente, como, por exemplo, papel, graxa, tinta, combustível etc. Trata-se de materiais necessários à realização de obras públicas ou à execução de serviços públicos, de modo que a continuidade destes fica dependendo do fornecimento.

Algumas vezes, além de fornecer material, o contratado se compromete a produzi-lo, hipótese em que haverá um misto de locação de serviços e fornecimento. É o que ocorre com o fornecimento de alimentação aos presos, por exemplo.

## 8.9 CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão tem sido utilizado como forma de ajuste entre, de um lado, a Administração Pública Direta e, de outro, entidades da Administração Indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e que poderiam ser enquadradas, por suas características, como entidades paraestatais. Mais recentemente, passou a ser prevista a sua celebração também com dirigentes de órgãos da própria Administração Direta.

O objetivo do contrato é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas.

Os primeiros contratos desse tipo foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (antes de sua privatização), a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (ambos com base no Decreto nº 137, de 27-5-91, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais) e com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

Com relação às entidades da Administração Indireta, o objetivo seria o de sujeitá-las ao cumprimento de metas definidas no contrato e, em troca, liberá-las de certas formas de controle, dando-lhes, portanto, maior autonomia.

Ocorre que, tendo sido a matéria disciplinada apenas por meio de *decreto*, os poucos contratos de gestão celebrados na esfera federal acabaram sendo impugnados pelo Tribunal de Contas, já que as exigências de controle ou decorrem da própria Constituição ou de leis infraconstitucionais, não podendo ser derogadas por meio de decreto ou de contrato. Para tornar viável a utilização desse tipo de contrato, seria necessário alterar o direito positivo.

Essa alteração foi efetuada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, que introduziu o § 8º no artigo 37 da Constituição, estabelecendo que “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

Embora o dispositivo constitucional não mencione a expressão *contrato de gestão*, é a esse tipo de contrato que quis referir-se, com a peculiaridade de que o mesmo poderá ser celebrado não apenas com entidades da Administração Indireta, como também com órgãos (sem personalidade jurídica) da própria Administração Direta. Isto significa que poderá ocorrer que dois órgãos sem personalidade jurídica própria celebrem acordo de vontade. Em qualquer caso, o objetivo é definir metas de desempenho, ampliar a autonomia e permitir o controle de resultado em função das metas estabelecidas.

O contrato de gestão ainda é mencionado nos Decretos nºs 2.487 e 2.488, ambos de 2-2-98, que preveem, com fundamento nos artigos 51 e 52 da Lei nº 9.649, de 27-5-98 (que dispõe sobre organização da Presidência da República), a possibilidade de autarquias e fundações receberem a qualificação de **agências executivas** desde que celebrem contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor e tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para a redução de custos. A ideia é sempre a mesma: fixação de metas para aumentar a eficiência, em troca de maior autonomia (v. item 10.9.2).

O objetivo a ser alcançado pelos contratos de gestão é o de conceder maior autonomia à entidade da Administração Indireta ou ao órgão da Administração Direta de modo a permitir a consecução de metas a serem alcançadas no prazo definido no contrato; para esse fim, o contrato deve prever um controle de resultados que irá orientar a Administração Pública quanto à conveniência ou não de manter, rescindir ou alterar o contrato.

O fim último dos contratos de gestão é a **eficiência**, como princípio constitucional previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição (alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98).

Basicamente, todos os contratos de gestão devem conter, no mínimo:

- a) forma como a autonomia será exercida;
- b) metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;
- c) controle de resultado, para verificação do cumprimento ou não das metas estabelecidas.

Quando o contrato referido na Emenda Constitucional nº 19 for celebrado com órgão da Administração Direta, dificilmente estarão presentes as características próprias de um contrato, pois este pressupõe um acordo de vontades entre pessoas dotadas de **capacidade**, ou seja, titulares de direitos e obrigações. Como os órgãos da Administração Direta não são dotados de personalidade jurídica, mas atuam em nome da pessoa jurídica em que estão integrados, os dois signatários do ajuste estarão representando exatamente a mesma pessoa jurídica. E não se pode admitir que essa mesma pessoa tenha interesses contrapostos defendidos por órgãos diversos. Por isso mesmo, esses contratos correspondem, na realidade, quando muito, a termos de compromisso assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas. Além disso, as metas que se obrigam a cumprir já correspondem àquelas que estão obrigados a cumprir por força da própria lei que define as atribuições do órgão público; a outorga de maior autonomia é um incentivo ou um instrumento que facilita a consecução das metas legais.

Mesmo em se tratando de contrato de gestão entre entidade da Administração Indireta e o Poder Público, a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada, tendo em vista que a existência de interesses opostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral e ausente no contrato de gestão, pois é inconcebível que os interesses visados pela Administração Direta e Indireta sejam diversos. É incontestável que a sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos.

O contrato de gestão foi ainda previsto expressamente na Lei nº 9.637, de 15-5-98, que dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; ele será o instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.<sup>17</sup>

O contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão.

