

ODETE MEDAUAR

DIREITO
ADMINISTRATIVO
MODERNO

19.^a edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Medauar, Odete

Direito administrativo moderno / Odete Medauar. – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5961-7

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

15-00400

CDU-35(81)-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81) 2. Direito administrativo 35

11

CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

SUMÁRIO: 11.1 Considerações preliminares – 11.2 Tipologia – 11.3 Os contratos administrativos clássicos: 11.3.1 Contrato de obras; 11.3.2 Contrato de serviços; 11.3.3 Contrato de compra; 11.3.4 Contrato de concessão; 11.3.5 Permissão de serviço público formalizada por contrato de adesão – 11.4 Aspectos fundamentais do regime jurídico dos contratos clássicos: 11.4.1 Interesse público e prerrogativas da Administração; 11.4.2 Cláusulas exorbitantes; 11.4.3 Alteração unilateral e direito ao equilíbrio econômico-financeiro; 11.4.4 Fiscalização; 11.4.5 Não invocação da exceção do contrato não cumprido; 11.4.6 Imposição de sanções; 11.4.7 Rescisão unilateral; 11.4.8 Ocupação provisória de bens e serviços – 11.5 Duração do contrato – 11.6 Prorrogação – 11.7 Garantias – 11.8 Formalização – 11.9 Alteração. Imprevisão e fato do príncipe – 11.10 Outros aspectos da execução – 11.11 Recebimento do objeto – 11.12 Rescisão: 11.12.1 Rescisão por ato unilateral e escrito da Administração; 11.12.2 Rescisão amigável; 11.12.3 Rescisão judicial – 11.13 Pagamento – 11.14 Contratos regidos parcialmente pelo direito privado – 11.15 Novas figuras contratuais: 11.15.1 Convênios e consórcios – Aspectos gerais; 11.15.2 Outras figuras – 11.16 Contratos celebrados no RDC – 11.17 Bibliografia.

11.1 Considerações preliminares

Um dos meios de que se vale a Administração para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual.

Hoje não se coloca em dúvida a ideia de um contrato em que o poder público é parte. Porém, nos primórdios da elaboração da teoria do contrato administrativo – início do século XX –, houve fortes resistências a essa ideia: alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude da sua posição de supremacia em relação ao particular; por outro lado, o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo; e, ainda, as relações entre Administração e particulares só nasciam mediante atos administrativos. Essa resistência explicava-se pelas concepções que predominavam, no século XIX, a respeito da figura contratual, concepções essas elaboradas para o contrato entre particulares, regido pelo direito privado. Tais concepções centravam a essência do contrato na autonomia da vontade – por isso o contrato vinha conceituado como o acordo de vontades

destinado a produzir efeitos jurídicos, havendo igualdade das partes e imutabilidade. Essa ideia de contrato diferia do que se entendia por contrato antes do século XVII, como se verá adiante, na arguta observação de Eduardo Soto Kloss (*La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, *Revista de Administración Pública*, 1978).

Apesar das resistências, a *teoria do contrato administrativo* teve seus elementos fundamentais elaborados nas decisões do Conselho de Estado francês e acabou por firmar-se. Essa teoria, no entanto, afastou-se de preceitos da teoria do contrato privado vigente desde o século XVIII, como a igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial das mesmas – formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado. Embora a concepção de contrato administrativo fugisse à ideia de contrato, predominante nos séculos XVIII e XIX, não deixou de ser considerado contrato.

Alguns tipos de contrato celebrados entre a Administração e o particular, regidos pelo direito público, denominados contratos administrativos, tornaram-se clássicos, sendo objeto central dos estudos e normas na matéria. São, por exemplo, os contratos de obras, de prestação de serviços, de compras, as concessões. Mesmo entre estes há diferenças – por exemplo: na concessão de serviço público não se pode dizer que uma das partes remunera a outra, pois a remuneração do concessionário vem do usuário, que não é parte do contrato; apesar disso, é considerada um contrato, predominantemente.

A teoria clássica dos contratos administrativos passou a ser objeto de discussão, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX. Sob um ângulo, alguns elementos da elaboração clássica vêm sendo questionados, como se verá adiante, nos itens específicos. Sob outro ângulo, a teoria clássica depara o florescimento de atuações administrativas instrumentalizadas por módulos convencionais ou contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parceria entre Administração e particulares ou entre órgãos e entidades públicas. Diante desse novo modo de atuar, novos tipos de ajuste foram surgindo, com moldes que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo, nem no padrão de contrato vigente no século XIX. Discute-se, então, se esses novos ajustes enquadram-se ou não na figura contratual, tal como se discutiu quanto ao contrato administrativo.

Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais incluem-se numa figura contratual, num *módulo contratual*. Tal afirmação pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial das mesmas. Se for retomada a ideia básica de contrato, predominante na Grécia clássica e no

direito romano mais antigo, centrada no “intercâmbio de bens e prestações”, regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos. É a linha aqui seguida.

Na doutrina, é o entendimento, por exemplo, do chileno Soto Kloss e dos franceses Prosper Weil e René Chapus, da justiça administrativa francesa. Os italianos Giannini e Rosario Ferrara atribuem natureza contratual a novos tipos de ajustes que, segundo as concepções clássicas, não teriam essa natureza. Soto Kloss bem observa que a teoria do contrato administrativo, afastando-se das concepções dominantes no século XX, representou um passo importante para retomar a ideia originária de contrato como intercâmbio de bens e prestações regido pelo direito.

11.2 Tipologia

O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que podem ser enfeixados do seguinte modo: a) *contratos administrativos clássicos*, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) *contratos regidos parcialmente pelo direito privado*, também denominados contratos semipúblicos, como a locação, em que o poder público é o locatário; c) *figuras contratuais recentes*, regidas precipuamente pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos.

11.3 Os contratos administrativos clássicos

São contratos celebrados pela Administração, norteados pelo direito público; seu regime jurídico advém de elaboração iniciada nos primórdios do século XX. No ordenamento brasileiro esse regime jurídico está contido na Lei 8.666/93; para as concessões e permissões de serviço público vigora a Lei 8.987/95; as duas leis foram alteradas por leis posteriores.

Constituem objeto de tais contratos as obras, compras, serviços, alienações, concessões, permissões e locações, segundo vem indicado no art. 2.º, *caput*, da Lei 8.666/93. Para os fins dessa lei, o parágrafo único do mesmo artigo considera contrato “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

O dispositivo *supra* menciona ajuste entre Administração e particulares, que é a situação da maioria desses contratos. Mas a própria lei aventa hipóteses de contratos entre pessoa jurídica de direito público interno e órgãos ou entidades da Administração, como, por exemplo, nos incs. VIII e XVI do art. 24, os quais também são regidos pelo direito público, embora alguns preceitos aplicáveis aos particulares pareçam estranhos nesse tipo de contrato

– exemplos: pena de suspensão do direito de licitar e contratar, declaração de inidoneidade.

A Lei 8.666/93 aplica-se também aos contratos firmados por entidades da Administração indireta, por entidades controladas indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e fundos especiais, conforme determina o parágrafo único do art. 1.º, que não distingue o tipo de atividade desenvolvida pelas entidades arroladas. Estas poderão editar regulamentos próprios, sujeitos aos preceitos da Lei 8.666/93 e à aprovação da autoridade de nível superior a que estiverem vinculadas, devendo ser publicados na imprensa oficial. Por seu lado, o art. 173, § 1.º, III, da CF, na redação dada pela EC 19/98, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observarão os princípios da Administração Pública, conforme a lei que estabelecerá seu estatuto jurídico. Note-se que o inc. III determina, para aquelas estatais, somente a observância dos princípios da Administração Pública, o que sugere que terão um regime de licitação e contratação diferente do regime de outros entes e órgãos e diferente do regime das estatais prestadoras de serviços públicos. A leitura do inc. XXVII do art. 22 da CF, na redação dada pela EC 19/98, também propicia esse entendimento. Enquanto não se editar o estatuto jurídico das estatais, as licitações e contratações dessas entidades continuam a reger-se pela Lei 8.666/93.

Os Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar leis de licitações e contratos para seus âmbitos, observadas as normas da Lei 8.666/93. O mesmo se dá quanto à concessão e permissão de serviço público, segundo prevê o parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.987/95.

Regem-se pela Lei 8.666/93 os contratos de obras, serviços, compras e alienações realizados por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas, de todos os níveis federativos (art. 117).

Os contratos administrativos celebrados com mais frequência vêm indicados, de modo sintético, a seguir.

