

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS I

José Carlos de Oliveira

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

1. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Inicialmente, com vistas a entender a disciplina decorrente dos contratos administrativos, se mostra necessário apontar os elementos que identificam o instituto.

Segundo Di Pietro (2011), a expressão contrato administrativo revela os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Justen Filho (2012), no mesmo sentido, conceitua a figura como um acordo de vontades, em que uma das partes integra a Administração Pública, orientado a constituir relação jurídica submetida ao regime de direito público e destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a constituir uma delegação a um particular da prestação de serviço público.

Dessa forma, pode-se, em apertada síntese, definir contrato administrativo como o vínculo jurídico regido pelo direito público, no qual um dos polos sempre será ocupado pela Administração Pública.

Importante salientar que sua natureza se distingue amplamente dos contratos celebrados por particulares. Isso porque, em função de princípios da ordem da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público, os acordos de vontade celebrados na órbita do Estado possuem regramento específico, sedimentado na Lei 8.666/93.

Superado tal ponto, cabe, agora, elencar algumas características dos contratos administrativos.

Primeiramente, há de se mencionar a necessidade de participação da Administração Pública, que deve ocorrer em qualquer dos polos do contrato, mas deve sempre existir. Igualmente imprescindível a observância das formalidades atinentes à disciplina dos contratos de regime de direito público, que será analisada, de maneira aprofundada, mais adiante.

A finalidade pública também é característica essencial dos contratos em análise. Nessa esteira, jamais pode deixar de ser observada, sob pena de se configurar violação aos princípios norteadores da atividade administrativa.

Além disso, os contratos administrativos são consensuais, uma vez que se aperfeiçoam no momento da manifestação da vontade. Assim, se diferenciam dos contratos reais, que dependem da entrega do bem para se concretizarem.

Diz-se, também, de sua natureza de contrato de adesão, haja vista que é a Administração quem estabelece previamente as condições do negócio. Diferem-se, portanto, da regra dos contratos privados que, em sua maioria, permite a discussão das cláusulas contratuais.

A reforçar o raciocínio acima exposto, cumpre citar o disposto no próprio artigo 40, § 2º, III, da Lei 8666/93 (BRASIL, 1993), que prevê o seguinte: “Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”. O próprio texto legal revela claramente a natureza de adesão deste contrato, uma vez que o teor do instrumento contratual deve ser previamente definido e anexado ao edital.

Indispensável mencionar, outrossim, a natureza *intuito personae* do contrato administrativo (contrato personalíssimo), pois se leva em conta as condições pessoais do contratado. Ora, tal característica é decorrente da realização do próprio procedimento licitatório, ou mesmo do procedimento de justificação, autorizador da dispensa e da inexigibilidade de licitação, já que os procedimentos citados têm como fim o atendimento a requisitos específicos para a escolha do possível melhor contratante para a Administração.

Há de se questionar, nesse aspecto, o seguinte: É possível a subcontratação no âmbito dos contratos adminis-

trativos? De acordo com o artigo 72 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), tal instituto é permitido, sob a seguinte previsão:

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.

A doutrina, no entanto, apresenta certo posicionamento combativo em relação à subcontratação, eis que caracteriza uma manobra evasiva ao procedimento licitatório. Nesse sentido, (MARINELA, 2012, p. 451) escreve:

A doutrina critica bastante a possibilidade de subcontratação, porque permite que uma empresa, que não participou do procedimento licitatório, possa contratar com o Poder Público, ofendendo, assim, ao princípio da licitação, previsto no art. 37, XXI, da CF, bem como ao princípio da isonomia, já que, para uns, há competitividade do certame e para outros, há contratação direta. Por essas razões, a doutrina defende a impossibilidade de subcontratação. Entretanto, para compatibilizar a previsão legal com os princípios acima enumerados, a doutrina acaba flexibilizando e admitindo a

subcontratação, quando se tratar de elementos, partes do contrato, ficando vedada para o contrato como um todo. E mais, a Administração poderá exigir do subcontratado a comprovação de todos os requisitos necessários para o adimplemento do contrato que foram exigidos na licitação, na fase de habilitação.

Para viabilizar a subcontratação, por sua vez, deve haver previsão expressa nesse sentido no ato convocatório ou no contrato, além de concordância por parte da Administração, sob pena de caracterizar hipótese de rescisão do contrato (art. 78, VI, da Lei 8.666, BRASIL, 1993).

