

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS II

José Carlos de oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação
e no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. Duração dos contratos

O artigo 57 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) dispõe sobre a disciplina da duração dos contratos administrativos. Para tanto, o mencionado diploma veda o pacto com prazo indeterminado, ficando a duração adstrita à vigência dos créditos orçamentários.

Nesse sentido, (CARVALHO, 2012) escreve que como os créditos orçamentários têm a duração de um ano, os contratos, como regra geral, deverão também ter sua duração em igual período. Tais créditos vigoram durante cada exercício financeiro, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro.

Por outro lado, para que eventual contratação dure mais de um ano, a Administração deverá inserir o projeto em plano plurianual. Tal

entendimento é retirado da própria disciplina constitucional, conforme artigo 167, § 1º da Carta Magna (BRASIL, 2012b). Segundo dispõe a norma, nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de responsabilidade.

Além disso, o artigo 57 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2012a) admite a duração de contrato por prazo superior a um ano para outros casos, quais sejam, prestação de serviços de forma contínua, aluguel de equipamentos e programas de informática e hipóteses de dispensa de licitação elencadas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24.

No que tange à prestação de serviços de forma contínua, (JUSTEN FILHO, 2012) escreve que a identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, mas retrata a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. São abrangidos, dessa forma, não apenas os serviços essenciais, como também as necessidades públicas de menor importância, como a atividade de limpeza.

Ressalta-se, nesse caso, que a lei impõe a limitação da prorrogação do contrato de prestação de serviços em no máximo sessenta meses e que a prorrogação e maior duração deve resultar na obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração. Além disso,

é possível, nos termos do parágrafo quarto do artigo 57 (BRASIL, 2012a), prorrogação do prazo de sessenta meses em até doze meses, mas apenas em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior.

Em relação aos equipamentos e programas de informática, a lei dispõe que o aluguel pode ser contratado pelo prazo de até quarenta e oito meses. As hipóteses de contratação decorrentes da dispensa de licitação, com os objetos enumerados nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a), por sua vez, podem envolver contratos com vigência de até cento e vinte meses. Isso se dá pela natureza especial dos objetos da contratação, eis que, conforme se observa dos incisos elencados, as hipóteses de dispensa abrangem contratações necessárias para evitar risco de comprometimento à segurança nacional; compras de materiais de uso das Forças Armadas, nos casos de necessidade de padronização; contratações pertinentes a bens e a serviços de alta complexidade tecnológica e que envolvam a defesa nacional; e casos de contratos versando sobre inovação tecnológica.

O parágrafo primeiro do artigo 57 da lei em comento (BRASIL, 2012a) traz as hipóteses em que se admite a prorrogação dos prazos de etapas de execução, de conclusão e de entrega dispostos em contrato administrativo, ou seja, casos aplicáveis para as prestações devidas pelo particular. Dentre as possibilidades de prorrogação, nessa situação, a lei elenca as seguintes: alteração do projeto ou especificações,

pela Administração; superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, os limites permitidos pela Lei 8.666/93; impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; 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.

Justen Filho (2012), nessa temática, resume as hipóteses do parágrafo primeiro do artigo 57 em duas situações, quais sejam, eventos provocados pela Administração e causas de força maior ou caso fortuito.

Importante alertar, ainda, que conforme prescreve o parágrafo segundo do artigo 57 da Lei 8.666/93, toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

2. Alteração dos contratos

O tema em questão abrange hipóteses de alteração unilateral, por parte da Administração, e de comum acordo, por ambas as partes.

A alteração unilateral, por se tratar de cláusula exorbitante, já foi tratada em semanas anteriores. Cabe, nesse momento, tecer algumas considerações sobre a alteração prevista no inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a). Vejamos:

A hipótese de alteração de comum acordo abrange situações de modificação obrigatória e facultativa. Dentre as hipóteses dessa modalidade de alteração se inserem os casos de substituição da garantia, modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, alteração das condições de pagamento e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No caso da substituição da garantia, nada obsta que a Administração aceite o pleito do particular, entretanto pode ocorrer recusa no caso de insuficiência da nova garantia. Tal modificação pode, ainda, ser reputada obrigatória quando for constatada a extinção ou desfalque da garantia anterior. Além disso, é permitida a substituição ou alteração da garantia na hipótese da redução do valor contratual.

A modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, por sua vez, é a alteração ocorrida por motivos técnicos, em

que se modifica o regime jurídico da prestação do contratado. Justen Filho (2012) nesse tema, escreve que a modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é antieconômica, ineficaz ou inviável. O autor escreve ainda que tal alteração deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Para Justen Filho (2012) portanto, a modificação, nesse caso, será obrigatória.

Tendo em vista as consequências e a relevância da modificação em análise, deve-se atentar para o fato de que é plenamente justificável a alteração de comum acordo, nesse caso, uma vez que a Administração não poderia impor significativa mudança no modo de execução inicialmente pactuado sem prévia consulta ao particular executor da obra ou prestador dos serviços.

No que se refere à alteração das condições de pagamento, há de se mencionar que a lei condiciona a modificação à imposição de circunstâncias supervenientes, sendo 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.

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de seu turno, segundo o texto normativo decorre da hipótese de sobrevirem

fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Na temática em questão, impende lembrar a importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, eis que previsão nesse sentido é extraída até mesmo da Constituição Federal. Isso porque nossa Carta Magna previu expressamente a obrigatoriedade de serem mantidas as condições efetivas da proposta (artigo 37, XXI, BRASIL, 2012b). Segundo Justen Filho (2012) a tutela constitucional à equação econômico-financeira deriva de princípios constitucionais, dentre os quais se encontram o princípio da isonomia, da tutela e da indisponibilidade dos interesses fundamentais.

Além disso, tal previsão tende a beneficiar tanto o particular, o que é visivelmente perceptível, quanto a Administração, eis que, diante da inexistência dessa cláusula as propostas haveriam de abarcar custos imprevisíveis, decorrentes de possíveis eventos danosos ao particular.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em acórdão elucidativo já decidiu que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é direito do contratado e que é inerente aos contratos administrativos (BRASIL, 2012c):

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é direito do contratado que decorre de circunstâncias que imprimem um dos traços característicos dos contratos administrativos: a mutabilidade.

Tais circunstâncias derivam-se dos riscos ou áleas que envolvem os contratos em geral, não apenas os riscos inerentes a todo tipo de contrato, resultado, por exemplo, de flutuação do mercado, previsíveis, portanto, e assim considerados como áleas ordinárias; mas há que tais circunstâncias se insiram no conceito de álea extraordinária, da qual surgem as modalidades encontradas na doutrina: (i) alteração unilateral; (ii) fato do príncipe; e (iii) fato da Administração.

De todo modo, sejam ordinárias ou extraordinárias, previsíveis ou imprevisíveis, está-se a versar, obviamente, sobre áleas que direta ou indiretamente repercutem sobre contratos juridicamente válidos, celebrados com observância das [formalidades legais](#)¹.

Outrossim, há de se lembrar que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não tem lugar em algumas situações, como nas seguintes situações: proposta do particular inexequível, desequilíbrio derivado de conduta culposa do particular, previsibilidade do ato oneroso e omissão do particular. Atente-se também que o texto legal permitiu a recomposição do equilíbrio do contrato quando a situação onerosa

derivar de eventos previsíveis, mas com decorrências imprevisíveis.

O tema da alteração dos contratos ainda remete à análise dos parágrafos primeiro do artigo 65 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a), que prevê a permissão de acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, limitados a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, além do caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, limitado a 50% (cinquenta por cento) para os acréscimos. Ademais, o parágrafo segundo do já citado artigo dispõe que as supressões resultantes de acordos celebrados entre os contratantes poderão exceder os limites de vinte e cinco por cento estabelecidos no parágrafo primeiro.

3. Teoria da imprevisão, fato do príncipe, caso fortuito e força maior

A teoria da imprevisão se caracteriza pela ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis no curso do contrato, os quais culminam no desequilíbrio contratual.

Carvalho Filho (2012) escreve que o fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula rebus sic stantibus, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

Tal teoria se aplica no âmbito da esfera econômica do contrato e exige, para sua caracterização e conseqüente restauração do equilíbrio contratual, que haja a superveniência de eventos imprevistos de ordem econômica, os quais não decorram de ação de qualquer das partes e que afetem de maneira considerável o equilíbrio do contrato administrativo.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já expôs em sede de Recurso Especial, os requisitos para a configuração do instituto em análise (BRASIL, 2012d):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO.

1. Constatou-se que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Esta Corte já se pronunciou que a instituição da Unidade Real de Valor – URV se consubstanciou, em si mesma, cláusula de preservação da moeda. Sendo assim, *in casu*,

não se aplica a teoria da imprevisão, uma vez que este Tribunal entende não estarem presentes quaisquer de seus pressupostos.