11.3.1 Contrato de obras

É aquele cujo objeto é a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação referentes a imóvel público ou destinado a fins públicos (art. 6.º, I). Em geral diz respeito a prédios para repartições ou serviços públicos, ruas, praças, avenidas, estradas, viadutos, túneis, metrô, aeroportos, açudes etc.

Se a obra é contratada para realização por particulares, trata-se de execução indireta, sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global, quando contratada por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário, quando é fixado preço por unidades determinadas (por exemplo, metro

de área construída); c) tarefa, quando se ajusta mão de obra para pequenas obras, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) empreitada integral, no caso em que o empreendimento é contratado de modo completo, sob inteira responsabilidade da contratada até a entrega ao contratante em condições de início de uso (art. 6.º, VIII).

11.3.2 Contrato de serviços

Segundo o art. 6.º, II, *serviço* é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, transporte, manutenção, locação de bens, publicidade, seguro, trabalhos técnico-profissionais.

A doutrina pátria em geral distingue os serviços em: a) *comuns*, para cuja execução não é exigida habilitação específica, por exemplo, limpeza; b) *técnico-profissionais*, que exigem habilitação específica; por exemplo, manutenção de elevadores; c) *técnico-profissionais especializados*, que implicam execução por profissionais habilitados e de notória especialização. O art. 13 da Lei 8.666/93 elenca, de modo taxativo, tais serviços: I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Os contratos de serviço também podem ser executados pelo regime de empreitada, em todos os tipos, e por tarefa. (Lei 8.666/93, art. 10).

11.3.3 Contrato de compra

Também denominado *contrato de fornecimento*, destina-se à aquisição remunerada de bens (art. 6.º, III), tais como gêneros alimentícios, mesas, cadeiras, microcomputadores. O fornecimento pode ser efetuado de uma só vez ou de modo parcelado.

11.3.4 Contrato de concessão

O *contrato de concessão* se apresenta sob várias modalidades no ordenamento brasileiro, algumas se distanciando, em certos pontos, do modelo clássico. Por exemplo:

a) *Concessão de serviço público* – pelo qual o poder público (concedente) transfere a execução de um serviço público a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas, mediante concorrência, para realizá-lo por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário. As normas sobre a concessão de

serviço público encontram-se na Lei 8.987, de 13.02.1995, com as alterações posteriores. Na concessão de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o concessionário não recebe remuneração do usuário, exceto no caso de TV a cabo; tais concessões não são regidas pela Lei 8.987/95. A Lei 8.977, de 06.01.1995, dispõe sobre serviço de TV a cabo. A Lei 9.472, de 16.07.1997, trata da concessão de serviço de telecomunicações.

Este é o modelo clássico de concessão de serviço público. Nota-se tendência a utilizar o termo concessão para outras modalidades de delegação, ao particular, de atividades que incumbem à Administração, sem a remuneração exclusiva oriunda das tarifas. Vêm se englobando sob o nome de concessão os casos de remuneração do concessionário mediante: a) tarifa e contraprestação do poder público; b) outras fontes de receita; c) contraprestação do poder público. Conforme o caso, o poder público recebe parte do montante oriundo da exploração da atividade.

b) *Concessão de serviço público precedida de obra pública*, também denominada *concessão de obra pública* consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realizá-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2.º, III, da Lei 8.987/95), por exemplo: construção de estrada com remuneração propiciada pelo pedágio.

c) *Concessão de uso de bem público* – pelo qual a Administração consente que particular tenha uso privativo de bem público; exemplos: concessão de uso de áreas de mercado municipal, de cantinas de escolas, de hotel pertencente ao poder público. Fica a critério da lei ou da Administração exigir remuneração do concessionário. De regra, exige-se concorrência e autorização legislativa.

d) *Concessão de direito real de uso* – é o contrato pelo qual a Administração consente que o particular use privativamente terreno público, como direito real, para fins de regularização fundiária de interesse social, urbanização, edificação, industrialização, cultivo da terra, aproveitamento das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas, conforme prevê o Dec.-lei 271/67, que instituiu esse tipo de concessão, com alterações decorrentes da Lei 11.481, de 31.05.2007. Em geral, depende de autorização legislativa e concorrência. A Lei 8.666/93 dispensa de licitação esta concessão quando destinada a programas habitacionais de interesse social e a uso de outro órgão ou entidade da Administração (art. 17, I e § 2.º).

e) *Concessão de uso especial de imóvel público urbano para fins de moradia*. A MP 2.220, de 04.09.2001, criou esta concessão, ante o disposto no §

1.º do art. 183 da CF. Destina-se a quem, até 30.06.2001, tinha a posse, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, de imóvel público urbano, de até 250 metros quadrados, utilizando-o como moradia, não sendo proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Se o imóvel tiver maior dimensão e for inviável individualizar unidades, a concessão será coletiva.

f) *Concessão patrocinada* – é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.079, de 30.12.2004 – parceria público-privada).

g) *Concessão administrativa* – é o contrato de prestação de serviços públicos de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004 – parceria público-privada).

h) *Concessão florestal* – é a delegação onerosa, feita pelo poder concedente – União, Estado, Distrito Federal ou Município –, do direito de praticar manejo florestal sustentável para a exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, a pessoa jurídica, em consórcio ou não (Lei 11.284, de 02.03.2006 – gestão de florestas).

i) *Concessão para exploração de porto organizado*. Também denominada *concessão de porto organizado*. (Lei 12.815, de 05.06.2013).

11.3.5 *Permissão de serviço público formalizada por contrato de adesão*

A *permissão*, classicamente, se expressava por ato administrativo, discricionário, precário, revogável, em princípio, a qualquer tempo. Sendo ato administrativo, não se sujeitava à licitação. A Constituição de 1988, no seu art. 175, estabeleceu a exigência de licitação para a concessão e para a permissão de serviço público, o que levava a aproximar a permissão da natureza de contrato. Essa é a natureza que lhe confere a Lei 8.987/95, ao determinar sua formalização mediante contrato de adesão, observada a precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (art. 40). Assim, foi criado, para veicular a permissão de serviço público, o contrato administrativo de adesão.

O contrato de adesão, no direito privado, caracteriza-se pela impossibilidade de negociação das cláusulas, pois estas são fixadas unilateralmente por uma das partes; a outra parte, concordando com seu teor, somente assina o termo contratual. Por esse aspecto, o contrato administrativo assemelha-se ao contrato de adesão regido pelo direito privado; mas o regime jurídico do contrato de permissão de serviço é público, daí a precariedade e “revogabilidade” unilateral mencionadas no dispositivo indicado, além da observância dos demais preceitos daquela lei.

11.4 Aspectos fundamentais do regime jurídico dos contratos clássicos

11.4.1 *Interesse público e prerrogativas da Administração*

Ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo, emergiram suas notas características, que o diferenciavam do contrato de direito privado. Sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público. Daí ser inaplicável aos contratos firmados por órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado. A defesa do interesse público levou à atribuição de prerrogativas à Administração, que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos pecuniários do particular contratado. Os contratos administrativos são norteados, assim, por um regime público dinâmico (Soto Kloss, op. cit., p. 578).

11.4.2 *Cláusulas exorbitantes*

Quando se iniciou a formulação da teoria do contrato administrativo, foi utilizada, como referencial, a teoria do contrato privado, que, na época, já resultava de longa elaboração.

Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de *cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum*. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para *cláusulas exorbitantes* e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art. 58 da Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração.

11.4.3 *Alteração unilateral e direito ao equilíbrio econômico-financeiro*

O regime jurídico público dinâmico do contrato administrativo permite que a Administração o modifique unilateralmente, portanto, sem depender do consentimento do particular contratado, com o fim de melhor adequá-lo às finalidades de interesse público (art. 58, I, da Lei 8.666/93). O art. 65, I, prevê a alteração unilateral, pela Administração, com a motivação devida: a)

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

A possibilidade de modificação unilateral do contrato não se reveste de caráter absoluto. O mesmo inc. I do art. 58 menciona, ao final, o respeito aos direitos dos contratados.