Por fim, se inserem dentre as características do contrato de natureza pública, a existência de cláusulas exorbitantes, item este que será analisado mais adiante.

2. FINALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme já citado anteriormente, os contratos administrativos têm por finalidade única o atendimento do interesse público. Tal escopo deve ser buscado, ainda que indiretamente, como escreve Di Pietro (2011, p. 265):

Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do Poder Público.

3. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

A celebração dos contratos exige diversas formalidades estabelecidas na Lei 8.666/93.

Tal diploma prevê a necessidade de realização prévia de licitação, nos termos do regramento estabelecido no artigo 23 da Lei Federal. Excepcionalmente, no entanto, é possível a contratação direta, nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, situações em que será imprescindível a elaboração de um procedimento de justificação, conforme prevê o parágrafo único do artigo 26 (BRASIL, 1993):

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Ademais, conforme disposição expressa na lei de licitações, o contrato administrativo deve ser celebrado por escrito¹, sendo nulo e sem efeito aquele avençado de forma diferente. Permite-se, todavia, a contratação

¹ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão brilhante, julgado em 2005, analisou contrato administrativo verbal de prestação de serviços celebrado entre prefeitura do estado do Paraná e empresa de transportes. No caso em questão decidiu que o contrato de arrendamento de veículos, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), ou seja, dois mil reais a mais do legalmente admitido para a hipótese, configurou afronta à lei, culminando na nulidade do negócio jurídico. Ademais, foi reconhecida a necessidade de prévia licitação, não adotada na contratação em análise. (REsp 545471 / PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 23/08/2005, BRASIL, 2005).

verbal quando o pacto importar em pequenas compras de pronto pagamento, desde que o valor do negócio não ultrapasse quatro mil reais.

O Tribunal de Contas da União (TCU), a reforçar a letra da lei, já decidiu pela irregularidade da celebração de contrato com cláusula de vigência retroativa, que caracteriza, em verdade, a existência de contrato verbal antes da efetiva formalização (TCU, Acórdão nº 25/2007, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, BRASIL, 2007a):

Não obstante o acolhimento integral das razões de justificativa dos responsáveis ouvidos em audiência entendo pertinente a proposta da Unidade Técnica no sentido de se determinar à ECT que se abstenha de promover a aquisição de bens ou serviços sem cobertura contratual, bem como de celebrar contratos com cláusula de vigência retroativa, caracterizando a existência de contrato verbal antes de sua formalização, por contrariar o disposto no parágrafo único do artigo 60 da Lei 8.666/93.

No que tange ao instrumento de contrato, o artigo 62, ao tratar da disciplina, previu a necessidade desta formalidade nas hipóteses de concorrência ou tomada de

preços, bem como nos casos de contratação direta com valor dessas duas modalidades. O referido instrumento se torna facultativo, por sua vez, nas demais situações, em que a Administração puder substituí-lo por outros documentos que materializem a obrigação, como é o caso da contratação em valor abrangido pela modalidade convite, por meio de nota de empenho ou ordem de serviço.

O teor dos julgados do Tribunal de Contas da União, por sua vez, deixa claro que, embora se permita a substituição prevista no artigo 62, *in fine*, da Lei de Licitações, deve-se aplicar no que couber, uma mínima formalização adequada. Vejamos (TCU, Acórdão nº 7.125/2010, 1ª C., rel. Min. Valmir Campelo, BRASIL, 2010a).

Conforme se depreende da leitura do rol de especificações obrigatórias, a administração pública não pode prescindir da adequada formalização dos termos contratuais pertinentes, mesmo os substituídos por notas de empenho, em obediência ao princípio da legalidade. Há uma mitigação, mas não há exoneração do dever do gestor de aplicar, no que couber, a formalização adequada. A dispensa pura e simples não é admissível.

Por último, impende ressaltar a necessidade de publicação do contrato, que é condição de eficácia do negócio jurídico, nos termos do que delimita o artigo 61 da lei em comento.

Ainda na seara da formalização dos contratos, Justen Filho (2012, p. 866), escreve que:

assim como a urgência autoriza a contratação direta (art. 24, inc. IV), também pode conduzir a que a formalização da avença seja posterior ao início da execução da prestação devida pelo particular, sempre que as circunstâncias assim o exijam. Trata-se de uma ressalva de força maior, implicitamente prevista em todo o dispositivo normativo.