3. É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. E conforme entendimento desta Corte, a conversão de Cruzeiros Reais em URVs, determinada em todo o território nacional, já pressupunha a atualização monetária (art. 4º da Lei n. 8.880/94), ausente, portanto, a gravidade do desequilíbrio causado no contrato. 4. [Recurso especial não provido.](#)²

Carvalho Filho (2012) bem observa que o efeito da teoria da imprevisão calca-se em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de nenhum modo, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte terá esta o direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido.

O fato do príncipe, por sua vez, constitui a situação em que o Estado contratante, de maneira lícita e indireta, modifica as condições do contrato, acarretando, todavia, prejuízo ao particular contratado.

Di Pietro (2011) nesse aspecto, explica o instituto como as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. A autora menciona, a título de exemplo, a hipótese de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato.

Importante destacar que, para parte da doutrina, a aplicação da teoria do fato do príncipe só ocorre se o fato que atinge o contrato for proveniente da mesma pessoa jurídica que celebrou o contrato, enquanto outra corrente considera que o “príncipe” abrange o Estado em qualquer de suas manifestações internas.

Em relação aos efeitos da aplicação da teoria do fato do príncipe, a doutrina diferencia uma das consequências em relação à teoria da imprevisão, ao elencar a possibilidade de revisão do preço ou de indenização integral (CARVALHO FILHO, 2011):

O efeito da aplicação da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre como teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações.

Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral. Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão (...).

No que se refere ao caso fortuito e à força maior, também hipóteses de inexecução não culposa do contrato, há de se traçar um conceito que diferencie os termos. O caso fortuito remete às situações geradas em decorrência de eventos da natureza, a exemplo de um terremoto, enquanto a força maior guarda relação com um fato causado pela vontade humana, como uma greve. Ambas as situações, todavia, devem ter natureza de ocorrências imprevisíveis e inevitáveis, bem como acarretar a impossibilidade do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

Caracterizadas as situações ora elencadas, rompe-se, da mesma forma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que uma das partes sofre um encargo excessivamente oneroso em relação ao pacto celebrado. Assim, nos termos dos artigos 78, XVII e 79, §2º, da Lei 8.666/73 (BRASIL, 2012a), a ocorrência de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato, constitui motivo para a rescisão do contrato. Além disso, cabe ao contratado o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, com direito, inclusive, à devolução de garantia, aos

pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

4. Prerrogativas da Administração

As chamadas prerrogativas da Administração, no âmbito dos contratos administrativo, se traduzem nas cláusulas exorbitantes, as quais decorrem do regime jurídico administrativo dos contratos celebrados na iniciativa pública. Entre as mencionadas prerrogativas se inserem as possibilidades da Administração rescindir e alterar unilateralmente os contratos, ocupar provisoriamente os bens do contratado, fiscalizar a execução do contrato, bem como aplicar sanções aos contratados, assuntos estes já analisados em tópicos de aulas anteriores.

5. Responsabilidade pela inexecução

A responsabilidade pela inexecução se encontra no âmbito da inexecução contratual culposa, ou seja, aquela motivada por culpa de uma ou de ambas as partes envolvidas no contrato.

Nesse aspecto, pouco interessa se a conduta foi culposa (proveniente de ação ou omissão com imprudência, negligência ou imperícia) ou dolosa (intenção de descumprir), desde que a inexecução decorra de culpa *lato sensu* (culpa ou dolo).

A consequência imediata da inexecução do contrato é a rescisão por parte de quem foi diretamente prejudicado, seja a Administração ou o contratado. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, dessa forma, lista, em seu artigo 78, as causas que dão ensejo à rescisão do contrato, seja a conduta da iniciativa do pólo estatal ou particular do contrato.

Ocorrida a inexecução por parte do contratado, resta à Administração a alternativa da rescisão unilateral, nos termos do que prevê o artigo 79, inciso I, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a). Dessa forma, além das sanções contratuais e legais a serem impostas ao particular, objeto de estudo futuro, dispõe o estatuto federal, no seu artigo 80, que algumas consequências serão geradas. Vejamos:

Primeiramente, de forma a prestigiar o princípio da continuidade do serviço público, os incisos I e II, do artigo 80 (BRASIL, 2012a), preveem a possibilidade de assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, bem como a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregado na execução do contrato.