Tais direitos apresentam-se sob dois prismas. O primeiro diz respeito ao chamado *equilíbrio econômico-financeiro*, também denominado *equação financeira* do contrato. O *equilíbrio econômico-financeiro* significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato. Diz respeito às chamadas *cláusulas contratuais*, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado. Além dessas, o contrato administrativo é dotado das chamadas *cláusulas regulamentares*, atinentes às regras de execução. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. Se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também. Esse direito vem reconhecido nos seguintes dispositivos da lei acima, principalmente: § 1.º do art. 58 – as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado; § 2.º do art. 58 – havendo modificação unilateral, as cláusulas econômico-financeiras deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual; § 6.º do art. 65 – havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Outro prisma refere-se aos *limites de acréscimo e supressão do objeto do contrato* fixados na lei. Assim, o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões nas obras, serviços e compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até 50% para seus acréscimos (§ 1.º do art. 65). Nenhum acréscimo ou supressão pode exceder esses limites, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes (§ 2.º, II, do art. 65, com a redação dada pela Lei 9.648/98). No caso de supressão, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração, nos custos de aquisição comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos devidos à supressão, se comprovados (§ 4.º do art. 65).

A prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, como algo absoluto, vem sendo contestada modernamente. No ordenamento italiano, a Corte de Cassação afastou a tese do poder discricionário de modificação unilateral

do contrato, como poder geral independente de previsão legal explícita, e afirmou que, salvo a rescisão por interesse público, a relação contratual é regida por cânones paritários. Como se viu, no ordenamento brasileiro a prerrogativa é prevista, circunscrita a limites e ao respeito a direitos dos contratados.

11.4.4 Fiscalização

À Administração é conferido o direito, que é principalmente dever, de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Para tanto designa um representante, que poderá determinar o que for necessário à regularização de faltas e defeitos observados (art. 67). Por seu lado, o contratado deve manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato (art. 68). A fiscalização e acompanhamento, efetuados pela Administração, não excluem ou reduzem a responsabilidade do contratado por danos causados diretamente a esta ou a terceiros, decorrentes de dolo ou culpa na execução (art. 70).

11.4.5 Não invocação da exceção do contrato não cumprido

A fórmula latina *exceptio non adimpleti contractus* significa a possibilidade, conferida a uma parte, de invocar o descumprimento de cláusulas contratuais, pela outra parte, para deixar de cumprir obrigações contratuais que lhe cabem. Tal exceção vigora nos contratos privados. Na teoria clássica do contrato administrativo firmou-se diretriz inversa, ou seja, o contratado não poderia invocar o descumprimento, pela Administração, de cláusulas contratuais, para eximir-se do cumprimento de seus encargos.

A justificativa da inoponibilidade encontra-se, principalmente, no princípio da continuidade, que impede a interrupção do atendimento do interesse público – tendo em vista que o contrato administrativo é celebrado para atender ao interesse público, sua execução não pode ser interrompida.

Parece evidente que a prevalência absoluta da inoponibilidade acarreta injustiças e fere direitos. Por isso vem sendo questionada e atenuada. Alguns argumentos levam à sua atenuação: em primeiro lugar, se o atendimento do interesse público compete precipuamente à Administração, cabe-lhe tomar todas as providências ao seu alcance para que o contrato seja bem executado; em segundo lugar, o descumprimento da Administração pode inviabilizar a execução do contrato, por falta de condições materiais e técnicas ou por arruinar o contratado (tratando-se, sobretudo, de grande atraso nos pagamentos).

A Lei 8.666/93 contempla casos em que o particular pode invocar a exceção do contrato não cumprido. Possibilita que o particular solicite a rescisão do contrato ou suspenda seu cumprimento até a normalização da situação nos casos de: a) suspensão da execução, por ordem escrita da Administração, por mais de 120 dias, salvo calamidade, guerra, grave perturbação da ordem, ou

por repetidas suspensões que totalizem esse prazo; b) atraso dos pagamentos, superior a 90 dias, salvo calamidade, guerra, grave perturbação da ordem. O particular também poderá pleitear a rescisão se a Administração não liberar área, local ou objeto necessário à execução do contrato (art. 78, XIV, XV e XVI).

11.4.6 Imposição de sanções

Dentre as prerrogativas da Administração está a imposição de sanções ao contratado, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato (art. 58, IV), sem necessidade de pronunciamento de qualquer outro poder ou órgão.

A Lei 8.666/93 disciplina a matéria, nos arts. 86 a 88, inclusive listando os tipos de sanções e assegurando defesa prévia ao interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 dias úteis (§ 2.º do art. 87).

Embora não esteja explícito, parece claro que somente poderão ser aplicadas as sanções previstas na lei e de modo proporcional à gravidade do fato. As sanções serão a seguir indicadas:

a) *advertência* – para falhas leves (art. 87, I); deverá ser aplicada por escrito, apontando-se o fato que a gerou;

b) *multa* – é o pagamento de certa importância em dinheiro, a título de sanção, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Há dois tipos de multa, previstos na Lei 8.666/93: b1) multa de mora, por atraso injustificado na execução do contrato (art. 86); b2) multa por inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, II). Os dois tipos de multa poderão ser impostos juntamente com as demais sanções e com a rescisão unilateral do contrato; o valor será descontado da garantia, se houver; se for superior ao valor da garantia, a diferença será descontada dos pagamentos devidos pela Administração; não havendo garantia, será descontado do pagamento; não havendo mais pagamento, será cobrado judicialmente;

c) *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*, por prazo não superior a 2 anos (art. 87, III). A Administração fixará o prazo proporcionalmente à gravidade do fato;

d) *declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração*, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação (art. 87, IV). É a sanção administrativa mais grave. É da competência exclusiva de Ministro de Estado, de Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. O interessado pode defender-se nos autos do respectivo processo, no prazo de 10 dias da abertura de vista (art. 87, § 3.º). A lei prevê a possibilidade de reabilitação, requerida após dois anos de sua aplicação, perante a própria autoridade que a impôs; será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes (art. 87, IV e § 3.º). Incide em crime, sujeito a sanções penais, quem admitir à licitação

ou celebrar contrato com profissional ou empresa inidônea e quem, declarado inidôneo, venha a licitar ou contratar com a Administração (art. 97 e parágrafo único).

11.4.7 *Rescisão unilateral*

Independentemente de anuência do contratado, a Administração poderá encerrar a vigência do contrato, antes de seu termo final, por descumprimento de cláusulas ou por razões de interesse público, sempre com motivação e assegurado contraditório e ampla defesa (art. 58, II, e arts. 78 e 79). A matéria relativa à rescisão será exposta em item específico, adiante.

11.4.8 *Ocupação provisória de bens e serviços*

Nos casos de serviços essenciais, a Administração poderá ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, a título de cautela para apuração administrativa de faltas contratuais e na hipótese de rescisão do contrato (art. 58, V).

11.5 **Duração do contrato**

O prazo em que o contrato vigora, produzindo efeitos, corresponde a sua duração. A Lei 8.666/93 proíbe o contrato com duração indeterminada (art. 57, § 3.º).

Os parâmetros da fixação do prazo contratual vêm fixados no art. 57. O *caput* desse artigo reza que a duração ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Essa é a regra, ligada ao disposto nos arts. 7.º, §2.º, III, e 14, que só admitem licitação ante a previsão de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações decorrentes do futuro contrato. Tais dispositivos, por sua vez, vinculam-se ao art. 167, I e II, da CF.

Quatro exceções vêm apontadas.

A *primeira* diz respeito aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados, se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (art. 57, I). Esse dispositivo vincula-se ao § 1.º do art. 165 e ao § 1.º do art. 167 da CF. Num entendimento conforme à realidade do dia a dia da Administração e para evitar que seja paralisada pela aplicação rígida do *caput* do art. 57, parece melhor entender que a exceção do inc. I admite a duração do contrato superior à do exercício financeiro, desde que seu objeto se vincule a metas amplas do Plano Plurianual ou que lei autorize a inclusão do investimento nesse Plano (art. 167, § 1.º, da CF), havendo, no exercício seguinte, previsão de créditos orçamentários para atender essa despesa.

A *segunda exceção* refere-se a contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua (exemplos: vigilância, limpeza). A redação pri-

mitiva do inc. II do art. 57, que abriga esta hipótese, recebeu nova redação por medida provisória, convertida na Lei 9.648/98: em virtude da nova redação, tais contratos poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração, limitada a duração a sessenta meses, ou seja, cinco anos. Segundo prevê o § 4.º do art. 57, esse prazo poderá ser prorrogado em até doze meses, em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior.

A terceira exceção aplica-se ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se até quarenta e oito meses, ou seja, quatro anos (art. 57, IV).

A quarta exceção, acrescentada por força da Lei 12.349, de 15.12.2010, diz respeito às hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incs. IX (possibilidade de comprometimento da segurança nacional), XIX (compras de materiais de uso das Forças Armadas, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico etc.), XXVIII (fornecimento de bens e serviços produzidos ou prestados no País envolvendo alta complexidade tecnológica e defesa nacional) e XXXI (contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei 10.973, de 02.12.2004 – incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo – v. item 10.18), cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, ou seja 10 anos, caso haja interesse da Administração.

