

UNILAB – UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO
INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA
PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

AGEFRAN LOPES DE SOUSA COSTA

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PIQUET CARNEIRO-CEARÁ

2014

AGEFRAN LOPES DE SOUSA COSTA

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB, como requisito para obtenção do título de Pós-Graduação em Gestão Pública.

PIQUET CARNEIRO-CEARÁ

2014

Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro- Brasileira
Direção de Sistema Integrado de Bibliotecas da UNILAB (DSIBIUNI)
Biblioteca Setorial Campus Liberdade
Catálogo na fonte
Bibliotecário: Francisco das Chagas M. de Queiroz – CRB-3 / 1170

- C87g Costa, Agefran Lopes de Sousa.
Gestão de contratos administrativos. / Agefran Lopes de Sousa Costa. Redenção, 2014.
55 f.; 30 cm.
- Monografia apresentada ao curso de Especialização em Gestão Pública da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira – UNILAB.
- Orientador: Prof. Dr. Carlos Subuhana.
Inclui Referências.
1. Gestão pública. 2. Administração Pública. 3. Contratos. I. Título.

CDD 351

AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele. A minha mãe, a minha esposa e a meus filhos que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao professor Carlos Subuhana pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia. À professora Maria Aparecida, coordenadora do curso, pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão e dedicação ao curso.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia. Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

RESUMO

O Estado, no cumprimento de suas funções e manutenção da máquina administrativa, necessita, em muitos casos, contratar particulares. Estas contratações são regulamentadas pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratações Públicas que impõe ao gestor uma série cuidados que deverão ser tomados antes e durante a execução contratual. O objetivo deste trabalho é esclarecer dúvidas dos gestores públicos sobre os contratos administrativos, respondendo a algumas perguntas tais como: o que é um contrato administrativo? Quais as diferenças dos demais contratos? Qual regime jurídico rege os contratos administrativos? Como devem ser formalizados? Qual a sua duração? Quais suas formas de extinção e de controle? Dentre outras. A metodologia utilizada foi a Pesquisa Bibliográfica desenvolvida a partir da leitura de publicações de autores renomados como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Flávio Amaral Garcia, Diógenes Gasparini, Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello dentro outros e especialmente da Lei Federal de nº 8.666/93 que rege as normas gerais de Licitações e Contratações Públicas, além das publicações do Tribunal de Contas da União, pois conforme a Súmula-TCU nº 222, as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação e contratos, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Espero que este trabalho possa servir de fonte de pesquisa especialmente aos novos gestores que ainda não estão adaptados ao dia a dia das contratações públicas.

Palavras-Chave: 1. Contratos administrativos 2. Cláusulas exorbitantes 3. Equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

The State, in discharging its functions and maintenance of the administrative machinery, need, in many cases, hire private. These contracts are regulated by Federal Law No. 8666 of June 21, 1993, known as the Bidding Law and Public Contracts that require the manager a series that care should be taken before and during the contract execution. The objective of this study is to clarify questions of public officials on the administrative contracts, answering some questions such as: What is an administrative contract? What are the differences of the other contracts? What legal regime governing government contracts? How should formalizaos? What is your life? What forms of extinction and control? Among others. The methodology was developed to Library Research from reading publications of renowned authors like Maria Zanella Sylvia Di Pietro, Flávio Amaral Garcia, Diogenes Gasparini, Marcal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello in others and especially the Law Federal of 8,666 / 93 which governs the general rules of Tenders and Procurement, besides the publications of the Court of Audit, because as Precedent-TCU No. 222, the decisions of the Court of Audit, on the application of standards general bidding and contracts, on which rests the Union to legislate privately, should be heeded by administrators of the Powers of the Union, States, Federal District and Municipalities. I hope that this work can serve as a source of research especially new managers who are not yet adapted to the daily lives of the public contracting.

Keywords: 1. Administrative contracts 2. Exorbitant clauses 3. Economic and financial balance.

AGEFRAN LOPES DE SOUSA COSTA

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB, como requisito para obtenção do título de Pós-Graduação em Gestão Pública.

Aprovado em: _____/_____/_____

AGEFRAN LOPES DE SOUSA COSTA

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB, como requisito para obtenção do título de Pós-Graduação em Gestão Pública.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Carlos Subuhana

Membro: _____

Membro: _____

Membro: _____

PIQUET CARNEIRO-CEARÁ

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ASPECTOS GERAIS.....	11
2.1. Conceito e classificação.....	11
2.2. Características.....	12
3.0. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	13
3.1. Conceito e Fundamento Constitucional.....	13
3.2. Mecanismos de Manutenção do Equilíbrio.....	14
3.2.1. Reajuste.....	14
3.2.2. Atualização Monetária.....	14
3.2.3. Revisão.....	15
3.2.4. Repactuação.....	15
4.0. CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	17
4.1. Conceito.....	17
4.2. Alteração Unilateral.....	18
4.3. Rescisão Unilateral.....	20
4.4. Fiscalização Unilateral.....	22
4.5. Retomada do Objeto.....	22
4.6. Aplicação de Sanções Administrativas.....	23
4.6.1. Advertência.....	25
4.6.2. Multa.....	25
4.6.3. Suspensão Temporária.....	26
4.6.4. Declaração de Inidoneidade.....	28
4.7. A Exceção do Contrato Não Cumprido.....	29
5.0. A ESTRUTURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	31
5.1. Cláusulas Necessárias.....	31
5.2. A Formalização do Contrato.....	34
5.3. A Duração do Contrato.....	38
5.4. A Prorrogação dos Contratos Privados.....	43
5.5. Cessão do Contrato.....	44
5.6. A Extinção dos Contratos.....	46
8.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUÇÃO

A gestão de contratos administrativos é um tema complexo e bastante debatido pela doutrina brasileira. O tema é de suma importância para o gestor público, pois dele depende todo o fornecimento de bens e serviços que movimentam a administração.

A Constituição Federal vincula a Administração Pública a alguns princípios, dentre os quais destacamos o da eficiência. Uma gestão de contratos administrativos eficiente resulta em contratações eficazes, desonera os gastos públicos e gera melhores serviços disponibilizados à população, propiciando um melhor atendimento ao interesse público. Diante do que foi aqui exposto, torna-se imprescindível ao administrador público um bom conhecimento sobre o tema.

O objetivo deste trabalho é esclarecer dúvidas dos gestores públicos sobre os contratos administrativos, respondendo a algumas perguntas tais como: o que é um contrato administrativo? Ele é diferente dos demais contratos? Qual regime jurídico rege os contratos administrativos? Como se formalizam estes contratos? Qual a sua duração? Quais suas formas de extinção e de controle?

2. ASPECTOS GERAIS

2.1. Conceito e classificação

A Lei Federal nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos da Administração, considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí dizer-se que o contrato administrativo, é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz Lei entre as partes.” (MELLO, 2010, p 62.).

Segundo Hely Lopes Meireles:

“Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade Administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.” (MEIRELLES, 2006, p 43.).

