

Curso: Master BIM Specialist

Disciplina: Licitação e Contratos Administrativos

Responsável: Professora Gláucia Almeida

Mini Apostila

Contratos Administrativos

1. Conceito

Contrato, é todo acordo entre partes que manifestam neste ato as suas vontades com o objetivo de formar um vínculo e normatizar as obrigações mútuas nas condições estabelecidas pelo ente público e seus órgãos ou entidades.

Como dispõe a Lei 8666/93, de Licitações e Contratos, no Art. 2º, parágrafo único:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Segundo CARVALHO, (2015):

Com efeito, os contratos administrativos são as manifestações de vontade entre duas ou mais pessoas visando à celebração de negócio jurídico, havendo a participação do Poder Público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo. Este contrato é regido pelo direito público, sendo inerentes a ele todas as prerrogativas e limitações de Estado.

Assim, o contrato administrativo é aquele celebrado entre a Administração Pública com o particular, pessoa física ou jurídica, nas condições pré-estabelecidas pela própria Administração.

Na definição de MEIRELLES, (2012) contratos administrativos são como sendo: “um ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

1.1. Contratos da Administração

Estando a Administração em um dos polos do contrato, convencionada está, no ordenamento jurídico brasileiro, a denominação *contrato da administração*. Tal expressão é adotada em sentido amplo, abrangendo qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, que poderá reger-se tanto pelo Direito Público como pelo Direito Privado.

Assim, essa expressão *contrato da administração*, engloba todos os contratos celebrados pela Administração Pública, que subdivide-se em:

1) **Contratos administrativos propriamente ditos:** visam à consecução de objetivos de interesse público. Nessa condição, a Administração participa com supremacia de poder e privilégio administrativo, o que assegura a possibilidade de “cláusulas exorbitantes”, dividindo-se em duas categorias:

1.1) **contratos administrativos de colaboração:**

são aqueles cujo objeto consiste na realização de prestação entre as partes envolvidas (particular e Poder Público), relativa a compras, serviços, obras e alienações. Tal categoria de contrato caracteriza-se pelo estabelecimento de obrigações recíprocas, de modo que a prestação correspondente é executada em face e em proveito da outra parte;

1.2) **contratos administrativos de delegação:** são aqueles que têm por objeto a delegação a particulares do exercício de atividades estatais relacionadas aos serviços públicos, por meio de concessões e permissões. As regras específicas para tal espécie de contrato estão previstas nas Leis nos 8.987 e 11.079 (BRASIL, 1995, 2004).

2) **acordos de vontade da Administração:** atos jurídicos de natureza consensual, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública e que têm por objetivo desenvolver esforços e alocar recursos para a consecução de atividades de interesse coletivo. **Exemplos:** convênios, termos de cooperação, contratos fiscais e consórcios públicos.

3) **Contratos privados celebrados pela Administração Pública:** celebrados com terceiros e por serem regidos pelo Direito Privado, a Administração situa-se no mesmo plano jurídico do particular. **Exemplos:** locação de bem imóvel, permuta e comodato.

Os dispositivos da Lei no 8.666/1993 aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Na relação entre a Administração e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, deve ser observada a Lei no 13.019 (BRASIL, 2014).

Com referência aos principais contratos celebrados pela Administração Pública amparados pela Lei no 8.666/1993, podem ser citados aqueles cujo objeto refere-se:

a) contratos de compra : aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. Exemplo: aquisição de material de expediente, de suprimentos de informática, de microcomputadores, de móveis;

b) contratos de obras : construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação. Exemplo: construção de hidrelétricas, pontes, estradas, reforma ou ampliação de edifícios;

c) contratos de serviços: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos

técnico-profissionais. Exemplo: conserto de computadores, manutenção de jardins, locação de veículos, instalação de aparelhos de ar condicionado.

1.2. Natureza Jurídica

Assim como ocorre em relação às licitações, a competência de editar normas gerais de contratação para a Administração Pública, é da União (art. 22, XXVIII, da CRFB, BRASIL, 1988).

A disciplina normativa também está presente na Lei no 8.666/1993, no Capítulo III (arts. 54 a 80) e Capítulo IV (arts. 86 a 88).