Fogem também à aplicação do prazo do art. 57, *caput*, os contratos de concessão e o contrato de adesão formalizador da permissão de serviço público, pois não ensejam dispêndio financeiro por parte do poder público. Aplica-se-lhes, no entanto, a proibição de prazo indeterminado (art. 57, § 3.º). A Lei 8.987/95 não fixa prazo máximo de duração dos contratos de concessão e permissão de serviço.

A questão do prazo contratual deve ser vista com certa flexibilidade. Há casos que não se enquadram exatamente nas exceções, mas a aplicação rígida do *caput* do art. 57 poderá redundar em ônus e prejuízos para a Administração, além de afugentar licitantes e contratados. Havendo previsão de recursos financeiros e plena explicitação das consequências danosas da aplicação rígida do *caput* do art. 57 ao caso concreto, deve ser admitido entendimento flexível a respeito, em nome dos princípios da razoabilidade, economicidade e atendimento do interesse público.

11.6 Prorrogação

A Lei 8.666/93 não previa a *prorrogação contratual*, no sentido de ser renovado o prazo de sua vigência, antes de encerrado. Com efeito, a “filosofia” que a informa parece ser incompatível com a prorrogação automática

ou, sobretudo, ante o já citado art. 57. No entanto, a redação do inc. II do art. 57 foi alterada a partir de junho de 1996, por medida provisória, convertida na Lei 9.648/98, para admitir, quanto aos contratos a serem executados de forma contínua, sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, limitada a sessenta meses. Também foi acrescentado o § 4.º ao art. 57, possibilitando, em caráter excepcional devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, a prorrogação do prazo indicado no referido inc. II em até doze meses.

A lei possibilita ainda a prorrogação dos prazos de algumas etapas, pelos motivos que indica (art. 57, § 1.º). Assim, os prazos de início de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas e o equilíbrio econômico-financeiro, pelos seguintes motivos, justificados por escrito e mediante autorização da autoridade competente: I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes; III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem (escrita) e no interesse da Administração; IV – aumento das quantidades inicialmente previstas; V – impedimento de execução por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração; VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos.

11.7 Garantias

O art. 56 possibilita a exigência de *garantia* referente à execução do contrato. Ficará a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, exigir ou não prestação de garantia. A exigência de garantia, portanto, não é obrigatória. No entanto, o § 2.º do art. 48, acrescentado pela Lei 9.648/98, impõe, para assinatura do contrato, *garantia adicional*, dentre as modalidades previstas no § 1.º do art. 56, no caso de licitante classificado cujo valor global da proposta for inferior a 80% do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, ou b) valor orçado pela Administração. A garantia deve ser igual à diferença entre esse menor valor e o valor da correspondente proposta.

O contratado poderá escolher uma das seguintes modalidades de garantia (art. 56, § 1.º): I – *caução* em dinheiro ou em títulos da dívida pública; II – *fiança bancária*, em que o fiador é um banco; III – *seguro-garantia*, pelo qual uma seguradora se obriga a arcar com os custos da inexecução parcial ou total.

A garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e será atualizada nas mesmas condições daquele. Esta a regra. Duas são as exceções: a) para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, em que o limite

poderá ser elevado até 10% (dez por cento) do valor do contrato (art. 56, § 3.º); b) nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, acrescentando-se, ao valor da garantia, o valor desses bens (art. 56, § 5.º).

11.8 Formalização

A *formalização* refere-se ao modo como os contratos se exteriorizam, se expressam. Antes da formalização do contrato deverá ser emitida nota de empenho prévio.

Quanto ao local, são lavrados nas repartições que sediam o respectivo órgão responsável pelo contrato. Deverá ser mantido arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato. Melhor é arquivar tudo em ordem cronológica. Tratando-se de contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, a formalização se efetua por instrumento lavrado em cartório de notas. As cópias dos instrumentos contratuais são juntadas aos autos do processo que lhes deu origem (art. 60, *caput*).

Só pode haver *contrato verbal* (não escrito) para pequenas compras de pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento, sendo nulo qualquer outro (art. 60, parágrafo único).

Todo instrumento escrito deve ter os seguintes elementos identificadores: nomes das partes e de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas da lei e às cláusulas contratuais (art. 61, *caput*).

Nos casos de concorrência e de tomada de preços, de dispensas e inexigibilidades cujos preços correspondam a essas modalidades, é obrigatório o instrumento contratual completo (art. 62). Para tanto, o art. 55 arrola as cláusulas necessárias, inclusive a indicação do foro da sede da Administração como aquele competente para dirimir questão contratual (art. 55, § 2.º).

Nos demais casos o instrumento contratual completo é facultativo, podendo a Administração substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço (art. 62, *caput*). Nesses instrumentos resumidos serão incluídas, no que for compatível, as cláusulas necessárias, sendo obrigatórios os elementos mencionados no art. 61.

Segundo o art. 64, *caput*, a Administração convocará o interessado para assinar o instrumento dentro do prazo que estabelecer, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo da aplicação de sanções. O dispositivo remete ao art. 81, segundo o qual a recusa do adjudicatário em assinar o contrato, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente

estabelecidas. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte, desde que justificadamente (art. 64, § 1.º). Ante a recusa do adjudicatário, a Administração poderá escolher entre convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo nas mesmas condições do primeiro classificado, inclusive quanto aos preços, e revogar a licitação (art. 64, § 2.º).

A publicação resumida (extrato) do instrumento de contrato ou de seus aditamentos, na imprensa oficial, é condição indispensável de sua eficácia, devendo ser providenciada pela Administração (art. 61, parágrafo único). Além desse meio de publicidade, a lei prevê outro, pois permite a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada, mediante pagamento dos emolumentos devidos (art. 63) – esse preceito traduz a transparência que a lei pretende conferir ao processo licitatório e aos contratos, facilitando o controle social e institucionalizado.

11.9 Alteração. Imprevisão e fato do príncipe

Além da alteração unilateral do contrato, já referida, a lei aventa a *alteração por acordo das partes* (art. 65, II), nos seguintes casos: a) quando for conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando for necessária a modificação do regime de execução, ante a verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando for necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a sua remuneração, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando *álea econômica extraordinária e extracontratual*.

A alínea *d* diz respeito à chamada *teoria da imprevisão*, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão *álea extraordinária*. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula *rebus sic stantibus* (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. Na linha clássica, a imprevisão abria ao contratado o direito à indenização, para remediar

uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato.

Essa teoria teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês, em 1916, no caso “Gaz de Bordeau”, relativo a um contrato de concessão de serviço público de distribuição de gás de iluminação, afetado por grande alta de preços do carvão, durante a guerra. Seus fundamentos são os seguintes: princípio da continuidade do serviço público; trazer solução à situação extracontratual, imprevisível e estranha à vontade das partes; e, principalmente, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

No direito francês distinguia-se a *teoria da imprevisão* do “*fato do príncipe*”: aquela, associada a fatores econômicos; este, ligado a decisões administrativas alheias ao contrato em si, mas com reflexos indiretos na sua execução, onerando-o sobremaneira – ambas consideradas decorrências da ideia de equilíbrio econômico-financeiro. Depois, a teoria da imprevisão passou a englobar os fatores econômicos (*álea extraordinária econômica*) e os fatores administrativos (*álea extraordinária administrativa*).

Em termos evolutivos, pode-se dizer que o advento do intervencionismo e do dirigismo em grande escala, após a Segunda Guerra, tornou difícil fixar a diferença entre *imprevisão* e “*fato do príncipe*”. Por outro lado, a generalização de cláusulas de revisão de preços atenuou a importância econômica e social da teoria, sobretudo porque a revisão, em alguns casos, baseia-se nos mesmos fatores que fundamentam a teoria da imprevisão, inclusive a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, como é mencionado na alínea *d* do inc. II do art. 65.

A redação confusa dessa alínea revela que o objetivo da alteração aí prevista é o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis que retardam ou impedem a execução. O dispositivo menciona, além desses, a força maior e o caso fortuito. Menciona, ainda, o fato do príncipe, que é a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução. Não se confunde, portanto, o fato do príncipe com o poder conferido à Administração contratante de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível e, no direito brasileiro, legalmente circunscrito.

11.10 Outros aspectos da execução

Muitos preceitos relativos à execução contratual já foram mencionados. Além das obrigações atinentes ao próprio objeto do contrato e à presença de preposto no local da obra ou serviço, ao contratado cabem outros encargos.