No entender do Professor Marçal Justen Filho:

“O contrato administrativo identifica-se como um acordo de vontades entre um órgão da Administração Pública e um particular, que produz direito e obrigações para ao menos uma das partes. Os contratos administrativos envolvem ajustes de vontade. Deles deriva uma autorregulamentação da conduta das partes.” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 485.).

Atualmente, a doutrina costuma conceituar o Contrato Administrativo como aquele que é celebrado pela administração com terceiros e submetido aos direitos e normas do direito administrativo, sendo suas cláusulas passíveis de mudança pela administração em prol do interesse público, desde que preservado o patrimônio de terceiros.

Do conceito acima se extrai algumas características importantes dos contratos administrativos e que os torna diferente dos demais contratos. A primeira delas é o regime jurídico. Não basta apenas dizer que é aquele celebrado pela administração, para ser contrato administrativo tem que ser regido pelo direito administrativo. Nem todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos, alguns deles são regidos pelo direito civil como é o caso dos contratos de locação, de financiamento etc., como se percebe da leitura do art. 62, §3º, I da Lei nº 8.666/93.

2.2. Características

Como vimos anteriormente, os contratos administrativos são regidos pelo direito público, como se abstrai do artigo 54 da lei geral de licitações e contratos administrativos:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Estes contratos são, em regra, formais sendo nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/93). São bilaterais obrigando ambas as partes ao cumprimento de suas cláusulas, são onerosos resguardando o equilíbrio econômico-financeiro das partes, comutativos pois há equivalência das prestações, permitem a inclusão de cláusulas exorbitantes, são celebrados de forma *intuitu personae*, sendo assim intransferíveis e, salvo algumas exceções, precedidos de processo licitatório.

3.0. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

3.1. Conceito e Fundamento Constitucional

O equilíbrio econômico-financeiro traduz-se na manutenção das condições financeiras previamente estabelecidas no contrato, no intuito de manter estável a relação entre contratado e a Administração equilibrando o pacto contratual e impedindo prejuízos a uma das partes.

Para Marçal Justen Filho, o Equilíbrio Econômico-Financeiro é:

“(...) a garantia constitucional que se reporta à relação original entre encargos e vantagens. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação.”
(JUSTEN FILHO, 2005, p. 528.).

Como relata o professor Marçal, o direito ao Equilíbrio Econômico-Financeiro não advém de cláusula contratual, nem de previsão no ato convocatório. Este direito tem origem constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

*XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [grifei] (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988)*

Assim, sempre que algo afete equilíbrio, as partes deverão agir no intuito de reestabelecer as condições originalmente pactuadas reequilibrando a relação encargos x remuneração.

3.2. Mecanismos de Manutenção do Equilíbrio

Durante a execução do contrato, vários acontecimentos podem desarmonizar a equação financeira originalmente definida. Pensando nisso, o legislador nacional instituiu vários mecanismos que visam à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Vejamos:

3.2.1. Reajuste

O reajuste tem como finalidade a atualização do valor inicialmente proposto, corrigindo as perdas oriundas da variação inflacionária no segmento de mercado pertinente ao contrato. A administração deverá incluir no edital a previsão de reajustamento após um ano de execução do objeto contratual fixando, os índices econômicos predeterminados.

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

3.2.2. Atualização Monetária

A Atualização Monetária consiste na atualização dos valores inicialmente firmados compensando as perdas decorrentes da ação inflacionária em determinado período contratual com o objetivo de reconduzir a equação econômico-financeira aos

níveis iniciais do contrato. Difere-se do Reajuste por referir-se as perdas gerais da inflação e não somente as perdas do setor, desta forma, utiliza-se de índices gerais e não setoriais.

3.2.3. Revisão

A Revisão busca o reestabelecimento da relação econômico-financeira alterada em decorrência de fato extraordinário e superveniente que poderiam causar grandes prejuízos à execução do contrato, poderá ser invocada a qualquer tempo e independe de previsão editalícia ou contratual.

Segundo o Professor GARCIA, a Revisão poderá ser ensejada por fato imprevisível ou por fato previsível, mas de consequências incalculáveis:

“Não é qualquer alteração que ocasiona a alteração das bases inicialmente ajustadas, mas tão somente aqueles fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis que onerem excessivamente uma das partes, situando-se na área econômica extraordinária e extracontratual, conforme disciplina art. 65, II, d, da Lei.” (FLAVIO AMARAL, 2010, p. 231.)

3.2.4. Repactuação

A Repactuação, também chamada de recomposição ou realinhamento, é prevista apenas para os contratos de prestação de serviços de natureza contínua e foi instituída pelo art. 5º do Decreto nº 2.271/97 no âmbito do Governo Federal.

Difere-se da Revisão por não poder ser invocada a qualquer momento, tendo prazo mínimo de 12 (doze) meses entre a apresentação das propostas e sua convocação.

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária em:

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;" (TCU. Acórdão nº 1.563/2004.)

4.0. CLÁUSULAS EXORBITANTES

4.1. Conceito

As Cláusulas Exorbitantes são cláusulas inexistentes nos contratos regidos pelo direito privado e que coloca uma das partes em posição de supremacia em relação à outra, conferindo-lhe direitos que seriam ilícitos pela ótica do direito comum.

Segundo MEIRELLES:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. E portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam la marque du Droit Public, pois, como observa Laubadère: "C'est en effet la présence de Telles clauses dans um contrat que est le critère par excellence son caractère administratif." (MEIRELLES, 2007, p. 203.)

Em nome do princípio da Supremacia do Interesse Público, as Cláusulas Exorbitantes conferem a Administração privilégios que tornam a relação contratual desigual, obrigando ao contratado a acatar alterações unilaterais, rescisões unilaterais dentre outras prerrogativas.

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

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

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

III – fiscalizar-lhes a execução;

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

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da

necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

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

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

4.2. Alteração Unilateral.

As Alterações Unilaterais estão disciplinadas no inciso I art. 65 da Lei 8.666/93 e são previstas basicamente para as seguintes situações: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica de seus objetivos e quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimos ou reduções nas quantidades contratadas.

O legislador, nos parágrafos 1º e 2º do artigo citado, tratou de limitar estas alterações:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

Uma dúvida recorrente: os limites estabelecidos no parágrafo primeiro são sobre o valor total do contrato ou sobre o valor de cada item? Poderia eu aditar um item em 100% desde que esta alteração não resulte em um acréscimo superior a

25% no valor global do contrato?

Para melhor responder aos questionamentos do parágrafo anterior, é necessário lembrar que o Estatuto das Licitações obriga o parcelamento do objeto sempre que este tiver natureza divisível. O Tribunal de Contas da União posicionou-se neste sentido na Súmula 247:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”. (TCU, 2010, p. 239/240)

Seguindo esse raciocínio, é como se tivéssemos várias licitações, dentro de um mesmo processo, uma para cada item, como leciona o Professo Marçal Justen Filho:

“A licitação por itens corresponde na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de “cumulação de licitação” ou “licitações cumuladas”, fazendo-se paralelo com a figura da cumulação de ações conhecida no âmbito do Direito Processual”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 266.)

