

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO

RICARDO SUÑER ROMERA NETO

**OS LUCROS CESSANTES NO CASO DE RESCISÃO DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA, SEM CULPA DO CONTRATADO.**

SÃO PAULO

2020

RICARDO SUÑER ROMERA NETO

**OS LUCROS CESSANTES NO CASO DE RESCISÃO DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA, SEM CULPA DO CONTRATADO.**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Flávio Henrique Unes Pereira, apresentado como requisito parcial, para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento, na área de concentração Empresas e Contratos.

SÃO PAULO

2020

RICARDO SUÑER ROMERA NETO

**OS LUCROS CESSANTES NO CASO DE RESCISÃO DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA, SEM CULPA DO CONTRATADO.**

Data da aprovação: 10 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Orientador Dr. Flávio Henrique Unes Pereira
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**

**Prof. Avaliador: Luiz Felipe Hadlich Miguel
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**

**Prof. Avaliador: Felipe Faiwichow Estefam
Instituto: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

*A minha amada esposa Debora Lopreiato
Suñer, companheira em todos os
momentos.*

*Aos meus filhos Ricardo Luiz, Santiago e
Beatriz.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Dr. Flavio Henrique Unes Pereira pela dedicação durante toda a orientação. Sem ele não teria conseguido chegar a essa etapa da vida acadêmica. Eterna gratidão.

Aos Professores Dr. Felipe Faiwichow Estafam e Dr. Luiz Felipe Hadlich Miguel, por compor a banca de qualificação e pelos ensinamentos lá proferidos.

A todos os professores do Instituto Brasiliense de Direito Público, especialmente aos professores Dr. Gustavo Justino de Oliveira e Dr. Luiz Felipe Hadlich Miguel. Em suas aulas, descortinei caminhos para o desenvolvimento desta dissertação.

Aos colegas de turma pela solidariedade, apoio e intensivo intercâmbio de informações e pensamento, especialmente a Felipe Augusto Alciprete por compartilharmos a elaboração de trabalhos em diversas disciplinas.

A todos os funcionários do Instituto Brasiliense de Direito Público pela corriqueira cordialidade com os alunos;

a minha esposa e filhos por serem privarem da minha companhia durante a elaboração deste trabalho;

a Dra. Christianne Gally por sempre emitir boas vibrações, me incentivar na conclusão deste trabalho e realizar a revisão;

a minha amiga e colega de profissão Nathalia Nogueira Barbosa pela paciência de me ouvir sobre a dissertação, pelas leituras dos capítulos e sugestões apresentadas, e por sempre me incentivar ao estudo;

ao meu primo Dr. Rodrigo Almeida Suñer pela constante troca de ideias acadêmicas;

ao meu filho Santiago Suñer Romera por pesquisas históricas que subsidiaram alguns pontos da dissertação;

a todos que de uma forma ou outra contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Agradeço principalmente a Deus por sempre me proteger e iluminar nos momentos de maior dificuldade.

RESUMO

O escopo desta dissertação consiste em perquirir se há o cabimento dos lucros cessantes no caso de rescisão de contrato administrativo de obras públicas sem culpa da contratada (interesse público, fato da administração e caso fortuito ou força maior), para tanto foi examinada a legislação, a doutrina e a jurisprudência. A matéria encontra-se regulada pelos artigos 77 a 79 da Lei 8.666/93. Apesar de o assunto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça apresentar tendência de considerar devido os lucros cessantes, o tema desperta divergência na Corte. A mesma tendência foi verificada na análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. A celeuma se dá pela interpretação da dicção “prejuízos regularmente comprovados” estampada no artigo 79, § 2º. A divergência jurisprudencial causa insegurança jurídica, por vezes, fazendo a questão chegar ao Judiciário, pois o gestor do contrato pode não se sentir seguro para firmar um termo de rescisão amigável, reconhecendo o pagamento de tal verba. Adicionalmente o trabalho apresenta alguns aspectos da legislação portuguesa, espanhola e nacional projetada. Pela proximidade do tema também foi analisado o cabimento dos lucros cessantes no caso de declaração de nulidade do contrato sem a culpa do contratado. Ressalvada a hipótese de rescisão amigável, a rescisão do contrato é decorrência de alguma patologia ou evento superveniente, muitas vezes colocando as partes contratuais perante a decisão de reequilibrar, suspender ou rescindir o contrato, motivo pelo qual também foram analisados os fundamentos dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes, a autoexecutoriedade, o reequilíbrio econômico-financeiro e seus eventos autorizadores, as hipóteses de suspensão da execução do contrato e as causas de rescisão do contrato. Optou-se por fazer um recorte sobre a rescisão de contratos de obras públicas, dada algumas peculiaridades destes contratos que exigem, por força do artigo 7º, § 2º da Lei 8.666/93 uma fase interna de planejamento e preparação da licitação que se mal executada pode comprometer o andamento da obra, bem como nos casos de contingências orçamentárias, falhas ou omissões de projeto e mudanças de políticas públicas nas trocas de mandatos, gerando uma recorrência de obras públicas atrasadas ou paralisadas, conforme pesquisa efetuada no TCU e TCESP. Diante disso, por oportuno, no último capítulo, são apresentadas algumas sugestões para mitigar o problema, como a necessidade de prévio planejamento técnico e orçamentário, responsabilização do agente público, acompanhamento da execução da obra pela sociedade, matriz de risco e *dispute boards*.

Palavras-chaves: Contrato administrativo. Rescisão. Lucros cessantes. Obra Pública. Reequilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

