

CONTRATOS PÚBLICOS, CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS: peculiaridades

Angelita Maria Maders

Resumo:

No presente artigo faz-se uma abordagem sobre as peculiaridades dos contratos públicos, partindo de sua formalização, as formas de sua execução até sua extinção, primando pela diferenciação com os contratos regidos pelo Direito Privado, bem como com os convênios e consórcios firmados pelo Poder Público no exercício de suas atividades com eficiência, em prol do interesse coletivo.

Palavras-chave:

Contratos Administrativos. Administração Pública. Direito Público e Privado. Convênios. Consórcios.

Abstract:

In this article it is an approach on the peculiarities peculiarities of public contracts, leaving of its firmation, the forms of its execution until its extinguishing, prioritizing the differentiation with contracts conducted for the private law, as well as with the accords and trusts firmied for the Public Power in the exercise of its activities with efficiency, in benefit of the collective interest.

Keywords:

Administrative contracts. Public Administration. Public Law and Private. Accords. Trusts.

Sumário:

Introdução. 1 A (In)Constitucionalidade da Lei nº 8.666/93. 2 Os Contratos Públicos. 3 Garantias e Prazos para Execução dos Contratos Públicos. 4 Formalização dos Contratos Públicos. 5 Alteração dos Contratos Públicos. 6 Execução dos Contratos Públicos. 7 Inexecução e Rescisão dos Contratos Públicos. 8 Extinção dos Contratos Públicos. 9 Modalidades de Contratos Públicos. 10 Convênios e Consórcios Administrativos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A teoria do contrato administrativo, no início do século 20, encontrou resistência para sua elaboração, em especial entre os doutrinadores que entendiam que a Administração Pública não poderia firmar contratos em razão de sua supremacia, bem como em virtude de a relação entre ela e os administrados ocorrer mediante a edição de atos administrativos. Firmou-se, então, após diversas discussões para dirimir as dúvidas existentes, a teoria do contrato diferenciado do contrato privado, no qual a Administração Pública dispõe de prerrogativas para assegurar o interesse público.

Os contratos, assim, passaram a ocupar uma pequena parcela da atividade administrativa, posto que predomina a atividade por atos unilaterais. A partir da década de 70 do século 20, iniciam-se as discussões acerca da simplificação dos contratos, da possibilidade de reconhecer-se, em alguns casos, a invocação da *exceptio non adimplenti contractus* e de realização de acordos de cooperação com a Administração Pública.

Em razão de tais discussões, surgem no Direito brasileiro outras formas de composição de interesses ou acordos entre entes públicos e particulares, ou seja, os convênios, os consórcios e os contratos de gestão, embora a Constituição Federal, no artigo 37, § 8º, refira-se também ao termo *ajuste*; a Lei 9.790/1999, que trata sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, apresente o termo *parceria*; as leis 7.347/1985 e 9.605/98 prevejam o *compromisso de ajustamento de conduta* entre órgão público legitimado para promover a ação civil pública e o interessado; e a Lei 8.884/94 mencione o *compromisso de cessação de prática sob investigação* e o *compromisso de desempenho*, nos artigos 53 e 58.

1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.666/93

Antes de adentrar no tema especificamente, importante trazer à colação que a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, com o intuito de traçar normas gerais sobre licitações e

contratos, é tida como inconstitucional por diversos doutrinadores, em especial por Mukai (1999), tendo em vista haver extrapolado a competência que lhe foi concedida pela Constituição, uma vez que traça normas procedimentais específicas, que tocariam aos Estados e municípios, nos termos do disposto nos artigos 25, § 1º, 30, inc. I, e 18, *caput*, todos da Constituição Federal. Por se tratar, então, de um diploma legal completo sobre licitações e contratos, é considerada “absolutamente inconstitucional”, dado que o legislador invadiu as competências municipais e estaduais, extrapolando as disposições do artigo 22, inciso XXVII, da CF, embora as dificuldades em definir-se as normas gerais, bem como em precisar quais seriam elas.

Em sendo a referida norma considerada inconstitucional, o Executivo não teria obrigação de cumpri-la ou de dar-lhe aplicação, pois

[...] um ato inconstitucional não é lei, não confere direitos, não estabelece deveres, não cria proteção, não institui cargos. É, juridicamente considerada, como se nunca tivesse existido.

Uma lei inconstitucional é nula de pleno direito, antes e depois de declarada a sua inconstitucionalidade, o que legitima a recusa da autoridade a cumpri-la (TJPR, Órgão Especial, c. 940, 16-9-1988, Adcoas, n. 125.310) (Mukai, 1999, p. 162).

No entender do relator do acórdão referido, Ministro Humberto Gomes de Barros, se o Executivo vier a executar a Lei nº 8.666/93, pode estar desprezando a Constituição e, se a desconhecer, estará a homenagear a Constituição Federal (*apud* Mukai, 1999).

Considerando a possibilidade de os municípios e os Estados não possuírem legislação própria sobre a matéria, podem adotar a Lei nº 8.666/93, embora a isso não estejam obrigados, com exceção das regras gerais, e, em possuindo lei sobre licitações e contratos vigendo, a mesma não estaria derogada, em princípio, pelo advento da Lei nº 8.666/93, somente no que tange à contrariedade com os dispositivos gerais da última.