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão nº 2.049/2010, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, BRASIL, 2010b):

O Tribunal de Contas da União tem firmado entendimento no sentido de que, no caso das obras rodoviárias emergenciais do Petse, a ausência de instrumento de contrato, desde que reste comprovada a não-ocorrência de atos lesivos ao Erário, é irregularidade que permite a continuidade da obra mediante o saneamento do vício original.

4. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS

As cláusulas necessárias, também chamadas de essenciais, são aquelas que devem, obrigatoriamente, estar previstas em um contrato administrativo. Tais cláusulas se encontram listadas nos incisos I, II, III, IV e VII do artigo 55 da Lei 8.666/93 e, sua ausência, descaracteriza o contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença (JUSTEN FILHO, 2012, p. 823).

Conforme escreve a doutrina, em relação às cláusulas de um contrato administrativo, vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso, as regras do art. 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual (JUSTEN FILHO, 2012). Não devem existir, portanto, surpresas e incompatibilidades entre o contrato e o ato convocatório anterior.

Nessa esteira, a teor do já citado artigo, deve, necessariamente, haver previsão contratual em relação ao objeto do contrato e suas características, regime de execução ou forma de fornecimento, preço e condições correlatas, prazos de execução, direitos e responsabilidades das partes. Em

muitos casos, todavia, esses itens possuem regulamentação prévia e geral já no ato convocatório, restando ao contrato a delimitação concreta e pormenorizada dos temas.

Em relação ao objeto do contrato, segundo a doutrina, há divisão em imediato e mediato. Por imediato entende-se a conduta humana de dar, fazer ou não fazer, enquanto o objeto mediato abrange o bem jurídico sobre o qual recai a conduta de dar, fazer ou não fazer (JUSTEN FILHO, 2012). A previsão deste item, segundo o Tribunal de Contas da União, deve ser clara e precisa, de modo a viabilizar um efetivo controle de qualidade no momento da entrega da coisa ou da prestação do serviço (TCU, Acórdão nº68/2007, 2ª C., rel. Min. Aroldo Cedraz, BRASIL, 2007b):

determinar à Unirio que: na formalização de instrumentos contratuais com as fundações de apoio e, em especial com a FUNRIO, observe rigorosamente os incisos I e IV, do art. 55, da Lei nº 8.666/93 e art. 1º da Lei nº 8.958/94, fazendo incluir nesses atos todas as cláusulas exigidas legalmente, devendo, nos casos dos contratos nos 08/2001, 09/2001, 11/2001, 12/2001 e 13/2001, ser promovida a correção referente à identificação do objeto contratado,

que deve ser claro, preciso, discriminando detalhadamente os serviços abrangidos, suas características e quantidades, prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo.

O regime de execução, que conta com a previsão legal de suas modalidades no artigo 6º da Lei de Licitações, tem relevância nas contratações de obras ou serviços, ao passo que as formas de fornecimento referem-se, em regra, às compras, mas também podem alcançar serviços e obras. Além disso, por ausência de previsão legal, estas últimas devem ser disciplinadas no instrumento convocatório ou em sede contratual.

No que se refere ao preço e suas condições correlatas (condições de pagamento e de reajuste), por sua vez, deve haver estipulação geral já no corpo do instrumento convocatório, conforme estipula o artigo 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93. No mesmo aspecto, prevê o artigo, ainda, a necessidade de disposição sobre o reajuste contratual nos pactos com previsível decurso de prazo superior a doze meses.

Os prazos relacionados à execução do contrato podem ser divididos em diversas fases, bem como incluir tempo razoável para a avaliação do serviço ou obra e para o exercício do controle de qualidade por parte da Administração. Já os direitos e responsabilidades das partes demandam previsão expressa, quando não se incluírem no rol de direitos e deveres inerentes ao regime jurídico dos contratos administrativos, como é o caso da possibilidade de modificação unilateral do contrato administrativo por parte da Administração, ou mesmo do direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do negócio jurídico.

5. CLÁUSULAS FACULTATIVAS

As cláusulas facultativas, em contraponto às necessárias, são aquelas cuja previsão se sujeita à vontade das partes contratantes, podendo ou não estar presentes no instrumento.

Nos dizeres da doutrina, as cláusulas elencadas nos incisos do já mencionado artigo 55, excluídos os casos de cláusulas necessárias, abrangem as hipóteses dispensáveis ou

facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato (JUSTEN FILHO, 2012).

