Alexandre Santos de Aragão

Professor-Adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

Curso de DIREITO ADMINISTRATIVO

2.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

gen | Editora FORENSE

RIO DE JANEIRO

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2013 *by*
EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

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

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

Capa: Danilo Oliveira

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

A671c

Aragão, Alexandre Santos de
Curso de direito administrativo / Alexandre Santos de Aragão. – 2.ed. rev., atual. e ampl.
Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ISBN 978-85-309-4582-4

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

11-5165.

CDD: 349.2(81)
CDU: 34:665.5

CAPÍTULO XIII

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: XIII.1 - Conceito: XIII.1.1 - Convênios - XIII.2 - Instrumento do contrato - XIII.3 - Mutabilidade do contrato e equilíbrio econômico-financeiro: XIII.3.1 - Revisão e reajuste de preços; XIII.3.2 - Prazo contratual e sua prorrogação; XIII.3.3 - Instrumentos das alterações contratuais: termos aditivos e apostilamentos - XIII.4 - Eficácia temporal dos contratos administrativos - XIII.5 - Subcontratação e cessão contratual - XIII.6 - Fiscalização e inadimplemento contratual - XIII.7 - Extinção dos contratos administrativos.

XIII.1 - CONCEITO

A Administração Pública, apesar de todos os seus poderes de interferência unilateral no patrimônio das pessoas (desapropriação de bens, requisição administrativa de serviços etc.), não obtém todos os insumos que precisa para a sua atividade de maneira apenas coativa. Ao contrário, até mesmo porque isso seria incompatível com uma economia de mercado diante do grande "consumidor" que o Estado é, a maior parte dos bens e serviços de que a Administração Pública precisa é adquirida voluntariamente junto a empresas, mediante contratos, em princípio precedidos de licitação.

Conforme esses contratos celebrados pela Administração Pública tenham maiores ou menores influxos do direito público, especialmente pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, são tradicionalmente chamados, respectivamente, de contratos administrativos ou de contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública. Ambos são regidos pela Lei n. 8.666/93[1] e devem via de regra ser precedi-

---

[1] A Lei n. 8.666/93 trata especificamente de algumas espécies de contratos (obras, serviços, compras etc.), mas rege todos os contratos celebrados pela Administração, sejam eles típicos ou atípicos. Discordamos frontalmente da corrente minoritária que sustenta que a exigência de licitação seria aplicável apenas aos contratos administrativos, pois os princípios republicanos se aplicam também aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, inclusive por expressa determinação constitucional (art. 37, XXI, CF). O art. 1º da Lei n. 8.666/93 ao se referir aos contratos administra-

dos de licitação, mas a estes (contratos de direito privado celebrados pelo Estado) também é aplicável a legislação de Direito Civil.[2]

Por essa razão, apesar de tratarmos também dos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, o presente capítulo terá como foco os contratos administrativos, ou seja, os contratos de direito público celebrados pela Administração Pública, aos quais são aplicáveis, mas apenas subsidiariamente, a teoria geral dos contratos, de raiz civilística (art. 54, Lei n. 8.666/93).

Os contratos administrativos podem ser sucintamente definidos como os ajustes comutativos que a Administração Pública, nessa qualidade, celebra com particular ou outra entidade pública. Vejamos cada um dos elementos integrantes do seu conceito.

Estabelece obrigações recíprocas para as partes, o que os diferencia dos convênios (ver também subtópico a seguir), em que as obrigações são convergentes. O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.666/93 caracteriza como contratos apenas os ajustes que estipulem "obrigações recíprocas". ODETE MEDAUAR acompanha, contudo, aqueles que minoritariamente têm uma concepção mais ampla de contrato, afirmando que também nos convênios há, de certa forma, obrigações recíprocas (ex.: o Estado dá o terreno e a prefeitura constrói a escola). Os convênios seriam, para essa posição doutrinária, uma espécie de contrato caracterizada pelo tipo de resultado que com ele se pretende atingir. Segundo a autora, cuja posição veremos mais detalhadamente adiante, a própria dificuldade em se distinguir os dois institutos seria demonstração da sua indiferenciação.

Os contratos administrativos podem ser celebrados tanto pela Administração Direta como pela Indireta, já que ambas podem firmar contratos regidos pelo Direito Público. A redação dada pela EC n. 19/99 ao art. 173, § 1º, II, da CF, impondo a paridade do regime jurídico civil com as empresas privadas, só é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada.[3]

---

tivos como o âmbito de sua aplicação deve ser considerado como o fazendo em sentido coloquial, como qualquer contrato celebrado com o Estado, ou como denotador da sua intenção de extinguir a diferença entre uma e outra espécie, como veremos a seguir.

[2] Quanto às competências legislativas sobre contratos da Administração Pública, aplicam-se as assertivas colocadas no capítulo anterior em relação às licitações públicas, ao passo que a competência para legislar sobre contratos no Direito Civil é privativa da União (art. 22, I, CF).

[3] "Processual civil e administrativo – Inexistência de negativa de prestação jurisdicional – Uso de bem de empresa pública: Regime jurídico de direito administrativo. 1. Inexistência de omissão no acórdão recorrido, se busca a parte em embargos de declaração inovar seus argumentos. 2. Os bens de empresa pública afetados à sua finalidade não podem ser utilizados senão dentro das regras de Direito Público. 3. Bens da INFRAERO na área das atividades aeroportuárias não seguem as regras de locação (precedentes desta Corte). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido" (REsp n. 447.867/ES).

Quanto à distinção entre os contratos administrativos e os **contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública**, ela não se dá em função de uma suposta peculiaridade do seu objeto ou da presença do interesse público, já que o objeto (obras, serviços etc.) também pode constar de contratos privados, e o interesse público deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública. O que realmente caracteriza um contrato celebrado pela Administração como administrativo (e não como um contrato de direito privado da Administração) é a existência de cláusulas exorbitantes.

As cláusulas exorbitantes, constantes do instrumento contratual ou derivadas diretamente da legislação, são aquelas que não poderiam ser admitidas nos contratos privados sob pena de sua nulidade. Para alguns também seriam as que, apesar de eventualmente válidas, seriam incomuns em contratos de direito privado.

Quando o contrato celebrado pela Administração Pública não possuir tais cláusulas de poderes exorbitantes (ex.: poder de alterar unilateralmente o contrato), teríamos o que a doutrina costuma chamar de um contrato de direito privado celebrado pela Administração. Ressalte-se, no entanto, que o art. 62, § 3º, I, atenua bastante essa distinção ao determinar a aplicação aos contratos de direito privado celebrados pela Administração de cláusulas exorbitantes fundamentais como a modificação unilateral (art. 58, I), rescisão unilateral (art. 58, II) e aplicação de sanções (art. 58, IV).

Alguns chegam a afirmar que o art. 62, § 3º, I, publicizou os contratos de direito privado celebrados pela Administração; que, no direito positivo brasileiro, todos contratos celebrados pela Administração Pública são de direito público/administrativo ou que, no máximo, há contratos administrativos de configuração privada.[4]

Independentemente do art. 62, § 3º, I, Lei n. 8.666/93, parte da doutrina já vem há muito contestando de forma genérica a distinção entre contratos de direito público e contratos de direito privado. A autora lusitana MARIA JOÃO ESTORNINHO, na importantíssima obra eloquente pelo seu próprio título, "Réquiem pelo contrato administrativo", afirma que as chamadas "cláusulas exorbitantes" são excepcionais ou exorbitantes apenas se tivermos em conta a concepção de contrato do século XIX, já que há décadas muitos dos contratos celebrados entre privados também sofrem grande interferência legal, principalmente diante da hipossufuciência de uma das partes (vejam-se, entre nós, os contratos de planos de saúde, que têm grande parte das suas cláusulas preestabelecidas pelo poder público).

---

[4] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. p. 351 e segs.

Conclui a autora que, atualmente, em qualquer espécie de contrato pode haver poderes exorbitantes em relação à noção novecentista de contrato.

O que devemos, por essas razões, ter em conta ao analisar concretamente os contratos celebrados pela Administração é a disciplina legislativa em cada espécie de contrato, não uma qualificação abstrata do contrato como de "direito público" ou "privado", não concordando que, apenas em razão dessa ou daquela qualificação, resulte automaticamente todo um regime jurídico distinto.