A discussão acerca da constitucionalidade da Lei de Licitações e Contratos não se encontra esgotada, embora o tempo a tenha amenizado, tanto que prevalece a tese de que a maioria de seus dispositivos configura “norma geral”. Não obstante, ela vige e tem eficácia.

2 OS CONTRATOS PÚBLICOS

De acordo com Di Pietro (2005), há três correntes doutrinárias sobre a existência do contrato administrativo, dentre as quais aquela que nega sua existência; a que acredita que todos os contratos firmados pela Administração Pública são contratos administrativos e a que aceita a existência do contrato administrativo como espécie de contrato, na modalidade e regime jurídico de Direito Público, derogatório e exorbitante do Direito comum, ao qual ela se filia.

A maioria dos doutrinadores brasileiros concorda que a Administração Pública contrata sob o regime jurídico de Direito Público e de Direito Privado. Dentre eles podem ser citados Cretela Jr. e Edmir Neto de Araújo. Para Lucia Valle Figueiredo (1998), porém, inexistem os contratos unicamente de Direito Privado firmados pela Administração Pública, seguindo as lições de Augustin Gordillo.

O contrato em geral tem como característica pressupor um acordo de vontades opostas que se conjugam para produzir algum efeito entre as partes contratantes. No contrato de Direito Privado prevalecem os princípios da autonomia da vontade, o consenso entre as partes e a sua força obrigatória. Já o de Direito Público pressupõe um acordo de vontades, sendo uma delas a da Administração, objetivando a satisfação de um interesse público, submetendo-se às regras do Direito Público, “exorbitante, derogatório do direito comum” (Cretela Jr., 1987, p. 391).

Deve-se, contudo, entender que a Administração Pública, ao realizar um contrato típico de Direito Privado, como uma locação, o faz respeitando os princípios do Direito Público, em especial quanto a sua finalidade, mesmo

que não imediata, de garantir o interesse coletivo. Esse é o entendimento de Mukai, para quem todos os contratos celebrados pela Administração Pública, sejam os administrativos ou sob a égide do Direito Privado, são “contratos públicos, porque ‘têm sua referência a um objeto de direito público’ (interesse público-administrativo ou serviço público)” (1999, p. 87). Ademais, mesmo sobre os contratos de Direito Privado firmados pelo Poder Público incidem regras de Direito Público, típicas de Direito Administrativo e Financeiro, tanto que o artigo 22, inciso XXVII, da CF refere que as entidades públicas e paraestatais devem observar as regras gerais sobre contratos.

Ao contrato administrativo devem ser aplicados os princípios da Administração Pública no que tange à preponderância do interesse público e prerrogativas da Administração, com a possibilidade de utilização de cláusulas exorbitantes, alteração unilateral e direito ao equilíbrio financeiro, cabendo, ainda, à Administração, o direito de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, designando representante para tal. Na contratação pública não se pode invocar a exceção de contrato não cumprido, que é inerente aos contratos privados. Tal exceção justifica-se diante do princípio da continuidade do serviço público e do interesse da coletividade, embora a Lei nº 8.666/93 tenha procurado amenizar seus efeitos, de forma a não causar injustiças ao possibilitar a rescisão do contrato quando houver a suspensão da execução, por ordem escrita da Administração, por mais de 120 dias, salvo casos de calamidade, guerra, grave perturbação da ordem, ou por repetidas suspensões, que totalizam esse prazo; ou quando houver atraso dos pagamentos, superior a 90 dias, salvo calamidade, guerra, grave perturbação da ordem; bem como em casos de a Administração não liberar a área, o local ou o objeto necessário à execução do contrato (artigo 78, incisos XIV e XVI).

Com base no artigo 58, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública possui prerrogativas também para impor sanções ao contratado, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato, sem pronunciamento de qualquer outro órgão. Pode, ainda, em casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na forma do que dispõe o artigo 58, inciso V, da Lei 8.666/93.

Em resumo, as características do contrato administrativo são a presença da Administração Pública como Poder Público, a finalidade pública, a obediência à forma prescrita em lei, o procedimento legal, a natureza de contrato de adesão, a natureza *intuitu personae*, a presença de cláusulas exorbitantes e a mutabilidade.

No que tange à natureza personalíssima do contrato público, a mesma não é pacífica na doutrina, embora Moreira Neto entenda que ele possui duas condições subjetivas, vinculadas à capacidade de contratar, sendo uma positiva, referente a estar devidamente habilitado em licitação pública precedente, e outra negativa, com relação ao contratado não estar impedido de contratar com o Poder Público (*apud* Leite, 2003).

O artigo 55 da Lei de Licitações arrola as cláusulas essenciais do contrato administrativo e, dentre elas apresenta a vinculação ao edital de licitação, termo que o dispensou ou ao convite e à proposta do licitante vencedor; da menção da legislação aplicável em casos omissos e da obrigação do contratado de executar todo o contrato em compatibilidade com as obrigações assumidas, sob pena de nulidade (incisos XI, XII e XIII). O parágrafo 3º do artigo 62 menciona que as cláusulas previstas no artigo 55 também se aplicam aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público é locatário e aos contratos regidos pelo Direito Privado, nos quais a Administração Pública for parte como usuária do serviço público.