Agora respondendo objetivamente às perguntas formuladas no início deste tópico: não julgo ser possível, em licitações por item, alterações superiores a 25% no item, mesmo que no valor global a soma das alterações não ultrapassem os 25%. Resumindo, quanto se tratar de licitações que tenham seu objeto dividido em itens, os percentuais estabelecidos no parágrafo primeiro do artigo 65, deverão ser respeitados nas alterações de cada item.

Deve-se ressaltar que a possibilidade de alteração unilateral não é extensiva a todas as cláusulas do contrato. Visando a preservação da relação econômico-financeira e do patrimônio do contratado, as cláusulas econômicas só poderão ser alteradas em comum acordo entre as partes. Sendo assim, apenas as cláusulas regulamentares ou serviços poderão ser alteradas pela Administração sem a

anuência do contratado.

4.3. Rescisão Unilateral

As hipóteses de rescisão contratual estão previstas no art. 78 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

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

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

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

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

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

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

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

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

X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

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

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por

repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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

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

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

Conforme a Lei, o rompimento do contrato poderá ser motivado por ilegalidade, inadimplemento de uma das partes ou em atendimento do interesse público desde que devidamente justificado e comprovado.

Estes três motivos geram formas de rescisão contratual distintas – rescisão, resolução e resilição, como anota o professor GARCIA:

“A rescisão ocorre quando há inadimplemento de uma das partes. Em regra gera indenização, pois traz prejuízos à outra parte. A resolução ocorre em decorrência de um fato externo à própria execução do contrato que o impede de ter seu término contratual normal. Como exemplo, cite-se a morte de um contratado, caso fortuito e força maior. A resilição ocorre quando as partes simplesmente não mais desejam prosseguir no contrato.” (FLAVIO AMARAL, 2010, p. 233.).

Somente a Administração Pública tem a prerrogativa de romper unilateralmente o contrato, contudo, como prega o art. 79, § 2º da Lei nº 8.666/93, se a rescisão não for motivada por ato do contratado, em especial nos casos previstos pelos incisos XII e XVII do art. 78, a Administração deverá ressarcir-lo dos prejuízos oriundos desta rescisão unilateral, devolvendo a garantia depositada e efetuando os pagamentos referentes ao que foi executado do contrato até a data da rescisão e aos custos da

desmobilização.

4.4. Fiscalização Unilateral

A fiscalização dos contratos não é apenas um direito da Administração Pública, mas também um dever, como estabelece o art. 67 da Lei Federal nº 8.666/93.

A mesma lei prevê a figura do fiscal de contrato, que poderá ser integrante do quadro de funcionários da Administração ou terceirizado, cabendo a este o dever de registrar todas as ocorrências que prejudiquem a execução contratual e tomar as medidas necessárias para sanar as falhas e quando a ação estiver fora de sua competência, solicitar à autoridade superior.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

4.5. Retomada do Objeto

Baseada no princípio da continuidade do serviço público e na prevalência do interesse público sobre o privado a Lei anota algumas ações que poderão ser tomadas pela administração em caso de rescisão unilateral do contrato nos casos em que a paralisação possa ocasionar prejuízos. Uma delas é a retomada por parte do contratante da execução do objeto contratual.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se

encontrar, por ato próprio da Administração;

II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

22

III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

4.6. Aplicação de Sanções Administrativas

A Lei 8.666/93, no artigo 58, inciso IV prevê a possibilidade de a Administração, em caso de inexecução total ou parcial do contrato, penalizar o contratado. Este direito inexistente no direito privado como afirma MEIRELLES:

“Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de autoexecutoriedade dos contratos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base nesse princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratado.” (MEIRELLES, 2007. p. 215.)

Para o Tribunal de Contas da União este é mais que um direito, é uma obrigação. O administrador deverá prever, já no edital, as sanções que deverão ser aplicadas ao contratado em caso de inexecução total ou parcial do contrato ou de qualquer outro comportamento inidôneo. Como se extrai do teor dos acórdãos:

ACÓRDÃO Nº 1932/2009 – TCU – Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que adote as medidas que se fizerem necessárias no sentido de:

(...)

9.1.7. aplicar, na hipótese de inexecução parcial do contrato, as sanções cabíveis à contratada, somente admitindo retardamento da execução da obra, ou de suas parcelas, quando fundamentado por motivo de ordem técnica, superveniente ou imprevisível, devidamente justificado, conforme estabelece o art. 8º da Lei 8.666/1993; (TCU. Acórdão nº 1932/2009)

ACÓRDÃO Nº 265/2010 – TCU – Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 250, incisos II, III e IV, do Regimento Interno, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Caixa Econômica Federal – CEF que:

(...)

9.1.14. faça constar no edital e aplique, caso necessário, as multas e as demais cominações legais aqueles licitantes que, injustificadamente, deixarem de entregar documentação para o certame, não mantiverem a proposta ou comportarem-se de modo inidôneo, a luz do art. 7º da Lei nº 10.520/2002. Descreva objetiva e exhaustivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a aplicação de cada um dos tipos de penalidade administrativa previsto, evitando-se descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial de obrigação contratual), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII e IX, da Lei nº 8.666/1993, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (TCU. Acórdão nº 265/2010)

Conforme artigo 87 da Lei nº 8.666/93, a Administração poderá penalizar o contratado com aplicação de sanções administrativas como a advertência; multas, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

4.6.1. Advertência

A Advertência está prescrita no inciso I do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 e é, das sanções previstas nesta lei, a mais branda, devendo ser adotada em caso primário de pequenas falhas sanáveis do contratado e que não causem grandes prejuízos à

execução do contrato.

Serve para comunicar formalmente ao contratado o seu descumprimento de alguma obrigação assumida, dando-lhe a oportunidade de tomar as medidas corretivas necessárias em tempo hábil a não prejudicar o desenvolvimento do contrato, evitando assim a sua rescisão.

4.6.2. Multa

A multa é uma penalidade pecuniária de natureza não tributária que deve ser aplicada através de processo administrativo que garanta, em conformidade com o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, ao penalizado, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A sua aplicação depende de previsão no instrumento convocatório, neste deverá está prescrito suas condições e valores, os percentuais e base de cálculo além do prazo máximo para recolhimento, após ciência oficial. Esta sanção pode ser utilizada em conjunto com outras sanções administrativas.

A Lei 8.666/93 prevê, em seus artigos 86 e 87, dois tipos de multas: a multa de mora, aplicada em caso de atrasos injustificado na execução do contrato e a multa compensatória indicada para os casos de inexecução de obrigações firmadas em contrato e que causem prejuízos para a Administração.

A Lei de Licitações e Contratos também prevê que a multa deverá ser descontada da garantia depositada pelo contratado, caso esta seja de valor inferior ao da multa, o contratado deverá responder pela diferença.

E esta é uma recomendação do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. sugerir ao Senado Federal, caso deseje publicar o Edital de Concorrência das Obras de Construção do Prédio Anexo III, que:

(...)

9.1.21. reformule os Parágrafos Quinto e Sexto da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, estabelecendo prioritariamente, nos casos de atraso injustificado na execução do contrato, desconto da respectiva multa da garantia do contratado e, caso seja esta insuficiente, desconto dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, de modo a ajustar os referidos dispositivos aos ditames do Art. 86 da Lei nº 8.666/93; (TCU. Acórdão nº 597/2008 .)

