

UNIDADE 2

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Estabelecer o prazo de duração de cada contrato administrativo;
- ▶ Identificar os elementos necessários à formalização de contratos;
- ▶ Relacionar, com base na legislação, as possibilidades de alteração contratual;
- ▶ Diferenciar os conceitos de execução, inexecução e rescisão de contratos, com as responsabilidades e as penas correspondentes; e
- ▶ Traçar um paralelo entre os contratos de Parceria Público-Privada, de concessão e de gestão.

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Caro estudante,

O tema que você vai estudar, a partir de agora, está relacionado aos contratos administrativos, em especial, àqueles que decorrem do processo licitatório. É importante distinguir os contratos regidos por normas de Direito Público, como a Lei n. 8.666/93, dos ajustes regidos pelo Direito Privado. Nesse sentido, observe com atenção os prazos de validade dos contratos, os aspectos formais que a Lei exige como condição de validade, as formas de alterar e de executar o objeto contratado e as causas de inexecução que geram a rescisão. Ao final desta Unidade, selecionamos algumas modalidades de contratos administrativos, como as Parcerias Público-Privadas, as concessões e os contratos de gestão, como exemplos. Se após a leitura você ainda tiver dúvida em relação a algum ponto do conteúdo, entre em contato com o seu tutor. Lembre-se de consultar a bibliografia indicada, isso é muito importante.

Bom estudo!

Para começar, vamos entender o que é contrato administrativo. Assim como a licitação, esse tipo de contrato é regulamentado pela Lei n. 8.666/93 (norma de Direito Público) e, supletivamente, por normas de Direito Privado. Uma primeira questão que merece ser estudada, então, é a diferença entre os contratos celebrados por órgãos da Administração Pública e os que envolvem apenas os particulares.

Vamos conferir os tipos de contratos encontrados:

- ▶ **Contrato privado:** “[...] ajuste, convenção, pacto ou transação firmado entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.” (SILVA, 2004, p. 373).

- ▶ **Contrato administrativo:** “[...] avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força da Lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.” (MELLO, 2009, p. 615).

Assim como os contratos privados, os administrativos também contêm as **cláusulas necessárias**. Dentre aquelas previstas no artigo 55 da Lei n. 8.666/93, destacamos os itens a seguir:

- ▶ objeto;
- ▶ regime de execução ou forma de fornecimento;
- ▶ preço e condições de pagamento;
- ▶ prazos de execução;
- ▶ crédito pelo qual correrá a despesa;
- ▶ direitos e responsabilidades das partes;
- ▶ penalidades cabíveis e valores das multas;
- ▶ casos de rescisão; e
- ▶ vinculação ao Edital de licitação.

Vamos conferir um exemplo? Observe os itens apresentados na Figura 5:

EXTRATO DE CONTRATO Nº 020/2005

CONVENIENTES: União Federal, por intermédio da PRR/3ª Região e Toalheiro Guarany Ltda. Objeto: Serviços de manutenção de aparelhos odorizadores. Vigência: De 08/08/2005 a 31/12/2005. Assinatura: 08/08/2005. Processo 1.03.000.000466/2005-61. Valor total : R\$ 7.095,00 (sete mil e noventa e cinco reais). Nota de Empenho: 2005NE000322. Fundamento Legal: Pregão 010/2005. Assinam: Paulo Bressaglia pela Contratante e Álvaro de Mesquita Sampaio pela Contratada.

Figura 5: Extrato de contrato

Fonte: Brasil (2005, p. 88)

No extrato estão as principais informações do contrato: partes, objeto, prazo de vigência, número do processo, valor, número da nota de empenho, fundamentação legal e responsáveis. Agora, vamos conhecer melhor os prazos nesse tipo de licitação.


PRAZO

Todos os **contratos administrativos** têm prazo de duração. É necessário destacar, primeiramente, que a Lei não admite que eles tenham prazo de vigência indeterminado. Por isso, a regra geral é que o prazo está limitado à vigência do crédito orçamentário, isto é, até a data de 31 de dezembro, uma vez que a Lei Orçamentária Anual (LOA) estabelece, como o nome sugere, as receitas e as despesas para o exercício financeiro anual.