## 8.10 CONVÊNIO

O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

<sup>17</sup> V. item 10.1.5.3.3, sobre as organizações sociais, Di Pietro, *Parcerias na administração pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “**no que couber**”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.

As diferenças que costumam ser apontadas entre contrato e convênio são as seguintes:

- a) no contrato, os **interesses** são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos; por exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir o bem pagando o menor preço; no convênio, também chamado de **ato coletivo**, todos os participantes querem a mesma coisa;
- b) os entes conveniados têm **objetivos institucionais comuns** e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los; por exemplo, uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros; é o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação; é também o que se verifica com os convênios firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para coordenação dos programas de investimentos e serviços públicos e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações;
- c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um **resultado comum**, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes, o que não ocorre no contrato;
- d) no convênio, verifica-se a **mútua colaboração**, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;
- e) dessa diferença resulta outra: no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo



- irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas;
- f) nos contratos, “as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma) – ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns” (cf. Edmir Netto de Araújo, 1992:145);
  - g) em decorrência disso, há uma outra distinção feita por Edmir Netto de Araújo (1992:146): “a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença)”.

O artigo 241 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão 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”.

Quanto ao convênio entre entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a possibilidade de cooperação por meio de convênios ou consórcios já decorria implicitamente do artigo 23 da Constituição, para as atividades de competência concorrente, como saúde, assistência social, proteção dos deficientes, proteção dos documentos, obras e outros de valor histórico, preservação das florestas etc. Agora essa possibilidade de cooperação ou de “gestão associada” consta expressamente da Constituição, no artigo 241, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. A Lei nº 11.107, de 6-4-05, veio disciplinar a matéria, prevendo, como instrumentos de gestão associada, o consórcio público (como pessoa jurídica de direito público ou privado, conforme a lei o estabelecer), o contrato de programa e o convênio de cooperação. A matéria está tratada no item 10.10.5.

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, a possibilidade de sua celebração foi bastante restringida pela Lei nº 13.019, de 31-7-14, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Essa lei previu, como instrumentos para celebração do ajuste, os chamados

**termos de colaboração, termos de fomento** e acordos de cooperação e, no artigo 84, restringiu os convênios a parcerias firmadas entre os entes federados, salvo nos casos expressamente previstos.<sup>18</sup>

Portanto, a partir da entrada em vigor dessa lei (que ocorrerá 540 dias após a sua publicação, conforme Medida Provisória nº 684, de 29-10-14, convertida na Lei nº 13.204, de 14-12-15), os convênios somente são possíveis entre entes públicos; entre entes públicos e particulares, são possíveis apenas na área da saúde, com fundamento no artigo 199 da Constituição Federal.

Nas hipóteses em que é possível a sua celebração, ele não é adequado como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de **fomento** (v. item 2.5). É normalmente utilizado quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público. Em vez de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.

O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.

O convênio está disciplinado pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual as disposições dessa lei são aplicáveis, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. O § 1º do dispositivo exige prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do objeto a ser executado; II – metas a serem atingidas; III – etapas ou fases de execução; IV – plano de aplicação dos recursos financeiros; V – cronograma de desembolso; VI – previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII – se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

A redação do dispositivo não é muito feliz, porque dá a impressão de que somente se aplica a ajustes que tenham por objeto a realização de “projetos” ou, por outras palavras, um resultado determinado (uma obra, um serviço, um parecer, um laudo etc.), com repasse de verbas de uma entidade para outra. Isto nem sempre ocorre, tendo em vista que, em determinadas hipóteses, o objetivo do convênio é o de estabelecer a mútua colaboração para a prestação de serviços contínuos a terceiros,

---

<sup>18</sup> Sobre o assunto, v. Capítulo 11, item 11.8, onde o tema é tratado com maior profundidade.

em áreas como educação, ensino, cultura, por exemplo; além disso, nem sempre a mútua colaboração envolve repasse de verbas.

Na realidade, o art. 116 não faz referência específica a “projeto”, mas deixa mais ou menos implícita essa ideia, com a referência a “plano de trabalho”, “etapas e fases de execução”, “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas” (§ 1º, incisos III e VII).

Isso se justifica provavelmente porque o legislador teve em vista precisamente as hipóteses em que o Poder Público repassa verbas para as entidades conveniadas, dentro da referida atividade de fomento ou mesmo dentro da atividade de gestão associada entre entidades públicas nas matérias de competência concorrente; nesse caso, para receber a verba, a entidade deverá apresentar seu plano de trabalho com todos os dados exigidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93.