Aplica-se a Lei no 8.666/1993 aos contratos administrativos firmados em decorrência das licitações na modalidade *pregão*, uma vez que a Lei no 10.520/2002 (“Lei do Pregão”) não estabelece normas sobre contratação.

1.3. As cláusulas exorbitantes

Para TRAVAIN, (2011) as chamadas cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, são as que garantem que as distinções entre esse contrato e o de Direito Privado sejam asseguradas. São as responsáveis por assegurar que a Administração Pública possua uma posição de superioridade em relação ao outro polo contratual, obedecendo assim o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

A expressão *exorbitante* é utilizada em referência aos contratos privados, pois, caso neles fossem utilizadas, essas cláusulas seriam consideradas abusivas por determinar quebra da paridade de direitos e deveres (MEDAUAR, 2018).

Prevista no artigo 58 e incisos da Lei nº. 8.666 de 23 de junho de 1993, grande parte dessas cláusulas, entre elas as mais importantes, sob a denominação de prerrogativas da Administração.

1.3.1. cláusulas Exorbitantes do Contrato Administrativo

a) modificação unilateral

Obedecidos os limites e formalidades do art. 65 da Lei no 8.666/1993, a Administração poderá, unilateralmente, determinar a alteração do contrato, desde que motivada pelo interesse público e desde que não prejudique os direitos do contratado.

b) rescisão unilateral

É possível a rescisão por iniciativa unilateral da Administração tanto por razões de interesse público, como por descumprimento de cláusula contratual pelo contratado (art. 79, I).

c) fiscalização

A Administração tem o poder-dever de fiscalizar efetivamente a execução do contrato (art. 67).

d) sanções ao contratado

Em caso de inadimplemento contratual (parcial ou total), a Administração pode aplicar ao contratado as sanções previstas no art. 87 da Lei no 8.666/1993 (advertência, multa, suspensão temporária do direito de licitar e declaração de inidoneidade).

e) ocupação provisória

Nos casos de serviços essenciais, a Administração detém a prerrogativa de 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.

1.4 Aplicação da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” (exceção do contrato não cumprido)

Sobre a supremacia da Administração no âmbito dos contratos administrativos, entende-se pela possibilidade de aplicação da “**exceção do contrato não cumprido**” (regra típica dos contratos privados) em benefício do particular contratado nas hipóteses previstas no art. 78, XIV e XV, da Lei no 8.666/1993:

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 de- correntes 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;* (BRASIL, 1993).

2. Elementos básicos do contrato administrativo (cláusulas necessárias)

De acordo com o art. 54 da LGL, os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e a eles se aplicam supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

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

- I – o objeto e seus elementos característicos;
- II – o regime de execução ou a forma de fornecimento;

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;

IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII – os casos de rescisão;

IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII – 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.

3. Formalidade dos contratos administrativos

O contrato administrativo é **formal** e como regra, na **forma escrita**. Segundo o disposto nos arts. 60 a 64 da Lei no 8.666 (BRASIL, 1993), o contrato administrativo deverá ser formalizado por meio de um *instrumento*. Entende-se por instrumento o documento hábil a exteriorizar a vontade pactuada.

O art. 62 (BRASIL, 1993) estabelece alguns exemplos de instrumento: o *termo de contrato*, a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e a *ordem de execução do serviço*. Como o rol não é exaustivo, admite-se qualquer outro instrumento que esteja apto a fixar as características das obrigações firmadas.

termo de contrato

Documento contratual formal, com todas as cláusulas obrigatórias do art. 55 da Lei de licitações, devidamente registrado (art. 60) e com as demais formalidades necessárias.

nota de empenho

Documento que formaliza o *empenho da despesa*, entendido esse como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58 da Lei no 4.320) . “Para cada empenho será extraído um documento denominado ‘Nota de Empenho’ que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria” (art. 61 da Lei no 4.320) .

ordem de execução do serviço

Documento escrito por meio do qual a Administração formaliza a notificação ao fornecedor para que inicie a execução de serviço.