Por ter de respeitar a instrumento convocatório, o conteúdo do contrato deve estar de acordo com este, até porque o edital já apresenta uma minuta do mesmo, pelo que não admite inovação, salvo ocorrência de eventos supervenientes que imponham sua alteração.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/93 arrola as prerrogativas da Administração Pública ao contratar, de modo a permitir a modificação unilateral do contrato, sua rescisão unilateral, na forma do artigo 79, I, a fiscalização de sua execução, a aplicação de sanções em caso de inexecução total ou parcial, a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando se tratar de serviços essenciais.

Além disso, convém destacar que os contratos públicos possuem dois tipos de cláusulas, as *de serviço ou regulamentares* e as *econômico-financeiras*. As primeiras referem-se à forma de execução do contrato, em especial no que tange às quantidades e condições técnicas, as quais podem sofrer alteração unilateral pela Administração Pública, mediante recomposição dos preços ajustados. As últimas são inalteráveis, a não ser por acordo entre os contratantes, por tratarem da questão financeira, de modo a respeitarem o equilíbrio econômico-financeiro, tido por alguns como um princípio. Nesse sentido, Mukai destaca que o equilíbrio econômico-financeiro “é um direito subjetivo do particular contratado; é ele que preserva a natureza sinalagmática das obrigações (reciprocidade das obrigações)” (1999, p. 95) e o Poder Público não pode se negar a concedê-lo, sob pena de ilegalidade.

3 GARANTIAS E PRAZOS PARA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

De acordo com o disposto no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, a autoridade competente poderá exigir a prestação de garantia para a contratação de obras, serviços e compras, desde que a mesma esteja prevista no edital de licitação. Para tanto dispõe, em seu parágrafo 1º, que são modalidades de garantia a caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussórias, o seguro-garantia e a fiança bancária, até o limite de 5% do valor do contrato no que tange à caução e à fiança bancária (§ 2º), com possibilidade de restituição ou liberação após a execução do contrato, mediante atualização monetária (§ 4º). A escolha da modalidade de garantia a ser oferecida cabe ao contratado, incumbindo ao Poder Público analisá-la de acordo com sua legalidade e suficiência.

Para a Lei nº 8.666/93 a exigência da garantia é facultativa, mas para a Lei nº 8.987/95 (Concessões e Permissões) é obrigatória (Di Pietro, 2005). O valor da garantia pode atingir até 10% nas contratações de obras, serviços e fornecimento de alta complexidade técnica e que, pelo vulto, envolve grandes riscos financeiros comprovados, desde que a referida elevação seja justificada

e fundamentada em parecer técnico aprovado pela autoridade competente e em caso de a Administração Pública entregar ao contratado bens necessários à execução contratual. Além da garantia, o edital pode impor ao contratado que seja feito seguro de pessoas e bens para a execução do contrato, na forma do disposto no artigo 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

No que se refere aos prazos contratuais, convém destacar que, de acordo com o artigo 57, § 3º, não haverá contrato por prazo indeterminado, de modo que deverá haver uma projeção quanto ao término do objeto contratual. De acordo como artigo 1º da Lei de Licitações e Contratos, as regras gerais nele dispostas abrangem as “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações”, além das concessões, permissões, doações, permutas, dação em pagamento e outros, previstos em diversos dispositivos do mesmo diploma legal, razão pela qual o artigo 57 somente abrange “os contratos regidos por esta lei”. Assim sendo, prevê exceções, como as do inciso I e II do artigo 57, além daquela referente ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, cuja duração poderá estender-se por 48 meses após o início da vigência do contrato (Di Pietro, 2001).

Afora essas hipóteses, Di Pietro apresenta outras exceções em que não se aplica a restrição do *caput* do artigo 57, ou seja:

- a) a referente aos contratos de uso de bem público, a saber, a concessão de uso, a concessão de direito real de uso e a locação [...];
- b) os contratos relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional, excluídas também pelo art. 121, parágrafo único;
- c) os contratos de concessão de serviço público e de obras públicas, que, em regra, também não acarretam ônus para a Administração, mas para o usuário [...];
- d) os contratos de direito privado celebrados pela Administração, por força do art. 62, § 3º, que manda aplicar aos “contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de

direito privado”, o disposto nos arts. 55 e 58 a 61, o que exclui, expressamente, o art. 56, pertinente à exigência de garantia, e o art. 57, pertinente aos prazos (2001, p. 304).

O inciso I do artigo 57 nada refere quanto a prazos, nem mesmo aos 5 anos que eram referência na legislação anterior (Decreto-Lei n. 2.300/86), ficando livre essa disposição para ser fixada no edital, com a ressalva somente do artigo 167, § 1º, da CF, *in verbis*: “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 crime de responsabilidade”. Além disso, a duração dos contratos está adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, com exceção daqueles dispostos nos incisos do artigo 57 da Lei 8.666/93. No caso do inciso II não há discricionariedade para a prorrogação, posto que ele somente poderá ser prorrogado por um ano, no máximo, nos casos do artigo 57, § 1º, e em caráter excepcional. Afora os casos excepcionados nos incisos I e II do artigo 57, que são discricionários, os contratos somente poderão ser prorrogados nas hipóteses do artigo 57, § 1º, incisos I a VI, que são vinculativos.