É evidente, contudo, que os convênios podem ter por objeto a prestação de serviços contínuos, desde que estejam presentes as características apontadas com relação aos ajustes dessa natureza; nesse caso, o art. 116 será aplicado naquilo que couber. Não se pode admitir a interpretação restritiva do art. 116 da Lei nº 8.666/93, já que ele tem que ser analisado dentro de todo o ordenamento jurídico em que se insere. Suas exigências devem ser cumpridas em tudo o que seja compatível com o objeto do convênio a ser celebrado, já que o objetivo evidente do dispositivo é o de estabelecer normas sobre a aplicação e controle de recursos repassados por meio do convênio; essas finalidades estão presentes em qualquer convênio, independentemente de seu objeto. A inobservância do art. 116 somente será admissível nos casos de convênios que não implicam repasse de bens ou valores.

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.

Quanto à exigência de licitação para a celebração de convênios, ela não se aplica, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preço ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no *caput*, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando **contratadas** com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo.

Para as entidades que recebam verbas públicas da União, o Decreto nº 5.504, de 5-8-05, veio exigir que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

Contudo, o Decreto nº 6.170, de 25-7-07 (alterado pelos Decretos nºs 6.428, de 4-4-08, 6.619, de 29-10-08, 7.568, de 16-9-11, 8.180, de 30-12-13, e 8.244, de 23-5-14), dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, com exigência diversa da constante do Decreto nº 5.504/05. Embora no preâmbulo haja referência ao artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (que contém normas gerais obrigatórias para todas as esferas de governo), o Decreto cuida especificamente de convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União (art. 1º, *caput*, com a redação dada pelo Decreto nº 8.180/13). Trata-se, portanto, de Decreto a ser aplicado no âmbito federal apenas.

Esse repasse se faz por meio de **convênio**, quando o ajuste é celebrado por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta com órgãos ou entidades de outra esfera de governo ou com entidades privadas sem fins lucrativos (art. 1º, § 1º, I); por meio de **contrato de repasse**, quando a transferência dos recursos financeiros aos referidos entes se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União (art. 1º, § 1º, II); e por meio de **termo de execução descentralizada**, quando se ajusta a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no programa de trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática (art. 1º, § 1º, III, com a redação dada pelo Decreto nº 8.180/13). No caso de convênio, a contrapartida do conveniente (órgão ou entidade com o qual a União pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento) pode ser atendida por meio de recursos financeiros, de bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis (art. 7º).

O convênio e o contrato de repasse com órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta de outros entes federativos só é possível se o valor transferido for superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme artigo 2º, I.

O convênio e o contrato de repasse com entidades privadas são vedados se a entidade sem fins lucrativos tiver como dirigentes agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como

parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau (art. 2º, II, com a redação dada pelo Decreto 6.619/08).

O Decreto nº 7.568, de 16-9-11, veio tornar mais rigorosa e restritiva a transferência de recursos da União, por meio de convênio ou contrato de repasse, ao acrescentar novos incisos ao artigo 2º do Decreto nº 6.170/07, vedando-os também nas seguintes hipóteses: entre órgãos e entidades da administração pública federal, devendo, nesse caso, o acordo efetivar-se por meio de termo de cooperação (inciso III); com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do convênio ou contrato de repasse (inciso IV); e com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: (a) omissão no dever de prestar contas; (b) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; (c) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; (d) ocorrência de dano ao Erário; ou (e) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria (inciso V). Não há dúvida de que a alteração tem nítido caráter moralizador.

Para a celebração de convênio ou contrato de repasse, a entidade privada sem fins lucrativos deve cadastrar-se previamente junto ao Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parcerias (SICONV), observadas as exigências dos parágrafos do artigo 3º do Decreto nº 6.170/07, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 7.568/11. As novas exigências para cadastramento também têm caráter moralizador, pois permitem maior controle das entidades beneficiadas, seja quanto à inscrição no CNPJ, seja quanto à regularidade com as Fazendas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, seja quanto ao efetivo exercício da atividade referente ao objeto do ajuste nos últimos três anos.

O Decreto nº 8.180/13 acrescentou o artigo 12-A no Decreto nº 6.170/07, para estabelecer que a celebração de termo de execução descentralizada atenderá à execução da descrição da ação orçamentária prevista no programa de trabalho e poderá ter as seguintes finalidades: I – execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração; II – realização de atividades específicas pela unidade descentralizada em benefício da unidade descentralizadora dos recursos; III – execução de ações que se encontram organizadas em sistema e que são coordenadas e supervisionadas por um órgão central; ou IV – ressarcimento de despesas.

Pelo § 1º do mesmo dispositivo, a celebração de termo de execução descentralizada nas hipóteses dos incisos I a III do *caput* configura delegação de competência para a unidade descentralizada promover a execução de programas, atividades ou ações previstas no orçamento da unidade descentralizadora. A formalização por meio desse termo de execução descentralizada é dispensada quando se trate de ressarcimento de despesas entre órgãos ou entidades da administração pública federal.