Nesse sentido, se inserem como facultativas as seguintes previsões contratuais: respaldo orçamentário, garantias, direitos e responsabilidades das partes, penalidades, casos de rescisão, reconhecimento dos direitos da Administração em caso de rescisão administrativa, taxa de câmbio, vinculação ao edital, legislação aplicável à execução do contrato e aos casos omissos, manutenção das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, e foro contratual. Tais hipóteses podem, também, contar com previsão anterior já no ato convocatório.

Cumprido ressaltar que, em relação à cláusula que estabelece a vinculação ao instrumento convocatório, existe decisão da Corte de Contas admitindo a correção de impropriedades existentes no edital, no momento da formalização do contrato administrativo (TCU, Acórdão nº 828/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, BRASIL, 2007c):

Verifico, ainda, que o edital apresentou impropriedades que devem ser sanadas quando da formalização do contrato resultante desta

concorrência. Devem, ainda, ser prolatadas determinações visando evitá-las em futuros procedimentos licitatórios (...).

Outrossim, no que tange às especificações dos recursos orçamentários, o TCU já decidiu que a previsão contratual se faz necessária nos casos em que houver indicação de mais de um crédito orçamentário (TCU, Acórdão n.º 1.776/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, BRASIL, 2006):

É cláusula necessária em todo contrato a que indique o crédito orçamentário pelo qual corre a despesa, com a informação da classificação funcional e da estrutura programática, da categoria econômica e do valor alocado em cada um, nos casos em que forem indicados mais de um crédito orçamentário.

6. CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes² nas palavras de Di Pietro (2011) são aquelas que não seriam comuns ou que seriam

² O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TFDF), em sede de decisão, já fundamentou que "O contrato administrativo se diferencia do contrato privado, justamente pelo fato de não haver igualdade entre os contratantes; ao contrário, nos contratos administrativos são

ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Tais prerrogativas conferidas à Administração Pública, quando da celebração de um contrato administrativo, têm como objetivo privilegiar, em verdade, o interesse público, razão pela qual, presentes os pressupostos normativos, a inovação jurídica será um dever (JUSTEN FILHO, 2012).

Essas cláusulas contam com previsão expressa no artigo 58 (BRASIL, 1993) da Lei de Licitações. No rol do mencionado dispositivo encontram-se os seguintes permissivos em prol da Administração:

- Alteração unilateral por parte da Administração;

asseguradas condições mais favoráveis à administração pública, em razão do próprio regime jurídico administrativo, e da supremacia do interesse público sobre o particular". O TJDFT, nesse sentido, decidiu que: "a imposição de multa por inadimplemento somente à parte que contrata com ente integrante da administração pública indireta se justifica pela legalidade das cláusulas exorbitantes previstas no artigo 58, IV, da LEI 8.666/93". (TJDFT; Acórdão n. 572310, 20070110520032APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 29/02/2012, DJ 20/03/2012 p. 127).

- Rescisão unilateral por parte da Administração;
- Fiscalização do contrato;
- Ocupação provisória dos bens da contratada;
- Aplicação de penalidades.

A alteração unilateral do contrato administrativo por parte da Administração é um aspecto que gera debates, não em virtude da possibilidade de sua aplicação, que é pacífica e decorre de previsão legal, mas sim porque, a depender da mudança praticada, o equilíbrio econômico-financeiro deverá ser restabelecido.

De início, há de se falar que, constatada a necessidade de alteração do contrato, esta deverá efetivamente ocorrer, pois qualquer previsão contratual decorrente das chamadas cláusulas exorbitantes caracteriza o exercício de um poder-dever por parte da Administração. Dessa forma, se for necessária a alteração do pacto administrativo em benefício do interesse público, mas o administrador deixar de agir, poderá haver responsabilização em virtude do descumprimento de deveres funcionais, uma vez que não se trata da proteção de interesses próprios, mas sim

de natureza pública e indisponível. Assim, escreve Justen Filho (2012, p. 843/844):

Verificados os pressupostos normativos, a Administração tem o dever de intervir no contrato e introduzir as modificações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais.

Sob esse enfoque, a Administração não é titular de um mero 'direito subjetivo', de uma faculdade disponível. Se a Administração deixar de exercitar seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais. Essas considerações são imprescindíveis, sob pena de configurar-se a disponibilidade dos interesses fundamentais. Ou poderia reputar-se existir faculdade para a Administração alterar o contrato administrativo quando e como bem entendesse o que também é incorreto.