Em regra, os contratos devem durar somente pelo prazo correspondente ao recurso orçamentário previsto, mas tal regra admite exceção, como as previstas nos incisos I, II e IV do artigo 57 da Lei 8.666/93. De acordo com Citadini, assim podem ser resumidas as excepcionalidades:

- a) no caso de contratos de obras que ultrapassem o exercício, deverá estar prevista no edital a possibilidade de sua prorrogação, bem como deverá, a obra, estar contemplada no Plano Plurianual. Assim, o que definirá o prazo desse contrato é o tempo de execução, devendo em contratos desse tipo o administrador adotar 3 (três) providências: prever esse tipo de duração no edital; estabelecer recursos orçamentários; e, por último, a inclusão no plano de metas Plurianual.
- b) Nas contratações de prestação de serviços que tenham a característica de execução continuada, a lei mantém o prazo máximo de 5 (cinco) anos, dispondo que o prazo deverá estar vinculado à melhor proposta que a Administração obtiver quando da realização do procedimento licitatório. A Medida Provisória nº 1.531-3, de 2 de fevereiro de 1.997,

manteve a possibilidade de prorrogação para a situação aqui tratada, em caráter excepcional, justificado pela autoridade superior, prorrogando-se o ajuste por um período de até doze meses, o que eleva o prazo para até 6 (seis) anos de vigência; e, finalmente, no inciso IV, para o aluguel de equipamentos de informática fixa o prazo de duração de 4 (quatro) anos, acertadamente, posto que a acelerada modernização de tais produtos não recomenda maior duração para esse tipo de contratação (1997, p. 355-356).

Assim sendo, a alteração do projeto pela Administração Pública pode ser um motivo para a mudança dos prazos contratuais, desde que essa alteração não seja substancial, mas necessária para adequar o objeto às necessidades administrativas. Também poderá ocorrer a prorrogação em virtude de fato excepcional, superveniente, que altere substancialmente a execução contratual, e em razão de interrupção pela própria Administração, por exemplo, se houver queda na arrecadação de tributos ou o surgimento de outros serviços emergenciais. Pode também, o Poder Público, acrescer quantitativamente o objeto do contrato, desde que observados os limites do artigo 65, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, o que ocasionará a prorrogação do prazo. Ademais, o prazo pode ser prorrogado em virtude de impedimento de terceiro – inciso V do artigo 57 – e se houver omissão ou descumprimento pela Administração Pública, inclusive quanto ao pagamento previsto, ocasião em que o Poder Público poderá dilatar o prazo contratual e deverá responsabilizar os agentes que deram causa ao atraso.

Uma vez não respeitado o prazo contratual para entrega do objeto do contrato, o escoamento temporal não significa, necessariamente, o encerramento do contrato, mas o limite de tempo para que o contratado seja adimplente. Se não houver prorrogação e decorrer o prazo, ocorrerá inadimplência, por tratar-se de prazo moratório.

A Lei nº 8.666/93, embora não a discipline, admite a renovação do contrato, que nada mais é do que um novo contrato, mantendo, porém, o objeto inicial. Em regra, exige nova licitação, salvo os casos de dispensa e inexigibilidade, o que difere da prorrogação. Há de se destacar, contudo, que ela “somente será cabível na hipótese de licitação” (Mukai, 1999, p. 103).

Já o pagamento antecipado somente é possível quando a execução do objeto contratado exigir investimento inicial de grande quantia, mesmo que haja previsão no edital de licitação. Se o objeto da contratação envolver a importação de bens ou serviços, o contrato deverá prever também a data e a taxa de câmbio para conversão.

4 FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

É vedada a contratação verbal pela Administração Pública, salvo aquelas que são feitas em regime de aditamento em compras de pronto pagamento e de pequeno valor, ou seja, até 5% do valor do convite para compras e serviços – artigo 60, § único. O artigo 62 traz a obrigatoriedade do contrato escrito, mas também apresenta os casos de sua dispensa ou substituição por outros instrumentos.

O contrato deve conter o nome das partes e seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo de licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição do contrato às normas da lei e às cláusulas contratuais, inclusive as necessárias (foro) – artigo 61. Além disso devem ser arquivados em ordem cronológica, com seus respectivos aditamentos, bem como devem ser juntados aos processos licitatórios que lhes deram origem, além de haver o registro junto aos órgãos competentes no caso de envolver direitos reais.

O vencedor do processo licitatório tem o direito de contratar com o Poder Público e será convocado para assinar o respectivo contrato no prazo que constar do edital e, se não comparecer, decairá do direito e estará sujeito a sanções (artigo 81), podendo a Administração Pública chamar o próximo licitante, observada a ordem de classificação, desde que o contratado aceite as condições da proposta vencedora. O vencedor, no entanto, poderá solicitar a prorrogação do prazo para firmar o contrato, por igual período, de forma justificada, podendo a Administração Pública conceder ou não o respectivo adiamento, desde que motivadamente, de forma a evitar prejuízos.

Se a Administração não desejar contratar, porque a situação não lhe é vantajosa, poderá revogar a licitação e promover novo certame. Uma vez passados 60 (sessenta) dias da entrega das propostas, se não houver convocação dos interessados, estes estarão liberados dos compromissos assumidos nas propostas oferecidas – artigo 64, § 3º, da Lei 8.666/93.