Nos termos do artigo 4º, alterado pelo Decreto nº 7.568/11, a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de **chamamento**



**público** a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. Com a nova redação, o chamamento público passa a ser obrigatório, não mais ficando a critério da autoridade administrativa, como constava da redação original. O procedimento só não será exigido nas hipóteses previstas no § 2º do artigo 4º, mediante decisão fundamentada do Ministro de Estado ou do dirigente máximo da entidade da administração pública federal: I – nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; II – para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas. O chamamento público deve ser objeto de publicidade, por intermédio de divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios; e deve estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio (art. 5º).

Nos termos do artigo 11, “para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”.

Essa norma é menos restritiva do que a do Decreto nº 5.504, de 5-8-05, que exige licitação para as obras, compras, serviços e alienações e, no caso de aquisição de bens e serviços comuns, impõe a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Em consequência, pode-se entender que o Decreto nº 5.504/05 ficou implicitamente revogado na parte em que conflita com o artigo 11 do Decreto nº 6.170/07, ou seja, na parte em que impõe licitação, sob a modalidade de pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns com verbas repassadas pela União; basta que sejam observados os princípios da Administração e a cotação prévia de preços no mercado.

O Decreto nº 6.170/07 contém normas ainda sobre o acompanhamento, a prestação de contas, o SICONV e o Portal dos Convênios (página da Internet destinada à divulgação do SICONV).

Ainda sobre entidades que recebem recursos públicos, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.465, de 12-8-11) determina, no artigo 109, que “as entidades públicas e privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título submeter-se-ão à fiscalização do Poder Público, com a finalidade de verificar o cumprimento

de metas e objetivos para os quais receberam os recursos”. Pelo § 1º do mesmo dispositivo, o Poder Executivo adotará providências com vistas ao registro e à divulgação, inclusive por meio eletrônico, das informações relativas às prestações de contas de convênios ou instrumentos congêneres. O § 3º, por sua vez, exige que os editais de licitação para contratações a serem efetuadas com recursos provenientes dos orçamentos da União deverão ser divulgados integralmente na Internet até três dias úteis da data de apresentação das propostas pelos licitantes, devendo ser mantidos acessíveis por um período não inferior a cinco anos, contados da data de homologação do certame. Essas normas são repetidas, em termos análogos, nas sucessivas leis de diretrizes orçamentárias.

Todos esses decretos somente têm aplicação aos convênios entre entes públicos e aos convênios previstos em lei, não atingidos pela norma do artigo 84 da Lei nº 13.019/14, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 14-12-15. As demais parcerias entre entes públicos e privados sujeitam-se às normas dessa lei.

## 8.11 CONSÓRCIO ADMINISTRATIVO

Doutrinariamente, consórcio administrativo é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns.

Desvirtuando inteiramente um instituto que já estava consagrado no direito brasileiro, principalmente como forma de ajuste entre Municípios para desempenho de atividades de interesse comum, a Lei nº 11.107, de 6-4-05, veio estabelecer normas sobre consórcio, tratando-o como pessoa jurídica, com personalidade de direito público ou de direito privado. No primeiro caso, integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º).

Por ter a natureza de acordo de vontades, o consórcio público, como pessoa jurídica, é tratado no Capítulo 10, pertinente à Administração Indireta, sendo tratados neste capítulo os consórcios administrativos sem personalidade jurídica.

Os consórcios administrativos (ainda celebrados como acordos de vontade, sem adquirir personalidade jurídica) têm pontos comuns com os convênios, porque em ambos o objetivo é o de reunir esforços para a consecução de fins comuns às entidades consorciadas ou conveniadas. Em ambos, existe um acordo de vontades que não chega a ser um contrato, precisamente pelo fato de os interesses serem comuns, ao passo que, no contrato, os interesses são contrapostos. As entidades têm competências iguais, exercem a mesma atividade, objetivam o mesmo resultado, estabelecem mútua cooperação. Portanto, a semelhança entre convênio e consórcio é muito grande; só que o convênio se celebra entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada. E o consórcio é sempre entre entidades da mesma natureza: dois ou mais Municípios, dois ou mais Estados, duas ou mais entidades autárquicas etc.



O consórcio, como acordo de vontades, existe também no direito privado, como modalidade de concentração de empresas, em que elas se associam mutuamente para assumir atividades e encargos que, isoladamente, não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica para executar. De acordo com o artigo 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

O consórcio administrativo (desde que não alcançado pela Lei nº 11.107/05), não adquire personalidade jurídica. As entidades se associam, mas dessa associação não resulta a criação de nova pessoa jurídica. Em decorrência disso, sempre se discutiu, em doutrina, qual a melhor forma de administrá-lo. Essa dificuldade é que levou o legislador federal a disciplinar de forma diferente a matéria, por meio da Lei nº 11.107/05. No entanto, tal dificuldade nunca se constituiu em empecilho para que consórcios fossem constituídos, principalmente no âmbito municipal. Diferentes soluções foram propostas, como a constituição de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípua de executar os termos do consórcio em todos os seus termos.