XIII.1.1 – Convênios

Muitas vezes os convênios são formalmente denominados por outros termos. A expressão "Termo de Cooperação", por exemplo, não corresponde a uma natureza jurídica própria, a um instituto específico do Direito Administrativo. Trata-se de mais uma expressão, entre as muitas análogas que têm sido adotadas na práxis administrativa ("Termo de Cooperação Técnica", "Termo de Cooperação Institucional", "Acordo de Programa", "Protocolo de Intenções", "Ajuste de Desenvolvimento de Projetos" etc.), que vai corresponder a uma das duas modalidades básicas de negócios jurídicos travados pela Administração Pública: o contrato administrativo ou o convênio administrativo.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO explica que os convênios "são normalmente consubstanciados através de 'termos', 'termos de cooperação', ou mesmo com a própria denominação de 'convênio'. Mais importante que o rótulo é, porém, o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançada determinado fim de seu interesse comum".[5]

Em outras palavras, essas expressões que a práxis administrativa vem utilizando não têm substrato material próprio; têm apenas o papel de comunicar melhor à opinião pública e aos interessados algum aspecto que, por certas razões (políticas, publicitárias etc.), se pretenda destacar na relação jurídica criada pelo ato. Tais "termos" são, substancialmente, independentemente do nome (e em Direito o nome é sempre o que menos importa), ou contratos administrativos, ou convênios, da mesma forma que pode haver verdadeiros contratos travestidos com o nome de convênios, devendo ser-lhes aplicável a disciplina dos contratos, inclusive a submissão a prévia licitação.

Deve-se estar sempre atento para os vícios comumente praticados pela Administração Pública ao dar o nome de convênio ou análogo para negócios que são substancialmente contratos, com o intuito de se evadir das exigências de prévia

---

[5] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 197. Sobre o tema ver também o tópico XV.11.

licitação, já que aos convênios é aplicável apenas o art. 116 da Lei n. 8.666/93 (cronograma de desembolso, plano de trabalho etc.); se houver várias entidades interessadas em celebrar o convênio, a Administração Pública deverá ter mecanismos públicos e objetivos de seleção, exigência para a qual o direito positivo brasileiro ainda tem que avançar bastante. Mas, de qualquer maneira, não se lhes aplicam as exigências das licitações formais da Lei n. 8.666/93.

Vejamos a distinção entre as duas espécies de negócio jurídico administrativo: "Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de teoria geral do direito, na categoria dos contratos 'comutativos' ou 'distributivos' (...). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir um fim que não é compartilhado pela outra.[6] Já no chamado 'convênio administrativo', a avença

[6] "Os interesses das partes são contrapostos: a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem da outra" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 1998. p. 628). Pela completude e didatismo dos pontos de distinção enumerados por DINORÁ MUSETTI GROTTI, bem como da exposição do pensamento daqueles que não veem qualquer distinção entre os contratos e os convênios, vale a pena transcrever a exposição da Professora da PUC de São Paulo: "A natureza do convênio é debatida na doutrina pátria, principalmente para contrapô-lo à categoria contratual. Vários critérios têm sido apontados para distinguir o contrato do convênio: a) os convênios não são contratos, apesar de serem acordos de vontades. O 'convênio', diz Hely Lopes Meirelles, 'é acordo, mas não é contrato'; Diógenes Gasparini afirma ser 'ajuste administrativo', não se tratando de contrato, nem mesmo administrativo; Maria Garcia qualifica os convênios como 'acordos de cooperação (todos os signatários têm atividades preordenadas para o fim almejado) ou de colaboração (quando os signatários desenvolvem atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum)'; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Edmir Netto de Araujo, Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes apontam serem os convênios pactos da espécie acordo, qualificando-os como atos complexos; Marcos Juruena Villela Souto os define como atos multilaterais de parceria; Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que o convênio é um acordo de vontades com características próprias, como resulta da própria Lei n. 8.666/93, pois, se os convênios tivessem natureza contratual, a aplicação de suas normas decorreria dos arts. 1º e 2º, e não haveria necessidade do preceito contido no art. 116, *caput*, que manda aplicar suas disposições aos convênios e a quaisquer acordos, ajustes e outros instrumentos, desde que a Administração tenha participação, 'no que couber'; b) quanto aos interesses, no contrato são divergentes e contrapostos para as partes que os celebram, enquanto no convênio são convergentes e comuns entre os partícipes; c) no contrato existem partes: uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra que visa à contraprestação correspondente (a remuneração ou outra vantagem); no convênio têm-se partícipes (convenentes não vinculados contratualmente) com as mesmas pretensões, ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe; d) nos contratos, as vontades antagônicas se compõem, e não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade - a contratual; nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam e não dão origem a uma terceira espécie; e) no convênio, os partícipes buscam o mesmo e idêntico objetivo, unindo-se para a satisfação do interesse comum; no contrato, cada parte quer atingir um fim que não é compartilhado pela outra; f) no convênio, há uma conjugação de esforços, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos; g) 'no contrato, o valor a título

é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem - ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe."[7]

---

de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do Poder Público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas'; h) em decorrência da ausência de vinculação contratual, devem ser consideradas nulas cláusulas de permanência obrigatória ou obstativas de denúncia do convênio a qualquer momento ou de sanções pela retirada, promovendo-se a respectiva prestação de contas. Sob outra ótica, Alzemeri Martins Ribeiro de Britto aventa a possibilidade de previsão de penalidades 'no caso de ferimento de cláusulas conveniais', pois 'se entidades não estatais podem ser beneficiadas pelo fato de receberem subvenções do Poder Público, nada obsta que, desobedecendo aos princípios e regras que condicionaram tais repasses, sofram sanções a serem previstas no instrumento do convênio'. Acrescenta que não se deve argumentar que essa penalização 'transmude a natureza do acordo para contrato, porquanto ninguém pode negar que os convênios, sem se desnaturarem, também comportam cláusulas nitidamente contratuais, como as de remuneração, por exemplo, vindas sob a forma de 'repasses de verbas'. Respalda ainda seu posicionamento no art. 116, *caput*, da Lei n. 8.666/93, tendo em conta que 'todas as regras desse diploma legal que se coadunem com a natureza dos convênios devem acarretar subsunção imediata, como, por exemplo, a de apenamento por conduta faltosa do conveniado, quando firmado o convênio entre a Administração e particulares'; i) os partícipes do convênio têm competências comuns quanto à matéria a que visam. Parte da doutrina publicista, porém, nega a autonomia do convênio como pacto distinto do contrato, sustentando que ambos são figuras da mesma natureza, pertencentes à categoria contratual. Odete Medauar faz várias objeções aos critérios apontados para fixar a distinção: a) quanto à reciprocidade de obrigações indicada como fator distintivo, observa-se que os convênios envolvem encargos recíprocos: é o caso, por exemplo, de um convênio firmado entre um Estado e um Município para construção de uma escola, em que ao primeiro cabe a obra e ao segundo o oferecimento do terreno; b) no que tange aos interesses, a presença do Poder Público num dos polos levaria a concluir que o interesse público será o fim perseguido pelos convênios e contratos; já, na hipótese de convênios celebrados com particulares, poder-se-ia aduzir que estes não buscam o interesse público e que, em decorrência, os interesses seriam contrapostos; ademais, nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre é clara a separação entre as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum; c) no atinente aos 'resultados comuns', é possível encontrá-los também em contratos, como acontece nos contratos celebrados entre entidades estatais; d) no que se refere à 'competência comum' não constitui ela traço distintivo suficiente entre convênios e contratos, de vez que, nos convênios firmados entre entes estatais e particulares, não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes, pois parece estranho referir competência a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado; e) quanto à 'remuneração', nem sempre nos contratos uma das partes remunera a outra como ocorre, por exemplo, na concessão de serviço público. Em função da dificuldade em se fixar traços distintivos entre contrato e convênio administrativo, conclui a Autora que contrato e convênio constituem-se em figuras da mesma natureza' (II Seminário de Direito Administrativo - TCMSP, "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", de 14 a 18 de junho de 2004, Contratos de gestão e outros tipos de acordos celebrados pela administração, in http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/dinora_mussetti1.htm).