4.6.3. Suspensão Temporária

O inciso III, do artigo 87, da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade da Administração aplicar ao contratado a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que Instituiu a modalidade de licitação denominada pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em seu artigo 7º, dilata o prazo referido no parágrafo anterior para 5 (cinco) anos:

*Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, **ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SicaF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (grifo nosso)** (BRASIL, Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, 2002)*

Antigamente existia grande polêmica acerca da extensão desta penalidade, mas hoje o entendimento já está pacificado. Pela exegese dos artigos 6º, inciso XII e 87, inciso III, entende-se que a suspensão temporária e o impedimento de contratar alcança apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicou. O tema já foi alvo de vários acórdãos do Tribunal de Contas da União, dentre citamos:

O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de

suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.

Representação sobre pregão eletrônico promovido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) para contratação de empresa especializada em gestão da informação apontou suposta irregularidade em item do edital que, após alteração na sua redação original, estabeleceu a vedação de participação na licitação de *“pessoas jurídicas declaradas suspensas de participar de licitações e impedidas de contratar com a Administração, de acordo com a legislação vigente”*. Segundo a representante, mesmo após a alteração, esse item *“ofende a natureza de competitividade do procedimento licitatório, bem como representa estrita desobediência à jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a penalidade de impedimento de contratar se restringe ao órgão ou entidade que aplicou a sanção”*. Em juízo de mérito, o relator anotou que a nova redação do item questionado não representara ofensa ao caráter competitivo do certame. Acrescentou que a alteração promovida pelo MDS *“teve o intuito de seguir a atual jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual a sanção constante do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, é aplicável apenas no âmbito do órgão sancionador, em outras palavras, o vocábulo ‘Administração’ significa no presente caso o MDS”*. Contudo, registrou que *“mesmo com a nova redação, muito embora esta seja semelhante ao texto legal, ainda há margem para interpretações variadas”*. Nesse sentido, propôs recomendação ao MDS para que, nos próximos editais, faça constar *“expressa referência ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao invés do vocábulo ‘Administração’*. *Tal recomendação tem o intuito de dar a interpretação adequada ao dispositivo legal, bem como informar ao licitante o alcance da sanção em questão”*. O Tribunal, acolhendo a tese do relator, considerou a representação parcialmente procedente. (TCU. Acórdão nº 2556/2013)

Conforme previsto no artigo 109, inciso I, alínea “f” do Estatuto das Licitações, contra esta penalização cabe recurso que deverá ser apresentado até o 5º dia útil a contar da intimação do ato.

Esta sanção deve ser adotada em caso de infrações graves, oriundas de atos culposos por parte do contratado. Destaque-se que as infrações até aqui vistas, deverão ser aplicadas apenas nos casos em que o contratado tenha agido culposamente, caso esteja comprovada ação dolosa, a sanção a ser aplicada será a Declaração de Inidoneidade.

4.6.4. Declaração de Inidoneidade

Prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93, esta é a penalidade a ser aplicada em caso de falhas gravíssimas onde o contratado tenha agido com dolo,

acarretando prejuízos ao contratante. Devido a sua severidade, esta sanção só poderá ser aplicada pelo chefe do executivo ou pelos seus ministros ou secretários.

Esta sanção impede o apenado de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública, desta forma o seu alcance é maior do que o da Suspensão Temporária, abrangido a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas, conforme enunciado do art. 6º, XI da Lei nº 8.666/93.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a Declaração de Inidoneidade não tem efeito retroativo, não afetando os contratos firmados em data anterior à data da aplicação da penalidade:

Voto :

(...)

8. Gostaria apenas de tecer um comentário a respeito do argumento da recorrente de que a administração pública poderá sofrer as consequências da sanção aplicada à empresa, "uma vez que poderá haver interrupções no fornecimento de produtos e serviços", considerando que ela tem vários contratos administrativos em andamento.

9. A jurisprudência do TCU é clara, com base em julgados do Supremo Tribunal Federal, de que a sanção de declaração de inidoneidade produz efeitos ex-nunc, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da sanção. (TCU. Acórdão nº 432/2014)

Sua vigência é indeterminada, persistindo enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Contra a Declaração de Inidoneidade não cabe recurso, mas sim um pedido de reconsideração que, conforme rege a Lei de Licitações e Contratos no seu artigo 109, inciso III, deverá ser apresentado até o 10º dia útil a partir da intimação do ato.

A reabilitação só poderá ser requerida após prazo mínimo de 2 (dois) anos de início da penalização e desde que os motivos originaram a punição estejam extintos e que o contratado tenha ressarcido a Administração pelos prejuízos causados.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo 88, exemplifica alguns casos onde esta será aplicada:

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

Devo neste momento ressaltar que o rol das sanções descrito no art. 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é taxativo, não podendo ser incluídas novas penalidades por Estados e Municípios, pois a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, dita que compete privativamente a União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

4.7. A Exceção do Contrato Não Cumprido

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 476, rege que em caso de inadimplemento de uma das partes contratuais, esta não poderá exigir da outra o cumprimento das obrigações firmadas: *“Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”* (BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, 2002)

Em resumo, significa dizer que o contrato poderá ser paralisado se uma das partes deixar de cumprir suas obrigações. Destaque-se que esta possibilidade inexistente no Contrato Administrativo. O princípio da continuidade do serviço público não permite ao contratado invocar este direito em caso de inadimplemento por parte da Administração. Como vimos anteriormente, apenas a Administração detém o

direito de suspender ou rescindir o contrato unilateralmente.

O particular só poderá solicitar a interrupção da execução contratual após o nonagésimo dia de atraso no pagamento devido pela Administração, conforme art. 78, inciso XV da Lei nº 8.666/93.

Buscando preservar o patrimônio do particular, a mesma lei, em seu artigo 79, parágrafo 2º, prevê neste caso, o ressarcimento dos prejuízos do contratado, desde que devidamente comprovados, obrigando a Administração a devolver a garantia inicialmente depositada e a realizar os pagamentos referentes à execução do contrato até a data da rescisão e aos custos de desmobilização.

5.0. A ESTRUTURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.1. Cláusulas Necessárias

O Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, descreve em seu artigo 55, as cláusulas necessárias ao contrato, sendo estas obrigatórias:

1. Objeto e seus elementos característicos. O art. 14 da Lei de Licitações rege que nenhuma compra poderá ser realizada sem a adequada caracterização de seu objeto. O objeto deve ser definido de forma clara e precisa com elementos necessários e suficientes para uma descrição objetiva da Obra, Serviço ou Fornecimentos a ser contratado.