The scope of this dissertation consists of investigating whether there is a fit for loss of profits in the case of termination of an administrative contract for public works without the fault of the contractor (management interest, management default and unforeseeable circumstances or force majeure). To this end, legislation, doctrine and jurisprudence were examined. The matter is regulated by articles 77 to 79 of Law 8.666 / 93. Despite the fact that the matter within the Superior Court of Justice shows a tendency to consider due to the loss of profits, the issue arouses divergence in the Court. The same trend was seen in the analysis of the jurisprudence of the Courts of Justice of São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais and Rio Grande do Sul. The uproar is due to the interpretation of the diction “regularly proven losses” stamped in article 79, § 2. The divergence in jurisprudence causes legal uncertainty, sometimes leading the matter to the Judiciary, as the contract manager may not feel secure to sign an amicable termination term, recognizing the payment of such amount. Additionally, the work presents some aspects of the projected Portuguese, Spanish and national legislation. Due to the proximity of the subject, the appropriateness of loss of profits was also analyzed in the case of a declaration of nullity of the contract without the fault of the contractor. With the exception of the friendly termination hypothesis, the termination of the contract is due to some pathology or supervening event, often placing the contractual parties before the decision to rebalance, suspend or terminate the contract, which is why the fundamentals of administrative contracts were also analyzed, the exorbitant clauses, self-enforcement, the economic and financial rebalancing and its authorizing events, the hypotheses of suspension of the execution of the contract and the causes of termination of the contract. It was decided to make a cut on the termination of public works contracts, given some peculiarities of these contracts that require, pursuant to Article 7, § 2 of Law 8.666 / 93, an internal phase of planning and preparation of the bid that is poorly executed it can compromise the progress of the work, as well as in cases of budgetary contingencies, project failures or omissions and changes in public policies in the exchange of mandates, generating a recurrence of delayed or paralyzed public works, according to research carried out at TCU and TCESP. In view of this, opportunely, in the last chapter, some suggestions are presented to mitigate the problem of paralyzed works, such as the need for prior technical and budgetary planning, accountability of the public agent, monitoring of the execution of the work by society, risk matrix and dispute boards.

Keywords: Administrative contract. Rescission. Last profits. Public work. Economic and financial rebalancing.

LISTA DE ABREVIATURAS

- AGU – Advocacia Geral da União.
- BDI – Bônus e despesas indiretas.
- CAUC - Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias.
- CF – Constituição Federal.
- CPA – Comissão popular de acompanhamento de obra.
- DESCs – Direitos econômicos, Sociais e Culturais.
- FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.
- IGPM – Índice geral de preços médios.
- INPC – Índice de preços no consumidor.
- LCSP - Ley de Contratos del Sector Público.
- LINDB – Lei de Introdução as normas de direito brasileiro.
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
- PAC – Programa de aceleração do crescimento.
- PPA – Plano plurianual.
- PPP – Parceria público privada.
- STF – Supremo Tribunal Federal.
- STJ – Superior Tribunal de Justiça.
- TCESP – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.
- TCU – Tribunal de Contas da União.
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
- TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo.
- UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

LISTA DE QUADROS

Quadro 01- Quadro comparativo dos limites de alteração contratual	63
Quadro 02- Causas de paralisação das obras do PAC-Programa de Aceleração do Crescimento	133
Quadro 03- Causas de paralisação para as obras paralisadas	135
Quadro 04- Responsabilidade pela causa de obras atrasadas ou paralisadas ...	137

SUMÁRIO

Introdução	12
1. O contrato administrativo	16
1.1. A evolução das contratações públicas.....	16
1.2. Aspectos do contrato administrativo e delimitação de seu regime.....	18
1.2.1. Formação do vínculo contratual como um dos elementos diferenciadores dos contratos administrativos com os privados.....	24
1.3. Características do contrato administrativo.....	26
1.4. Cláusulas exorbitantes	30
1.4.1. Competência para alteração e rescisão unilateral do contrato.....	31
1.4.2. Poder-dever de fiscalização	32
1.4.3. Imposição de sanções	34
1.4.4. Direito à ocupação provisória de bens e serviços	35
1.4.5. Não aplicação da exceção do contrato não cumprido	36
1.4.6. Competência para a suspensão temporária da execução do contrato.....	39
1.4.7. Do caráter autoexecutório das cláusulas favoráveis à Administração	40
1.4.8. Críticas às cláusulas exorbitantes	41
1.5. O contrato de obra pública	43
1.5.1. Regime Diferenciado de Contratações Públicas	45
2. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos	47
2.1. Reajuste	51
2.2. Atualização financeira	56
2.3. Repactuação	57
2.4. Revisão dos preços	58
2.4.1. Alteração unilateral	60
2.4.2. Fato da Administração	64
2.4.3. Teoria da imprevisão.....	66
2.4.3.1 Interferências imprevistas	70
2.4.4. Força maior e caso fortuito.....	71
2.4.5. Fato do príncipe.....	71
2.5. O lucro como elemento do equilíbrio econômico-financeiro e o BDI.....	72
2.6. Procedimentos para o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro	77
3. A rescisão do contrato administrativo sem culpa do contratante e os lucros cessantes.	79
3.1. Formas de extinção do contrato administrativo	79
3.2. Anulação	79
3.3. Rescisão	85
3.3.1. Rescisão como medida proporcional	86
3.3.2. Hipóteses descritas na Lei nº 8.666/93	87
3.3.3. Rescisão por ato unilateral da administração	88
3.3.4. Rescisão por supressão por parte da administração acima do limite legal	89
3.3.5. Rescisão por suspensão da execução por ordem da administração	90
3.3.6. Rescisão por atraso no pagamento	91

3.3.7. Rescisão por não liberação de área ou jazidas de materiais	93
3.3.8. Rescisão por fato da Administração – outros motivos	95
3.3.9. Rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior	96
3.4. Formas de rescisão do contrato	96
3.5. Os lucros cessantes	98
3.6. Cabimento dos lucros cessantes no caso de rescisão?	99
3.7. Cabimento dos lucros cessantes no caso de anulação?	101
3.8. Os lucros cessantes no contrato privado de empreitada.....	104
3.9. Os lucros cessantes na legislação espanhola.....	106
3.10. Os lucros cessantes na legislação portuguesa.....	108
3.11. Tratamento da matéria na legislação projetada.....	111
3.12. Metodologias para o cálculo dos lucros cessantes.....	112
4. Precedentes Jurisprudenciais sobre os lucros cessantes na rescisão do contrato administrativo.	114
4.1. Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.	114
4.2. Entendimentos do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	121
4.3. Julgados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....	123
4.4. Julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	124
4.5. Julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	127
5. Dimensão, características e possíveis medidas para atenuação da incidência de paralisação das obras públicas	131
5.1 Análise das causas de paralisação de obra de acordo com o levantamento do TCU.....	131
5.2. Pesquisa e análise das causas de paralisação de obras na Jurisdição do TCE/SP.....	134
5.3. Possíveis medidas para atenuação do problema	137
5.3.1. Responsabilização do agente público	147
5.3.2. Responsabilização do gestor e do agente público.....	140
5.3.3. Acompanhamento social do andamento da obra.....	145
5.3.4. A matriz de risco	149
5.3.4. <i>Dispute boards</i>	154
Conclusão.	159
Referências.	165

INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é investigar o cabimento dos lucros cessantes, no caso de rescisão de contrato administrativo de obra pública, sem culpa do contratado. A escolha do tema decorreu da falta de consenso nas decisões judiciais sobre o assunto. Apesar de, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ser apresentada uma tendência de considerar devido os lucros cessantes, o tema desperta divergência não somente na Corte, como também nos Tribunais de Justiça pesquisados.