7 "Não se configura essa contraposição de interesses, pois todos os partícipes do negócio estão voltados à consecução de um objetivo comum" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 1998. p. 628). "No contrato têm-se partes,

DIÓGENES GASPARINI consigna expressamente a amplitude do objeto e dos possíveis participantes dos convênios administrativos, do qual podem fazer parte inclusive empresas privadas. "O convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne, relacionado com cada partícipe, um interesse público. A sua natureza administrativa impede que o objeto apenas consagre o interesse privado que o partícipe particular deseja ver privilegiado com a ajuda do convenente público. Pode ocorrer que o objeto, além de encarnar um interesse público, também sintetize um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada. Nesse caso, não há qualquer óbice à constituição do convênio. Com efeito, se assim não se admitisse, seria improvável que uma pessoa privada tivesse algum interesse em conveniar com a Administração Pública."[8]

Sob ótica semelhante, EROS ROBERTO GRAU afirma que nos convênios, diferentemente dos contratos, "as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção".[9]

Para os negócios de natureza convenial a Lei n. 8.666/93 não é, *ex vi* do seu art. 2º, aplicável. Não envolvendo os convênios "obrigações recíprocas", não lhes são aplicáveis as exigências de licitação ou de sua dispensa ou inexigibilidade previstas na Lei n. 8.666/93. "A Lei n. 8.666/93 rege acordos de vontade que a Administração celebre com particulares estabelecendo obrigações recíprocas, seja sob o nome de contrato, ajuste, pacto, acordo, convenção ou assemelhado, porque a todos considera contratos; a Lei n. 8.666/93 não rege convênios e consórcios administrativos, que contratos não são".[10]

---

ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra; a outra deseja a contraprestação, o preço). No convênio têm-se partícipes (convenentes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns" (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 375). Essa é a distinção acolhida pelo § 1º do art. 48 do Decreto federal n. 93.872/86, que dispõe: "Art. 48, § 1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato."

8 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 376.

9 GRAU, Eros Roberto. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 20, p. 379.

10 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e contratações da administração pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 47. "Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666/93 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração. (...) Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei n. 8.666. (...) No parágrafo único

Devem, contudo, ser observados no âmbito federal os condicionamentos estabelecidos pelo Decreto n. 5.504/05 e pela Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 01/97 (vedação de pagamento de taxas de administração e de destinação de recursos financeiros a entidades com fins lucrativos; adoção de procedimentos licitatórios nas despesas efetuadas com recursos transferidos à entidade privada conveniada etc.).

Quando o ente público incumbido do serviço público continuar prestando-o, mas como objeto de um convênio, não haverá delegação. O convênio seria apenas um mecanismo de exercício coordenado por mais de uma pessoa jurídica de atividades comuns ou complementares. Contrariamente, se o ente público incumbido do serviço deixar de prestá-lo diretamente para, por exemplo, passar a financiar entidade conveniada para fazê-lo, poderemos estar diante de uma modalidade de delegação de serviço público, ainda que bem distinta da concessão.[11]

XIII.2 - INSTRUMENTO DO CONTRATO

Instrumento é o veículo do ajuste contratual, dotado de todas as cláusulas necessárias previstas no art. 55, pelo qual as vontades das partes se manifestam exteriormente. O contrato propriamente dito é uma relação jurídica; os termos pelos quais ela é registrada, a sua expressão material, normalmente em cláusulas (escritas em papel), constitui o seu instrumento.

O instrumento dos contratos administrativos pode, nos termos da Lei n. 8.666/93, ser das seguintes espécies:

1) Termo de contrato: é o que normalmente denominamos de "o contrato", uma série de folhas de papel, nas quais estão escritas as cláusulas que regem a relação jurídica, com a assinatura das partes e de duas testemunhas. O termo de contrato no Direito Administrativo é obrigatório quando *(a)* precedido de concorrência ou Tomada de Preços, ou *(b)* de dispensa ou inexigibilidade cujo objeto seja de valor correspondente ao dessas modalidades, e, ainda, *(c)* para contratos que gerem obrigações futuras, como, por exemplo, de assistência técnica (art. 62, *caput* e § 4º, *a contrario sensu*).

---

define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a 'estipulação de obrigações recíprocas' a que se refere o dispositivo" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias da Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 194-195).

[11] O art. 241 da CF, que analisaremos ao tratar das espécies de delegação de serviços públicos, potencializa ainda mais as aptidões delegatórias dos convênios celebrados entre entes da Federação.

2) Outros instrumentos, como a carta-contrato, nota de empenho, a autorização de compra e a ordem de execução de serviço: poderão ser empregados quando não for obrigatório o termo de contrato, o que ocorre nas compras com entrega imediata e sem obrigações futuras (art. 62, *caput, in fine*, e § 4º).

3) Contratos verbais: nas compras de pequeno valor e de pronta entrega e pagamento, excepcionalmente serão admitidos contratos verbais, observado o parágrafo único do art. 60.

XIII.3 - MUTABILIDADE DO CONTRATO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO[12]

O contrato administrativo tem uma mutabilidade a ele inerente decorrente das cláusulas exorbitantes em favor da Administração e do caráter dinâmico do interesse público que deve realizar. Por outro lado, no curso de um contrato administrativo, a Administração Pública não deve simplesmente ficar totalmente alheia aos percalços pelos quais o contratado pode passar na execução do contrato, pois há interesse da coletividade para que ele chegue a bom termo.

Por essas duas razões é que, nos contratos administrativos, há uma peculiar aplicação da Teoria da Imprevisão, fazendo com que, na divisão de riscos (existente em qualquer contrato), a Administração Pública fique com mais riscos comparativamente ao que normalmente se verifica em relação ao contratante nos contratos entre particulares.

Essa, digamos, "especial aplicação da Teoria da Imprevisão" tem como seu principal instrumento a proteção da equação econômico-financeira do contrato: sempre que, por ação ou omissão, material ou jurídica, do Estado, ou por fatos imprevisíveis em geral, a estrutura econômica inicial da relação contratual for alterada, ela deve retornar à sua situação original, estabelecida quando da apresentação da proposta. Em outras palavras, além dos fatos a si imputáveis, o Estado assume também riscos pelos fatos imprevisíveis não imputáveis a nenhuma das partes.

Tal recomposição - é importante destacar - pode se dar tanto em favor do particular (ex.: aumento da sua remuneração em razão de um aumento de imposto), como em seu desfavor (ex.: diminuição de sua remuneração em razão da diminuição do número de bens desejados pela Administração Pública, ou da diminuição

[12] Para a compreensão e maior aprofundamento do exposto neste tópico é fundamental a remissão ao que dele também expusemos ao tratar das concessões de serviços públicos.

do valor do imposto). As circunstâncias que ensejam a mutabilidade dos contratos administrativos devem ser tratadas conjuntamente com o efeito que delas advém, que é o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (ver também subtópico a seguir).

Nas supressões ou acréscimos de objeto dentro dos limites legalmente previstos, o reequilíbrio é feito unilateralmente pela Administração por termo aditivo (art. 65, I, *b*).

Nos demais casos (inclusive nos dos fatos que não advêm de nenhuma das partes), os arts. 58, § 1º, e 65, II, *d*, e § 2º (supressões além do limite de 25%) preveem que a recomposição deverá ser feita por acordo. Não podemos, portanto, confundir a unilateralidade da alteração contratual com a unilateralidade do reequilíbrio dela decorrente, que, a depender do caso, pode ter que se dar em princípio de forma bilateral. E se não houver acordo? Nesse caso, entende CARLOS ARI SUNDFELD[13] que, diante do seu dever de recompor a equação econômico-financeira, a Administração deverá, observados o contraditório e a ampla defesa, fazê-lo unilateralmente, sujeitando-se sempre, obviamente, ao posterior crivo do Judiciário.[14]

O não restabelecimento da equação econômico-financeira pode levar à rescisão contratual por culpa da Administração, no caso de o desequilíbrio ter sido prejudicial ao contratado, ou o enriquecimento sem causa do particular, se o desequilíbrio o tiver beneficiado.