A melhor solução seria a de criar uma comissão executiva para administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio. Também é possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele pode (desde que previsto no instrumento do consórcio e autorizado em lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Outra alternativa é a instituição de um fundo constituído com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio.

Seja qual for a maneira de administração do consórcio, ele estará gerindo dinheiro público e serviço público. Por isso mesmo, as suas contratações de pessoal dependem de concurso público e os contratos de obras, serviços, compras e alienações dependem de licitação.

Quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênio ou consórcio, embora exigida em algumas leis orgânicas, a exigência é inconstitucional, por implicar o controle do Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição. Nesse sentido o entendimento do STF (RDA 140/68). No entanto, se o convênio ou o consórcio envolverem repasse de verbas não previstas na lei orçamentária, daí sim é necessária autorização legislativa.

## 8.12 TERCEIRIZAÇÃO

O tema da terceirização é incluído neste capítulo, não porque seja nova modalidade de contrato administrativo – já que se trata de contratação que pode assumir

várias formas, já analisadas – mas porque o vocábulo vem sendo utilizado com frequência no âmbito do direito administrativo e foi referido no artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00), com o intuito de coibir a utilização do instituto como forma de burla ao limite de despesa com pessoal, previsto no artigo 169 da Constituição.

No âmbito do direito do trabalho, terceirização é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas, como empreitada, locação de serviços, fornecimento etc.

O conceito é o mesmo para a Administração Pública que, com muita frequência, celebra contratos de empreitada (de obra e de serviço) e de fornecimento, com fundamento no artigo 37, XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei nº 8.666/93. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, VIII, e 10.

Cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando.

Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.

É exatamente por força da jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho que a terceirização fica limitada à contratação de atividade-meio. Com efeito, a Justiça do Trabalho (e, em consequência, o Ministério do Trabalho) somente aceitam como válida a terceirização que tenha por objeto a atividade-meio da empresa. A consequência do descumprimento é o reconhecimento da existência de vínculo empregatício entre o tomador do serviço e o trabalhador, o que não ocorre em relação à Administração Pública, embora a mesma possa responder subsidiariamente pelos encargos sociais da empresa contratada, conforme se demonstrará.

Pela Instrução Normativa nº 3/97, do Ministério do Trabalho, é considerada *empresa de prestação de serviços a terceiros* aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui esta última” (art. 2º). Nos termos do artigo 5º, cabe à Fiscalização do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços a terceiros ou na contratante, observar, entre outros aspectos, o contrato social da empresa, “com a finalidade de constatar se as mesmas se propõem a explorar as mesmas atividades-fim”. A consequência é a lavratura de auto de infração em desfavor da contratante, pela caracterização do vínculo de emprego.

Na Justiça do Trabalho, o assunto foi inicialmente objeto do Enunciado nº 256, de 22-9-86, do TST (hoje Súmula 256), em cujos termos “salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância previstos nas Leis nº 6.019, de 3-1-74, e nº 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

O grande objetivo era o de evitar a burla aos direitos sociais do trabalhador. Esse tipo de contrato é visto como uma espécie de *marchandage*, em que o objeto é o próprio trabalho humano. Daí o repúdio da Justiça do Trabalho, que só aceitava a terceirização para atender a necessidades transitórias do tomador de serviços.

No entanto, aos poucos foi havendo um abrandamento na interpretação da Súmula, passando-se a distinguir a terceirização lícita da ilícita, esta última correspondendo ao fornecimento de mão de obra. E chegou-se à Súmula 331, de 17-12-93, do TST, a qual, com a alteração introduzida pela Resolução nº 96, de 11-9-00, consagrou o seguinte entendimento:

- I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74).
- II – A contratação de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
- III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
- IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).”

Pelos termos em que estava redigida essa Súmula, verifica-se que a regra geral é a de que o fornecimento de mão de obra (contratação de trabalhadores por empresa interposta) é ilegal, tendo como consequência o reconhecimento de vínculo entre o tomador de serviços e o trabalhador.

Existem duas exceções em que não se forma esse vínculo:

- a) quando o contratante é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, porque, nesse caso, a formação do vínculo significaria burla à exigência constitucional de concurso público, contida no artigo 37, II, da Constituição;
- b) quando se trate de contrato de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza ou de serviços especializados ligados à **atividade-meio** do tomador, desde que inexistente a **pessoalidade** e a **subordinação direta**.

Como se verifica, a Súmula insiste em que a terceirização somente se faça para atividade-meio; a *contrario sensu*, se for atividade-fim, há o reconhecimento do vínculo (desde que a contratada não seja a Administração Pública).