(i) Se no objeto do contrato ocorrerem *defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados*, o contratado é obrigado a repará-los,

às suas expensas, no total ou em parte, e, se for o caso, substituir o que foi danificado (art. 69).

(ii) O contratado é responsável também pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de dolo ou culpa na execução; tal responsabilidade não é excluída ou reduzida em virtude da fiscalização exercida pelo poder público (art. 70).

(iii) O contratado é responsável pelos encargos previdenciários, trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato (art. 71, caput).

No tocante aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, por força do art. 31 da Lei 8.212, de 24.07.1991, com alterações posteriores.

A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração a responsabilidade por seu pagamento nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (art. 71 e § 1.º). Redação dada ao Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, hoje Súmula 331, em 2000, havia estendido, aos órgãos estatais, a responsabilidade solidária por encargos trabalhistas. Mas, na Ação Direta de Constitucionalidade 16, movida pelo Governador do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93. Essa decisão acarretou reflexos no teor da Súmula 331 do TST, ensejando sua revisão, para excluir da responsabilização os órgãos e entes da Administração Pública, como previsto no § 1.º do art. 71; no entanto, foi inserido o item V na Súmula 331, para afirmar a responsabilidade subsidiária dos órgãos e entes da Administração direta e indireta, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações indicadas na Lei 8.666/93, em especial na fiscalização do atendimento das obrigações contratuais e legais da contratada como empregadora.

(iv) Todos os testes, ensaios e outras provas exigidas por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto correm por conta do contratado, salvo disposições em contrário constantes do edital, da carta-convite ou de ato normativo (art. 75).

(v) Na execução, o contratado poderá *subcontratar* partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração, mas a subcontratação não isenta o contratado das responsabilidades contratuais e legais (art. 72). A *subcontratação*, total ou parcial, a associação com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, não admitidas no edital e no contrato constituem motivo de rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI, e art. 79, I).

11.11 Recebimento do objeto

Executado o contrato, vem o momento em que o objeto do contrato é recebido pela Administração. Esta rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento desconformes ao contrato (art. 76).

A lei prevê o *recebimento provisório* e o *definitivo* (art. 73). Tratando-se de obras e serviços, o responsável pelo acompanhamento e fiscalização efetuará o *recebimento provisório*, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, em até quinze dias da comunicação escrita do contratado. Por termo circunstanciado também se realiza o recebimento provisório de equipamentos de grande vulto. Na compra ou locação de equipamentos, o recebimento provisório, mediante recibo, destina-se a posterior verificação da conformidade do material com a especificação.

Nas obras e serviços o *recebimento definitivo* é efetuado por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, após decorrido o prazo de observação não superior a noventa dias, ou vistoria que demonstre a adequação do objeto aos termos contratuais. Em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital, esse prazo poderá ser ampliado. Um termo circunstanciado, assinado pelas partes, documenta esse recebimento. No caso de compra ou locação de equipamentos, o recebimento definitivo, mediante recibo, ocorre após a verificação da qualidade e quantidade do material e da aceitação.

O recebimento provisório poderá ser dispensado nos seguintes casos: I – gêneros perecíveis e alimentação preparada; II – serviços profissionais; III – obras e serviços até o limite do convite para compras e serviços, desde que não se componham de equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade. O recebimento se efetua mediante recibo (art. 74 e parágrafo único).

11.12 Rescisão

A *rescisão* é a cessação da eficácia do contrato antes de encerrado o término do seu prazo de vigência. Os casos de rescisão devem ser formalmente motivados nos autos do processo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, se for o caso. A Lei 8.666/93 indica três modos de rescisão (art. 79), a seguir expostos.

11.12.1 Rescisão por ato unilateral e escrito da Administração

Esse modo de rescisão, também denominado *rescisão administrativa*, pode ocorrer pelos seguintes fundamentos: a) por inexecução total ou parcial, ou por fatores impeditivos ou prejudiciais à execução; b) por razões de interesse público.

Os casos de rescisão unilateral motivados por má execução ou por condutas do contratado diretamente ligadas ao contrato vêm arrolados nos incs. I a XVIII do art. 78, dentre os quais: cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos, prazos; atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; desatendimento das determinações regulares

do representante que acompanha e fiscaliza a execução e de seus superiores; lentidão no cumprimento; subcontratação, total ou parcial, não admitida no edital e no contrato.

A rescisão unilateral pode ser motivada por fatos exteriores que afetam a execução: falência do contratado (art. 78, IX); dissolução da sociedade (inc. X); falecimento do contratado (inc. X); alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que, comprovadamente, prejudique a execução do contrato (inc. XI); caso fortuito ou força maior, devidamente comprovados, impeditivos da execução (inc. XVII). A Lei 9.854, de 27.10.1999, acrescentou, ao art. 78, o inc. XVIII, o qual possibilita a rescisão do contrato se o contratado empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 (dezoito) anos e, em qualquer trabalho, menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos – a rescisão ocorre sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

No caso de recuperação judicial do contratado, é permitido à Administração manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais (art. 80, § 2.º).

A rescisão, nas hipóteses acima indicadas, pode levar a Administração às seguintes condutas, sem prejuízo da aplicação de sanções, se for o caso: I – assunção imediata do objeto do contrato; II – ocupação e uso do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução, necessários à sua continuidade, precedidos de autorização expressa do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso; III – execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e pagamento das multas e indenizações devidas; IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados (art. 80 e § 3.º).

A rescisão unilateral pode ocorrer por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa, nos autos do processo relativo ao contrato (art. 78, XII). Nesta hipótese, cabe indenização ao contratado, com direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2.º).

A rescisão administrativa deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 79, § 1.º).

11.12.2 *Rescisão amigável*

A *rescisão amigável* efetua-se por anuência da Administração e do contratado, lavrando-se um termo de distrato, no qual são fixados direitos e obrigações das partes, decorrentes da rescisão. Salvo os casos de rescisão unilateral por má execução, dotados de matiz punitivo, os demais casos arrolados no art. 78 admitem rescisão amigável, se conveniente ao interesse público. Deverá ser

precedida de autorização escrita e motivada da autoridade competente (art. 79, § 1.º).

11.12.3 *Rescisão judicial*

É a cessação da vigência do contrato determinada pelo Poder Judiciário, como resultado de ação interposta. É a única via para o contratado obter a rescisão, se não houver concordância da Administração para a rescisão amigável. A Administração também pode se utilizar dessa via, o que não é comum, visto seu poder de rescisão unilateral.

O que move o contratado a ingressar em juízo para pleitear a rescisão, por vezes cumulada a pedido de indenização, é o descumprimento, pela Administração, de obrigações contratuais ou legais. São as hipóteses mencionadas nos incs. XIII a XVI do art. 78, respectivamente: supressão, pela Administração, do objeto do contrato, além do limite legal; suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por período superior a 120 dias, salvo situações excepcionais, ou por repetidas suspensões que totalizam o mesmo período; atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração, salvo situações excepcionais (nestas duas últimas hipóteses o contratado pode optar pela suspensão do cumprimento das obrigações até que seja normalizada a situação); a não liberação de área, local ou objeto para execução do contrato, nos prazos contratuais.

Nesses casos, onde não há culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a devolução de garantia, pagamentos pela execução do contrato até a rescisão, pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2.º).

11.13 Pagamento

O pagamento, pela Administração, das obrigações relativas aos contratos de compras, serviços, obras, prestação de serviços deve obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo relevantes razões de interesse público, previamente justificadas e publicadas (art. 5.º, *caput*).

Tais créditos dos contratados terão seus valores corrigidos, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5.º, § 1.º), que poderá adotar referencial usado no mercado financeiro. O montante relativo à correção será pago junto com o principal, correndo à conta das mesmas dotações orçamentárias deste (art. 5.º, § 2.º).

Segundo o inc. XIV, *a*, do art. 40, o prazo de pagamento não será superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela. O § 3.º do art. 5.º (acrescentado por medida provisória convertida na Lei 9.648/98) determina que os pagamentos decorrentes de despesas,

cujos valores não ultrapassem os limites estabelecidos no inc. II do art. 24, sejam efetuados no prazo máximo de 5 dias úteis – a exigência, portanto, diz respeito a pagamentos de pequena monta. Apesar dos preceitos e de todas as exigências da lei em matéria de previsão orçamentária dos recursos relativos ao contrato, é comum o desatendimento desses prazos. Tal conduta onera a Administração, que deverá arcar com a correção financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento (art. 40, XIV, c).