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é prevista em diversos dispositivos da Lei n. 8.666/93, mas entendemos que também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição ("mantidas as condições efetivas da proposta").

Note-se, contudo, que a **álea econômica ordinária ou empresarial**, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, pelo menos na visão tradicional de divi-

---

[13] SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

[14] "A alteração por acordo das partes envolve tanto casos de modificação facultativa como de modificação obrigatória. Há casos em que qualquer das partes tem a faculdade de recusar a modificação. Há outros em que a modificação se impõe mesmo quando uma das partes não a repute desejável. As hipóteses contidas nas diversas alíneas (do art. 65, II) são heterogêneas. Assim, a substituição da garantia por 'conveniência' (alínea *a* do inc. II) depende da concordância das partes. Porém, as hipóteses da alínea *b* são obrigatórias e devem ser formalizadas ainda se uma das partes preferisse manter a situação anterior" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Ed. Dialética, 1998. p. 515).

são de riscos nos contratos administrativos,[15] ensejar uma proteção especial para o contratado pela Administração.

Circunstâncias previsíveis; imprevisíveis, mas de resultados contornáveis; ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. O contratado da Administração continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos da sua atividade. No dizer de MARÇAL JUSTEN FILHO, "os eventos econômicos, embora imprevisíveis, que se insiram na normalidade do processo econômico, não autorizam modificações (ex.: aumento rotineiro do valor dos insumos".[16]

Por mais fortes razões, se o licitante equivocadamente ofertou preço que não seja suficiente para cobrir os custos do contrato, não pode reequilibrá-lo, uma vez que contrariaria a moralidade administrativa e fraudaria a licitação que teve como parâmetro esses valores. Se o contrato nasceu desequilibrado por culpa exclusiva do próprio contratado, ele não tem direito à alteração do contrato para torná-lo viável economicamente e deverá por seus próprios meios executá-lo fielmente, sendo sancionado caso não o faça, ressalvados os casos em que, desde que não tenha agido com má-fé na licitação, as partes cheguem consensualmente a um distrato, como veremos no final deste capítulo.

Apenas a **álea extraordinária** acarreta o reequilíbrio do contrato, seja ela administrativa, isto é, oriunda da Administração (alteração unilateral e fato da Administração), ou econômica (oriunda de circunstâncias externas ao contrato e às partes). Vejamos cada uma delas:

(a) Álea Administrativa da Alteração Unilateral do Contrato: A alteração unilateral dos contratos administrativos é uma das cláusulas exorbitantes deles características. Mas esse poder não é tão generalizado quanto se poderia supor, já que só pode ser exercido nos termos em que a lei permitir, observando sempre a variação objetivamente fundamentada e especificada do interesse público, o contraditório e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (arts. 58, § 2º, e 65, § 6º).

O art. 65, I, prevê alterações tanto qualitativas quanto quantitativas, sendo que, segundo parte da doutrina, seriam aplicáveis às primeiras também os limites percentuais constantes dos seus §§ 1º e 2º.

---

[15] Sobre o tema, é importante ver o tratamento que demos à matéria no capítulo dedicado às delegações de serviços públicos e abaixo, no tópico XIII.3.3.

[16] JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Ed. Dialética, 1997. p. 157.

A questão da submissão ou não das alterações qualitativas consistentes na alteração do projeto (ex.: os dez vagões, inicialmente contratados sem ar-condicionado, passarão a ter que possuí-los) aos limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, ou da aplicação destes apenas às alterações quantitativas do objeto contratual (ex.: o número de vagões contratados passa de dez para doze, mas todos com as mesmas características inicialmente contratadas), é matéria de grande polêmica, havendo respeitáveis opiniões em ambos os sentidos.[17]

Analisando a *ratio* dos limites impostos pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, CARLOS ARI SUNDFELD afirma que "se possível fosse à Administração, pela via oblíqua do aditamento, contratar livremente obras, serviços e/ou compras que não tivessem sido objeto da licitação de que resultou o contrato, estaria aberto o caminho para, de modo grosseiro, costear-se a exigência constitucional de licitação".[18]

De nossa parte, entendemos que os limites fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 já são suficientemente largos para que alterações de ajuste do projeto contratado possam ser realizadas (pode chegar, no caso de obras, a 50% - art. 65, § 1º, *in fine*, Lei n. 8.666/93). Ultrapassar estes limites representaria um acréscimo de valor ao contrato de tal magnitude que chegaria a subverter - senão em todos os aspectos, ao menos no econômico - o próprio objeto do contrato, violando os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade (art. 3o, Lei n. 8.666/93), salvo quando a alternativa de celebração se revelar evidentemente sem racionalidade econômica, caso em que materialmente a hipótese será de inexigibilidade de licitação em favor do atual contratado.

---

[17] Para uma ampla exposição das correntes doutrinárias existentes, ver JUSTEN FILHO, Marçal. Limites às Alterações de Contratos Administrativos, ILC - **Informativo licitações e Contratos**. n. 42, p. 605 a 612, agosto/97. Na Decisão n. 215/99 o TCU decidiu da seguinte forma: "É permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas, no sentido de que só seriam aceitáveis quando, no caso específico, a outra alternativa - a rescisão do contrato por interesse público, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido, pela obra ou serviço; ou seja, a revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limites preestabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, quando as consequências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - forem gravíssimas ao interesse público primário."

[18] SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994. p. 229.

Note-se que, na verdade, quando realizada nos termos da lei, a alteração unilateral, apesar de impor o reequilíbrio do contrato, não consiste em uma violação do contrato ou qualquer tipo de ato ilícito ou imprevisível, mas no mero exercício de uma, desde o início prevista, prerrogativa legal da Administração com a consequente repercussão na equação econômico-financeira. Constituem assim, excepcionalmente, fatos extraordinários, dada a sua exorbitância, mas não imprevisíveis.

(b) Álea Administrativa do Fato da Administração: É ação ou omissão ilegítima da Administração contratante,[19] que atinge concreta e diretamente o contrato, não sendo uma medida estatal geral que o afete reflexamente (ao contrário do Fato do Príncipe, que veremos em seguida). Consiste em um inadimplemento por parte da Administração contratante, que pode levar à responsabilização da Administração instrumentalizada pelo reequilíbrio do contrato ou à rescisão do contrato (ex.: não entrega ou não desapropria o local da obra).

O Fato da Administração libera o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução do ajuste, podendo levar, como já mencionado a depender da sua gravidade, tanto ao reequilíbrio econômico-financeiro como à rescisão contratual (art. 78, XIV a XVI), e como, ao contrário das demais áleas, além de causa de desequilíbrio contratual, também constitui inadimplemento das obrigações da Administração, impõe-se, caso chegue a ser de impacto suficiente para levar à rescisão, o pagamento da indenização prevista no art. 79, § 2º.

(c) Álea Administrativa do Fato do Príncipe: Determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, do próprio ente contratante que pode levar ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É sempre geral, atingindo o contrato apenas reflexamente. Deve afetar o contrato substancialmente.

O art. 65, II, *d*, contém expressa referência ao Fato do Príncipe como causa de revisão do contrato administrativo. O art. 65, § 5º, também contempla o Fato do Príncipe, aludindo não apenas a alterações na legislação tributária, como genericamente à "superveniência de disposições legais".

A medida pode tanto onerar (ex.: rompimento de relações com país exportador da matéria-prima, encarecendo-a, proibição de importação ou de comercialização de determinado produto etc.) quanto desonerar o contratado (ex.: extinção de determinados tributos - art. 65, § 5º).

---

[19] Ao contrário das alterações unilaterais, que, apesar de exorbitantes, são previstas em lei e plenamente legítimas.

Note-se que, consistindo em medida geral, a proteção do equilíbrio econômico do contrato não deixa de ser uma expressão da responsabilidade objetiva do Estado por atos lícitos. O Fato do Príncipe foi uma das razões pelas quais o STJ reconheceu o direito das concessionárias de transporte aéreo a serem indenizadas pelo congelamento geral de preços (inclusive das suas tarifas) imposto pelo Governo Federal (seu Poder Concedente) no Plano Cruzado (REsp n. 628806/DF).