Ainda no tema, o artigo 65, I, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) estabelece duas situações típicas em que a alteração unilateral será possível. A primeira delas trata da alteração qualitativa, que ocorre quando houver modificação do projeto ou de suas especificações, para melhor adequação

técnica aos seus objetivos. A segunda, de seu turno, prevê a possibilidade de uma alteração quantitativa, admitida quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela Lei 8.666.

Nesse aspecto, Di Pietro (2011) elenca alguns requisitos para a alteração unilateral do contrato. Vejamos:

- a) Que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;
- b) Que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; não se pode alterar um contrato de venda para um de permuta, ou um contrato de vigilância para um de limpeza;
- c) Que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado;
- d) Com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo §1º do artigo 65; esse dispositivo estabelece um limite para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de até 25% do valor inicial atualizado

do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% para os seus acréscimos. Pelo §2º, inciso II, do mesmo dispositivo, incluído pela Lei no 9.648/98, nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo “as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”.

Conforme já citado anteriormente, nessa temática, há sempre, ainda, de se atentar para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso porque a condição inicialmente avençada quando da celebração do contrato, qual seja a relação proporcional entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária devida pela Administração, se prejudicada diante de eventual alteração unilateral, deverá ser modificada para alcançar os termos praticados inicialmente, de forma a não onerar excessivamente o particular.

No que tange à rescisão unilateral pela Administração, deve-se atentar para as hipóteses elencadas na lei, quais sejam, os casos de inadimplemento com culpa e sem culpa, as razões de interesse público e o caso fortuito ou força maior.

As situações de inadimplemento com culpa e sem culpa, com previsão expressa em incisos do artigo 78 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, abrangem hipóteses de inadimplemento imputáveis ao contratado, nas quais a Administração, ao rescindir o contrato, nada deverá indenizar àquele, eis que a rescisão ocorre por atos atribuídos a ele mesmo. Podemos citar como exemplo de inadimplemento com culpa, o não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, a lentidão do seu cumprimento e o atraso injustificado, enquanto as hipóteses de inadimplemento sem culpa abarcam fatos como a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil, a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado, e a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato.

A rescisão por motivos de interesse público deve, nos termos do artigo 78, inciso XII, da Lei 8.666/93, envolver razões de alta relevância e amplo conhecimento. Dessa forma, incumbe à Administração a demonstração de que a continuidade da contratação acarretará lesões sérias a interesses indisponíveis.

O caso fortuito e a força maior, nos dizeres de Justen Filho (2012), abrangem as ocorrências que tornam inviável o cumprimento da prestação, por fatores que escapam ao controle do devedor. Não se caracteriza a inexecução culposa, porquanto a ausência de cumprimento deriva de circunstâncias que transcendem a vontade do devedor e que independem da adoção, por parte dele, das cautelas e precauções devidas.

Ainda na análise das cláusulas exorbitantes, temos o dever de fiscalização do contrato. A disciplina de sua aplicação se encontra prevista no artigo 67 da Lei 8.666/93. Tal previsão é atinente ao exercício do poder-dever da Administração de efetiva fiscalização do cumprimento do pacto administrativo. O já citado artigo dispõe que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitindo a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

A ocupação provisória dos bens da contratada, por sua vez, é uma cláusula com a nobre finalidade de proteção

da continuidade dos serviços públicos. Tem aplicação nos casos em que, havendo razões de interesse público ou procedimento administrativo para a rescisão de contrato por inadimplemento da contratada, a Administração necessita se ocupar dos bens da contratada a fim de manter a ininterrupta prestação do serviço e evitar prejuízos ao interesse público.

Nessa esteira, surge o pertinente questionamento: Aplica-se a cláusula da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) no âmbito dos contratos administrativos? De acordo com tal cláusula um dos polos do contrato, se inadimplente, não poderá exigir o cumprimento das obrigações pela outra parte.

Uma primeira corrente sustenta que essa cláusula, comum nos contratos privados, não tem aplicação no âmbito dos contratos administrativos. Para esta doutrina, minoritária na atualidade (Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini), a não aplicação dessa cláusula configura uma hipótese de cláusula exorbitante da Administração, que conta com fundamento no princípio da continuidade do serviço público (CARVALHO FILHO, 2011).

A segunda corrente, mais moderna e com embasamento em lei, assinala que a mencionada cláusula tem aplicação nos contratos administrativos, mas com algumas especificidades. Assim, de acordo com artigo 78, XV, da Lei 8.666/93, passados noventa dias do atraso de pagamento por parte da Administração, a contratada tem direito a rescindir o contrato por inexecução culposa daquela.