11.14 Contratos regidos parcialmente pelo direito privado

Além dos contratos norteados, na totalidade, pelo direito público, a Administração celebra contratos regidos parcialmente pelo direito privado. A presença da Administração na relação contratual torna difícil a aplicação plena do direito privado. Assim, o art. 62, § 3.º, determina que aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o poder público seja locatário e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado aplicam-se as regras da Lei 8.666/93 referentes às cláusulas necessárias, às prerrogativas da Administração (cláusulas exorbitantes) e à formalização. A remissão feita pelo art. 62, na verdade, publiciza tais contratos, quando a Administração figura como parte, pois pouco resta ao direito privado, como bem nota Marcos Juruena Villela Souto (*Licitações & contratos administrativos*, 2. ed., 1994, v. 1, p. 171).

O art. 62 deixa aberta, à Administração, a possibilidade de celebrar outros contratos desse tipo, quando usa os termos “e aos demais” – por exemplo, o *leasing*, citado por Marcos Juruena Villela Souto (*op. cit.*, p. 172).

11.15 Novas figuras contratuais

Como já se disse no início do capítulo, nas últimas décadas vêm florescendo atuações administrativas instrumentalizadas por técnicas contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parceria entre Administração e particulares ou entre órgãos e entidades estatais. Diante desse modo de atuar, novos tipos de ajuste foram surgindo, com moldes que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo, nem no padrão teórico de contrato vigente no século XIX. Discute-se, então, se esses novos ajustes enquadram-se ou não na figura contratual, tal como se discutiu quanto ao contrato administrativo. Aqui segue-se o entendimento de que tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual (v. item 11.1 deste capítulo).

O regime jurídico dessas novas figuras é essencialmente público, mas diferente, em muitos pontos, do regime aplicado aos contratos administrativos tradicionais. Algumas delas serão mencionadas a seguir.

11.15.1 *Convênios e consórcios – Aspectos gerais*

Tornaram-se clássicos os conceitos inspirados em Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 19. ed., 1994, p. 354-356). Convênios administrativos são acordos celebrados para a realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos estatais de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas. Como exemplos do primeiro tipo estão os convênios União-Estado, União-Município, Estado-Município. Fogem à característica “espécies diferentes” os convênios entre universidades públicas quando ambas são autarquias ou quando ambas são fundações integrantes do mesmo nível estatal (duas autarquias estaduais, duas fundações federais, por exemplo), pois têm a mesma natureza jurídica.

Para o mesmo autor, os *consórcios* eram acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie ou do mesmo nível, destinados à realização de objetivos comuns.

Hoje não mais prevalece essa noção, pois a Lei 11.107, de 06.04.2005 – contratação de consórcios públicos –, prevê a possibilidade de consórcios também entre entidades federativas de espécies diferentes: Municípios e Estado ou Estados; Distrito Federal e Municípios; Distrito Federal e Estados (art. 4.º, § 1.º, I, II e IV). A União somente participará de consórcio integrado por Estado ou Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados (art. 1.º, § 2.º).

A EC 19/98 deu nova redação ao art. 241 da CF, prevendo 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.

11.15.1.1 *Convênios*

Convênio pode ser conceituado como o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação.

O Dec.-lei 200/67 já aventava a celebração de convênios pela União: arts. 10, §§ 1.º e 5.º, e 160, com outros entes públicos; art. 156, § 2.º, com entidades públicas e privadas para assistência médica.

Na Constituição de 1988, o art. 23, parágrafo único, permite deduzir a possibilidade de convênios e consórcios firmados por entes federativos. A nova redação dada ao art. 241, pela EC 19/98, tornou explícita a faculdade de celebração de tais ajustes para a gestão associada de serviços.

O art. 199, § 1.º, da CF menciona os convênios como forma de participação das instituições privadas no sistema único de saúde. Por sua vez, o inc.

VI do art. 71 fixa a competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros congêneres.

De seu lado, a Lei 8.666/93 traz preceitos sobre convênios, acordos, ajustes e outros congêneres no art. 116 e parágrafos.

A Lei 11.107, de 06.04.2005 – consórcios públicos, menciona os *convênios de cooperação*, no art. 13, §§ 3.º e 4.º, e a possibilidade de celebração de convênios pelos consórcios, no art. 2.º, § 1.º. Nos termos do Decreto 6.017, de 17.01.2007, que regulamenta a Lei 11.107/2005, *convênio de cooperação* é o “pacto firmado por entes da Federação, com o objetivo de outorgar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada para cada um deles”. Menciona-se também o *convênio de delegação*, no caso de transferência, de um nível federativo a outro, de atividades e serviços públicos suscetíveis de delegação, como acontece em matéria de administração e exploração de rodovias e portos federais.

O Decreto federal 6.170, de 25.07.2007, com alterações posteriores, abriga normas sobre convênios de que participam a União ou entidades federais.

Quanto à *natureza*, parte da doutrina publicista pátria distingue os convênios e consórcios dos contratos. Para facilidade de redação se invocam a seguir, os convênios, aplicando-se o exposto, quanto à natureza, aos consórcios públicos. Segundo essa linha doutrinária, diferenciam-se do seguinte modo, em essência: a) no contrato há interesses opostos; no convênio há interesses convergentes; b) o contrato realiza composição de interesses opostos; o convênio realiza conjugação de interesses; c) no contrato há partes: uma que pretende o objeto (exemplos: obra, serviço) e remunera; a outra que visa ao preço; no convênio não há partes, mas partícipes com as mesmas pretensões; d) nos contratos há obrigações recíprocas, o que falta nos convênios.

Vários argumentos em oposição a tais diferenças poderiam ser expostos. Serão mencionados somente alguns. Quanto aos interesses, a presença do poder público num dos polos levaria a raciocinar que o interesse público necessariamente será o fim visado pelos convênios e contratos administrativos; por outro lado, no caso de convênios celebrados com particular poder-se-ia argumentar que este não atua com fim de interesse público, havendo, então, interesses contrapostos; por um e outro raciocínio, não se fixa a distinção. E ainda: nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais é difícil separar as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum. Além do mais, no setor privado há contratos de sociedade em que o interesse dos sócios ou cotistas é comum (não havendo contraposição), e revestem-se de natureza contratual.

No tocante à remuneração, nem sempre nos contratos administrativos uma das partes remunera a outra, como ocorre na concessão de serviço público, na concessão de serviço antecedida de obra, em que inexistente preço como

contraprestação recíproca. Bem mais peculiar se apresenta a concessão para radiodifusão sonora e por imagem, na qual nem existe tarifa paga pelo usuário, e tais tipos incluem-se entre os contratos administrativos.

Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar os contratos dos convênios e consórcios. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos; por exemplo: num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para ser atingido o resultado.

A dificuldade de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio, de outro, parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual. A característica dos convênios e consórcios está na sua especificidade, por envolverem duas ou mais entidades estatais ou pelo tipo de resultado que pretendem atingir com o acordo firmado. O mesmo vale para os consórcios. Daí a Lei 11.107/2005 ter caracterizado os consórcios públicos como contratos. E, ainda, o teor do art. 4.º, XII, da mesma Lei, relativo ao direito do consorciado, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio.

Outra controvérsia na matéria diz respeito à necessidade ou não de autorização legislativa para cada convênio ou consórcio. O STF, em algumas decisões, considerou inconstitucional a exigência de autorização legislativa para celebração de cada convênio (cf. RDA 140, p. 63-69, 1980). Algumas constituições estaduais e leis orgânicas de Municípios inserem, entre as atribuições do Legislativo, a autorização ou aprovação de convênios. Melhor parece haver, nas Constituições estaduais e leis orgânicas, preceito genérico possibilitando a celebração de convênios e consórcios, sem necessidade de apreciação caso a caso. Mesmo porque os Tribunais de Contas, em nome do Legislativo, realizam controle sobre cada um desses ajustes (arts. 71 e 75 da CF).

Nos termos da Lei 11.107/2005, art. 5.º, *caput*, o *contrato de consórcio público* será celebrado com a ratificação, mediante lei, do *protocolo de intenções* que o precede, dispensada esta quando o ente da Federação, antes de figurar no protocolo, disciplinar por lei sua participação em consórcio (art. 5.º, § 4.º).

Outra dúvida refere-se à exigência ou inexistência de licitação para celebrar convênio e consórcio. Nos consórcios entre Municípios ou que envolvem outros entes estatais, o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação. As mesmas ponderações se aplicam aos convênios entre entidades ou órgãos da Administração, em especial aos convênios entre universidades nacionais ou entre estas e universidades ou faculdades estrangeiras. No tocante aos convênios entre poder público e enti-

dades particulares, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação, por vezes denominada *chamamento público* ou abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente.