Aparentemente existe um conflito entre o item IV da Súmula e o § 1º da Lei nº 8.666/93, que assim estabelece:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objetivo do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

O meu entendimento sempre foi o de que o conflito, na realidade, não existe, tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra, enquanto o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 só pode estar abrangendo os contratos regidos por essa lei, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial. No entanto, o conflito surgiu em decorrência da forma pela qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da Súmula, estendendo-o a praticamente todos os tipos de contratos administrativos. Daí o conflito: enquanto o dispositivo legal afasta a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, o item IV da Súmula prevê a responsabilização da Administração Pública (direta e indireta), em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que a mesma haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Em razão disso, foi proposta ação perante o STF, pelo Governador do Distrito Federal, objetivando a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16-DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, *DJe* 9-9-11). A decisão, por maioria de votos, em sessão plenária do dia 24-11-2010, foi no sentido de que é constitucional o referido dispositivo legal. No entanto, o acórdão não afastou a possibilidade de ser examinado pelo TST, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

À vista desse entendimento do STF, o TST alterou a Súmula nº 331, em seu item IV, e acrescentou os itens V e VI, nos seguintes termos:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto

àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Posteriormente, em reclamações dirigidas ao STF, em razão do descumprimento do acórdão proferido na ADC nº 16-DF, os Ministros, em decisões monocráticas, têm cassado acórdãos proferidos pelo TST e determinado que outros sejam proferidos. Foi o que ocorreu nos autos do AIRR-130940-64.2007.5.02.0022, ajuizado pelo Estado de São Paulo contra decisão proferida pela 4ª Turma do TST. Citando outros precedentes, a Ministra Cármen Lúcia julgou procedente a reclamação para cassar a decisão proferida pela 4ª Turma do TST e determinar que outra decisão fosse proferida como de direito (decisão de 15-9-11).

O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do STF, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.

Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula nº 331, cabe reclamação administrativa ao STF.

Em resumo, pela decisão do STF declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e pelos termos do item V da Súmula nº 331, do TST, a regra é a de que a Administração Pública não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo contratado, a menos que tenha havido omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato.

Ainda com relação à Súmula nº 331, do TST, cabe ressaltar que a referência à inexistência da pessoalidade e subordinação (contida no item III) é importante para distinguir a terceirização lícita (sob a forma de prestação de serviço) da ilícita (sob a forma de fornecimento de mão de obra). Se estiverem presentes esses requisitos, surge o vínculo de emprego, por estar caracterizada a contratação de trabalhador por meio de interposta pessoa.

Dora Maria de Oliveira Ramos, em trabalho sobre *Terceirização na administração pública* (2001:66), depois de observar que a doutrina trabalhista distingue diferentes tipos de subordinação (técnica, hierárquica, econômica, jurídica e social), acrescenta: “A subordinação pode ser entendida como consequência do poder concedido ao empregador de, organizando e controlando os fatores de produção, dirigir a realização dos trabalhos, inclusive exercendo poder disciplinar. O empregado, ao depender juridicamente do empregador, subordina-se contratualmente ao seu poder de comando, submetendo-se às suas ordens. A subordinação necessária para configurar o vínculo de emprego na terceirização não é a meramente técnica, até porque, como ensina Sergio Pinto Martins, nem sempre há subordinação técnica entre empregado e empregador, como acontece, por vezes, com altos empregados ou empregados especializados. É necessário, pois, que o tomador dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da contratante e submetendo-os ao seu poder disciplinar, para que se caracterize o requisito da subordinação.”

Com relação à pessoalidade, observa a autora que “o contrato de trabalho, firmável apenas com pessoa física, pressupõe a realização da atividade por sujeito certo e determinado, assumindo o ajuste caráter *intuitu personae*. Na terceirização lícita, que não representa mera intermediação de mão de obra, ao tomador do serviço é irrelevante a identidade do agente que desempenha a atividade, dado que o fim do ajuste limita-se à obtenção do resultado material pactuado”.

Assim, se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa contratada, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades, se a empresa contratada se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão de obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta.

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei nº 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contrato, a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados.



O que a Administração não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão de obra, com burla à exigência de concurso público.

O trabalhador, nesse caso, não pode ser considerado servidor público; ele se enquadra na figura conhecida como “funcionário de fato”, porque não investido licitamente em cargo, emprego ou função. Em consequência, ele não pode praticar atos administrativos e, se os praticar, tais atos são inválidos, não podendo produzir efeitos jurídicos. Nem mesmo se enquadram no artigo 37, IX, da Constituição, que prevê a hipótese de contratação temporária, porque esse dispositivo permite seja contratado o servidor, pessoa física, e não a empresa. Além disso, as leis que disciplinam esse dispositivo constitucional exigem processo seletivo para a contratação de pessoal temporário, salvo em situações de emergência (nesse sentido, v. artigo 3º da Lei nº 8.745, de 9-12-93, sobre contratação de servidor temporário na esfera federal; no Estado de São Paulo, existe decisão nesse sentido do Tribunal de Contas, proferida no Processo TCA-15248/026/04, publicada no *Diário Oficial do Estado*, de 17-6-04).