Pode a Administração, no entanto, nos termos do parágrafo primeiro do mencionado artigo, resolver pela execução direta ou indireta na continuidade da obra ou do serviço assumido. Já no caso de concordata do contratado, ao Poder Público há a opção de decidir pela

manutenção do contrato, com o controle de determinadas atividades essenciais.

Em relação ao ressarcimento e aos prejuízos constatados pela Administração, a Lei 8.666/93 prevê a execução da garantia contratual, dos valores das multas e indenizações a ela devidos, bem como a retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos aferidos.

Nessa temática, deve-se atentar que, para a execução dos valores é necessária a existência de título executivo. Assim escreve Carvalho Filho: No que tange à execução de valores (art. 80, III), vale a pena observar que se faz necessária a presença do título executivo para que o Poder Público acione o contratado. O contrato em si não se caracteriza como tal, já que apenas prevê a obrigação relativa a multas e indenizações (art. 55, VII) e à garantia contratual (art. 55, VI). Da mesma forma não é título executivo o ato administrativo que determinou a rescisão unilateral do contrato (art. 79, I). Por esse motivo, exige-se que a Administração promova a ação de conhecimento para a obtenção do título. Se o contratante for pessoa de direito público, deverá inscrever seu crédito, extrair a Certidão de Dívida Ativa (CDA) e ajuizar a execução fundada em título extrajudicial. No caso de pessoa de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista, por exemplo) poderá ser utilizada a ação monitória, cabível a quem pretende, com lastro em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em

dinheiro (art. 1.102-A, Código de Processo Civil); a referida ação, sendo procedente o pedido, rende ensejo à obtenção do título executivo (art. 1.102-C, caput e § 3º, CPC), este sim, idôneo à fase executória do processo. (2011)

Outrossim, ainda no campo do inadimplemento das obrigações, o artigo 389 do Código Civil, dispõe que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado, norma esta, aplicável a todos os contratos, inclusive aos administrativos, já que inexistente a previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual (CARVALHO FILHO, 2011).

Por fim, a corroborar o raciocínio acima exposto, importante lembrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se encontra pacificada em relação à necessidade de pagamento com correção monetária e juros, caso ocorra inadimplência contratual por parte da Administração, ainda que o contrato não seja rescindido (BRASIL, 2012e; BRASIL, 2012f; BRASIL, 2012g):

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA.

1. A submissão dos contratos administrativos às cláusulas nele estabelecidas, como prevê o art. 44 do Decreto-Lei 2.300/86, não exige a Administração de pagar com correção monetária as parcelas em atraso, ainda que omissa a respeito o contrato. O descumprimento da avença, no caso, se deu pelo atraso do pagamento, e não pela incidência da correção monetária, que nada mais é do que a *recomposição do valor real da moeda*³.

2. Pagamento em atraso, feito pelo Poder Público, só o libera quando integralmente pago, incluindo-se na integralidade os consectários legais e a *correção monetária*⁴.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido *também em parte*⁵.

6. Revisão contratual

A revisão contratual, em outras palavras, nada mais é do que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal instituto tem previsão no artigo 65, II, alínea “d”, e parágrafo sexto da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a).

Tal item já foi abordado no tema alteração dos contratos, eis que se trata de hipótese de alteração do contrato por acordo das partes. De acordo com o que dispõe a lei em comento, os contratos poderão ser alterados 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.

A revisão, conforme dito anteriormente se aplica na ocasião de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

Relevante observar, nesse caso, que, conforme já sedimentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a inflação não pode ser tomada como álea administrativa extraordinária, impossibilitando, portanto, a revisão do contrato administrativo com esse fim (BRASIL, 2012h):

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ -ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA -PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO -INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. Questão do conhecimento do recurso especial resolvida em agravo regimental, julgado na Segunda Turma, que, acolhendo o voto do Relator, conheceu do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, determinando fosse o caso incluído novamente em pauta para a análise do mérito recursal, tendo em vista da observância do princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Se o acórdão chegou à conclusão diversa da pretendida pelas partes, e de forma fundamentada, nem por isso existe violação do art. 535 do CPC.