2. O regime de execução ou a forma de fornecimento. O art. 10 da Lei prevê que os contratos de Obras e Serviços poderão ser executados de forma direta, quando é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios ou de forma indireta, o órgão ou entidade contrata com terceiros. A execução indireta pode ser realizada sob os seguintes regimes:

a) Empreitada Integral: quando a contratação é realizada na sua totalidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada. (art. 6º, VIII, e; art. 10, II, e.);

b) Empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. (art. 6º, VIII, a; art. 10, II, a);

c) Empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas. (art. 6º, VIII, b; art. 10, II, b);

3. Tarefa: Quando se ajusta a mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais. (art. 6º, VIII, d; art. 10, II, d);

4. O preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. O parágrafo 3º, do artigo 5º da Lei 8.666/93, rege que os **pagamentos** decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura. Para os contratos de valores superiores ao citado no parágrafo anterior, o artigo 40, em seu inciso XIV, estipula que o prazo de pagamento não seja superior a trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela e que seja previsto um cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros além dos critérios de atualização financeira dos valores a serem pagos e as compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

5. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso. As condições de recebimento do objeto contratual, estão dispostas nos artigos 73 e 74 da Lei. Segundo os referidos artigos, o recebimento poderá ser feito de forma provisória ou definitiva mediante termo circunstanciado assinado pelas partes nos casos de obras, serviços ou aquisições de grande vulto ou mediante recibo para os demais casos.

6. O crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica. O art. 14 da Lei de Licitações determina que nenhuma compra poderá ser realizada sem a adequada caracterização de seu objeto e **indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento**, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

7. As garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas. Quanto às **garantias**, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos concede ao contratado o direito de optar entre as seguintes modalidades: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária (Lei 8.666/93, art. 56, parágrafo 1º). Esta não poderá exceder a cinco por cento do valor contratado e sua atualização monetária seguirá os mesmos critérios de atualização do contrato,

exceto nos contratos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto e que envolvam alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente. Nestes casos, o valor limite de garantia será de até dez por cento do valor do contrato (Lei 8.666/93, art. 56, parágrafos 2º e 3º).

8. Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos fixa algumas responsabilidades para o contratado:

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

9. Os casos de rescisão, os quais foram abordados no item 4.3, desta monografia.

10. O reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei. O art. 80 da Lei nº 8.666/93 relaciona alguns desses direitos.

11. As condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.

12. A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor. A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 41, estabelece que: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”. O Edital é lei entre as partes, e assim

sendo, Contratante e Contratado estão obrigados a respeitarem o que nele está disposto.

13. A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos.

14. A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Este assunto já foi abordado em Acórdão do TCU:

“A não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento.”
(TCU. Acórdão nº 964/2012)

Além das cláusulas aqui mencionadas, o § 2º do art. 55 estabelece que:

“Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”(BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

5.2. A Formalização do Contrato

A formalização dos contratos administrativos é tratada na Seção II da Lei Federal de nº 8.666/93. Esta lei, em seu artigo 60, rege que os contratos e seus aditivos devem ser lavrados nas repartições que compõem a Administração Pública, numerados e arquivados em ordem cronológica de suas assinaturas tendo suas cópias anexadas ao processo que lhe deu origem. A exceção a esta regra fica por conta dos registros de direitos reais sobre imóveis, ou seja, compra, venda ou doação de imóvel, que deverão sofrer escrituração pública em cartório de notas.

Conforme o parágrafo único do artigo citado, a Administração não poderá

estabelecer contrato verbal:

“É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.” (BRASIL, Lei nº . 8666 de 21 de junho de 1993, 1993)

O mesmo parágrafo traz também a exceção à regra nele contida. A formalização do contrato é dispensada para as compras de valor igual ou inferior a R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e que sejam executadas em Regime de Adiantamento. Segundo o art. 68 da Lei Federal de nº 4.320/64, o Regime de Adiantamento é um processamento especial da despesa pública orçamentária, através do qual se coloca o numerário à disposição de funcionário ou servidor, a fim de lhe dar condições de realizar gastos que por sua natureza não possam realizar-se pelos trâmites normais, ou seja, licitação – contrato – empenho – liquidação e pagamento.

O Tribunal de Contas da União em diversas vezes já se manifestou sobre o assunto:

“3. Mesmo no caso de dispensa de licitação, é dever do contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação emergencial, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, conforme prevê o art. 26, caput, parágrafo único e incisos I, II e III, da Lei n. 8.666/1993, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, do Estatuto das Licitações.” (TCU. Acórdão nº 3083/2007.)

“9.1.3. formalizar, prontamente, as alterações que se fizerem necessárias nas condições inicialmente estabelecidas no contrato, em observância às normas legais e regulamentares, de modo a afastar a configuração de realização de acordo sem o devido amparo contratual;” (TCU. Acórdão nº 1932/2009)

O art. 61 da Lei 8.666/93 dispõe que no contrato devem está registrados os nomes das partes e os de seus representantes, a descrição do objeto, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas da referida Lei e às cláusulas contratuais.

Em obediência ao princípio da publicidade, prescrito no caput do art. 37, da Constituição Federal, o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/93, determina como condição primordial para a eficácia de contratos e seus aditivos, a sua publicação em imprensa oficial. Esta publicação deverá ser feita de forma resumida até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura.

O Estatuto das Licitações e Contratações Públicas determina a obrigatoriedade da confecção do termo contratual nos casos de Concorrência e Tomada de Preços, como também nas contratações diretas de valores iguais aos das modalidades citadas. Nos demais casos, a lavratura do contrato é facultada, podendo substituí-lo por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. O instrumento contratual também poderá ser substituído, independente de valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. Os substitutos do contrato deverá conter, no que couber, as cláusulas previstas no artigo 55 da Lei. (*Art. 62, caput e §§ 2º e 4º*)

“9.1.15. formalize os devidos instrumentos de contrato nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas contratações mediante dispensa ou inexigibilidade cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, de modo a dar atendimento ao art. 62, caput, da Lei nº 8.666/93;” (TCU. Acórdão nº 1292/2003.)

É também obrigatória a anexação das minutas dos futuros aos editais ou instrumentos convocatórios das licitações nas modalidades de Concorrência e Tomada de Preços. (*§ 1º do Art. 62*)

Também os contratos em que a Administração participe como usuária de serviço público, os contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e os demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, pelo direito privado, deverão obedecer, sempre que possível, às normas contidas nos artigos 55, 58 e 61 da Lei 8.666/93. (*§ 3º do Art. 62*)

Seguindo o que está estabelecido no edital, a Administração convocará e abrirá prazo para que o licitante vencedor do certame compareça para assinar o contrato

ou instrumento equivalente. Este prazo poderá ser prorrogado pela Administração, por igual período e apenas uma vez, desde que solicitado e devidamente justificado pela parte interessada. (*caput e § 1º do art. 64, da Lei 8.666/93*)

Caso o convocado não apareça para assinar o contrato ou o documento equivalente, a Administração, a seu critério, poderá convocar os remanescentes do processo licitatório, ou poderá revogar a licitação. A convocação de remanescente seguirá a ordem de classificação e obedecerá os prazos e condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive no quanto aos preços. (*art. 64, §2º*)

A Lei de Licitações prevê também a possibilidade de convocações de remanescente nos casos de rescisão contratual, art. 24, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993. Esta convocação também seguirá a ordem de classificação e implicará na aceitação, pelo remanescente, das mesmas condições do licitante vencedor, inclusive quanto ao preço. O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o assunto:

9.2.6. adote as medidas tendentes a aperfeiçoar o acompanhamento da execução de seus contratos, de forma a evitar situações como a ocorrida no Pregão n. 06/2006, em que, por conta de inadimplência contratual, houve contratação emergencial, sem observar as regras previstas no art. 24, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993, relativas à convocação das empresas que participaram do aludido certame, obedecida a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. (TCU. Acórdão nº 4034/2009)

Para o Pregão o procedimento é semelhante, contudo o remanescente convocado não está obrigado a acatar os preços da proposta vencedora. Este terá apenas que demonstrar que sua proposta está de acordo com as especificações do edital. Vejamos o que diz o artigo 4º da Lei do Pregão:

XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

(...)

XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI. (BRASIL, **Lei nº 10.520 de 17 de junho de 2002**, 2002)

5.3. A Duração do Contrato

A duração ou vigência do contrato é uma cláusula obrigatória, pois o Estatuto das Licitações veda expressamente a possibilidade de celebração de contratos com prazo de vigência indeterminada.

A duração dos contratos é tratada no artigo 57 da Lei 8.666/93, que em seu caput reza que o contrato administrativo terá vigência limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários. A Constituição Federal, em seu art. 165, § 5º, diz que a lei orçamentária será anual, desta forma, os créditos orçamentários têm vigência de 1 (um) exercício financeiro já que este tem duração igual à do ano civil. (art. 32 da Lei nº 4.320/64)

Desta forma, os contratos regidos pelo direito público terão vigência que poderá estender-se até 31 de dezembro. No entanto, como toda regra tem exceção, o artigo 57 também traz os casos onde a vigência destes contratos poderá ultrapassar a vigência do orçamento:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - (Vetado).

IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V – às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

Para os menos atentos, pode parecer que o limite estipulado no caput do artigo 57 não alcançaria os contratos previstos nos incisos I, II, IV e V. Este entendimento é falho, pois a nossa Lei Maior proíbe a realização de despesa sem cobertura orçamentária:

Art. 167. São vedados:

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Sendo assim, todo contrato deve ter sua vigência dentro do prazo estabelecido pelo caput do art. 57 e caso se enquadre em uma das situações dispostas nos incisos do referido artigo, poderá ter sua vigência prorrogada.

Para os contratos abrangidos pelo inciso I não há limite temporal, desde que haja interesse da administração em prorrogá-los e que estes estejam contemplados no Plano Plurianual. O Plano Plurianual, ou apenas PPA, está previsto no artigo 165 da Constituição Federal que estabelece que esta é uma lei de iniciativa do Poder Executivo e que deve contemplar, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. (CF, art. 165, I, § 1º)

Os contratos previstos pelo inciso II podem ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos até sessenta meses, e é aí que reside a primeira polêmica. Pela literalidade da Lei, poderíamos entender que um contrato de execução continuada, originalmente estabelecido com vigência de 3 (três) meses, poderia ser prorrogado até sessenta meses, desde que cada prorrogação fosse apenas por três meses para que se cumpra os iguais e sucessivos períodos dispostos na Lei. Ou ainda pior: um contrato de vigência inicial de doze meses não poderia ser prorrogado por apenas mais dois meses, tempo hábil para se concluir um novo processo licitatório que originasse um novo contrato.

Essa interpretação literal da lei não é razoável, pois torna a prorrogação dos contratos de execução continuada um processo muito engessado, o que não é

interessante para a administração, conforme podemos abstrair das palavras do Prof. Marçal Justen Filho:

“É obrigatório respeitar, na renovação, o mesmo prazo da contratação original? A resposta é negativa, mesmo que o texto legal aluda a “iguais”. Seria um contrassenso impor a obrigatoriedade de prorrogação por período idêntico. Se é possível pactuar o contrato por até sessenta meses, não seria razoável subordinar a Administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência. Isso não significa autorizar o desvio de poder. Não se admitirá que a Administração fixe períodos diminutos para a renovação, ameaçando o contratado que não for simpático.” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 730)

O Tribunal de Contas da União também já se pronunciou neste sentido:

17.3.6.8. A prorrogação do contrato referido foi por tempo inferior à primeira prorrogação. Pelo disposto no art. 57, II, da Lei 8.666/93, a prorrogação deveria ser por iguais e sucessivos períodos. Contudo, pelo princípio da razoabilidade, se é possível prorrogar por até 60 meses, não há porque exigir-se a prorrogação por idênticos períodos conforme ensinamentos sempre balizados do insigne autor Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. (TCU. Acórdão nº 771/2005)

A outra polêmica reside na definição: o que é um serviço de natureza contínua? Como um gestor público identificará os serviços que tem sua execução continuada? A Lei 8.666/93 define o que é serviço, mas não discrimina os contínuos.

Renato Geraldo Mendes, no livro Lei de Licitação e Contratos Anotada, afirma que:

“Serviços contínuos são aqueles serviços auxiliares, necessários a Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício”. (MENDES, 2002, p. 177)

O gestor deve ter em mente que não basta que o serviço tenha sua execução prolongada. Para ser considerado como de natureza contínua o serviço tem que ser essencial ao funcionamento da Administração não podendo sofrer solução de continuidade.

Neste sentido a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão baixou Instrução Normativa de nº 2/2008:

“I – SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente”.

Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Voto do Ministro Relator

[...]

28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.” (TCU. Acórdão nº 132/2008)

Os contratos de execução sucessiva poderão ser prorrogados até o limite de sessenta meses. O parágrafo 4º, do artigo 57, prevê um acréscimo excepcional de doze meses ao limite fixado no inciso II do mesmo artigo:

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993)

Da leitura deste parágrafo podemos abstrair algumas peculiaridades desta prorrogação. A primeira é que só é permitida para contratos de serviços de natureza continuada, veja que há expressa referência ao inciso II do artigo 57. Para que encontre eficácia deve ser devidamente autorizada e motivada por autoridade superior comprovando a sua real necessidade e vantajosidade, e por fim, que esta extensão adicional é incomum devendo ser realizada apenas em raras situações, senão perderia o seu caráter excepcional.

Esta excepcionalidade torna a prorrogação adicional, prevista no § 4º, imprevisível. Sendo assim, é razoável concluir que ela independe de previsão

editalícia, como afirma o professor Marçal:

“No entanto, a prorrogação fundada no § 4º independe de previsão no ato convocatório. É que, nesse caso, a prorrogação depende de evento extraordinário. Ora, a extraordinariedade do evento, que autoriza a prorrogação, impede sua previsão antecipada no ato convocatório.”
(JUSTEN FILHO, 2005, p. 731)

Conforme inciso IV, os contratos de aluguel de equipamentos e de utilização de software de informática podem estender-se por até 48 meses. O uso da palavra “estender-se” leva a interpretação deste inciso como permissão para celebração de contrato com vigência inicial de 48 meses. Esta interpretação, no meu entendimento, não é correta, pois como vimos anteriormente, a Constituição Federal proíbe despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários. Então, os contratos seriam celebrados obedecendo a vigência estabelecida no caput do artigo 57, podendo estender-se, através de prorrogação, por até 48 meses.