Todo contrato, independentemente do *instrumento*, deve mencionar os *nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, e a sujeição dos contratantes às normas da Lei no 8.666/1993 e às cláusulas contratuais.*

3.1. Obrigatoriedade do termo de contrato

Dispõe o art. 62 da LGL (BRASIL, 1993) que o *termo de contrato* é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos valores estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação.

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

[...]

§ 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica (BRASIL, 1993).

3.2. Publicação do extrato de contrato

De acordo com o parágrafo único do art. 61 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial (extrato) é condição indispensável para sua eficácia, devendo ser *providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus*

3.3. Convocação para a assinatura do contrato

Dispõe o art. 64 da Lei no 8.666 (BRASIL, 1993) que, uma vez homologada a licitação, a Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na Lei de Licitações.

O prazo de convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pelo Poder Público.

Quando o convocado **não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos**, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas

mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços (devidamente atualizados). Poderá a Administração, ainda, revogar a licitação.

4. Garantias contratuais

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária.

No parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade Lei de licitações e contratos técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

5. O início do prazo de vigência

O prazo de vigência do contrato administrativo deve ser contado *a partir de sua assinatura ou prazo expressamente indicado no instrumento contratual*, ainda que anterior ou posterior à publicação do extrato na imprensa oficial.

5.1. Extensão e prorrogação da vigência dos contratos administrativos

Somente durante a vigência do contrato é possível a prorrogação contratual. Assim, a prorrogação do contrato administrativo só é possível se for providenciada, mediante formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, sendo vedada a elaboração de termos aditivos com efeitos retroativos (BRASIL, 2009). Assim, caso haja expirado o prazo, a nova avença contratual deverá ser precedida de licitação ou contratação direta.

Sobre a regra de anualidade dos contratos administrativos, a Lei no 8.666 (BRASIL, 1993), em seu art. 57, incisos I, II e IV, prevê a possibilidade de prorrogação da *vigência* nas seguintes hipóteses:

Projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no *Plano Plurianual*, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório.

art. 57:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem **prorrogação**, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

5.2. Prorrogação dos prazos de execução

O § 1º do art. 57 da LGL estabelece as hipóteses nas quais se admite a **prorrogação da execução** dos contratos administrativos:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

6. Alterações do contrato administrativo

A alteração do contrato com previsão no art. 65, I da Lei 8.666/93, além da permissão para sua realização, determina também as condições para que ela se realize. Assim estabelece o artigo:

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

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

São admitidas duas espécies de alteração dos contratos administrativos:

1) Alteração unilateral

1.1) *alteração qualitativa*: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

1.2) *alteração quantitativa*: quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos no § 1º do mesmo art. 65:

a) até 25% do valor inicial atualizado do contrato;

b) até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento para os seus acréscimos (ou seja, se se tratar de supressão, o limite será de 25% também para as reformas).

2) Alteração por acordo das partes

2.1) *substituição de garantia*: quando conveniente a substituição da garantia de execução;

2.2) *modificação do regime de execução ou fornecimento*: quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

2.3) *modificação da forma de pagamento*: quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

2.4) *restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro*: para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis (porém de consequências incalculáveis), retardadoras ou impeditivas da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

6.1. Há limite para as alterações qualitativas?

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência se se aplicam os limites previstos no § 1º do art. 65 nos casos de alterações qualitativas (art. 65, I, “a”).

O entendimento que prevalece, inclusive do próprio TCU, em regra, nas alterações qualitativas devem ser observados os limites do § 1º, admitindo-se, em hipóteses excepcionalíssimas e desde que haja *anuênciam do contratado*, a extração dos limites, tendo em vista que, quando as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) forem gravíssimas ao interesse público (BRASIL, 2005).

6.2. Indenização ao contratado em caso de supressão

No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os tiver posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

6.3. Elementos da alteração para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Tendo em vista o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), observa-se que a mutabilidade do equilíbrio econômico financeiro subdividir-se em duas espécies:

a) **Álea ordinária**: trata-se da mutabilidade comum e inerente a todos os contratos, representando os *riscos normais* do ajuste, caracterizando aquelas mudanças que decorrem de fatos previsíveis e calculáveis pelo particular e que, portanto, são inerentes o próprio risco da atividade econômica. Assim, a mutabilidade decorrente de álea ordinária **não autoriza** a alteração do contrato.

b) **Álea extraordinária**: contempla as hipóteses de mutabilidade decorrentes de *fatos imprevisíveis* ou que, ainda que previsíveis, tenham consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do objeto.