3. Art. 18 do CPC. Litigância de má-fé. As razões recursais acabam por confundir a multa por litigância de má-fé (art. 18, caput, CPC) com a indenização em casos de prejuízos decorrentes da litigância de má-fé (art. 18, § 2º, CPC). Mesmo tomando-se por base que os recorrentes apontaram corretamente a violação do art. 18, § 2º do

CPC, impossível chegar à conclusão diversa da que o Tribunal local chegou sem reanalisar os pressupostos fático-probatórios dos autos, pois a instância ordinária é soberana na análise da prova e afirmou não existir o dano alegado para eventual indenização por litigância de má-fé.

4. Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua.

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram

proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram **valor mais atraente**⁶.

Por último, cabe trazer os ensinamentos de Justen Filho (2012) ao dizer que se reserva a expressão “revisão” de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato se sujeita a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.

7. Rescisão contratual

A rescisão dos contratos administrativos, que pode ocorrer de forma unilateral ou bilateral, tem suas hipóteses previstas no artigo 79 da Lei 8.666/93. Dentre as situações elencadas em lei se encontram a rescisão administrativa, a consensual e a judicial.

A rescisão administrativa é aquela feita pela Administração, de forma unilateral, por razões de interesse público ou por descumprimento de cláusula contratual pelo particular contratado. Tal modalidade produz

seus efeitos jurídicos desde logo, uma vez que se aplica o princípio da autoexecutoriedade.

A rescisão por razões de interesse público, prevista no artigo 78, XII, da Lei 8.666 (BRASIL, 2012a), é avaliada no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, ou seja, no campo da discricionariedade. Nessa temática, CARVALHO FILHO (2011) escreve que para evitar abusos, no entanto, o legislador exigiu a presença de quatro pressupostos para legitimar esse tipo de rescisão:

- 1) que as razões administrativas sejam altamente relevantes;
- 2) que a Administração promova amplo conhecimento desses motivos;
- 3) que tais razões sejam justificadas e determinadas pela mais alta autoridade na respectiva esfera administrativa. Por falta da devida motivação, já se anulou ato de rescisão contratual. e
- 4) que tudo fique formalizado no processo administrativo, devendo o administrador dar ciência ao contratado dos motivos da rescisão, bem como oferecer-lhe proposta para eventual recomposição dos prejuízos.

A rescisão judicial, de seu turno, decorre de uma sentença, que coloca fim a um litígio, ou seja, nada mais é do que a rescisão decretada por autoridade investida na função jurisdicional.

A rescisão amigável ou consensual advém do acordo entre as partes pactuantes. Nessa hipótese, conforme prevê o inciso II do artigo 79, a rescisão deverá ser reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração.

Sobre o uso da expressão “conveniência”, Justen Filho (2012) escreve que o vocábulo não significa arbítrio ou discricionariedade em promover a rescisão e compor as perdas e danos decorrentes. É incontroverso (porque a lei assim o determina) que, verificado o próprio inadimplemento, a Administração tem o dever de acolher o pleito da rescisão e de indenização por perdas e danos. A expressão enfocada tem de indicar, portanto, as hipóteses em que exista disputa entre as partes acerca dos fatos ou de seus efeitos. Quando, objetivamente, a concretização do inadimplemento não for pacífica, a Administração não pode acordar com a rescisão amigável. O mesmo se diga quando houver disputa acerca da extensão das perdas e danos. Se as partes não se acertarem sobre a caracterização do inadimplemento ou sobre a apuração do inadimplemento, deverá recorrer-se ao Poder Judiciário.

Além das modalidades já elencadas, cabe, ainda, lembrar-se das hipóteses que podem ocorrer no curso do contrato, colocando fim ao que foi pactuado, a exemplo da rescisão de pleno direito, que decorre de situações alheias às partes, ou seja, que não dependem da vontade dos contratantes (ex: falecimento de profissional específico contratado ou incapacidade superveniente do contratante). Também se insere

nessa hipótese os casos de anulação do contrato, diante de vício de legalidade, e de extinção por conclusão do objeto contratado ou por advento do termo contratual, situação em que se encerra o prazo do contrato.

8. Fiscalização de encargos e demais obrigações trabalhistas

Desde o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16 perante o Supremo Tribunal Federal, ficou claro que a Administração Pública, na vigência dos contratos administrativos, tem o dever de fiscalizar os encargos e demais obrigações trabalhistas dos contratados.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16, reconheceu a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a). O artigo dispõe o seguinte:

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

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

§ 2º 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.