De acordo com Motta (2005, p. 469), o Tribunal de Contas da União (TCU) admite contratos que ultrapassem um exercício financeiro. Nesse caso,

[...] cada parcela das despesas a serem executadas em exercícios futuros deve ser consignada na **avença***, correspondendo a um aditivo onde serão indicados os créditos e empenhos para a respectiva cobertura.

Você sabe o que é termo aditivo? Vamos conferir um extrato de termo aditivo na Figura 6, a seguir.



Conheça mais sobre contratos administrativos e transparência pública no endereço eletrônico <<http://www.transparencia.gov.br/licitacoesecontratos/>>. Acesso em 15 jun. 2010.

***Avença** – união, harmonia, concórdia.
Fonte: Houaiss (2009).



***Aditivo** – ou aditamento, que é o aumento de cláusula em um contrato já elaborado e mesmo registrado. Parte acrescida ao final de um documento para alterar ou explicar algumas das condições ali exaradas, ou mesmo para corrigir omissões evidenciadas. Fonte: Silva (2004).

Você conhecerá mais sobre Plano Plurianual na disciplina Orçamento Público.

O § 4º do artigo 57 da Lei n. 8.666/93 prevê que, em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, esse prazo pode ser prorrogado ainda por até 12 meses.

Figura 6: Extrato de contrato – prazo de vigência
Fonte: <<http://tinyurl.com/3nrx9az>>. Acesso em: 11 maio 2011.

Nesse contrato, o prazo de vigência ultrapassou o ano fiscal. Para que ele tenha validade, é necessário atender ao que determina o TCU.

Passado o período de vigência, o contrato poderá ter seu prazo prorrogado, por termo **aditivo***, nas hipóteses em que:

- ▶ o objeto estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual;
- ▶ o serviço for executado de forma contínua; e
- ▶ tratar-se de aluguel de equipamentos e de utilização de programas de informática.

No primeiro caso, é preciso considerar que o Plano Plurianual tem duração de quatro anos. No segundo, a prorrogação do contrato é admitida até 60 meses. No terceiro, a lei prevê a prorrogação por até 48 meses.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A prorrogação dos prazos relacionados às etapas de execução, de conclusão e de entrega pode ser determinada unilateralmente pela

própria Administração Pública, desde que seja mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato.

Mas o que seria esse equilíbrio?

Mello (2009, p. 635) define equilíbrio econômico-financeiro como “[...] a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”.

Entretanto, esta alteração nos prazos deve ser plenamente justificada e corresponder às hipóteses previstas no artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.666/93, como podemos conferir:

- I – alteração do projeto ou especificações;
- II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
- IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato;
- V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração. (BRASIL, 1993).

Vimos então que, na celebração do contrato administrativo, as partes se obrigam a cumprir o estabelecido nas cláusulas necessárias. Mas é preciso destacar que o que caracteriza propriamente o contrato administrativo é a existência das **cláusulas exorbitantes**, que revelam o predomínio do Poder Público na relação contratual.

É prerrogativa da Administração Pública modificar ou rescindir o contrato unilateralmente, em razão do interesse público, respeitado os direitos do contratado. Da mesma forma, cabe à Administração Pública fiscalizar a sua execução, aplicar as sanções pela inexecução total ou parcial ou ainda ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, recursos humanos e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Vale mencionar aqui a exigência da **garantia** como uma das cláusulas exorbitantes. A Lei n. 8.666/93 prevê três tipos de garantias:

- ▶ caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública;
- ▶ seguro-garantia; e
- ▶ fiança bancária.

Nenhuma dessas garantias excederá a 5% do valor do contrato, podendo chegar até 10% apenas nos casos de obras, serviços e fornecimentos de **grande vulto** (25 vezes o valor da concorrência).

FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATO

Para que o contrato seja válido e produza os efeitos esperados pelas partes, ele deve obedecer à forma pré-determinada pela Lei n. 8.666/93, frisando que a sua minuta já constava do Edital de licitação como anexo.

O aspecto mais importante, que torna pública a manifestação de vontade das partes, é a publicação resumida do contrato na imprensa oficial, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias a contar daquela data.

Se a regra geral determina que todo contrato deve ser escrito, a Lei n. 8.666/93 oferece apenas uma exceção, que ocorre com pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% do limite da carta-convite. Nesse caso, o contrato pode ser **verbal**.

Vamos conferir, no Quadro 2, alguns aspectos relacionados à obrigatoriedade do contrato.