A insegurança jurídica causada por essa incerteza faz com que muitas demandas sejam levadas ao judiciário, na medida em que o gestor do contrato não se sente amparado para firmar um acordo consensual de rescisão, reconhecendo o pagamento de tal verba. Tal situação vai na contramão da tendência de resolução consensual dos conflitos de interesse.

Delimitamos a pesquisa aos casos de rescisão do contrato sem culpa do contratado, pois caso o objeto de estudos fosse a rescisão com culpa do contratado, seria abordado o tema das sanções administrativas, como multa, suspensão temporária do direito de contratar e declaração de inidoneidade.

Por ser um Mestrado Profissional cujo objeto de pesquisa deve ser um problema prático, relacionado a uma área profissional (não exclusivamente teórico/acadêmico), o texto não se destinará somente a operadores do Direito, mas também aos gestores dos contratos de obras públicas que, muitas vezes, não têm formação jurídica (em muitos casos, engenheiros). Daí a importância da fixação de algumas noções de propedêutica nos capítulos 1 e 2, para o desenvolvimento do raciocínio e compreensão da pesquisa e do problema.

Não se pode perder de mira que, salvo no caso de rescisão amigável, a rescisão de um contrato de obra pública é a consequência de uma crise na relação contratual, pois o fim normal dos contratos é a consecução de seu objeto. Por isso, algumas situações correlacionadas à crise contratual e seus possíveis desdobramentos foram abordadas, motivo pelo qual foi explorado o reequilíbrio econômico-financeiro, a possibilidade de suspensão da execução contratual, a anulação do contrato e a rescisão com seus desdobramentos.

Além das implicações para as partes contratantes, a rescisão ou a suspensão da execução de contrato de obra pública traz desdobramentos danosos à sociedade, na medida em que atinge a geração de empregos, a arrecadação tributária, a circulação de riqueza e a fruição da obra

pública pela coletividade, que pode ter uma finalidade social (escola, hospital), de gestão administrativa ou de infraestrutura – por isso, o fenômeno da contratação e execução de obra pública merece ser bem estudado.

A magnitude econômica das obras atrasadas, ou paralisadas, é alarmante. Em 2019, o Tribunal de Contas da União realizou um amplo diagnóstico das obras paralisadas, com o levantamento de mais de 38 mil contratos de obras públicas, identificando que mais de 14 mil estão paralisados, ou seja, mais de um terço das obras. Deste diagnóstico, resultou o Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo mantém na Internet um Painel de Obras Atrasadas ou Paralisadas¹ que, na data de 06/10/2020 apontava 1.248 obras nessa situação, representando a somatória de R\$ 50.191.545.441,63, em valor inicial dos contratos, com execução atrasada ou execução paralisada.

Optou-se por fazer o recorte nas obras públicas, em virtude da magnitude econômica acima demonstrada, mas também porque essa subespécie de contrato, dentro da espécie contratos administrativos, apresenta algumas características peculiares com a necessidade de uma fase interna de licitação com algumas exigências, nos termos dos artigos 7º a 12 da Lei 8.666/93 – diferentemente da contratação de fornecimento (compras) e serviços comuns (que geralmente, são contratados por meio de pregão), que tem uma fase interna com menos exigências.

No capítulo 1 (Contrato Administrativo), buscou-se construir um alicerce para a argumentação à respeito da linha de desenvolvimento do tema, pois mostra-se fundamental fixar que o contratado atua como um colaborador do Estado. Enquanto o Estado quer uma satisfação pública atendida, o Particular quer o lucro, de modo que o Contrato é o instrumento de harmonização desses interesses. Uma das características principais do contrato administrativo são as cláusulas exorbitantes, entre elas o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato, tendo por contraponto a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, quando estão presentes os pressupostos.

Ainda neste capítulo, explora-se a não aplicação da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos. A incursão nesse tema, juntamente com uma exploração profunda do reequilíbrio econômico-financeiro, assunto do capítulo seguinte, é fundamental para o operador dos contratos (seja do lado do Poder Público ou do contratado) a fim de balizar a decisão entre suspender a execução do contrato, reequilibrá-lo ou rescindi-lo, pois, em muitas hipóteses (como na ocorrência de fato da administração ou força maior), ele estará diante dessa

¹https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3AObra%3Apainel_obras.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero . Acesso em: 06 out. 2020.

decisão. Entretanto, para que seja a decisão a mais adequada com a situação fática, ele deve ter noção da viabilidade legal e conhecimento dos desdobramentos e consequências de cada opção a ser tomada, fazendo o sopesamento de valores e consequências, observando, principalmente, o interesse público envolvido, a economicidade, finalidade e o respeito aos direitos fundamentais do contratado.

O capítulo 2 será dedicado, pois, a explorar as facetas do reequilíbrio econômico-financeiro, ampliando e reforçando o alicerce iniciado no capítulo 1. Fundamental para a compreensão ampla desse instituto é o estudo dos eventos que autorizam a sua aplicação (alterações unilaterais, fato da administração, fato do príncipe, teoria da imprevisão, caso fortuito e força maior), bem como a fixação de que o lucro é um dos elementos do equilíbrio contratual, e a forma em que o lucro é apresentado nas propostas, sendo um dos componentes do BDI (*Budget Difference Income*), que, no Brasil, foi traduzido como Bonificações e Despesas Indiretas.

A interrelação entre o reequilíbrio e a rescisão contratual mostra-se evidente quando há análise das consequências dos eventos de caso fortuito e força maior, uma vez que estão previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos como hipótese de reequilíbrio (art. 65, II, d) e como hipótese de rescisão (art. 78, XVII).

Fixados esses pressupostos, serão tratadas, no capítulo 3, as hipóteses de extinção do vínculo contratual por anulação (com as consequências reguladas pelo art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93) e a rescisão do contrato por culpa da Administração ou por interesse público, bem como nos casos de força maior e caso fortuito –tais situações estão reguladas no art. 78, incisos XII a XVII c/c artigo 79, parágrafo 2º da Lei Federal 8.666/93 –, e sua correlação/implicação com o cabimento dos lucros cessantes pela inexecução do objeto contratado, sem culpa do contratado.