Restou certo na decisão que deve ocorrer a fiscalização das condições de habilitação no período de execução do contrato, dentre as quais se inserem o cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim, por mais que tenha sido considerada a constitucionalidade do §1º do artigo 71, foi lembrado, na ocasião do debate, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado não transfere tal responsabilidade à Administração Pública, mas a inadimplência do Poder Público em relação à fiscalização do contratado traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho, eventualmente, pode reconhecer, a despeito da constitucionalidade da norma.

Dessa forma, com base no julgamento em questão, o Tribunal Superior do Trabalho revisou sua súmula 331, para conferir ao inciso IV (BRASIL, 2012i), então, o seguinte teor:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho - DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

9. Responsabilidade civil do Estado nas Licitações

No campo das licitações, a responsabilidade civil pode se dar na revogação e na anulação dos atos administrativos, bem como nos demais atos que impliquem prejuízo ao particular.

Em relação à revogação, é importante reparar os efeitos lesivos sofridos pelos terceiros em virtude do desfazimento dos atos administrativos. Conforme escreve Justen Filho (2012) a revogação pressupõe a existência de atos válidos, que ainda não se caracterizam como perfeitos, nem tenham gerado direito adquirido. Ainda segundo o autor, deve-se verificar a relação de causalidade entre a revogação e a lesão ao patrimônio do particular. Dessa forma, a Administração está obrigada a indenizar os licitantes pelos prejuízos sofridos, quando o evento que conduziu à revogação for imputável à Administração.

Nesse sentido, é elucidativa a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 12.047/DF (BRASIL, 2012j): “Na anulação não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado *pelos despesas realizadas*”.

Já em relação à anulação, ainda que o particular não possa exigir a manutenção de ato nulo, tem o direito às perdas e danos decorrentes da relação e da conduta da Administração Pública, uma vez que as consequências advindas do ato viciado podem causar prejuízos aos administrados ou a seus patrimônios.

Dessa forma, por exemplo, como consequência lógica da invalidação da licitação, o contrato administrativo também será anulado, sendo assegurada a responsabilização estatal como forma de compensação pelo ato inválido, em homenagem ao princípio da segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2012).

O mesmo raciocínio se aplica quando a invalidação atingir tão somente o contrato administrativo. Do caso em questão, contudo, tratou o artigo 59 da Lei de Licitações (BRASIL, 2012a), de forma expressa, ao prever que a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. O parágrafo único, por sua vez, dispõe que a nulidade não exonera a Administração

do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Além dos casos aqui apresentados, importante relembrar, conforme já estudado em tópicos anteriores, que cabe recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos de modificação unilateral do contrato, bem como indenização por parte da Administração na hipótese de rescisão contratual, conforme prevê o parágrafo segundo do artigo 79 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a).

Inserir-se nesse contexto também a já estudada responsabilidade solidária dos membros da comissão, que tem lugar quando há atuação pessoal e culposa com vistas à concretização do ato danoso ou na omissão em relação aos atos necessários para evitar o dano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 jul. 2012a.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 29 de março de 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtm. Acesso em: 16 jul. 2012b.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 414. Tomada de Contas Especial. INSS. Embargos de declaração contra acórdão que julgou irregulares as contas de instituições bancárias arrecadoras e as condenou ao ressarcimento de importâncias indevidamente recebidas, a título de correção monetária de eventuais diferenças

entre o total de benefícios previdenciários pagos e o total das contribuições sociais arrecadadas. Ausência de contradição, omissão ou obscuridade. Conhecimento. Negado provimento. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. TCU, 07 maio de 2003. Disponível em: <http://goo.gl/MgxTB>. Acesso em: 29 out. 2012c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1129738. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17060747/recurso-especial-resp-1129738-sp-2009-0144008-0-stj/inteiro-teor>. Acesso em: 29 out. 2012d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 599851. ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. Disponível em: <http://goo.gl/v0nwV>. Acesso em: 29 out. 2012e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 202912. ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE FORNECIMENTO - QUITAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA. Disponível em: <http://goo.gl/6I5g9>. Acesso em: 29 out. 2012f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917309. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA. Disponível em: <http://goo.gl/GxaaH>. Acesso em: 29 out. 2012g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 744446. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://goo.gl/GH1rH>. Acesso em: 29 out. 2012h.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade. Disponível em: <http://goo.gl/Fuv7f>. Acesso em: 29 out. 2012i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12047-DF (Processo nº 2006/0149949-4), de 16 de abril de 2007. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://goo.gl/XWwf4>. Acesso em: 29 out. 2012j.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.