A formalização do contrato é obrigatória se originado de licitação nas modalidades de concorrência ou tomada de preços, inclusive se for caso de dispensa ou inexigibilidade se os valores atingirem as modalidades supra, salvo os casos em que a Administração Pública pode substituir por outros instrumentos hábeis, dentre eles a compra para entrega imediata e integral sem obrigação futura. Os instrumentos hábeis que a lei refere são a carta-contrato, a nota de empenho, a autorização de compra e a ordem de execução.

Como condição de eficácia dos contratos é exigida a publicação de seu resumo na imprensa oficial, bem como dos termos aditivos, a qual deve ocorrer nos 20 dias seguintes após a assinatura do contrato ou aditamento, como forma de garantia do princípio da publicidade, pena de invalidade. Por haver a publicação do extrato do contrato na imprensa oficial, ele dispensa testemunhas e registro em Cartório, posto que dotado de presunção de legitimidade.

A formalização dos contratos públicos, bem como de seus aditamentos, deve estrita obediência à lei, sendo vedado ao agente público a concessão de vantagens mediante alterações ou mudanças no contrato que favoreçam o contratado, como a prorrogação de prazo, a alteração de preços, alteração cronológica de pagamentos..., sob pena de incorrer nas disposições do artigo 92 da Lei 8.666/93 e à pena de 2 a 4 anos de detenção e multa, as quais também são aplicadas ao contratado que tenha participado da ilegalidade lesiva ao erário.

Se ocorrer alguma ilegalidade no contrato ou em sua execução, o Poder Público o declarará nulo, desconstituindo os efeitos já produzidos e interrompendo sua execução. Deverá, porém, indenizar o contratado pelo montante já executado, desde que este não tenha dado causa à ilegalidade. Assim,

o contrato poderá ser anulado por alguma ilegalidade oriunda do procedimento licitatório que o antecedeu – artigo 49, § 2º – ou, ainda, em virtude da sua formalização sem licitação, quando esta deveria ter ocorrido, se realizado por meio de licitação fraudada, se no contrato estiver ausente uma das cláusulas essenciais – artigo 55 – ou se for celebrado com preterição da ordem cronológica de classificação das propostas vencedoras ou com estranho ao procedimento de licitação – artigo 50.

5 ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A Administração Pública, em razão de sua supremacia, pode, de acordo com o artigo 58 da Lei 8.666/93, modificar, extinguir, fiscalizar, aplicar penalidades e alterar unilateralmente os contratos firmados, sempre visando ao interesse público. Essa alteração unilateral poderá ocorrer em duas situações: a) se houver alteração no projeto em virtude da necessidade de mudanças técnicas na execução, ou b) se houver acréscimo ou decréscimo quantitativo do objeto contratado.

No que se refere ao item “a”, a alteração não pode ser absoluta ou essencial, de modo a desvincular o objeto licitado, pois, se assim fosse, haveria uma outra obra, serviço ou compra, para a qual seria necessária nova licitação. A mudança deve ser necessária e decorrente de fato desconhecido que a justifique para melhor adequação técnica do quanto contratado, desde que respeitado o projeto original. Já no aspecto quantitativo pode haver alteração pelo acréscimo ou diminuição, desde que respeitados os limites de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, no caso de obras, serviços ou compras, e de até 50% em caso de reforma de edifício ou equipamento. Esses limites não podem ser ultrapassados, pois estão previstos ao máximo. Não se pode, todavia, confundir o acréscimo contratual com o reajuste, a atualização ou a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro, em razão de o primeiro referir-se à dimensão do objeto avençado por necessidade pública, mantendo-se os preços unitários (artigo 65, § 1º, Lei 8.666/93).

Também pode ocorrer alteração do contrato por acordo entre os contratantes, embora a supremacia do Poder Público. São exemplos: a substituição da garantia dada, desde que seja conveniente para a Administração; a mudança no regime de execução do contrato por inviabilidade técnica de execução nos moldes originais; a alteração na forma de pagamento pactuada; o desequilíbrio econômico-financeiro, desde que não altere as condições originais.

6 EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A execução contratual é uma etapa complexa para a Administração Pública, uma vez que as possibilidades de ocorrerem ilegalidades e irregularidades aumentam nessa fase. Por isso, o contrato deve ser executado obedecendo-se ao pactuado e à lei, respondendo as partes por sua inexecução. Para evitar tais transtornos, a Administração Pública e o contratado devem designar um responsável pela execução e fiscalização do contrato.

Se ocorrerem falhas, defeitos ou incorreções decorrentes da inadequada execução ou da utilização de materiais impróprios ou defeituosos, o contratado está obrigado a repará-los ou corrigi-los sem pagamento extra. A Administração poderá, ainda, responsabilizar o responsável pelo gerenciamento e fiscalização da execução contratual se estes agirem de modo a causar prejuízos ao Poder Público. Nesse sentido, Mukai refere que “A responsabilidade pela solidez e segurança da obra perdura pelo prazo de cinco anos, de acordo com o Código Civil; quanto à responsabilidade ético-profissional, será aferida segundo a legislação própria disciplinadora da profissão do contratado” (1999, p. 21).