São hipóteses de *fatos imprevisíveis* para os fins do art. 65, II, “d”, da LGL:

- a) *Força maior e caso fortuito*: são fatos ou eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, que não podem ser evitados.
- b) *Fato do princípio*: determinação estatal, superveniente e imprevisível, geral e abstrata, que onera o contrato e repercute indiretamente sobre ele (incidência reflexa).
- c) *Fato da Administração*: decorre da atuação estatal que incide diretamente sobre o contrato cujo ato é produzido pela própria entidade pública contratante. Exemplo: quando a liberação do terreno no qual será realizada a obra é dependente de desapropriação a ser conduzida pelo ente estatal contratante e não é providenciada no prazo previsto para o início da execução dos serviços.
- d) *Interferências imprevistas*: são fatos materiais e concretos imprevistos, existentes ao tempo da celebração do contrato, mas só verificados na oportunidade de sua execução. Exemplo: antes do início da execução da obra, constatam-se problemas com o subsolo que podem comprometer a segurança dos trabalhos, o que impõe a alteração do cronograma.

6.4. Aumento ou redução superveniente de tributos e encargos legais

Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicam a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

6.5. Formalização das alterações contratuais

Sempre que houver modificação das condições contratuais, haverá necessidade de formalizar o *aditamento* do contrato (art. 65, § 6º, da Lei no 8.666, BRASIL, 1993), que deverá observar as mesmas formalidades previstas no art. 60 da mesma lei e, também, ter seu respectivo extrato publicado na Imprensa Oficial.

6.6. Outros institutos de alteração contratual (atualização, reajuste e repactuação)

O reequilíbrio dos contratos administrativos (*recomposição*) não se confunde com os seguintes institutos, pois não estão situados na *teoria da imprevisão*:

- a) **atualização**: está vinculada à possibilidade de atrasos nos pagamentos devidos pela Administração, sendo obrigatória a cláusula no edital e contrato que discipline o seu pagamento (art. 40, XIV, “c”, da Lei no 8.666) (BRASIL, 1993);
- b) **reajuste**: revitalização do poder aquisitivo da moeda em decorrência da inflação.

Nos termos do art. 3º da Lei no 10.192 (BRASIL, 2001), aplica-se o reajuste (como direito do interessado) quando o prazo de execução contratual ultrapassar 12 meses, de modo que fica vedada a concessão de reajuste por periodicidade inferior a tal prazo. O TCU, recentemente, passou a entender que:

o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei no 8.666/1993, ainda que a vigência prevista para o contrato não supere doze meses (BRASIL, 2016).

c) repactuação: aplicável aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua com objetivo de adequar os valores do contrato aos novos preços de mercado. Ao contrário do reajuste (no qual o índice já é pré-estabelecido na assinatura do contrato), na repactuação é necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato (art. 5º do Decreto no 2.271, BRASIL, 1997).

De acordo com o TCU,

a repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja *observado o intervalo mínimo de um ano* das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/1997, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços (BRASIL, 2015), grifo nosso).

O *reajuste* e a *repactuação* do contrato são formalizados por simples *apostila*, não sendo necessário o *termo de aditamento* (art. 65, § 8º, da Lei no 8.666, BRASIL, 1993).

6.6.1. O direito à repactuação está sujeito à preclusão?

Entende-se que a *repactuação* deve ser provocada pelo interessado contratado, não devendo ser concedida de ofício pela Administração.

Ou seja, findo o contrato ou prorrogada a avença, diante do silêncio do contratado, presume-se seu desinteresse pela revisão dos preços.

Como dispõe o TCU, apesar de previsto em lei, com fundamento constitucional, a repactuação é um direito disponível, **passível de preclusão**, devendo ser pleiteada por seu detentor até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de precluir de seu direito de repactuar (BRASIL, 2008).

7. Fiscalização e gestão do contrato administrativo

Fundamento: art. 58, III, da lei de licitações.