Para ser considerada como Fato do Príncipe a medida, ainda que geral, há de ser da mesma entidade contratante. Se for de outra Administração, aplica-se genericamente a Teoria da Imprevisão (álea econômica – ver em seguida).

(d) Álea Econômica – Teoria da Imprevisão: É todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. É prevista no art. 55, II, *d*, que é o dispositivo subsidiário da lei, no sentido de que abrange todas as hipóteses de reequilíbrio contratual por fatos imprevisíveis não tratados especificamente por algum outro dispositivo.

Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic standibus* da teoria geral dos contratos, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão, teve renovada a sua aplicação após as imprevisões decorrentes da 1ª Guerra Mundial, sendo o marco desta retomada o caso do "Gás de Bordeaux", decidido pelo *Conseil d'État* em 1916, em que o aumento do preço do carvão inviabilizou a prestação dos serviços da concessionária.

Invoca-se a favor da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos que, por um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não pode ilidir o cumprimento das obrigações do contratado, e, por outro, que não seria justo que ele respondesse sozinho com os prejuízos havidos para que um contrato do interesse de toda a coletividade continue sendo executado, impondo-se, assim, a repartição dos ônus imprevisíveis por toda a sociedade, o que se dá com a sua assunção pelo Estado.[20]

(e) Fatos Imprevistos, cuja previsão é inferida dos arts. 57, § 1º, III, e 78, XVII, são fatos materiais, incidentes técnicos, já existentes no momento da contratação, mas desconhecidos (ex.: uma rocha insuspeita no caminho de uma escavação), que,

[20] Parte da doutrina (ex.: Paulo Modesto) entende que, como esses riscos não decorrem da ação de qualquer das partes, eles devem ser repartidos por elas, não assumidos inteiramente pelo Estado.

dependendo das suas consequências, levam apenas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (se ocorrer apenas um desequilíbrio econômico), ou, se verificada a impossibilidade absoluta de prosseguimento, à sua rescisão.

Diante de qualquer uma das áleas enumeradas ao longo deste tópico, preferencialmente se deve manter o contrato, apenas revisando-o para adaptá-lo economicamente às novas circunstâncias. Apenas em casos de total inviabilização do contrato se deve rescindi-lo, em vez de apenas revisá-lo. Verificada, por exemplo, a desestabilização do contrato em razão de o seu próprio objeto ter se tornado juridicamente impossível, será o caso de rescisão, não havendo como simplesmente reequilibrá-lo.

Nesses casos dá-se o que a doutrina denomina de desequilíbrio econômico-financeiro definitivo do contrato (*bouleversement definitif du contrat*),[21] quando a única solução para evitar que o contrato siga com desequilíbrio para uma das partes é a sua extinção, hipótese prevista no art. 78, XVII, da Lei n. 8.666/93 (ex.: condicionantes ambientais que façam com que, na verdade, se tenha que elaborar um novo projeto, totalmente distinto do licitado).

Como afirma JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que ele for rompido ou, **quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato**. (...) Depois de firmado o contrato, podem surgir fatos que o extingam por impossibilidade material ou jurídica. (...) A impossibilidade jurídica admite, em tese, o cumprimento da obrigação, mas não nas condições jurídicas decorrentes do contrato".[22]

---

[21] LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: LGDJ, 1956. t. II, p. 58 a 60. Os fatos imprevisíveis de tal monta "abrangem as ocorrências que tornam inviável o cumprimento da prestação, por fatores que escapam ao controle do devedor. Não se caracteriza a inexecução culposa, porquanto a ausência de cumprimento deriva de circunstâncias que transcendem a vontade do devedor e que independem da adoção, por parte dele, das cautelas e precauções devidas" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 546 e 547). Em outra obra o autor afirma que essa "situação (de desequilíbrio econômico-financeiro) é assimilável à do desaparecimento do objeto da concessão" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 544).

[22] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006. p. 170, 171 e 181.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE também explica: "Se o retorno ao equilíbrio do contrato é a primeira forma de se pôr fim à situação de imprevisão, uma segunda forma deve ser adotada quando, ao revés, o desequilíbrio contratual for definitivo".[23]

A revisão em qualquer hipótese não pode ser instrumento para que o contratado execute um contrato distinto do licitado: "Quando do procedimento de atribuição desses contratos, os licitantes apresentam uma proposta com base nos elementos fornecidos pela Administração. Esses elementos não podem, portanto, ser transformados (*bouleversés*) em seguida, já que uma tal transformação não respeitaria as regras de igualdade de tratamento e de igual concorrência entre os licitantes. Efetivamente, o princípio da igualdade entre os licitantes proíbe que as condições iniciais da licitação sejam transformadas (*bouleversées*). A noção de transformação (*bouleversement*) da economia do contrato constitui, portanto, um limite que não pode ser ultrapassado pelo Estado durante a execução do contrato".[24]

XIII.3.1 – Revisão e reajuste de preços

Apesar de ser a mais comum, a alteração do preço do contrato não é a única forma de os contratos administrativos terem a sua equação econômico-financeira restabelecida. Qualquer um dos elementos da relação contratual pode ser alterado para se alcançar esse objetivo econômico (prazos, forma de pagamento, quantidade do fornecimento, qualidade do projeto etc.).

Se o restabelecimento da equação econômico-financeira se der através da mudança, para mais ou para menos, do preço proposto, terá o nome específico de revisão de preços, que se distingue do mero reajuste (correção monetária) de preços. A menor periodicidade admitida para o reajustamento é, segundo a legislação do Plano Real, de um ano (art. 28, Lei n. 9.069/95).

Já a revisão de preços é instituto umbilicalmente ligado à recomposição da equação econômico-financeira por áleas extraordinárias.[25] Por ela o preço é modificado para manutenção da equação, enquanto o reajuste de preços consiste na mera atualização do valor monetário do preço em face da inflação, que é um fato plenamente previsível, sendo inclusive cláusula obrigatória em todos os contratos

---

[23] LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: LGDJ, 1956.t. III, p. 58 a 130.

[24] BEZANÇON, Xavier *et alii*. **Les nouveaux contrats de partenariat public-privé**. Paris: Editions Le Moniteur, 2005. p. 156.

[25] Para aprofundá-la é essencial a remissão aos tópicos XV.2.7 e XV.2.7.1.

(art. 55, III), não representando sequer uma alteração do contrato, mas simples aplicação de uma de suas cláusulas originais.

XIII.3.2 – Prazo contratual e sua prorrogação

O prazo dos contratos celebrados pela Administração tem sempre que ser determinado (art. 57, § 3 º), o que constitui exigência para a própria determinação das obrigações contratuais e licitadas, sem a qual não poderia ser considerada uma competição baseada em critérios objetivos. Com efeito, a primeira condição para que uma competição seja justa é que todos os competidores saibam exatamente pelo que estão concorrendo: uma coisa é prestar o serviço de limpeza por três meses, e não por um ano; ou ter que construir uma ponte em seis meses, e não em dois anos (ver também o tópico XIII.4).

Os contratos têm, como prazo máximo, o dos créditos orçamentários aos quais se vinculam (art. 57), que têm vigência apenas no exercício financeiro do respectivo orçamento anual, salvo se o contrato for celebrado nos últimos quatro meses do exercício financeiro (art. 167, § 2º, CF).

O art. 57 enumera três exceções a esta regra da limitação do prazo dos contratos ao de cada exercício financeiro:

1) Os contratos cujos objetos estejam previstos no plano plurianual, que é uma lei orçamentária genérica para quatro anos (art. 165, CF). Esses contratos poderão, inclusive, ser prorrogados, desde que esta prorrogação esteja prevista no edital;

2) Serviços de Prestação Contínua, ou seja, aqueles que não se esgotam em apenas uma atividade, correspondendo a necessidades permanentes (limpeza, segurança, jardinagem, copeiros etc.): caso seja justificadamente mais favorável à Administração, podem ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos, que devem ser idênticos ao prazo original, até o limite de 60 meses, que, por sua vez, pode ser prorrogado por mais 12 meses (art. 57, § 4º);

3) Aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática: podem ser prorrogados até o limite de 48 meses após o seu início;

4) Alguns contratos relacionados à segurança nacional, nos termos do inciso V do art. 57.