Cabe também ao contratado os encargos trabalhistas, previdenciários, comerciais e tributários inerentes ao contrato, os quais deverão estar previstos quando da entrega da proposta na fase da licitação, mesmo que não previstos no edital. Desse modo, o ônus de tais pagamentos cabe ao contratado e não ao Poder Público, mesmo que haja omissão ou incorreção no edital. Se sobrevier

algum encargo fiscal que não havia quando da formalização do contrato, este também recairá sobre o contratado, razão pela qual deverá haver uma repactuação, de modo a manter-se o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Isso também ocorre se houver alguma redução de algum tributo, uma vez que implicará em uma redução de custos.

Quanto às dívidas previdenciárias, por alteração trazida pela Lei 9.032/95 aos §§ 1º e 2º do artigo 71, as mesmas são de responsabilidade solidária entre a Administração e o contratado. Quanto aos demais encargos, se não forem quitados pelo contratado, não serão transferidos ao Poder Público.

A subcontratação somente poderá ocorrer se for previamente autorizada pela Administração Pública no edital e no contrato, e, em ela ocorrendo, não ficará o contratado dispensado de suas responsabilidades e obrigações contratuais. Embora a divergência doutrinária quanto a ser o contrato administrativo *intuitu personae*, Leite (2003) entende não ser essa a característica de sua natureza conceitual, argumentando que o contrato administrativo pode ser personalíssimo em alguns casos, como na realização de obras artísticas, em contratações especializadas... ou, por determinação expressa do contratante público, seja no edital de licitação ou no contrato. Entende o referido autor que é lícita, então, a cessão do contrato administrativo a terceiros, seja parcial ou totalmente, dado que se assemelha à subcontratação, ao consórcio do contratado com terceiro. Para ele, a referida cessão está condicionada à ausência de cláusula proibitiva por parte da Administração, à compatibilidade do objeto contratual e à concordância do contratante.

Uma vez concluída a execução contratual, o contratado deverá fazer a entrega do objeto contratado, do que a Administração Pública dará recebimento, de modo a encerrar as obrigações daquele. Esse *termo de recebimento* é a quitação dada pelo Poder Público ao contratado, atestando a adequada execução da obra, serviço ou compra, mas, inicialmente, ele é provisório e é firmado pelo responsável pela fiscalização, no prazo de quinze (15) dias após a comunicação do término da obra, serviço ou compra. Após, no prazo de noventa (90) dias, o objeto do contrato será definitivamente recebido pelo

servidor ou pela Comissão designados pela autoridade competente. No período entre o *recebimento provisório* e o *definitivo* é que serão realizados os reparos e correções que se fizerem necessários ao fiel cumprimento do contrato, quando constatada alguma irregularidade. O recebimento definitivo não exime o contratado das responsabilidades técnicas e profissionais que o contrato estabelecer quanto ao objeto ajustado.

O termo de recebimento provisório, no entanto, poderá ser dispensado em caso de compras de gêneros perecíveis e alimentação preparada, de serviços profissionais e de pequenas obras e serviços até o limite do convite, salvo equipamentos e aparelhos que dependam de testes de funcionamento (artigo 74, I, II e III, Lei nº 8.666/93).

7 INEXECUÇÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A inexecução total ou parcial do contrato pode ensejar sua rescisão, com responsabilização das partes pelas falhas ocorridas durante a sua execução. A rescisão, então, poderá ocorrer, sempre motivadamente e desde que garantida a ampla defesa e o contraditório: a) por ato do contratado; b) por ato da Administração; e, c) por acontecimentos exteriores ao contrato (força maior, caso fortuito) e alheios à vontade das partes.

A rescisão contratual constitui-se na cessação da sua eficácia antes do encerramento do seu prazo de vigência. Sua ocorrência deve ser motivados, de forma a garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como com a reparação dos danos, se não for fundada em culpa do contratado, podendo se dar mediante ato unilateral e escrito da Administração, de consenso entre as partes ou judicialmente. Nesse caso, poderá a Administração assumir o objeto do contrato para que não haja a interrupção do serviço.

A rescisão amigável, por sua vez, deve ser precedida de autorização da autoridade competente e deve respeitar a conveniência administrativa, bem como a preservação do interesse público.

O contratado poderá dar causa à rescisão contratual por descumprimento injustificado das cláusulas avençadas, inclusive quanto aos prazos de início e término do objeto contratado, o que compromete o interesse público; por irregularidade grave e prejudicial ao Poder Público; em virtude de falência, insolvência civil, dissolução societária, alteração social na empresa, ou falecimento do contratado, pelo fato de que alteram a situação empresarial do contratado, que o tornam sem condições de cumprir as obrigações assumidas; ou por razões de interesse público, de grande relevância, como estado de calamidade pública, grave crise cambial, queda nas receitas públicas.

Também é motivo para a rescisão do contrato algum fato gerado pelo próprio Poder Público, como quando a Administração promove alteração drástica e danosa da execução contratual fazendo o corte da obra, serviço ou compra em quantidades acima do limite fixado no artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93; quando suspende a execução por prazo superior a 120 dias (artigo 78, XIV); quando atrasar o pagamento dos serviços, obras ou compras contratados por mais de 90 dias (artigo 78, XV), salvo casos de calamidade ou guerra; quando não liberar o local para a execução do pactuado.