O art. 116 e parágrafos da Lei 8.666/93 trazem normas sobre convênios. O *caput* reza o seguinte: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. O § 1.º faz depender a celebração de aprovação de plano de trabalho proposto pela organização interessada, com as informações que arrola. A liberação de parcelas de recursos atenderá ao plano de aplicação aprovado; haverá retenção de parcelas no caso das impropriedades indicadas nos incs. I, II e III, até o respectivo saneamento (§ 3.º). Os §§ 4.º, 5.º e 6.º do art. 116 trazem normas sobre saldos de convênio. Por sua vez, o § 2.º determina que, assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. Tais dispositivos levam a cogitar de sua aplicação somente aos convênios com repasse de verbas.

Conforme o Decreto 6.170/2007, com alterações posteriores, na esfera federal a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos que importe repasse de verbas, será precedida de *chamamento público*, para o fim de selecionar projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive seu resultado, sobretudo por meio da divulgação na primeira página no sítio oficial do concedente e no Portal dos Convênios (art. 4.º, parágrafo único).

No âmbito federal o mesmo Dec. 6.170/2007, com alterações posteriores, prevê a celebração de convênio no caso de repasse de verbas do Orçamento Fiscal ou da Seguridade Social, para a Administração estadual, distrital ou municipal (direta e indireta) ou para entidades privadas sem fins lucrativos, visando à realização de projeto ou atividade de interesse comum, mediante colaboração mútua. O convênio envolvendo órgãos estaduais, distritais ou municipais só ocorre para repasses cujo valor seja superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos do art. 2.º, I, admitindo-se o consorciamento de entes públicos ou a reunião de vários programas, para fins de alcance deste limite (art. 2.º, parágrafo único). No caso de transferência de crédito de órgão da Administração direta, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente para outro órgão ou ente ou entidade federal da mesma natureza deverá ser celebrado *termo de cooperação*, previsto no art. 1.º, §1.º, III, do Decreto 6.170/2007, com a redação dada pelo Decreto 7.568, de 16.09.2011.

Conforme o art. 2.º, II, do Dec. 6.170/2007, com a redação dada pelo Dec. 6.619, de 20.10.2008, é vedado o convênio com entidades particulares

sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão de qualquer esfera governamental ou respectivo cônjuge, companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau.

No tocante a se exigir que as entidades privadas sem fins lucrativos realizem licitação para atividades pagas com verbas recebidas da União, o art. 11 do Decreto 6.170/2007 determina apenas a observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a cotação de preços no mercado antes da celebração do contrato.

As entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio com órgãos da Administração Federal deverão cadastrar-se previamente no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, em qualquer órgão concedente (art. 3.º e § 1.º do referido Decreto). A celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios serão registrados no SICONV, aberto ao público via internet, por meio de página denominada Portal dos Convênios.

As parcerias entre a Administração e as entidades privadas sem fins lucrativos (organizações da sociedade civil), em regime de mútua cooperação, para a realização de finalidades de interesse público são disciplinadas na Lei 13.019, de 31.07.2014, com entrada em vigor após 360 dias. Os convênios entre a Administração e entidades civis sem fins lucrativos, vigentes na data da entrada em vigor da referida Lei serão executados até o término da sua vigência, regendo-se pelas normas existentes ao tempo da sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da nova Lei (arts. 83 e 84, parágrafo único, da Lei 13.019/2014).

11.15.1.2 Consórcios

A Lei 11.107, de 06.04.2005, fixa normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem *consórcios públicos* para a realização de objetivos de interesse comum (em poucos preceitos há menção a convênios de cooperação).

O consórcio público formará *associação pública* ou *pessoa jurídica de direito privado* e será instituído por contrato, cuja celebração depende de prévia subscrição de *protocolo de intenções*, a ser publicado na imprensa oficial (arts. 1.º, § 1.º, e 4.º, § 5.º, da referida lei). Dentre outras cláusulas, o protocolo de intenções conterà: a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio, que deverá ser Chefe do Executivo do ente federativo consorciado; e o consentimento para a gestão associada de serviços públicos.

Após ratificação, mediante lei, do referido protocolo, o contrato de consórcio será celebrado, sendo dispensado da ratificação o ente federado que já tiver disciplinado, por lei, sua participação no consórcio.

Segundo o art. 6.º, o consórcio adquire personalidade de direito público, após a ratificação, se for constituído como associação pública, passando a integrar a Administração indireta de todos os entes federativos consorciados. Ou adquire personalidade de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. Neste último caso, observará as normas de direito público quanto a licitação, contratos, prestação de contas e ingresso de pessoal, regido este pela CLT.

Os objetivos dos consórcios serão determinados pelos entes federativos que o integram (art. 2.º, *caput*).

Para o cumprimento dos seus objetivos o consórcio poderá: I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos; II – no caso de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões, após declaração de utilidade ou necessidade pública e interesse social oriunda do poder público; III – ser contratado pela Administração direta e indireta dos entes federativos consorciados, dispensada a licitação (art. 2.º, § 1.º); IV – outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante consentimento previsto no contrato de consórcio (art. 2.º, § 3.º).

Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante *contrato de rateio* (art. 8.º, *caput*). Este será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o sustentam, salvo os contratos relativos a programas previstos em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preços públicos (art. 8.º, § 1.º). O ente consorciado que não consignar as dotações suficientes poderá ser excluído do consórcio (art. 8.º, § 5.º).

Os entes federativos consorciados ou os com eles conveniados poderão ceder-lhe servidores (art. 4.º, § 4.º).

O consórcio pode celebrar *contrato de gestão* ou *termo de parceria*, se tal constar do protocolo de intenções.

Mediante *contrato de programa* deverão ser disciplinadas as obrigações entre dois entes federativos ou um ente federativo e o consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal etc. (art. 13, *caput*). Se previsto no contrato de consórcio ou convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades da Administração indireta de qualquer dos entes federativos consorciados ou conveniados.

A União poderá celebrar convênios com os consórcios (art. 14).

O consórcio público sujeita-se à fiscalização do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Executivo que o representa legalmente.

O Decreto 6.017, de 17.01.2007, regulamenta a Lei 11.107/2005 – consórcios públicos.

11.15.2 Outras figuras

a) *Protocolos* – são firmados entre a Administração e um particular, entre a Administração e vários sujeitos privados ou entre órgãos estatais. Mediante esse instrumento se ajusta a realização de atividade ou de certas condutas ante uma questão, por exemplo: protocolo entre poder público, montadoras (de automóveis) e sindicato dos metalúrgicos visando a não demissão de empregados em troca de maior produtividade ou benefícios fiscais. Nesse tipo se inclui o *protocolo de intenções*, que, em geral, desencadeia futuros convênios ou contratos, como especificações ou concretização daquele. Segundo o art. 3.º da Lei 11.107/2005, o *protocolo de intenções* será formalizado e subscrito antes da celebração do contrato de consórcio público. Este será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções (art. 5.º, *caput*). O art. 4.º da citada lei arrola as cláusulas necessárias do referido protocolo de intenções.

b) *Contrato de gestão* – na doutrina é visto como técnica de gestão privada ou meio de propiciar autonomia a empresas, entes ou órgãos estatais, dentro de parâmetros fixados pelo poder central, ou, ainda, como técnica de descentralização. Mediante o contrato de gestão são estabelecidos objetivos e metas a serem atingidos, ficando sua execução sujeita ao acompanhamento, fiscalização e sanção do poder público. Em geral, da celebração do contrato de gestão decorre o repasse de recursos ao ente estatal ou privado. A Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, embora sem utilizar o termo *contrato de gestão*, diz, no art. 37, § 8.º, que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades, a remuneração do pessoal. Podem ser apontados os seguintes exemplos de uso do contrato de gestão na esfera federal: nos vínculos entre o poder público federal e a entidade qualificada como organização social, segundo prevê a Lei 9.637, de 15.05.1998, art. 5.º; nos vínculos entre o Ministério supervisor e respectivas autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas. Conforme o art. 4.º, X, da Lei 11.107/2005, os consórcios públicos podem celebrar *contrato de gestão*.

c) *Contratos de programa* – no Direito francês são ajustes pelos quais empresas privadas ficam liberadas de limitação de preços, desde que seus programas de produção e de investimento e sua política salarial tenham conformidade com os objetivos de um plano governamental.