Responsáveis:

- a) *Gestor*: desempenha atribuições gerenciais relacionadas ao processo de gestão e fiscalização do contrato.
- b) *Fiscal técnico*: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos técnicos do objeto da contratação.

c) *Fiscal administrativo*: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos administrativos e burocráticos do contrato.

Responsabilidade da Administração pelos encargos do contratado (art. 71 da lei 8666/93):

- a) Débitos fiscais: não há responsabilidade.
- b) Débitos comerciais: não há responsabilidade.
- c) Débitos previdenciários: há responsabilidade *solidária*.
- d) Débitos trabalhistas: só haverá responsabilidade (de espécie *subsidiária*) quando houver falha ou omissão na fiscalização do contrato.

7.1. Responsabilidade solidária do fiscal

Entende o TCU que, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei no 8.443 (BRASIL, 1992b), o fiscal do contrato tem responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato (BRASIL, 2008).

7.2 Fiscalização e responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais

O art. 71 da Lei no 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece que o contratado é o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Diante de eventual inadimplência do contrato, a responsabilidade pelos respectivos *débitos trabalhistas, fiscais e comerciais* **não poderá** ser transferida para a Administração e, também, não “poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis” (§ 1º do art. 71 da Lei no 8.666) (BRASIL, 1993).

O § 2º do art. 71 da Lei no 8.666 dispõe que a “Administração Pública responde *solidariamente* com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 1993).

8. Subcontratação

O art. 72 da Lei no 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece a possibilidade de subcontratação de parte do objeto contratual desde que haja concordância expressa da Administração:

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 (BRASIL, 1993).

O TCU (BRASIL, 2005) entende que a subcontratação somente será possível se previamente prevista no edital e no contrato.

8. A impossibilidade de subcontratação total

A despeito da redação do art. 78, VI, da Lei no 8.666 (BRASIL,1993), entende-se pela impossibilidade de subcontratação total do contrato administrativo. É nesse sentido o entendimento do TCU (BRASIL, 2014).

9. Dever de rejeição por parte da administração

A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (art. 76, BRASIL, 1993).

10. Extinção dos contratos administrativos

Os contratos administrativos poderão ser extintos por meio de:

- 1) *conclusão do objeto ou advento do termo contratual*: quando foi executado o objeto contratual ou expirado o prazo de duração previsto.
- 2) *rescisão* (art. 79 da Lei no 8.666):
 - 2.1) *rescisão administrativa*: nos casos do art. 78, incisos I a XII e XVII;
 - 2.2) *rescisão amigável*: nos casos do art. 78, incisos XIII a XVI;
 - 2.3) *rescisão judicial*: quando o particular, nas hipóteses do art. 78, incisos XIII a XVI, requer, via demanda judicial, a rescisão do contrato por não ter obtido a aceitação amigável por parte da Administração;
 - 2.4) *rescisão de pleno direito*: por circunstâncias alheias à vontade das partes. Ex.: dissolução da empresa contratada, perecimento do objeto contratual etc.
- 3) *anulação* (art. 59): quando o contrato é declarado nulo em razão da constatação de algum vício de nulidade de ordem insanável. Em regra, a nulidade opera efeitos retroativos (*ex tunc*), desconstituindo todos os efeitos já produzidos e impedindo que outros sejam gerados.

De acordo com o parágrafo único do art. 59 da Lei no 8.666 (BRASIL,1993), a nulidade do contrato não eximirá a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que esta for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo- se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Hipóteses de *rescisão administrativa* previstas no art. 78, incisos I a XII e XVII:

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; [...]
- XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato (BRASIL, 1993).

Em tais hipóteses, a Administração poderá, unilateralmente e por razões de interesse público poderá promover a rescisão do contrato. Para tanto, deve ser instaurado procedimento administrativo, garantindo ao contratado contraditório e ampla defesa.

Hipóteses de *rescisão amigável* previstas no art. 78, incisos XIII a XVI:

- 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; (BRASIL, 1993).