O prazo para a aplicação da cláusula em comento, portanto, de acordo com a teoria moderna, se dá após os noventa dias de inadimplência da Administração. É a interpretação que se faz do artigo 78, XV, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993):

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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;

Carvalho Filho (2012, p. 196), ao escrever sobre o tema, menciona ainda, em seu entender, a possibilidade de se reclamar o atraso nos pagamentos em prazo inferior a noventa dias, quando o contratado ficar impedido de dar continuidade ao contrato em função do inadimplemento da Administração. Vejamos:

O dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes de 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração.

Por último, ressalta-se a possibilidade de aplicação de penalidades pela Administração em razão do atraso na execução, inexecução parcial ou total do contrato por parte da contratada, assunto este que se encontra disciplinado nos artigos 81 e seguintes da Lei de Licitações.

7. DURAÇÃO DOS CONTRATOS

O artigo 57 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) 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 Filho (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, 2007a). 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, 1993) 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 possí-

vel, nos termos do parágrafo quarto do artigo 57 (BRASIL, 1993), 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, 1993), 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, 1993) 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.

8. 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, 1993). 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 hi-

pótese 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, 2007a). 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, 2010a):

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 legais³.

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, 1993), 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

³ Cf. TCU; Acórdão nº. 414/2003, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

resultantes de acordos celebrados entre os contratantes poderão exceder os limites de vinte e cinco por cento estabelecidos no parágrafo primeiro.

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. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 545.471. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE PRESCRITO. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TRANSPORTE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E PRÉVIO EMPENHO. [...] PROVIMENTO. Relatora Ministra Denise Arruda. STJ, 23 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=572476&sReg=200300784135&sData=20050919&formato=PDF>. Acesso em: 05 jun. 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.776. Levantamento de auditoria. Fiscobras 2006. Obras de substituição de grupo de geradores de vapor da usina de angra 1, no estado do rio de janeiro. Ausência de cláusula necessária em contrato.

Ausência de irregularidades graves. Ciência ao congresso nacional. Relator: Ministro Augusto Nardes. TCU, 29 set. 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.049. Relatório de levantamento de auditoria. Excessiva demora na celebração de contrato. Realização de parte dos serviços sem cobertura contratual. Ausência de verificação prévia da situação fiscal, cadastral, técnica e da capacidade operacional da contratada. Realização de serviços não emergenciais no âmbito do petse. Falta de prévia elaboração de um levantamento detalhado dos serviços a serem executados. Deficiências na fiscalização da obra. Acolhimento das razões de justificativa. Determinação. Desapensamento de autos. Comunicação. Relator: Ministro Augusto Nardes. TCU, 27 ago. 2010b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 25. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela equipe responsável pela Auditoria Fiscal n. 890/2005, com o objetivo de realizar auditoria de conformidade sobre os processos de licitação e contratos mencionados em notícias veiculadas na imprensa sobre corrupção na Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, no âmbito do TC 007.694/2005-2.

Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. TCU, 24 jan. 2007a. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2047110.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 68. Prestação de contas. Licitação. Exigência de pesquisa de preços. Dispensa. Necessária antecedência. Justificativa de preços. Publicidade. Contrato. Cláusulas necessárias. Publicidade. Contas irregulares. Multa. Determinação. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. TCU, 09 fev. 2007b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 7.125. Tomada de contas simplificada. Ocorrências que comprometem a gestão da entidade. Multiplicidade de falhas e irregularidades. Repetição de algumas já apontadas em exercícios anteriores. Audiência. Rejeição das razões de justificativa. Contas irregulares de um responsável. Inexistência de débito. Multa. Regularidade com ressalva. Quitação. Regularidade plena. Quitação aos demais responsáveis arrolados. Relator: Ministro Valmir Campelo. TCU, 04 nov. 2010a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 828. Representação formulada com fundamento no art. 113, § 1º, da lei 8.666/93. Licitação para contratação de serviços de informática. Conhecimento. Índícios de irregularidade

ensejadores de restrição à competitividade da licitação e dano à economicidade da futura contratação. Suspensão cautelar do certame. Oitiva dos responsáveis. Diligências. Questionamentos justificados. Revogação da medida cautelar. Assinatura do contrato condicionada às correções necessárias. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. TCU, 11 maio 2007c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 17 out. 2012.

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

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

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

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

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

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

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

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