A incerteza jurídica nasce da interpretação e abrangência que se dá à expressão “prejuízos regularmente comprovados”, presente tanto no art. 59, parágrafo único, quanto no art. 79, § 2º. Ainda nesse capítulo, analisar-se-á o tratamento da rescisão sem culpa do contratado na empreitada privada regida pelo Código Civil Brasileiro, na *Ley de Contratos del Sector Público*, da Espanha; no Código dos Contratos Públicos, de Portugal; e na legislação projetada. Por fim, apontam-se algumas metodologias identificadas na doutrina e na jurisprudência para o cálculo dos lucros cessantes.

Vale registrar que apenas foram abordados aspectos da legislação espanhola e portuguesa, especificamente, sobre o tema da rescisão unilateral do contrato de obra pública, sem a pretensão de produzir um estudo de direito comparado. Esclarecemos que a escolha

desses dois países, se deu em virtude da matriz do direito administrativo destes países serem de inspiração francesa, assim como o nosso, bem como porque a legislação destes dois países foram recentemente atualizadas (Espanha 08/11/2017 e Portugal 31/08/2017), e ambas trazem artigos específicos regendo a rescisão por interesse público e sobre a rescisão com culpa da administração, para contrato de obra pública.

Como o cabimento dos lucros cessantes não tem tratamento uniforme na jurisprudência, o capítulo 4 dedicar-se-á a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais de justiça de São Paulo, de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul – ocasião em que serão analisadas as razões do decidir, a fim de esclarecer os motivos que levam a entendimentos jurisprudenciais divergentes dentro de um mesmo tribunal.

O capítulo 5 sintetiza levantamentos do Tribunal de Contas da União sobre a quantidade de obras paralisadas e, qualitativamente, as causas que levaram à paralisação, bem como apresenta uma explicação analítica dos dados do Painel de Obras Atrasadas e Paralisadas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Após apresentar o levantamento das causas de paralisação de obras, apresentar-se-ão sugestões de formas de mitigar o problema de atraso e paralisação de obras, como a necessidade de um bom planejamento de execução da obra e planejamento orçamentário, acompanhamento da obra pela sociedade, utilização da matriz de risco, *dispute boards* e a eventual responsabilização do agente público responsável por projetos falhos, erros de orçamento e pela gestão do contrato.

Para esse desiderato, a pesquisa será desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica em textos legais, legislação projetada, legislação de Portugal e Espanha, doutrina e jurisprudência, além de publicações especializadas, como revistas científicas. A pesquisa de jurisprudência abrangerá o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, que são os quatro estados com maior PIB na Federação.

Por se tratar de contrato de obra pública, o fio condutor da pesquisa será a Lei 8.666/93, com ênfase nos artigos 59, 66, 77, 78 e 79.

Para demonstrar a magnitude do problema envolvido, será realizada uma pesquisa junto ao Tribunal de Contas da União e ao *site* da Corte de Contas do Estado de São Paulo no cadastro de obras paralisadas ou atrasadas, levantando as causas das paralisações das obras públicas, para traçar um diagnóstico dos motivos que levam ao atraso ao paralisação das obras públicas.

A metodologia será predominantemente analítica e descritiva (ou de diagnóstico) e, na parte final do capítulo 5, será prescritiva, uma vez que são apresentadas sugestões.

1. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

A abordagem sobre o regime geral do contrato administrativo, ditado pela Lei 8.666/93, tem a finalidade de situar o leitor em qual regime jurídico o contrato de obras públicas se encontra localizado, para construir ligações de algumas das características do contrato administrativo com as causas de rescisão contratual sem culpa do contratado, uma vez que, em alguns casos, incide diretamente uma relação de causa e efeito, ou seja a prerrogativa da Administração com causa da rescisão. Por oportuno, consigna-se que não há a intenção de tratar da teoria do contrato administrativo.

1.1. A evolução das contratações públicas

Não se pode negar que, na Antiguidade e na Idade Média, havia normas jurídicas disciplinando alguma atividade estatal. Contudo, o Direito Administrativo surgiu como ciência autônoma e da maneira como hoje é concebido após a Revolução Francesa,² sobretudo no século XIX com a consolidação do Estado de Direito na Europa continental, quando o Poder Estatal, adotando a separação tripartite de Montesquieu, passou a ter os seus poderes limitados.³ A tripartição dos poderes também gerou a necessidade de alguma burocracia a qual fora regulada por normas que hoje se entende pertencentes ao Direito Administrativo.

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmar que uma sociedade somente terá uma constituição tendo garantia de direitos e separação dos poderes⁴, o Direito Administrativo francês, que é a matriz do Direito Administrativo pátrio, bem como dos demais países sul-americanos e da Península Ibérica, teve a sua gênese num estado autoritário, haja vista o golpe de Estado de 18 de Brumário⁵, em 1799, derrubando o denominado Diretório e dando início ao Consulado, onde Napoleão tornou-se o primeiro Consul – e, posteriormente, imperador em 1804. Conforme asseverado por Menezes de Almeida, “isso explicará a ênfase inicial desse ramo do Direito na noção de prerrogativas da

² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 31.

³ O “impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela Teoria da Separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu, em *L’Esprit des Lois*, 1748, e acolhida universalmente pelos Estados de Direito”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 51.

⁴ Article 16.- Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

⁵ Karl Marx utiliza a expressão “18 de Brumário” como sinônimo de golpe de estado, em sua obra do mesmo nome.

Administração e de um caráter de ‘exorbitância’ em relação ao que seria o Direito (privado) comum”.⁶

Num primeiro momento, os direitos assegurados eram aqueles que impunham uma prestação negativa do Estado, ou seja, uma proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, liberdade, propriedade, direitos políticos. A segunda geração de direitos fundamentais, ligados à ideia de igualdade, impôs ao Estado uma obrigação positiva, uma obrigação de fazer, sendo, então, chamado de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCs), tais como direito à educação, saúde e assistência social. A terceira geração, ligados à ideia de solidariedade e fraternidade, engloba os direitos difusos e coletivos, por exemplo, direito ao meio ambiente equilibrado.⁷

Essa breve excursão pela evolução dos direitos fundamentais demonstra que a atividade estatal vem, gradativamente, se expandindo.⁸ Percebe-se que os DESCs exigem do Estado capacidade financeira para executá-los, impondo uma maior burocracia e aparelhamento da atividade de arrecadação tributária. Esses direitos, somados às atividades típicas de qualquer Estado, por menos intervencionista e social que ele seja – tais como promover a defesa nacional, legislar, prestar jurisdição, manter o poder de coerção, limpeza pública, criar e manter a infraestrutura (rodovias, saneamento, porto, aeroporto) –, acarretam uma imensa gama de atividades⁹, onde o Estado pode atuar de forma direta, indireta por concessão, por permissão, por autorização, por contratação de terceiros ou parceria com terceiro setor.