A maioria da doutrina entende que, independentemente de a necessidade de previsão expressa no edital constar apenas do inciso I do art. 57, em qualquer das três hipóteses de prorrogação deve estar sempre previamente autorizada pelo edital,

pois, do contrário, estaria sendo admitido ao contratado um benefício do qual os demais licitantes não tinham conhecimento quando da realização da licitação.

Igualmente, apesar de apenas o inciso II do art. 57 se referir, como condição da prorrogação, à verificação de condições mais favoráveis à Administração Pública do que as que poderiam ser propiciadas pela realização de uma nova licitação, entendemos ser essa uma condição implícita a todas as hipóteses de prorrogação.

A prorrogação não pode ser vista como uma benesse à disposição do administrador para ele conceder ao contratado de acordo com a sua livre vontade. Ela há de ser fundamentada objetiva e economicamente, não sendo suficientes meras invocações retóricas ao interesse público ou a outras categorias conceituais igualmente vagas.

Aquelas "condições mais favoráveis" devem, com a devida antecedência,[26] ser objetivamente demonstradas pela Administração Pública, aplicando-se analogicamente o parágrafo único do art. 26 c/c art. 57, § 2º, até porque, materialmente, a prorrogação do prazo contratual é muito semelhante a uma dispensa de licitação em favor do particular que já está com um contrato vigente com o mesmo objeto, aplicando-se, portanto, analogicamente o art. 26 da Lei n. 8.666/93.

Os contratos que não dependem de créditos orçamentários (ex.: a maioria das concessões de obras e serviços públicos em que, via de regra, o Estado até aufere renda com eles) não estão sujeitos à limitação do art. 57, *caput*. Aliás, a lei geral da concessão de serviços públicos não prevê prazo máximo para elas, mas, de qualquer forma, não poderão ter prazos indeterminados para que o seu objeto não fique indeterminado.

A prorrogação é alteração apenas do prazo do contrato; não pode servir de pretexto para a alteração de outros elementos. Caso a alteração destes também seja necessária, será regida pela disciplina própria das alterações quantitativas e qualitativas do objeto contratual, já vista acima.

Só pode haver prorrogação de contrato que esteja vigente, ou seja, antes da expiração do seu prazo, ressalvados os casos em que a atitude da Administração Pública, antes do fim do prazo originário do contrato, tiver gerado objetivamente a confiança legítima do contratado na prorrogação do prazo contratual. Neste caso, a depender das circunstâncias do caso concreto (ex.: presença das "condições mais

---

[26] Para o caso de, não se verificando tais "condições mais favoráveis", ainda ser possível fazer a licitação.

favoráveis" referidas pelo art. 57), a situação deve ser resolvida com a prorrogação ou com a indenização do particular.[27]

O § 1º do art. 57 estabelece hipóteses de prorrogação do prazo de execução do objeto contratual que diferem das demais por serem genéricas, por não terem que estar previstas no edital e por dizerem respeito a questões mais objetivas, não decorrendo diretamente da vontade de alguma das partes, tendo caráter mais fático, como, por exemplo, a superveniência de fato imprevisto, a alteração do projeto ou o atraso de providências a cargo da Administração, circunstâncias analisadas no tópico anterior.

XIII.3.3 – Instrumentos das alterações contratuais: termos aditivos e apostilamentos

Muitas alterações contratuais não podem ser compreendidas como um direito do contratado, salvo casos extremos em que o indeferimento do seu pedido violar algum princípio da Administração Pública.

Tanto é assim que, apesar de na prática serem feitas na maioria das vezes mediante termo aditivo bilateral, o que é mais recomendável por mitigar o risco de eventuais futuras contestações, muitas alterações poderiam ser feitas unilateralmente apenas pela Administração. Mas note-se bem: o fato de poder ser unilateral não quer dizer que necessariamente deva ter como instrumento o mero apostilamento.

O apostilamento, normalmente feito no processo administrativo relativo ao contrato ou no verso de suas folhas por celeridade e economicidade, consiste no registro administrativo unilateral da modificação operada no contrato.

O art. 65, § 8º, reserva para o apostilamento hipóteses de aplicação automática de cláusulas já previstas na redação originária do contrato (ex.: aplicação de índices anuais de correção monetária). Apesar de considerarmos que as hipóteses enumeradas neste dispositivo legal são exemplificativas, o apostilamento deve se limitar aos casos em que não houver margem de opção pela Administração Pública ou pelo contratado, que apenas aplica objetivamente regras preexistentes, o que não é o caso, por exemplo, da prorrogação do prazo do contrato ou do aumento quan-

[27] "Não houve discricionariedade, por parte da Administração, quando indeferiu o requerimento de prorrogação formulado pelo consórcio, e sim vinculação, tendo em vista que a prorrogação seria a solução que mais se aproximaria aos princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública, consubstanciados na razoabilidade, eficiência, boa-fé, isonomia e impessoalidade" (AI n. 86362, Rel. Benedito Gonçalves).

titativo do seu objeto decorrentes de uma margem de apreciação, exigindo termo aditivo, ainda que unilateral, de acordo com os arts. 60 e 61.

Explicamos: apesar de geralmente os termos aditivos serem assinados por ambas as partes, casos haverá em que a alteração do contrato decorre apenas da avaliação da Administração por constituir exercício de cláusula exorbitante, ou seja, que independe da concordância do contratado. Nessas hipóteses, se ele não concordar, não haverá de se falar em termo aditivo bilateral, mas também não será possível o mero apostilamento em razão da referida margem de avaliação, que extrapola o previsto no art. 65, § 3º. A alteração deverá ser operada então por um termo aditivo unilateral, que deve seguir as mesmas formalidades e publicidade de qualquer termo contratual, originário ou aditivo.

XIII.4 – EFICÁCIA TEMPORAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos só geram efeitos após publicação do seu extrato na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único), e apenas enquanto em curso o seu prazo de vigência.

Os contratos administrativos não podem ter efeitos financeiros pretéritos. Serviços prestados sem cobertura contratual, inclusive após o fim de um contrato sem que ele fosse prorrogado, deve ser objeto de Termo de Ajuste de Contas, apurando-se também as responsabilidades funcionais pela situação fática irregular.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO entende que tais ajustes de contas são uma exceção à vedação de retroatividade dos contratos administrativos. Já TOSHIO MUKAI, com quem concordamos, entende que os termos de ajustes são apenas uma forma de documentação do ressarcimento devido para evitar o enriquecimento sem causa da Administração. Há também divergências quanto ao valor a ser pago ao particular: se apenas os seus custos, com o que concordamos, pois se trata de mera indenização por enriquecimento sem causa, não de contraprestação por um contrato não mais existente, ou, segundo outra opinião, se se deve tomar como parâmetro o valor de contrato já extinto com aquele particular.[28]

Além da vedação de efeitos temporais retroativos, outro ponto relevante na matéria é de quando o objeto contratual se extingue.

O prazo é, como visto no tópico XIII.3.2, uma cláusula essencial a todo contrato celebrado pela Administração Pública (art. 55, IV). Prazo sempre deverá existir, mas

---

[28] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Prestação de Serviços à Administração Pública após o Fim do Prazo Contratual. **Revista de Direito Administrativo**. v. 214, p. 1-20, 1999.

nem em todos os casos ele será definidor do objeto em si do contrato (**contratos por escopo**), mas apenas da sua correta execução, já que o ritmo da execução do contrato não pode ficar ao alvedrio do contratado.

Mister se faz, portanto, distinguir entre prazo de execução do objeto contratual e prazo de vigência do contrato: "A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é a eficácia do negócio jurídico contratado, e, assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato".[29]

Assim, muitas vezes o prazo integra o próprio objeto contratual (ex.: nos contratos de prestação de serviços, de locação, de comodato etc.), casos em que o seu fim representa também o fim do objeto contratual e, consequentemente, do próprio contrato. Em outros contratos, o objeto contratual existe *de per se*, independentemente do prazo previsto para sua execução, que serve não como elemento de definição do objeto contratual, mas sim como critério de sua escorreita execução (ex.: construir a ponte com tais características no prazo de dois anos. Se o prazo de dois anos escoar sem a construção da ponte, o contrato continua vigente, tanto que deverão ser aplicadas sanções à contratada, inclusive para forçá-la a cumprir, intempestivamente, o objeto contratual).