O atraso no pagamento por parte da Administração pela execução do contrato não enseja somente a correção monetária do valor, mas também uma indenização pelos prejuízos que o contratado sofreu em decorrência da demora na quitação, a começar por juros de mora e, eventualmente, juros compensatórios, além de despesas que o contratado tenha sido obrigado a realizar para dar continuidade ao contrato.

Há, ainda, a possibilidade de rescisão por acontecimentos alheios e exteriores ao contrato e aos contratantes, como a força maior e o caso fortuito. Assim, a regra do cumprimento obrigatório do contrato tem uma ressalva extraordinária na teoria da imprevisão, que “pressupõe um estado de crise, uma transfiguração inaudita da matéria de fato, que submeta o contratante, inesperadamente, a um prejuízo inalterável” (Cretela Jr., 2001, p. 76).

Como a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução do contrato, se ocorrerem atrasos injustificados em prejuízo do serviço público, também tem o dever de aplicar uma multa ao contratado, conforme já previs-

to anteriormente no instrumento convocatório e no contrato, além de outras sanções e providências, que podem chegar até a rescisão contratual, sempre precedidas de instauração de processo administrativo com ampla defesa.

Para a cobrança da multa aplicada pode o Poder Público utilizar a garantia oferecida pelo contratado e, em não sendo esta suficiente, descontar a diferença restante dos valores que ele ainda tenha a receber pela execução realizada. As penalidades estabelecidas na Lei 8.666/93 são de detenção de três meses a seis anos, variando de acordo com a gravidade da agressão praticada contra o interesse público, e multa, “não inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato” (Mello, 2003, p. 589).

De acordo com o artigo 87 da Lei nº 8.666/93, as sanções pela inexecução contratual podem ser de *advertência*, *multa*, *suspensão temporária* e *declaração de inidoneidade*, as quais devem ser aplicadas em conformidade com a gravidade da infração cometida.

A suspensão temporária para participar em licitações ou de contratos com o Poder Público não pode ser superior a dois anos e é restrita ao órgão que a impôs, enquanto que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública pode atingir todos os seus órgãos, não somente aquele que aplicou a penalidade administrativa. No prazo de dois anos da aplicação da pena, no entanto, e se houver o ressarcimento dos prejuízos causados à Administração, pode o contratado punido solicitar sua reabilitação.

Além das sanções administrativas, o artigo 88 da Lei nº 8.666/93 apresenta as penalidades a serem aplicadas em processo judicial movido contra o contratado que tenha praticado ilícito fiscal, administrativo ou outros e que venha a sofrer condenação com base em contratos regidos pela Lei de Licitações e Contratos. Enquanto perdurar o prazo da condenação, não pode o condenado participar de licitação.

8 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Segundo Figueiredo (1998), o contrato pode ser extinto em razão da *cessão dos seus efeitos* pela implementação do objeto ou por esgotamento do prazo contratual se a prestação somente puder ser executada nesse período. Pode se dar a extinção, também, pela *via natural*, sendo que, dentro desta modalidade, pode ocorrer mediante a impossibilidade de cumprimento do ajuste por uma inundação que deixe o objeto submerso, por exemplo, pela extinção da pessoa jurídica, pela concordata do contratado, pela morte do contratado. Além dessas formas, o contrato pode ser extinto de *forma patológica*, dentre estas quando:

- provocado pela Administração, por inadimplência do contratado ou por conveniência e discricionariedade;
- provocado pelo contratado, em razão da *exceptio inadimpleti contractus*, do aditamento contratual indevido ou desbalanceamento da equação econômico-financeira;
- provocado pela Administração, pelo Tribunal de Contas ou pelo Judiciário em caso de ilegalidade do contrato ou da licitação que o precedeu.

9 MODALIDADES DE CONTRATOS PÚBLICOS

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto às espécies de contratos administrativos, motivo pelo qual são aqui conceituados apenas os principais.

Contrato de obra pública – Tem por objeto a construção ou reforma de bem público, entendendo-se bem imóvel, para uso especial ou comum. Possui como condições específicas a presença de um projeto básico da obra, no qual estará disposta sua necessidade, o tempo de duração, os custos previsíveis e sua extensão; um projeto executivo prevendo questões de controle, segurança, funcionalidade, economicidade, durabilidade, adequação de técnicas e mão-de-obra; a padronização, se se destinar ao mesmo objetivo de outra, salvo

especificidade quanto ao local ou natureza do empreendimento; e integralidade, de modo a programar o total da execução da obra, mesmo que ela seja realizada em partes (Coelho, 2004).

Sua execução pode ocorrer diretamente pela Administração ou de forma indireta, pela contratação de terceiros. Nesta, podem ser executadas por meio do regime de empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, empreitada integral (obras e serviços) ou empreitada por tarefa (peque nas obras e serviços).

Contrato de prestação de serviço – Objetiva obter determinada atividade (obrigação de fazer) utilitária ao interesse da Administração, como conservação, reparo, conserto, transporte, manutenção, demolição ou locação de bens. Os serviços podem ser comuns ou técnicos especializados.

Contrato de compra – Visa a adquirir remuneradamente o domínio de bens para realização de obras ou para dar continuidade aos serviços públicos. Constitui contrato de obrigação de dar.