CONTRATO OBRIGATÓRIO	CONTRATO FACULTATIVO
Concorrência	Convite
Tomada de preços	Dispensa abaixo do valor da concorrência e da tomada de preços
Dispensa no valor da concorrência e da tomada de preços	Inexigibilidade abaixo do valor da concorrência e da tomada de preços
Inexigibilidade no valor da concorrência e da tomada de preços	

Quadro 2: Obrigatoriedade do contrato

Fonte: Elaborado pelo autor

No caso de contrato facultativo, o contrato pode ser substituído por outros instrumentos hábeis, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço; e o “termo de contrato” pode ser substituído nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, até mesmo de assistência técnica.

Vencida a licitação, qual prazo deve ser observado para a celebração do contrato?

Esse prazo não pode ser superior a 60 dias, pois este é o prazo de validade da proposta. Se o vencedor não for convocado nesse período para o ato de assinatura, ele ficará liberado de todo e qualquer compromisso.

A parte contratada poderá solicitar a prorrogação desse prazo por uma vez, por igual período, desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração Pública. Caso o convocado não compareça para assinar o contrato, a Administração Pública pode tomar duas atitudes, como segue:

- ▶ convocar o segundo colocado da licitação. Nesse caso, os preços e as condições de execução obedecerão à mesma proposta do primeiro classificado; e
- ▶ revogar a licitação.

E o que acontece com quem não assinar o contrato da licitação?

O vencedor da licitação que não assinar o contrato, sem justificativa, estará sujeito às penalidades previstas no artigo 81 da Lei n. 8.666/93:

A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o **descumprimento total da obrigação assumida**, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

O descumprimento total das obrigações assumidas gera sanções administrativas, como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a dois anos, e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Agora, vamos acompanhar os casos de alteração de contrato depois de sua assinatura.

ALTERAÇÃO DE CONTRATO

Os contratos podem ser alterados, desde que justificadamente, em duas circunstâncias:

- ▶ unilateralmente, quando a Administração Pública modificar o projeto, suas especificações ou o valor contratual; e
- ▶ por acordo das partes, na substituição da garantia, na modificação do regime de execução, no modo de fornecimento, na modificação da forma de pagamento ou para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Então, o que devemos fazer nesses casos?

Precisamos definir quanto a Administração Pública pode alterar do valor originalmente contratado. Essa alteração pode significar um acréscimo ou uma supressão. No caso de obras, serviços ou compras, o limite será de 25%; quando se tratar de reforma de edifício ou de equipamento, o limite será de 50% para os seus acréscimos.

Caso a Administração Pública resolva pela supressão, o que ocorre se o contratado já houver adquirido e entregue os materiais no local contratado?

Se essa hipótese ocorrer, a Administração Pública deve pagar, com correção, os custos de aquisição. Admite-se ainda a indenização por outros danos comprovados que vierem a ocorrer em decorrência da supressão.

Caso a Administração resolva pelo acréscimo, o que ocorre com o aumento de encargos para o contratado?

Nesse caso, a Administração Pública deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Nos percentuais que descrevemos anteriormente não estão incluídas outras alterações que podem ser aplicadas nos contratos, em virtude de tributos, de encargos ou de disposições legais que venham a ser criados após a apresentação das propostas. Se tais fatos acontecerem e repercutirem no contrato, os valores inicialmente pactuados deverão ser revistos. Vamos observar o exemplo apresentado na Figura 7:

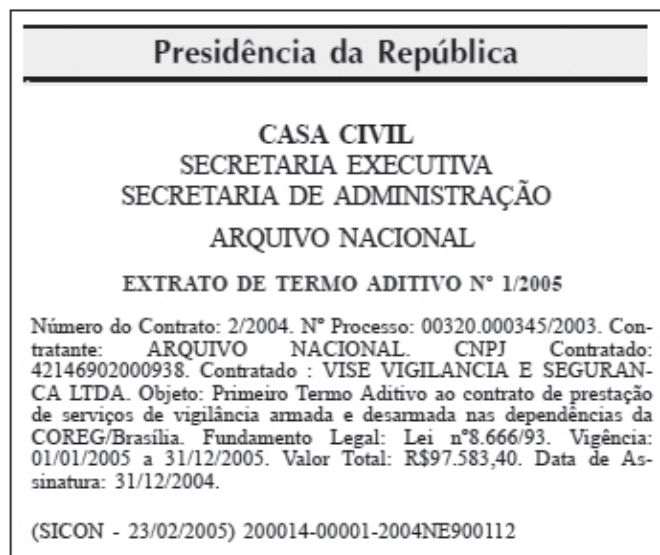


Figura 7: Objeto do termo aditivo

Fonte: <<http://tinyurl.com/3nrx9az>>. Acesso em: 11 maio 2011.