XIII.5 – SUBCONTRATAÇÃO E CESSÃO CONTRATUAL

Subcontratação é a contratação feita pela empresa que havia originariamente sido contratada pela Administração Pública de uma outra empresa (subcontratada) para executar parte ou todo o objeto contratual (ex.: o responsável pela construção de um prédio público subcontrata outra empresa para executar a parte hidráulica), devendo sempre haver autorização editalícia ou contratual para tanto (art. 72 c/c art. 78, VI).

---

[29] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 213.

Em caso de acidentes ou de má execução dos trabalhos pela subcontratada, a responsabilidade perante a Administração Pública, mesmo tendo ela concordado com a subcontratação, continua sendo integralmente da empresa originária. A subcontratação, em nenhuma hipótese, ilide a responsabilidade civil e administrativa da contratada perante a Administração, já que a relação da Administração continua sendo exclusivamente com a empresa vencedora da licitação.

A subcontratação é, em princípio, admitida, porque, ainda que se considerasse que os contratos administrativos são *intuitu personae*, o seriam apenas no sentido do liame com o licitante que se sagrou vencedor no certame público, e não no sentido comum do Direito Civil de um objeto que só pode ser cumprido por uma pessoa (ex.: contratação de um projeto de arquitetura de Oscar Niemayer).

Já a cessão do contrato difere da subcontratação, porque acarreta a própria transferência dos direitos e obrigações contratuais, ou seja, da própria posição contratual, com a desvinculação do cedente da relação jurídica com a Administração Pública.

Apesar de as críticas quanto à sua constitucionalidade serem mais intensas do que as dirigidas à mera subcontratação, pois a cessão implica a substituição do licitante vencedor no polo passivo da relação contratual com a Administração, a cessão contratual é admitida pela Lei n. 8.666/93, também podendo ser total ou parcial, desde que, em qualquer caso, esteja prevista no edital e no contrato (art. 78, VI, *a contrario sensu*).

Não concordamos, sobretudo, nos contratos de longa duração, desde que mantidas todas as condições contratuais e requisitos de habilitação originais, com a tese da inconstitucionalidade da cessão de contratos administrativos, que desconsidera a realidade contemporânea de grande mobilidade empresarial e societárias das empresas.[30]

XIII.6 – FISCALIZAÇÃO E INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

O contrato deve ser fielmente executado tanto pelo particular como pela Administração contratante (art. 66), e os pagamentos ao contratado só podem ser feitos após a Administração Pública aferir a perfeita execução das obrigações contratuais. A Administração Pública deve, além de cumprir as suas obrigações para com o contratado, fiscalizar se ele está cumprindo as suas.

---

[30] Remetemos, no particular, às considerações que tecemos ao tratar da cessão de concessões de serviços públicos, no capítulo das Delegações de serviços públicos.

Os órgãos de controle, sobretudo os Tribunais de Contas, têm incrementado o controle sobre se a Administração Pública está ou não fiscalizando adequadamente a execução dos contratos administrativos, já que muitas vezes, até por ter que ser controlada *in loco*, a irregularidade mais grave não está na letra do edital ou do contrato, mas sim no pagamento por prestações aquém das previstas contratualmente, com agentes públicos atestando como correta a entrega de bens, serviços ou obras em tempo, quantidades ou qualidade inferiores às licitadas.

A Administração pode e deve acompanhar a execução do contrato, o que abrange a fiscalização, orientação e até a intervenção ou a interdição (arts. 67 a 69, 76, 58-IV, e 80). O correto é que a fiscalização não se dê apenas quando o contratado afirmar que terminou o objeto contratual, mas, principalmente nos casos de serviços e obras, durante toda a sua execução, para que eventuais vícios sejam logo detectados e corrigidos. Esse acompanhamento não ilide as responsabilidades técnicas do contratado, que não pode alegar, em caso de alguma falha, a aprovação ou o silêncio da fiscalização (art. 70).

O cumprimento final do contrato, com a liberação das garantias eventualmente apresentadas pelo contratado, ocorre com a entrega e recebimento por parte da Administração do objeto do contrato. Trata-se do instituto do **recebimento do objeto**, que não ilide a responsabilidade do contratado (ex.: pela solidez da obra, nos termos da legislação civil; por eventual plágio etc.) - art. 73, § 2º.

Em regra, há duas espécies de recebimento, uma sucessiva à outra: a primeira, o **recebimento provisório**, de caráter experimental, para verificar a perfeição do objeto principal nos casos em que a verificação da correção da prestação contratual não puder ser verificada de pronto (ex.: o teste do funcionamento de um equipamento complexo só pode ser feito no dia a dia do seu funcionamento). Após o prazo necessário do recebimento provisório ou dos procedimentos de sua aferição, dá-se o **recebimento definitivo**, de caráter permanente e revestido de maiores formalidades (art. 73).

Nos casos de gêneros perecíveis e serviços profissionais de qualquer valor, assim como nas obras e serviços de baixo valor, pode ser dispensado o recebimento provisório, partindo-se logo para o definitivo (art. 74). Essa faculdade, no entanto, inexistirá, se as obras e serviços envolverem aparelhos ou instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

O contrato pode prever o cumprimento do objeto em apenas uma prestação ou em várias, às quais corresponderão também diversos atos de recebimento do objeto contratual. As grandes obras públicas, por exemplo, geralmente são pagas por etapas de execução do objeto, havendo sucessivas medições parciais.

Em qualquer hipótese, se o objeto entregue não se subsumir ao descrito no edital e/ou no contrato, ao invés de recebê-lo, a Administração rejeitá-lo-á, no todo ou em parte (art. 76). O recebimento parcial é possível apenas nos casos de obrigações divisíveis.

Em qualquer caso de descumprimento do contrato, o contratado ficará sujeito a sanções, inclusive se for o caso à rescisão do contrato (incisos XV e XVI do art. 78), arcando com as multas e indenizações decorrentes.

Relevante é saber se há no Direito Administrativo o instituto civilista da **exceção do contrato não cumprido**, que é a defesa da legitimidade do próprio inadimplemento com base no inadimplemento da outra parte ("se você descumpriu a sua parte, eu também posso descumprir a minha"), que, no Direito Privado, é incontroverso.

Em primeiro lugar, a exceção do contrato não cumprido pode (e deve) sempre ser utilizada pela Administração Pública, já que ela só pode pagar ao contratado após receber o objeto contratual. Se o particular não cumprir com a sua parte, não será pago. Mas e se o contrário ocorrer: se o particular não for pago, poderá deixar de cumprir a sua obrigação para com a Administração?

O problema que se realmente coloca é saber se o contratado pela Administração Pública pode ou não se valer da exceção do não cumprido, até porque infelizmente não são nada raros os casos em que a Administração Pública atrasa no cumprimento de sua obrigação de pagar ao particular pelas prestações já recebidas.

Tradicionalmente tal invocação não era admitida em razão dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos, salvo quando a continuidade das prestações sem pagamento pudesse colocar em risco a própria existência da empresa, contrariando o próprio princípio da iniciativa privada.

Hoje, no entanto, temos regras legais expressas, que, ponderando os interesses e princípios em jogo – e a ponderação legislativa deve em princípio ser acatada pelo aplicador do Direito –, disciplinam a questão.

O contratado pode valer-se da exceção do contrato não cumprido apenas nas hipóteses do art. 78, XIV e XV (ambos *in fine*). Trata-se de duas hipóteses em que, salvo estados de necessidade pública, é dado ao contratado a opção de escolher entre (1) a rescisão judicial por culpa da Administração (ver tópico a seguir) ou (2) a suspensão das suas obrigações até que o ente contratante normalize a situação cumprindo a sua parte no pactuado (exceção do contrato não cumprido).

As hipóteses em que o particular pode, suspendendo as suas prestações, invocar a defesa do contrato não cumprido contra a Administração são as seguintes: *(a)* suspensão do contrato por mais de cento e vinte dias, ininterruptos ou intercalados,

em razão de ordem escrita da Administração Pública;[31] e *(b)* atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração.