Diante das situações previstas, de forma consensual, as partes realizam o **distrato do contrato**. A decisão deve ser antecedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

11. Sanções

O art. 87 da Lei no 8.666/1993 prevê os tipos de sanções aplicáveis ao contratado por inexecução parcial ou total dos contratos:

São as sanções - **I – advertência; II – multa; III - suspensão temporária; IV - declaração de inidoneidade.**

A **multa** é sanção pecuniária que será descontada da garantia ofertada, quando existente. Não havendo garantia, ou sendo superior ao seu valor, poderá a Administração cobrá-la judicialmente. Ela deve ser fixada no instrumento convocatório.

A **suspensão temporária** é a proibição de o contratado participar de licitação ou de vir a ser contratado por prazo não superior a dois anos, no âmbito do órgão contratante. Depende de

regular processo de apuração da responsabilidade administrativa pela inexecução contratual e pode ser aplicada conjuntamente com a advertência e a multa.

A **declaração de inidoneidade**, diferentemente da suspensão temporária, é estendida a **todos os órgãos e entidades da Administração que a impõe**. É imposta, ao contrário das demais, pelos ministros de Estado, secretários estaduais ou municipais, ou como dispuser a lei local. A reabilitação da declaração de inidoneidade pode ser deferida, passados dois anos da imposição da sanção e desde que cessado o motivo de sua imposição, como por exemplo, com a modificação da equipe técnica do contratado.

As sanções de advertência, (suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade) podem ser aplicadas conjuntamente com a pena de multa.

A aplicação das sanções deverá ser precedida de instauração de *procedimento administrativo*, observando-se, necessariamente, **o contraditório e a ampla defesa**.

Uma vez notificado, o contratado **conta com o prazo de 5 dias úteis** para apresentar defesa prévia. Em se tratando de declaração de inidoneidade, o prazo para defesa prévia será de **10 dias úteis**.

Contra a decisão que confirmar a aplicação das sanções de advertência, suspensão ou impedimento temporário ou multa, caberá *recurso administrativo* no prazo de 5 dias úteis a contar da ciência do ato decisório pelo contratado (art. 109, I, “f”) (BRASIL,1993).

No caso de declaração de inidoneidade, caberá *pedido de reconsideração*, no prazo de **10 dias úteis**.

11.1. A abrangência dos efeitos da suspensão temporária de participação em licitação

A extensão dos efeitos da sanção consistente na suspensão temporária é tema de profundas divergências na doutrina e na jurisprudência.

A suspensão abrange a toda a Administração Pública ou ficaria restrita ao âmbito do órgão ou entidade que aplicou a sanção?

TCU: a sanção de suspensão temporária produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionadora. (BRASIL,2013).

O entendimento do TCU parte de uma interpretação restritiva da redação do inciso III do art. 87 da Lei de licitações, que veicula a expressão “Administração”, cuja conceito legal é explicitado no inciso XII do art. 60: “Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (BRASIL, 1993).

STJ: a sanção de suspensão temporária não produz efeitos somente em relação ao órgão ou entidade que aplicou a reprimenda, mas a toda a Administração Pública, em todas as suas esferas federativas: União, Estados, DF e Municípios (BRASIL,2011).

O mais adequado, o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas, é elementar a regra de hermenêutica segundo a qual se deve utilizar uma interpretação restritiva dos enunciados normativos.

11.2.Sanções nos contratos oriundos de licitação na modalidade pregão

Nos contratos advindos de licitação realizada na modalidade pregão, o art. 7º da Lei nº 10.520 (BRASIL,2002) prevê a possibilidade de aplicação das seguintes sanções se o contratado vier a retardar, falhar ou fraudar a execução do objeto do contrato ou cometer fraude fiscal:*impedimento de licitar e contratar e o descredenciamento nos sistemas de cadastro de fornecedores* pelo prazo de até 5 anos.

Tal sanção surte efeitos em relação aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta referente ao ente federativo que a aplicar (BRASIL,2013).

12. Contratos Administrativos Em Espécie

A Lei 8.666/93, prevê três espécies de contratos administrativos: os contratos de **execução de obras**, os de **prestaçao de serviços**, bem como os **contratos de fornecimento de bens**. Além destes contratos advindos desta Lei, a doutrina jurídica e a legislação vigente apontam, a existência de contratos de **concessão**, contratos de **permissão de serviços públicos** e os contratos de **gestão**. Em análise, os referentes à obras e serviços de engenharia.