O inciso V foi adicionado pela Lei nº 12.349, de dezembro de 2010 e refere-se exclusivamente às seguintes situações previstas no art. 24 da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

(...)

XIX – para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

(...)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

(...)

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

5.4. A Prorrogação dos Contratos Privados

Os contratos privados estabelecidos pela Administração Pública estão sujeitos aos ditames do artigo 57 da Lei 8.666/93? Esta é uma dúvida recorrente na gestão de contratos.

O Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos determina em seu artigo 62, § 3º, inciso I, a aplicação dos artigos 55 e 58 a 61 da Lei nº 8.666/93 e demais normas gerais, no que couber, 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.

Fundamentando-se no dispositivo acima, boa parte da doutrina responde negativamente à pergunta formulada no primeiro parágrafo deste tópico, como exemplo citamos MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“E não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o art. 62, § 3º, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos arts. 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o art. 57, pertinente ao prazo.” (DI PIETRO, 2003, p. 253.)

Este entendimento é compartilhado pelo Tribunal de Contas da União:

2. A Titular da Unidade Técnica se manifestou nos seguintes termos:

[...]

I – 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;

Como visto, o dispositivo não inclui a limitação de prazo prevista no artigo 57 como norma a reger os contratos citados. Depreende-se assim que a lei entendeu que os contratos ali referenciados, nos quais incluímos os contratos de locação em que a União atua como locadora, não poderiam ficar adstritos a tal restrição legal, uma vez que desta forma poderia haver ofensa ao interesse público.

A Administração Pública, como parte de uma avença que segue algumas regras do direito privado, tais como, por exemplo, a do reajuste, suportaria ônus desnecessário se, como locatária, findo o prazo de 5 anos ali previsto, tivesse que buscar outro imóvel para se alojar (a permanência no mesmo imóvel não seria garantida), com todos os ônus daí decorrentes, ou se, como locadora, tivesse que promover procedimento licitatório para substituir

ou renovar contrato, cujo inquilino viesse arcando com todas as obrigações de forma tempestiva, e a preços de mercado, para buscar novos possíveis interessados que, ao final, arcarão com o mesmo preço já praticado. (TCU. Acórdão nº 170/2005)

Há também quem, utilizando-se da mesma fundamentação, artigo 62, § 3º, inciso I da Lei nº 8.666/93, entenda que não há problema em seguir as determinações do artigo 57, especialmente nos contratos de seguro, é o que afirma o Professor FLÁVIO AMARAL GARCIA:

*Portanto, não se identifica nenhum impedimento jurídico a tornar o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 inaplicável ao contrato de seguro. A argumentação desenvolvida pela corrente que sustenta a sua não aplicação se baseia apenas nos artigos expressamente mencionados no § 3º do art. 62, mas não aborda o fato da lei ter expressamente se referido acerca da aplicabilidade das normas gerais “**no que couber**”. (GARCIA, 2010, p. 239)*

5.5. Cessão do Contrato

A cessão do contrato configura-se pela transferência total dos direitos e obrigações do contratado (cedente) para o outrem (cessionário). Neste caso, há mudança apenas das partes e não do conteúdo, mantendo-se imutável as cláusulas contratuais.

A cessão não deve ser confundida com a subcontratação expressa no art. 72 da Lei 8.666/93:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Na subcontratação, há a transferência, total ou parcialmente, apenas da execução do contrato, contudo o contratado continua respondendo por este. Na cessão, transfere-se a titularidade, passando o cessionário a responder por todo o contrato e não apenas pela execução. Neste sentido, Sílvio Rodrigues afirma que:

A cessão do contrato é a transferência da íntegra posição ativa e passiva, do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída.

(RODRIGUES, 2002, p. 14)

Há quem defenda que, devido ao caráter *intuitu personae* do contrato, a cessão não pode existir para contratos administrativos. Essa mesma corrente ideológica afirma que não há previsão legal e que apenas a subcontratação é permitida, já que está expressamente autorizada no artigo 72 da Lei.

No entanto, uma grande parte dos doutrinadores tem entendimento diferente, afirmando que apesar de todo contrato administrativo ter caráter pessoal, nem todos são personalíssimos, permitindo alterações subjetivas desde que respeitados os princípios licitatórios. Para estes, a cessão encontra amparo jurídico no inciso, VI do artigo 78 da Lei de Licitações.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (BRASIL, **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**, 1993)

Para estes, o único impedimento à cessão seria a falta de previsão editalícia e contratual, como afirma Diógenes Gasparini:

“Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública.” (GASPARINI, 2000, p. 397)

Admitindo-se a possibilidade da transferência da titularidade do contrato, deve o gestor ter em mente que a cessão é uma excepcionalidade e não a regra e como tal deve ser cercada de alguns cuidados:

a) Como vimos anteriormente, a cessão só será admitida se prevista no instrumento convocatório, como também no contrato;

b) Mesmo prevista em edital, não poderá ser realizada sem a devida solicitação

do contratado e a autorização do contratante;

- c) Em respeito ao princípio da motivação, o contratado deverá apresentar formalmente suas justificativas, fundamentando-as e comprovando a sua real necessidade;
- d) O contratante só poderá autorizar a transferência da titularidade do contato se restar comprovada sua viabilidade e ausência de prejuízo para a Administração;
- e) O cessionário deverá preencher as condições de habilitação exigidas no edital;
- f) Deverá também, o cessionário, acatar todas as cláusulas contratuais, pois elas são imutáveis, inclusive as referentes a valores;

5.6. A Extinção dos Contratos

Diversos são os fatores que ensejam na extinção contratual. Ivan Barbosa Rigolin, em seu artigo “QUANDO TERMINA UM CONTRATO ADMINISTRATIVO?”, consegue elencar nove fatores. Contudo, neste trabalho, agruparei em apenas três fatores, ou formas de extinção.

A primeira forma a citar é a **consumação**. O contrato está extinto quando seu objeto foi consumado, ou seja, quando os direitos e obrigações nele acordados foram executados, exaurindo-se seu objeto, sua vigência ou ambos. Esta é a forma ideal para a extinção contratual, pois se supõe o adimplemento das partes.

A segunda forma é a **rescisão**. A rescisão pode ser unilateral, por ato isolado da Administração; amigável, por acordo entre as partes ou judicial. A Lei 8.666/93 relaciona os motivos que ensejam uma rescisão contratual:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

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

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

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

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

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

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

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

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

X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

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

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

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

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

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

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das

sanções penais cabíveis.

Perceba-se que o art. 78 descreve motivos que poderão fundamentar as três formas de rescisão. Nos incisos de I a XII e XVIII, nota-se fundamentos para uma rescisão unilateral por parte da Administração. Os motivos descritos nos incisos XIII a XVII tanto podem ensejar a rescisão consensual como uma rescisão judicial se a outra parte não estiver de acordo.

Ressalte-se que os motivos descritos no art. 78 facultam, mas não obrigam a rescisão contratual. O gestor deve analisar cada caso e só depois de bem fundamentado tomar a decisão que melhor atenderá ao interesse público.

É importante também destacar que, apesar de a Lei permitir que a Administração rescinda unilateralmente o contrato, o direito ao contraditório e ampla defesa deverá ser resguardado, dando ao contratado o direito de defender-se apresentando suas contrarrazões. Pois assim determina a Constituição Federal:

Artigo 5º-...