XIII.7 – EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato Administrativo instala uma relação jurídica por definição e por exigência constitucional (*argo. ex* art. 37, XXI, CF) limitada no tempo. A sua extinção pode derivar de diferentes causas, expressamente previstas na Lei n. 8.666/93 ou inerentes a qualquer contrato, dando ensejo a regimes e consequências jurídicas diferenciadas.

Vejamos cada uma dessas causas, classificando-as de acordo com os fatos que as propiciem:

I – Por Fato: Os fatos jurídicos *stricto sensu* são eventos que, sem envolver a manifestação de vontade humana, geram modificações em esferas jurídicas subjetivas, no caso, a extinção do contrato. Operam sempre *ex nunc*. Possuem as seguintes espécies:

I.1 – Cumprimento do Objeto: É a conclusão das obras, serviços, aquisições ou alienações contratadas. Dá-se com a entrega e o recebimento do objeto contratado (cf. tópico XIII.6).

I.2 – Fim do Prazo Contratual: Nos contratos de prestação de serviços contínuos não deixa de ser uma espécie de cumprimento do objeto (cf. tópico XIII.4).

I.3 – Desaparecimento do Contratado: A morte do contratado ou, em se tratando de pessoa jurídica, a sua dissolução, extinguem o contrato. O mesmo se diga de sua insolvência ou falência, que são expressamente enumeradas pelo art. 78, IX e X, como causas de rescisão. No caso de "concordata" (*rectius*: atualmente recuperação judicial), é permitido à Administração manter o contrato, podendo, no entanto, assumir o controle de determinadas atividades essenciais (art. 80, § 2º).

I.4 – Desaparecimento do Objeto: Caso de impossibilidade superveniente de execução do objeto contratual. ex.: desmoronamento do prédio público que iria ser reformado; invasão pelo mar de terreno onde seria construída escola; incêndio de obra de arte que seria restaurada. Para não acarretar a responsabilidade de nenhuma das partes, elas não podem ser culpadas pelo evento.

---

[31] Se infere desse dispositivo uma cláusula exorbitante pouco comentada pela doutrina, a de suspensão unilateral do contrato administrativo por até 120 dias.

II - Por Ato: Os atos jurídicos são a espécie de fatos jurídicos *lato sensu* consistente na manifestação de vontade, unilateral ou bilateral, capaz de gerar efeitos jurídicos. Nesses casos, há a necessidade de um pronunciamento, de uma manifestação de vontade; em última análise, de um ato jurídico, para que o contrato seja extinto. Este ato jurídico (manifestação de vontade) é denominado de rescisão, que pode ser feita, unilateralmente, pela própria Administração; consensualmente, por ambas as partes; ou pelo Poder Judiciário, quando provocado pelo contratado (art. 79); além do Tribunal de Contas nos casos previstos constitucionalmente.

II.1 - Unilateral ou Administrativa (art. 78, I a XII e XVII c/c 79, I): Quando a vontade exclusiva da Administração Pública extingue diretamente o contrato. É uma das mais intensas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que deve ser exercida fundamentadamente e com contraditório e ampla defesa, independentemente da imputação ou não de irregularidades ao contratado (art. 78, parágrafo único). Pode possuir os seguintes fundamentos:

II.1.a) Por Interesse Público (art. 78, XII): Há alteração no interesse público que levou à celebração do contrato, que teria passado a ser contrário à sua subsistência (ex.: desnecessidade superveniente do objeto contratado; necessidade de a Administração utilizar-se do bem contratualmente transferido ao particular etc.). Como toda rescisão administrativa, não pode ser recusada pelo contratado, que terá, no entanto, direito à ampla indenização na forma do § 2º do art. 79. Está sendo crescentemente adotada (ex.: MARÇAL JUSTEN FILHO) posição no sentido de que a mera mudança da avaliação pelo administrador da conveniência do contrato, às vezes em razão de um novo governo, não permite a rescisão do contrato pela mera invocação do interesse público,[32] sendo necessária a superveniência de fato novo, que, objetivamente, leve a esse novo juízo sobre o contrato.

II.1.b) Por Inadimplemento: Se o inadimplemento for do contratado, a rescisão administrativa terá caráter de punição (art. 78, I a XI). Se o inadimplemento for da Administração, a rescisão também terá caráter punitivo, mas não poderá ser feita diretamente pelo próprio contratado, devendo obtê-la judicialmente (hipótese a ser tratada no item II.3, *infra*). Opera, em qualquer das hipóteses, *ex nunc* e é, no primeiro caso, regida pelo art. 80, que estabelece formas de a Administração se ressarcir dos danos causados pelo inadimplemento do particular e de intervir ocupando a infraestrutura usada na consecução do objeto contratual.

---

[32] O mesmo raciocínio se aplicaria à revogação da licitação e dos atos administrativos em geral.

II.1.c) Invalidação administrativa: Trata-se da declaração da nulidade do contrato (art. 59), em razão do seu próprio conteúdo ou indiretamente, como decorrência da nulidade da licitação ou da dispensa/inexigibilidade que o embasou. A declaração da nulidade pode ser feita tanto pela Administração (hipótese objeto deste subitem) como pelo Poder Judiciário (v. *infra* item II.3), devendo a Administração Pública ressarcir o contratado pelas prestações já executadas, salvo se ele não tiver agido de boa-fé em relação à causa da nulidade do contrato.

II.2 - Consensual: É materialmente um distrato, em que as partes resolvem, de comum acordo, desfazer o contrato e acertar os respectivos direitos e obrigações (art. 79, § 1º). O dispositivo é de extrema importância para a consensualidade na Administração Pública (ver tópico IV.15), já que abre algum espaço para a Administração Pública negociar o exercício de suas prerrogativas exorbitantes unilaterais e os direitos de indenização a que eventualmente possa ter direito. Mesmo nos casos que em tese se subsumiriam às demais hipóteses de rescisão administrativa vistas acima, entendemos que nada impede que se proceda a uma rescisão amigável com o contratado, inclusive como forma de prevenção de litígios.[33]

II.3 - Judicial (rescisão e invalidação): Quando o inadimplemento for da Administração (art. 78, XIII a XVI), o contratado deverá obter a rescisão em Juízo (art. 79, III), tendo direito ao ressarcimento dos prejuízos (art. 79, § 2º), descabendo, naturalmente, à Administração o exercício dos poderes elencados no art. 80 (ex.: de autoexecução da garantia e de compensação de créditos), que, apesar de não ser expresso, só pode logicamente dizer respeito à rescisão por culpa do contratado.

Outro caso de extinção do contrato administrativo por ato judicial é o da invalidação por ilegalidade, requerida pelo próprio contratado ou por algum órgão ou pessoa com legitimidade para tanto (ex.: Ministério Público, em ação civil pública; qualquer cidadão em ação popular etc.).

II.4 - Pelo Tribunal de Contas: A Constituição prevê que, no exercício de sua função de fiscalizar as despesas públicas decorrentes de contratos celebrados com a Administração Pública, e depois de esta não ter seguido a sua determinação no sentido de invalidar um contrato, os Tribunais de Contas devem provocar o Poder Legislativo para "sustar" o contrato, o que materialmente vem sendo interpretado

---

[33] A Administração Pública pode (e deve) também voluntariamente aquiescer com a rescisão por sua culpa. Portanto, a rescisão judicial parte da premissa de uma situação patológica, de a Administração Pública não cumprir voluntariamente as suas obrigações, o que não impede, ao contrário, recomenda, que a Administração aceite voluntariamente a rescisão sem que a parte seja obrigada a ir ao juízo para tanto (e acrescendo, à dívida do Estado, honorários, juros etc.).

no sentido mesmo de invalidá-lo.[34] Mas, se no prazo de noventa dias o Legislativo não emitir uma decisão sobre o contrato, a competência para decidir é devolvida ao Tribunal de Contas, inclusive quanto às medidas complementares a serem adotadas pelo Executivo (art. 71, §§ 1º e 2º, CF). Devemos lembrar que os Tribunais de Contas têm também adotado medidas cautelares no início do seu processo, inclusive para determinar, em caso de extremo risco para o Erário, a suspensão de pagamentos ao contratado (ex.: arts. 273 e segs. do Regimento Interno do TCU).

[34] Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p. 466-467.