A Figura 7 mostra o extrato de um termo aditivo prorrogando o prazo. Nesse caso, o objeto do novo contrato é a própria prorrogação, permanecendo as demais cláusulas do contrato original inalteradas.

Nem sempre as alterações precisam ser formalizadas por termo aditivo. É o caso, por exemplo, do reajuste de preços previsto no próprio contrato, assim como as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento

nele previstas. Ocorre também nos casos de empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido. Nesses casos, a alteração será registrada por **apostila**, isto é, será anotada no processo administrativo do qual o contrato faz parte.

EXECUÇÃO, INEXECUÇÃO E RESCISÃO

Até aqui estudamos as características principais do contrato administrativo, como as cláusulas necessárias e exorbitantes, os prazos, a formalização e as alterações. A partir de agora vamos conhecer mais detalhadamente a própria execução do contrato pelas partes. Vamos conferir!

Como visto anteriormente, cabe à Administração Pública, por meio do seu representante, fiscalizar sua execução. O contratado, por sua vez, é responsável pela perfeita entrega do objeto do contrato; pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Diante da necessidade da execução do contratado, pode haver a **subcontratação** de partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração Pública. A Lei n. 8.666/93 não estabelece um percentual para a subcontratação, mas pune a subcontratação não autorizada, isto é, a que não for prevista no Edital ou no contrato.

A entrega do objeto contratado é parte essencial da execução do contrato. O objeto será recebido pela Administração **provisoriamente**, por termo circunstanciado, em até 15 dias da comunicação escrita do contratado, ou **definitivamente**, em até 90 dias. O recebimento provisório pode ser dispensado e substituído por recebido nos casos de gêneros perecíveis e alimentação preparada,



Para conhecer mais sobre esse limite, consulte o artigo 23, inciso II, alínea “a” da Lei n. 8.666/93.

serviços profissionais e obras e serviços cujos valores estejam no limite da carta-convite.

RESPONSABILIDADES

Para entender as responsabilidades, vamos começar pela rescisão. A rescisão é consequência da inexecução total ou parcial do contrato e poderá ser determinada pela Administração Pública, ocorrer por acordo entre as partes (amigável) ou resultar de decisão judicial.

No caso de responsabilidade da Administração Pública, a rescisão gera, para o particular, o direito de ser indenizado. Se este der causa à rescisão, sofrerá as sanções administrativas previstas na Lei n. 8666/93 e no contrato, sem prejuízo de sanções civis e criminais. Entretanto, se a inexecução for motivada por **força maior*** ou **caso fortuito***, o particular poderá ser ressarcido.

No Quadro 3, podemos estudar os casos que justificam a rescisão do contrato administrativo, conforme descrito no artigo 78 da Lei n. 8.666/93:

***Força maior** – acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade. Fonte: Di Pietro (2009, p. 648).

***Caso fortuito** – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração. Fonte: Di Pietro (2009, p. 648).

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO	RESPONSABILIDADE DO PARTICULAR
Não liberação de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento.	Não cumprimento, cumprimento irregular ou lentidão no cumprimento de cláusulas contratuais.
Atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos.	Atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento.
Supressão de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido.	Contratação de menores de 18 anos para trabalho noturno, perigoso ou insalubre ou menor de 16 anos, para qualquer trabalho, salvo de aprendiz.
Razões de interesse público.	Cometimento reiterado de faltas na execução.
Suspensão da execução, por ordem escrita, por prazo superior a 120 dias.	Desatendimento das determinações do fiscal da execução.
	Subcontratação total ou parcial não admitidas no edital e no contrato.

Quadro 3 : Responsabilidade pela inexecução
Fonte: Adaptado de Brasil (1993)

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO	RESPONSABILIDADE DO PARTICULAR
	Falência, insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado.
	Alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa.
	Paralisação sem justa causa e prévia comunicação à Administração.