(...)

*LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988)*

Vamos agora tratar da terceira forma de extinção contratual, a **anulação**. A nulidade do contrato ocorre quando este sofre de vício de ilegalidade na sua formulação ou em uma cláusula essencial.

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 473, preceitua que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Não há momento certo para a anulação do contrato, assim esta nunca será intempestiva. A qualquer momento que a Administração identifique erros que

comprometam a legalidade do contrato, este poderá ser anulado.

Ao anular o contrato, a Administração deverá realizar o pagamento do que foi executado até a data da anulação e indenizar o contrato caso haja prejuízos comprovados.

Contudo a Lei nº 8.666/93, no parágrafo primeiro do artigo 59, determina que o contratado só terá direito a indenização se ele não tiver dado causa a anulação do contrato.

A Administração poderá indispor da anulação, se esta, comprovadamente acarretar prejuízos ao interesse público, como afirma a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato.” (DI PIETRO, 2003, p. 229/230)

Não são apenas as ilegalidades do próprio contrato que podem ensejar a sua anulação, os vícios do processo licitatório também podem resultar na anulação do contrato dele resultante. É o que está descrito no parágrafo 2º do artigo 49 da Lei de Licitações e Contratações Públicas:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2873/2008, manifestou-se neste sentido:

Voto:

(...)

118. Com efeito, a precariedade do projeto básico e a inexistência de orçamento com nível de detalhamento suficiente comprometem a licitação da qual adveio o contrato, vez que incompatíveis com as condições estabelecidas em lei. As modificações que se fizeram necessárias durante a execução da obra não só comprovam essa assertiva, como, por si só, já configuram razão suficiente para a nulidade do contrato, vez que seu objeto inicial restou desfigurado e que sua conclusão já exige que as condições inicialmente contratadas sejam alteradas acima dos limites legais. Além disso, e conforme apontado pela Unidade Técnica, a simples existência de cláusula de medição e pagamento contrária aos ditames legais e à moralidade, economicidade e razoabilidade já seria também suficiente para que se declarasse o contrato nulo, pela flagrante ilegalidade de cláusula essencial. (TCU. Acórdão nº 2873/2008)

6.0. CONTROLE DOS CONTRATOS

A Administração Pública é obrigada a controlar seus atos, e é através do controle interno que ela o faz.

O controle brasileiro originou-se em 1914 e inicialmente visava apenas as operações contábeis, pois o objetivo era a uniformização das técnicas e consequentemente a padronização dos balanços.

Foi apenas a partir de 1946 que se criou o controle dos atos administrativos da gestão pública, o qual ficou a cargo do Tribunal de Contas da União.

Durante o regime militar, foi promulgada a Lei de nº 4.320 em 17 de março de 1964. A referida lei dividiu o controle em duas vertentes: o controle interno, realizado pela própria administração e controle externo que, na época ficou sob a responsabilidade do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União.

A Constituição Federal de 1988 estendeu também judiciário a responsabilidade sobre o controle externo:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Fica assim evidente que o Contrato Administrativo poderá ser alvo do controle interno, realizado pela própria Administração, bem como do controle externo, efetivado pelos poderes legislativo e judiciário e pelos Tribunais de Contas.

Um outro controle que vem se intensificando nos últimos anos é o controle

social, especialmente após a promulgação da Lei Complementar nº 131/2009, conhecida como Lei da Transparência e da Lei de nº 12.527/11, popularmente denominada como Lei de Acesso a Informação. Esta última, publicada em 18 de novembro de 2011, obriga ao gestor público a fornecer a população um rol de informações, dentre elas as informações sobre as contratações públicas:

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

(...)

Art. 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º. Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

(...)

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

7.0. CONCLUSÃO

O gestor deve ter em mente que a gestão dos contratos é diferente de fiscalização de contratos, a gestão é mais abrangente, envolve mais etapas e

cuidados que vão desde a formalização até sua extinção.

Neste trabalho, não foram priorizados temas tipicamente relacionados à licitação, como a escolha da modalidade, prazos, formas de julgamento, fase interna, fase externa etc., pois almejávamos mostrar que a problemática que envolve as contratações públicas vai muito além do procedimento licitatório, que por regra deverá anteceder a lavratura dos contratos.

Desta forma, buscamos responder às questões formuladas na introdução mostrando conceitos e características gerais dos contratos, como reajuste, atualização monetária, revisão e etc. Continuamos a caracterização de termos específicos dos contratos públicos, as chamadas cláusulas exorbitantes, que são as cláusulas que exorbitam o direito privado, existindo apenas no direito público. Tentamos mostrar ao gestor público que, como ele representa a coletividade, poderá ele utilizar-se destas cláusulas a fim de garantir a supremacia do interesse público sobre o privado.

Passamos em seguida para estruturar o contrato, expondo e discorrendo sobre as cláusulas que são essenciais à sua formalização. Por fim tratamos da problemática do controle dos contratos, enfocando a sua importância, obrigatoriedade e sua instituição na legislação brasileira.

Esperamos ter conseguido responder as perguntas inicialmente formuladas, oferecendo ao o gestor público conhecimentos mínimos necessários a uma boa gestão das contratações públicas, mostrando-lhe os principais cuidados a serem tomados na condução dos contratos.

8.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRASIL, Lei nº 4.320 de 17 de Março de 1964, 1964

BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, 1988.

BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 1993.

BRASIL, Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, 2002.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, 2002

BRASIL, Lei nº 12.527 de 18 de Novembro de 2011, 2011

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473 de 03 de Dezembro de 1969. Fonte de Publicação: DJ de 12/12/1969, p. 5.993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1292/2003 Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman, 2003. Publicado no DOU em 15/09/2003.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.563/2004 Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti, 2004. Publicado no DOU em 06/10/2004.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 170/2005 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar Costa. Publicado no DOU em 10/03/2005.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 771/2005 Segunda Câmara. Relator: Ministro Lincon Magalhães da Rocha, 2005. Publicado no DOU em 04/05/2005.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3083/2007 Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer, 2007. Publicado no DOU em 04/10/2007.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 597/2008 Plenário. Relator: Guilherme Palmeira, 2008. Publicado no DOU em 07/03/2008.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2873/2008 – Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Publicado no DOU em 09/12/2008.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1932/2009 Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 2009. Data da sessão: 26/08/2009.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4034/2009 Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer, 2009. Publicado no DOU em 07/08/2009.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 265/2010 Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 2010. Data da sessão: 24/02/2010

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 964/2012 Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, 2012. Publicado no DOU em 07/05/2012.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2556/2013 Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 2013. Data da sessão: 18/09/2013

BRASÍLIA. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 432/2014 Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz, 2014. Vide data do DOU na ATA 06 – Plenário, de 26/02/2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. Atlas, 2003.

FLAVIO AMARAL, Garcia. Licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, 2010.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 10ª edição, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MENDES, Renato G. Lei de Licitação e Contratos Anotada. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 3ª ed. v.3. São Paulo: Max Limonand, 2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência. 4ª edição – 2010.