Ainda merece menção o Decreto nº 2.271, de 7-7-97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, acolhendo entendimento do Tribunal de Contas da União. No artigo 1º, ele estabelece quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No § 2º, determina que “não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Mesmo nesses casos, a contratação não tem por objeto o fornecimento de mão de obra, mas a prestação de serviço pela empresa contratada. É o que consta expressamente do artigo 3º, quando determina que “o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços”.

Na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00), o artigo 18, § 1º, determina que “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘outras despesas de pessoal’”. O dispositivo merece críticas porque praticamente está admitindo a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra. Para afastar esse entendimento, a norma deve ser interpretada no sentido de que, mesmo sendo ilegal, se celebrado esse tipo de contrato, a despesa a ele correspondente será considerada como despesa de pessoal para os fins do limite estabelecido pelo artigo 169 da Constituição.

Provavelmente na tentativa de corrigir a falha, as leis de diretrizes orçamentárias têm trazido norma de natureza interpretativa do referido dispositivo da Lei de



Responsabilidade Fiscal. A última Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.914, de 24-12-13) repetiu, em termos análogos, as normas das anteriores leis de diretrizes orçamentárias, ao estabelecer, no artigo 86, que “ para fins de apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, observado o disposto no § 3º deste artigo”.<sup>19</sup>

No que diz respeito à responsabilidade pela celebração de contratos de terceirização de mão de obra, cabe lembrar que a autoridade estará sujeita a responder civil, administrativa e criminalmente, sem falar na sujeição à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92).

Em caso de danos causados a terceiros pelos trabalhadores contratados de forma ilícita, incide a responsabilidade do Estado, que é objetiva e independe de quem seja o agente causador do dano, conforme artigo 37, § 6º, da Constituição. Vale dizer que, embora contratado ilicitamente, esse agente é considerado agente público para fins de responsabilidade civil do Estado.

## 8.13 CONTRATOS EM REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

### 8.13.1 REGIME JURÍDICO

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) foi estabelecido pela Lei nº 12.462, de 4-8-11, originariamente, apenas para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.

No entanto, posteriormente, o mesmo regime foi estendido para outras hipóteses de licitações e contratações, já mencionadas no item 9.6.7 deste livro.

Pelo artigo 39 da Lei nº 12.462/11, “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”. Vale dizer que a Lei nº 8.666/93 é de aplicação subsidiária.

Os regimes de execução de obras e serviços de engenharia, previstos no artigo 8º da Lei, são: empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por

---

<sup>19</sup> Há uma falha de redação, porque o dispositivo não tem § 3º.

preço unitário, tarefa e contratação integrada; com exceção desta última (que, por falha de técnica legislativa, não foi prevista no dispositivo legal que dá os conceitos importantes para a lei), os demais regimes foram definidos no artigo 2º, I, II e III, de forma em tudo igual à norma contida no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.666 (analisados no item 8.8.2) A contratação integrada será analisada no item 8.13.2.

Com relação ao prazo de vigência dos contratos de execução de obras, o artigo 42 da Lei determina que poderão ser celebrados pelo período compreendido no plano plurianual, observado o disposto no *caput* do artigo 57 da Lei nº 8.666. Entende-se que os contratos de obras, como regra geral, têm sua vigência adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos 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”. É o que decorre da interpretação conjunta do artigo 42 da Lei do RDC, combinado com o artigo 57, I, da Lei nº 8.666/93.

Os contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas no artigo 1º, poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO (Autoridade Pública Olímpica). É o que estabelece o artigo 43 da Lei do RDC, com a redação dada pelo artigo 28 da Lei nº 12.688, de 18-7-12.

Quanto à anulação e revogação dos contratos celebrados em regime de RDC, o artigo 44 determina sejam aplicadas as normas do artigo 49 da Lei nº 8.666/93, já analisadas no item subsequente.

### 8.13.2 REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Outra inovação da lei diz respeito à previsão, no artigo 8º, do *regime de contratação integrada* entre os regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia, ao lado da empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, tarefa e empreitada integral, já previstas e definidas na Lei nº 8.666/93. No novo regime, não haverá o projeto básico aprovado pela autoridade competente, em anexo ao instrumento convocatório (ao contrário do previsto no artigo 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93), tendo em vista que a contratação já abrange 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 todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/11).

Em vez do projeto básico, o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: (a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; (b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do art. 6º (sobre publicidade

do orçamento estimado só após o encerramento da licitação); (c) a estética do projeto arquitetônico; e (d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade (§ 2º, inciso I). Pelo inciso II do § 2º, “o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica”.

O *caput* do artigo 9º foi alterado pela Lei nº 12.980, de 28-5-14, que passou a exigir novos requisitos para a utilização desse regime de contratação. Determina o dispositivo que “nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I – inovação tecnológica ou técnica; II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”.