No Brasil, a Lei 11.107/2005, art. 13, *caput*, prevê o contrato de programa para o fim de disciplinar as obrigações entre dois entes federativos ou entre um ente federativo e o consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal etc. O art. 13, § 5.º, da citada lei menciona o contrato de programa celebrado por entidades integrantes da Administração indireta de qualquer dos entes federativos consorciados ou conveniados, mediante previsão do contrato de consórcio público ou de convênio de cooperação.

d) *Contratos de plano* – no Direito francês são celebrados principalmente entre a Administração central e coletividades locais, com o fim de compatibilizar a atuação destas a planos nacionais ou objetivos nacionais.

e) *Termo de parceria* – no ordenamento brasileiro, é o instrumento passível de ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas como *organizações da sociedade civil de interesse público*, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desempenhadas pelas mesmas, de conformidade com o previsto nos arts. 3.º e 9.º da Lei 9.790, de 23.03.1999. Deduz-se da referida lei – que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – que a celebração do termo de parceria pode implicar repasse de recursos públicos à entidade assim qualificada, a qual deverá prestar contas de tais recursos aos respectivos Tribunais de Contas. Conforme o art. 4.º, X, da Lei 11.107/2005, os consórcios públicos podem celebrar termo de parceria com essas entidades.

f) *Contrato de repasse* – nos termos do Decreto 6.170/2007, art. 1.º, § 1.º, é o instrumento administrativo por meio do qual se processa a transferência de recursos financeiros federais a órgãos ou entidades da Administração estadual, distrital ou municipal ou a entidades privadas sem fins lucrativos, por intermédio de instituições financeiras controladas pela União, atuando como mandatária desta. A celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão registrados no SICONV, que será aberto ao público via internet, por meio de página denominada Portal dos Convênios (art. 13 do Decreto 6.170/2007, com a redação dada pelo Decreto 6.619/2008).

g) *Contrato de rateio* – é “o contrato por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público” (art. 2.º, VII, do Decreto 6.017/2007, que regulamenta a Lei 11.107/2005 – consórcios públicos).

h) *Contrato de eficiência* – A Lei 12.462, de 05.08.2011, que instituiu o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, prevê, no art. 23, o contrato de eficiência, que tem por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar

economia à Administração, na forma da redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, § 1.º); exclusivamente para o contrato de eficiência se utiliza o julgamento pelo maior retorno econômico. Caso não seja alcançada a economia prevista, o contratado poderá sofrer desconto na sua remuneração, multa por inexecução contratual e outras medidas (§ 3.º do art. 23 da Lei 12.462/2011).

i) *Termo de colaboração* – É o instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias entre a Administração e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, selecionadas mediante chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público *propostas pela Administração* (Lei 13.019, de 31.07.2014, art. 2.º, VII).

j) *Termo de fomento* – Instrumento pelo qual se formalizam as parcerias entre Administração e organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, selecionadas por meio de chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público, *propostas pelas organizações da sociedade civil* (Lei 13.019/2014, art. 2.º, VIII).

Algumas dessas figuras vêm sendo englobadas, em obras doutrinárias e em textos legais mais recentes, sob a rubrica de *parcerias*.

11.16 Contratos celebrados no RDC

O art. 39 da Lei 12.462, de 05.08.2011, que institui o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, afasta a aplicação da Lei 8.666/93 aos contratos administrativos celebrados com base nesse regime, salvo os casos em que a determina explicitamente. O RDC se destina ao seguinte: a) realização, no Brasil, da Copa das Confederações FIFA 2013 (já ocorrida); b) realização da Copa do Mundo FIFA 2014 (já ocorrida); c) realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; d) obras de infraestrutura e da contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados, distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses mundiais; e) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; f) licitações e contratos relativos às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; g) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; h) contratação, pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias, destinadas à guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; i) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento sócio-educativo. (v. item 10.22). O art. 44 da Lei 12.462/2011 determina a aplicação da Lei 8.666/93 para a anulação e revogação dessas licitações.

Uma das regras específicas diz respeito à *contratação de licitantes remanescentes*, caso o licitante vencedor convocado não assine o contrato, não aceite

ou não retire o instrumento no prazo e condições fixados. Conforme o art. 40, parágrafo único, se nenhum dos licitantes remanescentes aceitar a contratação nas condições oferecidas pelo vencedor, os remanescentes poderão ser convocados, na ordem de classificação, para celebrar o contrato nas condições destes, contanto que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para o contrato, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório; a possibilidade de firmar contrato nas condições dos remanescentes (desde que atendidas as exigências de valor) está ausente da Lei 8.666/93, art. 64, § 2.º, pois nos termos deste, se não forem aceitas as condições do vencedor, resta à Administração revogar a licitação. Sem dúvida, a possibilidade conferida pelo art. 40, parágrafo único, da Lei do RDC, possibilita agilizar a indicação do futuro contratado, evitando novo processo licitatório.

O mesmo tratamento à contratação de licitante remanescente (art. 40, parágrafo único) é conferido à contratação direta com fundamento no inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/93, que é a *contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em decorrência de rescisão contratual* (art. 41 da Lei do RDC).

No caso de *prestação de serviços a serem executados de forma contínua*, mencionados no art. 57, II, da Lei 8.666/93, (p. ex.: vigilância, limpeza), os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades necessárias à realização dos grandes eventos esportivos de 2013, 2014 e 2016 poderão ter a sua vigência (duração) estabelecida até a data da extinção da Autoridade Pública Olímpica – APO.

Dentre as inovações em matéria de contratos administrativos pode-se indicar o *contrato de eficiência*, previsto no art. 10 da Lei do RDC, referido na alínea *h*, e a *contratação por remuneração variável*, pela qual nas contratações de obras e serviços de engenharia poderá, motivadamente e respeitado o limite do orçamento fixado pela Administração, ser estabelecida *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 (art. 10 e parágrafo único). O *contrato de eficiência* se distingue da *contratação de remuneração variável*. Na *contratação de remuneração variável* há previsão de metas relativas a vantagens adicionais para a Administração; sendo atingidas, o contratado receberá acréscimo na sua remuneração, não se caracterizando inexecução contratual se as metas não forem atingidas. Na hipótese de *contrato de eficiência*, o contratado tem a obrigação de gerar economia para a Administração e sua remuneração será um percentual da economia realizada; se a economia não for obtida, poderá haver redução na remuneração do contratado e também poderá haver sanção por inexecução contratual e outras (art. 23, § 3.º, I, II e III).

Em matéria de *sanções administrativas*, a Lei do RDC estabelece tratamento mais severo do que a Lei 8.666/93, em vista da premência das datas

e prazos relativos aos eventos esportivos a que se destina e para prevenir e punir práticas corruptas e fraudulentas. Conforme o art. 47, ficará *impedido de contratar* com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo prazo de 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, e outras cominações legais, o licitante que:

I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no art. 40 (licitante remanescente) e 41 (remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em decorrência de rescisão) da Lei do RDC;

II – deixar de apresentar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV – não mantiver a proposta, salvo por fato superveniente, devidamente justificado;

V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal;

VII – dar causa à inexecução total ou parcial do contrato.

A imposição da sanção indicada no art. 47, *caput*, implica o descredenciamento do licitante, pelo mesmo prazo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que integram a Autoridade Pública Olímpica – APO.

11.17 Bibliografia

Além das obras arroladas no capítulo anterior, que tratam de licitação e contrato, ver:

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo, Quartier Latin, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos (org.). *Tratado de los contratos públicos*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

3. V.

FALCONI, Franca. I c.d. contratti di piani nella elaborazione della dottrina francese. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. II e III, p. 595-617, 1979.

FERRARA, Rosario. *Gli accordi di programma*. Padova: Cedam, 1993.

_____. *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1985.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Maria. Dos convênios. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

GIANNINI, Massimo S. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993. v. II.

KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. *Revista de Administración Pública* 2, p. 569-585, Madrid, 1978.

LAUBADÈRE, A. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1953. 3. v.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *RDA*, p. 451-461, ago. 1995.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

- _____; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos*. São Paulo: RT, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MODERNE, Franck. L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques. *Revue Française de Droit Administratif*, maio-jun. 1984, p. 1-20.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- REIS, Luciano Elias. *Convênio administrativo*. Curitiba: Juruá, 2013.
- RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1995.
- SAINZ MORENO, F La "exceptio non adimpleti contractus" en la contratación administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, jan.-mar. 1978, p. 13-20.
- TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público nos direitos brasileiro e estrangeiro. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.