Esse fenômeno da transformação do Estado ocasionou o seu crescimento, fazendo-o atuar em inúmeras áreas: social, econômica, regulatória, previdenciária, atividades econômicas típicas da iniciativa privada¹⁰, serviços públicos e obras públicas.

O crescimento desmensurado do Estado, inevitavelmente, leva a ineficiências, dificuldades de controle e de organização, havendo, modernamente, uma tendência à privatização e terceirização de atividades, por meio do fenômeno da contratualização. O Estado

⁶ ALMEIDA, op.cit. p. 31.

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 4.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.63.

⁸ Ao menos nos países que adotaram o modelo de Estado Social ou Estado de Bem Estar Social.

⁹ “Nota-se que, com a superação do liberalismo e a instituição do Estado Social, o indivíduo, que antes não queria a ação do Estado, passa a exigí-la. As relações entre Administração e administrado multiplicam-se e tornam-se muito mais complexas. A sociedade quer subvenção, financiamento, escola, saúde, moradia, transporte; quer proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e artístico nacional e aos mais variados tipos de interesse difusos e coletivos. (...) Evidentemente, essa evolução traria consequências inevitáveis em matéria de controle. Aquelas modalidades idealizadas para um Estado Mínimo tornaram-se inadequadas para um Estado que atua nos mais variados setores da ordem jurídica, econômica e social” (DI PIETRO, 2019, p. 14).

¹⁰ Por exemplo: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, bancos estaduais de fomento, BNDS, conforme permissão do art. 173 da Constituição Federal.

passa a ser cada vez mais gerenciador e fiscalizador, e menos executor direto do serviço público, da obra pública e de outras atividades de seu interesse. Nesse sentido, “um dos meios de que se vale a Administração para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual.”¹¹

Nesta mesma dimensão de raciocínio, nota-se a mudança de paradigma de estado administrativo-burocrático, hierárquico, centralizado e gestor direto, para o modelo de Estado contratual e Estado financiador, “pois atualmente há uma generalizada expectativa no sentido de que a vocação do Estado contemporâneo seja a de configurar agente financiador e fomentador de atividade que tenham por fim gerar a transformação social.”¹²

Sempre que a Administração tem uma necessidade, mas ela, por si própria, não consegue supri-la, poderá firmar um contrato com um terceiro, que então poderá atender essa carência.¹³

Tecidos os comentários sobre o crescimento da técnica contratual na gestão do Estado, passaremos a discorrer sobre os principais aspectos, conceito e características deste regime, uma vez que o contrato de obras públicas encontra-se situado dentro do regime jurídico geral dos contratos administrativos, disciplinados preponderantemente pela Lei 8.666/93. Ao final do capítulo, traremos as peculiaridades do contrato de obra pública.

1.2. Aspectos do contrato administrativo e delimitação de seu regime.

Muito se discutiu na doutrina sobre a natureza contratual, ou não, dos ajustes entre os particulares e a Administração Pública. Existem três correntes doutrinárias sobre a existência dos contratos administrativos: a) a que nega sua existência; b) a que entende que todos os contratos da administração são contratos administrativos; c) e a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.¹⁴

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 214.

¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito do terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 28-29.

¹³ “Uma forma de atuação administrativa que tem vindo a adquirir uma importância crescente é o contrato administrativo. Com efeito, é cada vez mais frequente que a Administração Pública, para prosseguir os fins de interesse público que a lei põe a seu cargo, procure a colaboração dos particulares, acordando com estes os termos em que tal interesse é prosseguido”. AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 295

Hodiernamente, prevalece a terceira corrente, assentando-se que o contrato administrativo é instituto com características próprias, o que o distingue dos contratos do direito privado.¹⁵ Não há dúvida, porém, de que o Poder Público pode ser parte de um contrato¹⁶. Predomina a ideia de que o contrato de um modo geral é um instituto da teoria geral do direito não podendo sua natureza jurídica ser concedida exclusivamente a um dos ramos do direito. “Quando em Direito Administrativo, falamos de contratos, fazemos apelo a um conceito cuja identidade foi forjada pela História, e que, sendo utilizado em Direito privado, como em Direito público, corresponde, hoje, a um instituto da Teoria Geral do Direito”.¹⁷

A antiga resistência à aceitação da existência do contrato administrativo fundava-se nos seguintes pontos: a) em virtude da sua posição de supremacia, a Administração não poderia firmar contrato com particular, pois seria pressuposto do contrato a nivelção das partes; b) as relações entre a Administração e particulares só nasciam mediante atos administrativos; e c) o atendimento do interesse público impediria todo o tipo de vínculo contratual contínuo.¹⁸

Entretanto, esse pensamento não prevaleceu, formando-se a teoria do contrato administrativo, diferenciando-o do contrato privado, na medida em que assegurava para a Administração algumas prerrogativas visando a atender o interesse público, sem que fosse sacrificado o interesse pecuniário do particular¹⁹ que, em última análise, em uma economia de mercado, é o lucro.

No instituto “contrato”, está assentada a ideia de acordo de vontade e do *pacta sunt servanda*. Mesmo no direito privado, ao menos no sistema romano-germânico, a autonomia da vontade não é absoluta, devendo estar limitada e adequada à lei – nesse aspecto a legislação brasileira está repleta de exemplos, como o artigo 45 da Lei do Inquilinato.²⁰ Portanto, o fato de o regime público trazer prerrogativas para a Administração não o desqualifica como contrato. Hoje, mesmo para o Direito Privado já resta superada a ideia de plena igualdade das partes (veja-se o código de defesa do consumidor, lei do inquilinato, por exemplo) e imutabilidade (vejam-se os artigos do código civil: 317, 421 e seus parágrafos, 478 e 479 que permitem a revisão dos contratos).

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1163

¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 214.

¹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 409.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 214.

¹⁹ *Ibidem*, p. 214.