Quadro 3 : Responsabilidade pela inexecução

Fonte: Adaptado de Brasil (1993)

Não sendo o particular responsável pela inexecução do contrato, além do ressarcimento dos prejuízos sofridos, terá ainda direito à devolução de garantia, aos pagamentos devidos pela execução da rescisão e pelo custo da desmobilização.

Do contrário, poderá a Administração Pública assumir o objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar; ocupar e utilizar o local, as instalações, os equipamentos, o material e o pessoal; executar a garantia; e reter os créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública.

MUTABILIDADE

Como vimos até agora, os contratos podem ser modificados ao longo de sua execução, garantido o seu equilíbrio econômico-financeiro, em especial. Mas nos casos em que se tratar de força maior, não podemos falar em modificação ou alteração de contrato, mas sim de **inexecução**.

Além dessa circunstância, Di Pietro (2009, p. 276) enumera outros tipos de **áreas*** administrativas que o particular pode enfrentar na execução do contrato.

O primeiro deles relaciona-se com a própria alteração **unilateral**, que é uma característica do poder exorbitante inscrita no contrato administrativo, e que deve estar fundamentado no interesse público.

Veja a teoria da imprevisão na próxima seção.

*Álea – possibilidade de prejuízo simultaneamente à de lucro; risco.
Fonte: Houaiss (2009).

O segundo risco é denominado de **fato do príncipe**, entendido como uma medida de ordem geral, não relacionada com o contrato, mas que nele repercute, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro. Podem ser citados como exemplos: a mudança cambial e a instituição de um tributo, que afetem o preço da matéria-prima. Tais medidas, tomadas por uma autoridade não vinculada ao contrato, podem afetar a execução contratual.

A terceira álea é conhecida como **fato da administração**, e está diretamente relacionada com o contrato, ao contrário do que acontece com o fato do príncipe. Um exemplo de fato da administração é o atraso no pagamento por prazo superior a 90 dias, o que autoriza o particular a paralisar a obra e rescindir o contrato por culpa da Administração Pública.

TEORIA DA IMPREVISÃO

As três hipóteses descritas anteriormente – alteração unilateral, fato do príncipe e fato da administração – estão no campo da álea administrativa. Já a teoria da imprevisão corresponde a uma álea econômica e corresponde a

[...] todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente oneroso para o contratado. (DI PIETRO, 2009, p. 282).

A teoria da imprevisão é aplicada sempre que ocorrer uma álea econômica, segundo cláusula já adotada pelos antigos romanos, na qual os contratos podem ser modificados se as condições forem também modificadas (cláusula *rebus sic stantibus*). A imutabilidade do contrato administrativo, caracterizado pela expressão *pacta sunt servanda* não encontra mais respaldo no Direito Positivo moderno,

como demonstra a Lei n. 8.666/93 quando regulamenta as formas de alteração do contrato.

É importante lembrar que tanto a álea econômica quanto a força maior são eventos externos que repercutem no contrato. Entretanto, no caso da teoria da imprevisão, é possível modificar o contrato para que o seu reequilíbrio econômico-financeiro seja restabelecido. Já no evento força maior, há uma impossibilidade absoluta de manter o contrato, que, em consequência, é rescindido.

Para concluir esta seção, vamos ler uma notícia veiculada pela imprensa que trata da rescisão de contrato celebrado entre Administração Pública e empresas privadas, como mostra a Figura 8:

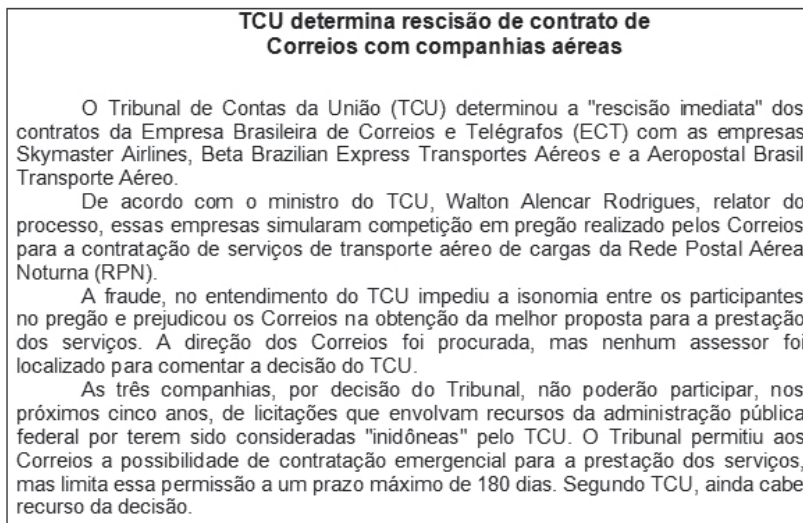


Figura 8: Rescisão contratual

Fonte: Diário Catarinense (2009)