Contrato de fornecimento – Por meio dele o Poder Público adquire bens móveis e semoventes necessários à consecução de seus serviços mediante entrega parcelada ou contínua.

Contrato de concessão de serviço público – É o contrato por meio do qual a Administração transfere a terceiros a execução de serviços públicos, mediante o estabelecimento de uma tarifa que será paga pelos usuários e sob fiscalização e controle do Poder Público.

Contrato de concessão de obra pública – É o meio utilizado pela Administração para delegar a execução ou a exploração de uma obra pública por particular a certo prazo, mediante o pagamento de tarifa ou de instituição de contribuição de melhoria.

Contrato de concessão de uso de bem público – Outorga ao particular o uso privativo de bem público. Pode ser oneroso ou gratuito. Exemplo: exploração de boxes de mercados, estacionamentos públicos.

Contrato de concessão de direito real de uso de bem público – A Administração consente a utilização pelo particular, privativamente, de terreno público, como direito real, para fins de urbanização, edificação, industrialização, cultivo ou qualquer outro uso de interesse social. Depende, em regra, de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta última quando a concessão for destinada a programas habitacionais ou para utilização por entidade da Administração.

Permissão de serviço público – Embora ao se tratar de permissão de uso ou de realização de serviço público sem realização de prévia licitação esteja-se a tratar de ato administrativo unilateral e precário do Poder Público, com o advento da Lei nº 8.987/95 há exigência de prévia licitação para os contratos de prestação de serviço público por particulares, após a qual há necessidade de formalização de contrato escrito.

Parceria Público-privada – Ela se caracteriza pelo vínculo entre o Poder Público e a iniciativa privada muito mais do que pelo objeto ou regime jurídico pelo qual desempenha suas atividades, estando disciplinada pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Segundo Justen Filho,

[...] é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro (2005, p. 549).

Pode ser uma concessão de serviço público ou de obra pública patrocinada pela Administração Pública quando, além da tarifa cobrada dos usuários, há uma contraprestação pecuniária do Poder Público ao particular contratado – artigo 2º, § 1º, ou a chamada de concessão administrativa quando o contrato de prestação de serviços destina-se a uso direto ou indireto pela Administração Pública – artigo 2º, § 2º. Aplica-se a ele as regras da Lei 8.987/95, no que couber, com as adaptações necessárias.

Contrato de gestão – É o ajuste entre a Administração Direta e Indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado para o fim de estabelecer metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. Tem prazo determinado e a entidade sujeita-se ao controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas. Exemplos desses contratos foram realizados com a Companhia Vale do Rio Doce, com os Serviços Sociais Autônomos. Sua natureza contratual é questionada por não possuir interesses opostos e contraditórios, uma vez que são os mesmos. Quando são celebrados com órgãos da Administração Indireta amplia sua autonomia, mas com as organizações sociais restringe.

Além dos contratos regidos pelo direito público, a Administração também pode contratar sob o regime de direito privado, na forma do previsto no artigo 62 da Lei nº 8.666/93, como nos casos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário e nos demais em que o conteúdo seja regido exclusivamente pelo Direito Privado.

10 CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS

Cabe destacar, também, de forma sintética, algumas espécies de acordo realizadas pela Administração Pública, visando a alcançar o interesse público, mas que não são considerados contratos, por faltar-lhes algumas de suas características.

Convênios administrativos – São acordos celebrados para atingir os objetivos de interesse comum entre entidades e órgãos estatais de diferentes espécies ou entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas.

Consórcios administrativos – São acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie ou do mesmo nível, destinados a alcançar objetivos de interesse comum. É possível a realização de convênios em consórcios, tendo em vista a maior abrangência dos primeiros.

Os doutrinadores distinguem os contratos dos convênios, pois nos primeiros há interesses divergentes, enquanto que nos segundos há interesses convergentes; os contratos compõem interesses opostos e os convênios conju-

gam interesses; nos contratos há partes e nos convênios partícipes; nos contratos há obrigações recíprocas, o que falta nos convênios. Além disso, os convênios e consórcios, para serem firmados, não necessitam de licitação prévia.

Há divergência quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios e consórcios, pois há controle do Tribunal de Contas, entendendo-se, no entanto, que se houver aplicação de verbas públicas esta seria necessária.

CONCLUSÃO

No presente artigo foram abordadas as principais características dos contratos públicos para diferenciá-los dos contratos de Direito comum e de outras espécies de instrumentos jurídicos utilizados pela Administração Pública, muitos dos quais são equivocadamente nominados e entendidos como contratos sem na verdade preencher os requisitos legais para tanto. O conhecimento das peculiaridades aqui apresentadas, cuja complexidade e abrangência certamente exigirá um estudo aprofundado em cada caso concreto, implica uma melhor utilização dos contratos públicos na persecução dos objetivos da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Prefácio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. 2. ed. Piracicaba: Editora Unimep, 1999.

CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 2. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRETELA JR., José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.

_____. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* (estudos sobre a interpretação da lei). São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, abr./jun. 2003.

MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*: comentários à Lei n. 8.666/93, com as alterações da Lei n. 9.648/98, e análise das licitações e contratos na EC n. 19/98 (Reforma Administrativa). 5. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