²⁰ Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

Mesmo que atualmente existam contratos administrativos que são construídos mediante o diálogo entre o particular e Administração em busca da melhor solução para atender o interesse público, como nos casos da Parceria Público-Privada precedidas de procedimento de manifestação de interesse e a contratação integrada prevista no Regime Diferenciado de Contratação,²¹ modelos de contrato em que a supremacia da Administração já fora flexibilizada, o contrato de obra pública pelo regime geral da Lei 8.666/93, ainda guarda em seu bojo a supremacia da Administração.

Entretanto, conforme Mauro Roberto Gomes de Mattos: “o objetivo do contrato não é o de dismantelar a parte mais fraca da relação, e sim salvaguardar o interesse público.”²² Não se admitindo, num ambiente onde os entes públicos e privados produzem intenso tráfego contratual, que haja contrato leonino e desproporcional.²³

A característica de atender a um interesse público é o fundamento autorizador para permitir alterações e modificações. Aliás, a busca pelo interesse público norteia igualmente os atos administrativos. Nunca é demais lembrar a presença do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. Pela leitura da Lei do Regime Geral de Licitações, é possível observar que as possibilidades de alteração estão sempre condicionadas a uma justificativa; evidentemente, pelo próprio fim do Estado, essa motivação deve pautar-se em atender ao interesse público.

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/93 traz o conceito amplo de contrato com a Administração – porém, insuficiente para conceituar o contrato administrativo – nos seguintes termos: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Celso Antônio Bandeira de Mello, após tecer considerações sobre a impropriedade da rotulação “contrato administrativo”, conceitua-o:

É um tipo de avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e

²¹ Agustin Gordilho anota que nas privatizações argentinas se aplicou um sistema conhecido como *Data Room*, que em essência consistia em a Administração preparar a minuta do edital e contrato e chamar publicamente os interessados a estudar os dados disponíveis e possivelmente propor modificações e alterações no edital ou e no contrato. (in Tratado de derecho administrativo, 2. Tomo: La defensa del usuario y del administrativo. 5º edição – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p.XII-22-23.)

²² Mauro Roberto Gomes de Mattos, 2002, p. 2

²³ Mauro Roberto Gomes de Mattos, 2002, p. 6

as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de f, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.²⁴

Para Edmir Netto de Araújo, contrato administrativo é

o acordo de vontades opostas, realizado *intuitu personae*, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrafrem o interesse público, contendo explicitamente ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste.²⁵

Mesmo se tratando de ajuste de vontade, não fica afastada a verticalidade que coloca a Administração em uma posição de supremacia com relação ao particular, restando ao particular o direito a uma compensação financeira – a chamada manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pelas alterações unilaterais realizadas e ocorrência de riscos atribuídos à Administração. Ainda assim, essas alterações encontram limites na legislação e, em alguns casos, no instrumento contratual.

Sobre a dimensão vertical das relações entre a Administração e o particular, esclarece Marçal Justen Filho:

Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim se passa porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidade e conveniência egoística, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do bem comum.²⁶

Nesse sentido, Justen Filho esclarece que a supremacia do interesse público (verticalidade) não despreza os interesses privados, pois a ordem constitucional concede proteção à dignidade da pessoa humana, não podendo ser cogitada a supremacia do interesse público para impor sacrifício a um direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela constituição.²⁷ Desse modo, a pedra de toque definidora entre os contratos direito privado e direito público são as cláusulas exorbitantes e a possibilidade de mutabilidade (assunto a ser tratado no item 2.4.1.), tendo por contraponto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p.654/655.

²⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 754.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.) e BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. – São Paulo: Almedina, 2020. p. 39.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. A Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.) e BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. – São Paulo: Almedina, 2020. p. 55 e 56.

Existem os contratos da administração (gênero), dentre os quais se encontra o contrato administrativo.²⁸ O gênero contratos da administração, além do contrato administrativo em si, abarca todas as espécies de contratos, convênios e ajustes em que a Administração seja parte, entre eles, o acordo de leniência, o acordo administrativo firmado com base na LINDB, o acordo de cooperação, os convênios públicos, os contratos de consórcio público, os contratos de programa, os contratos de rateio, os contratos de gestão, os termos de parceria, os termos de colaboração, os termos de fomento, os termos de ajuste de condutas; bem como os contratos públicos regidos pelo direito privado, chamados por parte da doutrina de contratos semipúblicos.²⁹

A espécie contrato administrativo subdivide-se em contratos de colaboração e delegação. Os de colaboração são basicamente aqueles em que o objeto é uma prestação de serviço, execução de obras públicas, locação de bens e alienações rígidos pelo regime geral da lei 8.666/93. Os de delegação são aqueles em que o particular assume o exercício de uma competência administrativa, perante a qual o particular desempenha uma função tipicamente estatal. Nesta categoria, estão presentes os contratos de concessão de serviço público, permissão de serviço público, autorização de serviço público e parceiras de serviço público e privada. Em ambos os contratos administrativos o regime jurídico que regula a relação do poder público com o contratado (ou concessionário, ou permissionário) é de direito público,³⁰ embora sejam eles supletivamente regidos pelos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições do direito privado.

Ressaltamos que nem todos os contratos firmados pela Administração são regidos pelo regime dos contratos de administrativos, existindo uma classe denominada contratos privados da Administração.

Em inúmeras situações, a Administração firma contrato diretamente (por dispensa ou inexigibilidade), por meio de licitação ou chamamento público, que são regidos preponderantemente pelo regime privado. São os chamados contratos privados da administração que estão disciplinados no parágrafo 3º e incisos do artigo 62, com a seguinte redação:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

²⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 746

²⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 213.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1167.

- I - 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;
- II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

São exemplos desses contratos, compra e venda de imóveis, comodato (relativamente comum para zeladores de escola e prédios públicos), locação de imóvel urbano, empréstimo bancário, contratos de serviços bancários, seguro, serviços postais, fornecimento de água e energia elétrica.

Mesmo regido pelo direito privado, a administração reserva algum privilégio legal, especialmente os previstos no art. 58³¹. Entretanto, a aplicação do artigo 58 não é plena, pois encontra limites na expressão “no que couber” do § 3º do art. 63, na expressão “respeitados os direitos do contratado” do inciso I do art. 58³². Também podem existir cláusulas protetivas dos interesses da administração, dentro da liberdade de contratar, típica do direito privado, e limitada pela lei que rege o negócio em si, como por exemplo a lei de locações. Mas, independentemente do regime preponderante, a Administração sempre firma contratos visando ao interesse público.