CRIMES E PENAS

Agora, vamos entender um pouco sobre crimes e suas respectivas penas, tanto para licitação quanto para contratos, de acordo com os artigos 89 a 98 da Lei n. 8.666/93, conforme Quadro 4.

CRIME	PENA
Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.	Detenção de 3 a 5 anos e multa(*).
Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.	Detenção de 2 a 4 anos e multa.
Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa.
Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, até mesmo prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no artigo 121 da Lei n. 8.666/93.	Detenção de 2 a 4 anos e multa.
Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa.
Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.	Detenção de 2 a 3 anos e multa.
Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.	Detenção de 2 a 4 anos e multa, além de pena correspondente à violência.

Quadro 4: Penalidades da Lei n. 8.666/93

Fonte: Adaptado de Brasil (1993)

CRIME	PENA
<p>Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou de mercadorias ou contrato dela decorrente:</p> <p>“I – elevando arbitrariamente os preços; II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III – entregando uma mercadoria por outra; IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.” (BRASIL, 1993, art. 96).</p>	Detenção de 3 a 6 anos e multa.
Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo.	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa
Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa.
(*) A multa não poderá ser inferior a 2%, nem superior a 5% do valor do contrato.	

Quadro 4: Penalidades da Lei n. 8.666/93

Fonte: Adaptado de Brasil (1993)

MODALIDADES DE CONTRATO

Como vimos, contratos administrativos são aqueles celebrados entre Administração Pública e particulares, caracterizados pela existência de cláusulas exorbitantes. Destacamos, a seguir, algumas modalidades de contrato existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, em razão de suas características, assumem formas variadas.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

As normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) foram instituídas pela Lei n. 11.079, de 11 de dezembro de 2004, que definiu o conceito de parceria como o “[...] contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” (BRASIL, 2004, art. 2º).

Você sabe qual a diferença entre concessão patrocinada e concessão administrativa? Confira no Quadro 5 as principais características de cada uma das modalidades.

CONCESSÃO PATROCINADA	CONCESSÃO ADMINISTRATIVA
É a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei das concessões (Lei 8.987/95), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (*)	É o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalações de bens.

(*) Quando mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública, a concessão dependerá de autorização legislativa.

Quadro 5 : Modalidades de concessão
Fonte: Elaborado pelo autor

Na concessão patrocinada há a conjugação da tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado), ao passo que na concessão administrativa a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público (DI PIETRO, 2009).

Mas o que é necessário para que um contrato seja considerado de parceria?

Vamos conferir:

- ▶ deve ser superior a R\$ 20 milhões;
- ▶ o serviço deve ser prestado em prazo superior a cinco anos e inferior a 35 anos; e
- ▶ o objeto deve estar limitado ao fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública.

Todo contrato de PPP deve observar as seguintes diretrizes:

- ▶ eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- ▶ respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- ▶ indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do Poder de Polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- ▶ responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- ▶ transparência dos procedimentos e das decisões;
- ▶ repartição objetiva de riscos entre as partes; e
- ▶ sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

A Lei prevê que antes da celebração do contrato deva ser constituída **sociedade de propósito específico**, incumbida

***Governança corporativa** – é um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os acionistas e os cotistas, o Conselho de Administração, a Diretoria, a Auditoria Independente e o Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. Fonte: <<http://www.ibgc.org.br/Home.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

de implantar e gerir o objeto da parceria. Tal sociedade deve obedecer a padrões de **governança corporativa***, sendo vedado à Administração Pública ser titular da maioria do seu capital votante.

Assim como no contrato administrativo regulado pela Lei n. 8.666/93, também a contratação de PPP será precedida de licitação. Entretanto, a única modalidade aqui admitida é a **concorrência**, cujos Edital e contrato deverão ser submetidos à consulta pública, sendo necessária licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento.