Nesse tipo de contratação, o artigo 9º, § 4º, veda a celebração de termos aditivos, exceto nos seguintes casos: I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. É estranho que o inciso I fale apenas em caso fortuito ou força maior, deixando a terminologia usual (áreas extraordinárias, fato do príncipe e fato da Administração). A ocorrência de tais circunstâncias, se afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em prejuízo do contratado, darão a este o direito à recomposição, por força de norma constitucional, independentemente de previsão na Lei do RDC ou no contrato (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

Em caso de adoção desse regime, não se aplicam, por razões óbvias, as vedações de participação direta ou indireta nas licitações: I – da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente; II – da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente; III – da pessoa jurídica na qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de cinco por cento do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou IV – do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (art. 3º, § 1º, do Decreto nº 7.581/11).

### 8.13.3 CONVOCAÇÃO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

Pelo artigo 61 do Regulamento, o interessado, convocado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, deverá observar os prazos e condições estabelecidos, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo

das sanções previstas em lei. Pelo artigo 47 da Lei do RDC, o licitante que, convocado no prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, fica impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais. A mesma sanção é aplicável aos contratantes remanescentes que, convocados pela ordem de classificação, também se recusarem a celebrar o contrato.

No caso em que o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente, no prazo e condições estabelecidos, é facultado à Administração Pública: I – revogar a licitação, sem prejuízo das sanções previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei do RDC; II – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor (art. 40 da Lei). Se nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos propostos pelo licitante vencedor, a Administração Pública poderá convocá-los para celebração do contrato nas condições por eles ofertadas, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (parágrafo único do art. 40).

#### 8.13.4 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

O artigo 10 da Lei prevê a possibilidade de ser estabelecida, nos contratos de obras e serviços, inclusive de engenharia, *remuneração variável* vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, devendo a utilização desse tipo de remuneração ser motivada e respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação (parágrafo único do art. 10).

Os critérios devem ser muito bem definidos no instrumento convocatório, para que esse tipo de remuneração não se transforme em instrumento de burla na apresentação das propostas e na fase de julgamento. O Decreto nº 7.581/11 complementa tais regras, ao estabelecer, no artigo 70, que a remuneração variável fica vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela Administração Pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência. Pelo § 1º do mesmo dispositivo, a utilização da remuneração variável deverá ser motivada quanto: I – aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado; II – ao valor a ser pago; e III – ao benefício a ser gerado para a Administração Pública. Como na contratação integrada o projeto básico é elaborado pelo próprio contratado para execução da obra ou serviço, o § 4º do mesmo dispositivo determina que seja observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros

para aferir o desempenho do contratado. O Decreto também veda, no § 2º do artigo 70, que os eventuais ganhos provenientes de ações da Administração Pública sejam considerados no cômputo do desempenho do contratado; no § 3º estabelece que a remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

### 8.13.5 CONTRATAÇÕES SIMULTÂNEAS

O artigo 11 da Lei nº 12.462/11 prevê a possibilidade de, mediante justificativa expressa, a Administração Pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

- I – o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou
- II – a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública.

Pelo § 1º do mesmo dispositivo, a Administração Pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas. E, pelo § 2º, a possibilidade de contratação simultânea não se aplica aos serviços de engenharia.

O Regulamento da Lei repete as mesmas normas nos artigos 71 e 72, porém, no parágrafo único do artigo 71, restringe mais a utilização da contratação simultânea, pois a proíbe nos serviços e obras de engenharia. Vale dizer que, nesse aspecto, o Regulamento foi além do que estabelece a lei. Tem-se que entender que o Governo federal quis se autorrestringir, ao vedar esse tipo de contratação também para as obras de engenharia. Isto não significa que Estados e Municípios tenham que obedecer à norma regulamentar. O que prevalece é a norma do artigo 11, parágrafo único, da Lei.

A contratação simultânea equivale ao parcelamento previsto nos artigos 15, IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. O primeiro coloca como uma das normas a serem levadas em consideração nas compras efetuadas pela Administração a subdivisão em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade. O segundo, aplicável às obras, serviços e compras, determina também a divisão em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia da escala (§ 1º). E determina que, para cada parcela distinta, seja realizada licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (§ 2º). É evidente o intuito do legislador de impedir que o

parcelamento seja feito para fugir à modalidade de licitação cabível para o contrato em seu todo. Como a Lei nº 8.666/93 é de aplicação subsidiária às contratações em RDC, tais normas devem ser observadas nas contratações simultâneas.

A redação do artigo 11 da Lei dá a impressão de que houve uma ampliação da possibilidade de contratação simultânea, quando comparada com o parcelamento previsto na Lei nº 8.666: nesta última, o principal objetivo do parcelamento foi o de levar em consideração as peculiaridades do mercado e a economicidade; na Lei do RDC, deu-se liberdade maior, tendo em vista que o inciso II do artigo 11 possibilita a contratação simultânea quando “for conveniente para atender à Administração Pública”. Não só razões de mercado e de economicidade. É evidente que a autoridade que assim decidir deverá demonstrar, mediante motivação adequada, as razões que a levaram a achar mais conveniente a contratação simultânea.