Outra classe de contratos da administração que não se confunde com o contrato administrativo são os convênios. A distinção básica entre contrato e convênio são os interesses. Nos contratos administrativos, os interesses das partes contratantes são diversos. A Administração quer uma necessidade pública atendida e o particular, geralmente, o lucro, conforme anotado por Di Pietro: “Os interesses e finalidades visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um, o contrato de concessão de serviços públicos, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro.”³³

³¹ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

³² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 750.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.299.

Isso reforça que um dos principais elementos caracterizadores do contrato administrativo é a busca do lucro pelo particular, ou seja, é a busca pelo lucro que move o particular a participar de um certame para firmar um contrato elaborado pela administração, conforme se extrai da lição do Procurador Federal Reinaldo Couto:

Apesar da finalidade do contrato administrativo ser a satisfação do interesse público, não há qualquer menosprezo ao interesse particular de lucrar com a avença. Ao contrário, o particular não deve ser compelido a prestar o seu serviço, explorar bem do Estado ou fornecer produto sem que a finalidade de obtenção de lucro da sua atividade seja preservada, sob pena de estar configurada expropriação ilegal.

Os interesses no contrato administrativo devem ser harmônicos, há cooperação para o objeto final, não se trata de relação essencialmente conflituosa. A avença deve ser comutativa e sinalagmática. Caso contrário, estar-se-ia diante de intervenção do Estado no domínio econômico, o que, definitivamente, não é a finalidade da licitação nem do contrato administrativo.³⁴ (grifo nosso)

No convênio, por outro lado, vontades se somam, atuam conjuntamente para alcançar interesses e objetivos comuns. Não há, por parte do particular, a intenção de lucro, tanto que uma das características do terceiro setor é que a entidade não tenha fins lucrativos. Nota-se, contudo, um crescimento de ajustes firmados com o terceiro setor, especialmente na área da saúde.

Esses breves esclarecimentos alertam que, para os contratos privados da administração e para os convênios, não se aplica o estudo desta dissertação sobre o cabimento ou não dos lucros cessantes no caso rescisão do contrato administrativo, pois estão situados em outro regime jurídico.

1.2.1. Formação do vínculo contratual como um dos elementos diferenciadores dos contratos administrativos com os privados

Em atenção aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, as contratações públicas devem ser precedidas de processo licitatório (Cf. art. 37, XXI), sendo exceção a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A formação do contrato administrativo também é um forte elemento diferenciador dos contratos privados,³⁵ nos quais a formação do vínculo contratual nasce com a aceitação da

³⁴ COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.575

³⁵ “Característica fundamental do contrato administrativo é a necessidade de prévia licitação.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 599).

proposta ou da oferta pública, nos termos dos artigos 427 e 429³⁶ do Código Civil. No caso da proposta, pode ser ela de iniciativa de qualquer parte, vendedor ou comprador, prestador ou tomador do serviço, e assim por diante. Além disso, a contratação não precisa obrigatoriamente passar por burocrático procedimento de licitação.

No contrato administrativo, em regra, existe uma oferta feita por meio do instrumento convocatório³⁷ para toda a coletividade³⁸. Nos casos de pregão, tomada de preço e concorrência pública, existe ampla divulgação no *site* do órgão e na imprensa oficial. Os particulares formulam a sua proposta de preço vinculada aos termos do instrumento convocatório.³⁹ No atual sistema, o particular não pode oferecer um bem substituto, com características semelhantes à descrição do objeto licitado, sob pena de violar o princípio da isonomia.⁴⁰ Por exemplo, o órgão licita a construção de uma galeria de drenagem em concreto moldado *in loco*; o particular não pode apresentar uma oferta para construir em concreto pré-moldado. Poderia se cogitar em, após assinar o contrato administrativo para execução em concreto moldado *in loco*, o contratado apresentar uma sugestão de alteração e melhoria do projeto, mantendo-se o objeto (galeria de drenagem), para a elaboração de um aditivo contratual.⁴¹

Anota Agustín Gordillo que a licitação é um procedimento para selecionar aquele que celebrará um contrato com a Administração, constituindo um pedido de ofertas efetuada ao mercado privado, sendo o contrato administrativo de adesão.⁴²

³⁶ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

³⁷ Mesmo para a modalidade convite, existe publicidade com por meio do edital publicado no local de costume da repartição.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 299.

³⁹ Aliás, esse é um dos princípios da licitação, explícitos no art. 3º da Lei 8.666/93.

⁴⁰ Igualmente explícito no art. 3º.

⁴¹ Diferentemente é a contratação integral prevista no RDC onde a licitação é realizada apenas com o anteprojeto de engenharia, e a solução é dada pela contratada.

⁴² “La licitación pública es por su naturaleza un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un *pedido de ofertas* efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscrita en un registro creado el afecto, cuando tal sistema de control existe. (in Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo, 2. Tomo: La defensa del usuario y del administrado. 5º edición – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p.XII-6.

“La limitación de la libertad contractual de las partes es una nota típica de estos contratos, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley y el contratista está más limitado aun, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión.” (in Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo, 1. Tomo: La defensa del usuario y del administrativo. 5º edición – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p.XI-24.

No direito privado, é possível a oferta de um bem semelhante, cabendo ao particular avaliar a relação custo-benefício, sem a obrigatoriedade de se vincular ao instrumento convocatório que, entre particulares, pode ser um simples pedido de cotação de preços.

1.3. Características do contrato administrativo

Para Maria Silvia Zanella de Pietro, os contratos administrativos, considerando o sentido amplo empregado na Lei nº 8.666/93, apresentam as seguintes características:⁴³

a) a presença da Administração Pública como Poder Público, caracterizando a relação de verticalidade sobre o particular, que fica assinalada pelas cláusulas exorbitantes, em especial o poder de alteração unilateral do contrato;

b) a finalidade pública intrinsecamente ligada à finalidade do Estado que é atender aos interesses coletivos. A finalidade e interesse público sempre estão presentes em quaisquer ajustes da administração sejam contratos privados, contratos administrativos, ou convênios, como pressupostos necessários a toda atuação administrativa.⁴⁴ Com efeito, “não se pode admitir que a administração realize contratos sem finalidade pública, ou contra o interesse público. Se isto ocorrer, o contrato será nulo por desvio de finalidade”⁴⁵

c) A obediência à forma prescrita em lei, o art.60 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93 impõe que os contratos e seus aditamentos sejam lavrados nas repartições públicas, vedando o contrato verbal, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas com valor não superior a 5% do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a”, que hoje equivale a R\$ 8.800,00. Mesmo para essas despesas é necessária uma formalidade mínima, pois o art. 60 da Lei 4.320/64 (Lei de Finanças) veda a realização de despesa sem prévio empenho, que se materializa num documento legalmente denominado de nota de empenho. As compras de pronto pagamento são aquelas que o Direito Financeiro denomina de despesas em regime de adiantamento.