No julgamento das propostas será levado em conta o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública, e a melhor proposta técnica oferecida pelo licitante. O Edital define a forma de apresentação das propostas econômicas dentre as duas opções oferecidas pela Lei:

- ▶ propostas escritas em envelopes lacrados; e
- ▶ propostas escritas, seguidas de lances em viva voz, dos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior do que o valor da melhor proposta.

CONTRATO DE CONCESSÃO

Os contratos de concessão estão disciplinados pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em suas duas modalidades.

- ▶ concessão de **serviço público**, definida como

[...] a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concor-

rência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (BRASIL, 1995a, art. 2º).

- ▶ concessão de serviço público precedida da execução de **obra pública**, definida como

[...] a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (BRASIL, 1995a, art. 2º).

E como funciona a remuneração dos concessionários na concessão?

A remuneração dos concessionários se dá por meio da cobrança de **tarifa** dos usuários, cujo valor é fixado pelo preço da proposta vencedora da licitação. Além desse aspecto, a licitação também utiliza como critérios de julgamento a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão e a melhor proposta técnica, com preço fixado no Edital.

Assim como no pregão, também na licitação para concessão pode ocorrer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Dessa maneira, primeiro são classificadas as propostas econômicas e, em seguida, são analisados os documentos de habilitação.

No contrato de concessão são consideradas cláusulas essenciais, dentre outras, as relativas ao preço do serviço e aos critérios e aos procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas, e os direitos e os deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço.

A fiscalização pela efetiva execução do contrato é encargo da Administração Pública, a quem compete aplicar as penalidades e intervir na prestação dos serviços, e intervir ou extinguir a concessão, nos casos de inexecução do contrato.

A extinção da concessão pode ocorrer pelo fim do termo contratual ou ainda por encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa concessionária, falecimento ou incapacidade do titular.

No caso de extinção da concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no Edital e estabelecido no contrato nos termos do § 1º da Lei n. 8.987/95.

CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão está previsto na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que o define como um instrumento celebrado entre Administração Pública e entidades qualificadas como Organização Social para fomento e execução de atividades nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Mas o que é Organização Social? Vamos conferir o conceito utilizado por Justen Filho (2005, p. 25):

É uma qualificação atribuível a uma pessoa jurídica de direito privado, sem fim lucrativo. Por isso, tanto associações (sociedades civis sem fim lucrativo) como fundações podem pleitear essa qualidade. Exige-se que o objeto social se relacione a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Antes, porém, como informa Di Pietro (2009), foram celebrados contratos semelhantes com a Companhia Vale do Rio Doce e com a Petrobras, com base no Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991 – revogado pelo Decreto n. 3.375, de 24 de janeiro de 2001–, que instituiu o Programa de Gestão das empresas estatais. E os Decretos n. 2.487 e n. 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998, permitem que autarquias e fundações qualificadas como agências executivas também celebrem contrato de gestão com o Ministério supervisor.

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, introduziu o § 8º no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que criou condições para o surgimento do contrato de gestão na medida em que estabeleceu parâmetros para a autonomia gerencial entre órgãos da Administração Pública viabilizados por meio de contratos que levassem em conta o cumprimento de metas e o controle de avaliação de desempenho.

De acordo com Di Pietro (2009), o fim último dos contratos de gestão é a eficiência, como princípio constitucional revisto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Basicamente, salienta a autora, todo contrato de gestão deve conter, no mínimo:

- ▶ a forma como a autonomia será exercida;
- ▶ as metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato; e

- ▶ o controle de resultado para verificação do cumprimento ou não das metas estabelecidas.

Segundo Meirelles (2008, p. 94),

[...] o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Depois de aprovado pelo Conselho Administrativo da entidade, a Lei n. 9.637/96 determina que o contrato de gestão seja submetido ao **Ministro de Estado** ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

No caso de entidade estadual, essa competência é atribuída ao Secretário de Estado.

Além dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade, a Lei n. 9.637/96 prevê mecanismos que visam concretizar o princípio da eficiência e que devem orientar a elaboração do contrato de gestão, como os que podemos acompanhar a seguir:

- ▶ a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, e a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; e
- ▶ a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

E quando a entidade qualificada deve apresentar o relatório de execução do contrato?