12.1. Contrato de obras

É todo aquele realizado pela Administração Pública com o *ente particular* cujo objetivo é re-alizar qualquer das atividades discriminadas no inciso transcreto. O contrato de obras pode ser feito sob quatro regimes, disciplinados no inciso VIII, do mesmo artigo.

Acerca destes regimes, nos descreve MEDAUAR, (2018):

Se a *obra* é contratada para realização por particulares, trata-se de **execução indireta**, sob qualquer dos seguintes regimes: a) **empreitada por preço global**, quando contratada por preço certo e total; b) **empreitada por preço unitário**, quando é fixado preço por unidades determinadas (por exemplo, metro de área construída); c) **tarefa**, quando se ajusta mão-de-obra para pequenas obras, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) **empreitada integral**, no caso em que o empreendimento é contratado de modo completo, sob inteira responsabilidade da contratada até a entrega ao contratante em condições de início de uso (art. 6º, VIII)

I - Contratos de execução de obra: Obra: “[...] toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.” (BRASIL,1993, art. 6º).

Desta forma, contratos de execução de obra são aqueles celebrados pela Administração Pública com o particular, para que este, em um prazo máximo acordado, execute obra pública.

Na seção III da Lei 8.666/93, constam os regimes nos quais as obras poderão ser executadas, que poderá ser por execução direta ou indireta.

Execução *direta* de uma obra pública é quando a obra deverá ser executada pelos órgãos da Administração Pública. A execução *indireta* de uma obra pública é quando o órgão ou entidade contrata outras empresas, por meio da licitação, para executar esta tarefa.

Essa contratação pode ser realizada por diversos regimes, dentre eles têm-se:

- pelo **regime da empreitada por preço global**, é quando se contrata a execução da obra com um preço total.
- pela **empreitada por preço unitário**, é determinado pela execução da obra com preço certo de unidades determinadas.
- contratar pelo **regime de tarefa**, que se ajusta a mão-de-obra para pequenos trabalhos, com ou sem fornecimento de materiais.
- contratação pelo **regime de empreitada integral**, é quando se contrata para a execução de uma obra em sua totalidade, compreendendo todas as etapas das obras, sobre inteira responsabilidade da contratada até a entrega da obra. **É o regime mais utilizado nas licitações de obras públicas.**

Referências

ALMEIDA, Gláucia M.G. **Análise das leis n.º 8.666/1993 e n.º 12.462/2011 e o processo licitatório em obras públicas:** contratação de empresas de engenharia. Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2019.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização:** (Legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015) / Cláudio Sarian Altounian; prefácio de Marcos Vinícius Vilaça. – 5.ed. rev. atual. exempl. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **O parentesco como impedimento de participação nas licitações públicas.** Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 13, n. 1990, dez. 2008. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12075>>. Acesso em: 15-07-2019

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **1986-Licitações e contratos administrativos :** teoria e jurisprudência / Victor Aguiar Jardim de Amorim. –Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. **Manual de obras e serviços de engenharia: fundamentos da licitação e contratação /** Manoel Paz e Silva Filho. Brasília: AGU, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: mar 2019.

_____. **Lei n.º 12.462/2011**: institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável originalmente às licitações e aos contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos e Paraolímpicos de 2016;

_____. **Decreto n.º 7.581/2011**: regulamenta o Regime Diferenciando de Contratações Públicas – RDC;

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução normativa no 05**, de 25 de maio de 2017. *Diário Oficial da União*, 26 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas** /Tribunal de Contas da União. – 2. ed. Brasília : TCU, SECOB, 2009.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2^a Ed. –Salvador: JusPodvim, 2015.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Contratação direta sem licitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Comissões de licitação**. São Paulo: NDJ, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 35. ed. Rio de Janeiro: Ibam, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MASSAHIRO Nishi; NB Ivana .Contratos administrativos em espécie. In: **jus.com**. Publicado em 09/2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32056/contratos-administrativos-em-espécie/5>. acesso em abr 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**/ Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balesteri; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.