Isso acontecerá obrigatoriamente ao final de cada exercício, ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, e ainda conterà o comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

Cabe à autoridade supervisora indicar uma comissão de avaliação, composta de especialistas de notória capacidade para analisar os resultados atingidos com a execução do contrato.

Tomando conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou de bens de origem pública por Organização Social, os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão darão ciência ao TCU sob pena de responsabilidade solidária. O artigo 10 da Lei n. 9.637/98 determina que

Havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. (BRASIL, 1998c).

É importante registrar que a Administração Pública pode celebrar contrato de gestão com essas entidades mediante procedimento de dispensa de licitação amparado no inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93.

Depois de conhecer as particularidades desse tipo de contrato, você saberia definir seu objetivo?

Como o objetivo do contrato de gestão é fomentar as atividades sociais, as entidades qualificadas poderão receber da Administração Pública recursos orçamentários e bens públicos (estes mediante permissão de uso), e servidores públicos, com ônus para a origem.

Vamos conferir um exemplo de contrato de gestão, conforme mostra o extrato de instrumento contratual apresentado na Figura 9:

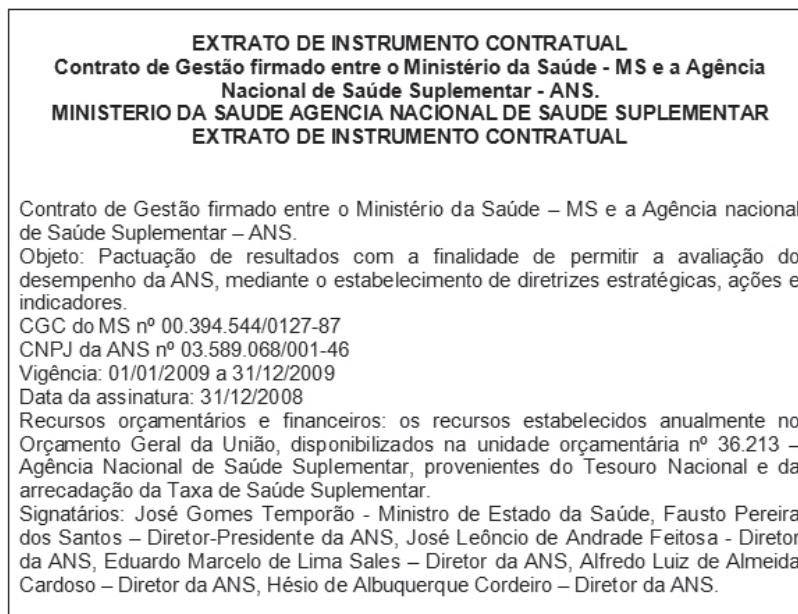


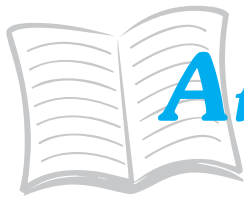
Figura 9: Contrato de gestão
Fonte: Brasil (2008e)

Observe que nesse exemplo a vigência do contrato vai até 31 de dezembro, ou seja, quando se encerra o ano fiscal. Caso seja prorrogado, será necessário um termo aditivo.

Resumindo



Os contratos administrativos são regidos por normas de Direito Público, como a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, a Lei das Parcerias Público-Privadas, a Lei das Concessões ou a lei que prevê o contrato de gestão celebrado com entidades qualificadas como Organizações Sociais. Diferente do que ocorre no ajuste privado, os prazos dos contratos administrativos não podem ser indeterminados. Ao longo de sua execução, os contratos podem ser alterados se as condições anteriormente estabelecidas forem também alteradas. O importante é que o equilíbrio econômico-financeiro seja mantido. Caso o contrato venha a ser rescindido pela Administração Pública, sem culpa do particular, este terá direito à indenização. Se a situação for inversa, o particular responderá nos termos previstos pelo contrato ou pela Lei n. 8.666/93.



Atividades de aprendizagem

Agora é hora de verificar o seu nível de apreensão dos temas tratados até aqui. Para tanto, realize as atividades propostas.

1. O que você entende por equilíbrio econômico-financeiro de um contrato? Cite um exemplo e justifique-o.
2. No caso de uma enchente que destrua um canteiro de obras, a empreiteira poderá pedir a rescisão ou a alteração do contrato? Justifique sua resposta com base na teoria da imprevisão.