A redação do contrato deve observar fielmente a minuta exibida em sede de licitação, geralmente é um dos anexos do instrumento convocatório, sob pena de violar num só golpe os

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 305.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 213.

⁴⁵ Idem. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999, p. 159.

princípios da isonomia e vinculação ao instrumento convocatório. A minuta contratual deve minimamente conter as cláusulas necessárias previstas no art. 55.

Se no direito privado prepondera a liberdade das formas contratuais, desde que não contrárias à lei e aos bons costumes ou que não haja forma legal a respeito, no contrato público, exige-se o formalismo, sendo o caso de nulidade a inobservância de exigências formais-legais na contratação, como por exemplo, a forma escrita e a presença das cláusulas obrigatórias.⁴⁶

Um contrato administrativo verbal, em valor superior ao limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a”, é inexistente quanto contrato, devendo o particular receber, se de boa-fé, por meio de indenização, o que não exclui a responsabilidade do agente, salvo emergência excepcional que permitiria a regularização/convalidação do ato.

A formalização do instrumento contratual é igualmente necessária para que a Administração possa exercer satisfatoriamente o seu poder-dever de fiscalizar a execução contratual e posterior emissão do termo de recebimento.

Além disso, existe a necessidade de registro (eletrônico ou papel) de todos os atos públicos que, de certa forma, envolvam movimentação de valores, para fins de controle contábil, controle internos e externo.

d) O procedimento legal decorre da norma constitucional do art. 37, inciso XXI, que determina que as compras, obras e serviços sejam contratados por meio de licitação, que é um procedimento formal, público, que exige publicidade⁴⁷ e divulgação dos seus atos. Mesmo as hipóteses de contratação direta, exigem elas um procedimento autuado e justificado, nos termos do art. 26, parágrafo único. A própria palavra licitação remete à “licitação”, ou seja, uma ação lícita, em conformidade com a lei.

Encontra-se superada a ideia de que Administração é regida pelo princípio da estrita legalidade, onde o administrador somente poderia fazer aquilo que a lei estritamente determina. Hoje vige o princípio da juridicidade⁴⁸ em que a Administração deve atuar de acordo com o

⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 738.

⁴⁷ P.ex. art. 3, § 3º da 8.666/93: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

⁴⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 1.081.743 – MG: “(...) 9. Um dos dogmas do Direito Administrativo, desde sempre, é aquele segundo o qual a Administração Pública está vinculada à legalidade. É verdade que mudam os sentidos da legalidade e as intenções por trás desta lição, mas a vinculação da Administração a ela sempre esteve presente no mundo jurídico. 10. Evitando maiores digressões relacionadas à evolução do instituto, é importante destacar que, na atualidade, marcada pela reaproximação entre o Direito e a ética, no mundo filosófico-sociológico, e pela supremacia das normas constitucionais, no mundo jurídico - este fenômeno diretamente decorrente daquele primeiro, uma vez que, as constituições vêm sendo compreendidas como verdadeira tábua axiológica das sociedades que regem -, o princípio da legalidade vem sendo relido para ser reposicionado como princípio da juridicidade. 11. Não se trata de simples mudança de nomenclatura, mas de nova concepção, segundo a qual, mais do que vinculada à lei, a Administração está vinculada à Constituição, e, em relação a esta, de modo primário (quer dizer, no conflito entre Constituição e lei, prevalece a obediência direta à Constituição). (...)”

ordenamento jurídico como um todo (constituição, princípios, tratados internacionais de direitos humanos) observando a melhor solução para o caso em concreto e o consequencialismo de suas decisões à luz da constituição sistematicamente entendida. Essa margem de atuação dentro do sistema constitucional deve sempre ser justificada e mirar o interesse público – isso não exclui a rigidez procedimental das contratações públicas. Somente em casos excepcionalíssimos e imprevisíveis do pondo de vista de planejamento, como no caso da pandemia da COVID-19, o gestor, por exemplo, poderia atropelar o procedimento para comprar um respirador, mas logo em seguida deverá autuar um procedimento administrativo de dispensa de licitação, com as devidas justificativas pela compra emergencial, realizar as publicações, dar transparência aos atos, proceder o empenho, enfim, praticar todos os atos de um procedimento normal de dispensa de licitação, para convalidar, em caráter excepcional, o ato praticado.

Compreende o procedimento legal a verificação de créditos orçamentários. A Lei de Licitações impõe, em vários artigos, pressuposto da existência de dotação orçamentária para licitar e contratar – veja-se no art. 5º, § 2º; no art. 7º, § 2º, III; no art. 14; no art. 55, V e no art. 57. O artigo 167, II da Constituição Federal, proíbe “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. O parágrafo 1º do referido artigo adverte que “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.”

Por seu turno, a Lei de Responsabilidade Fiscal considera, em seu art. 15, “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.” O art. 16 determina que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado da: I) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e II) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, o procedimento legal que cerca uma contratação pública exige também conformidade com as normas de direito financeiro, especialmente a conformidade com a peça de execução orçamentária (Lei Orçamentária Anual) e, para as contratações que ultrapassem o exercício, conformidade com as peças de planejamento orçamentário (Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual).

Nunca é demais relembrar que o artigo 359-D do Código Penal tipifica como crime a conduta de “ordenar despesa não autorizada por lei”. Portanto, não se pode contratar sem a prévia dotação orçamentária e empenho da despesa.

e) O contrato de adesão fica caracterizado na medida em que as cláusulas e anexos do contrato administrativo são fixados unilateralmente pela administração, sendo requisito do edital e sua parte integrante a minuta contratual (art. 40, § 2º, III), à qual não pode ser alterada após a sessão de apresentação de propostas, sob pena de violar os princípios da isonomia e vinculação ao instrumento convocatório. Se, antes da sessão de apresentação de propostas, houver alteração, no edital ou seus anexos, isso inclui a minuta contratual, capaz de alterar a formulação das propostas, o edital deve ser republicado, nos termos do art. 21, § 4º. Faz-se a ressalva que *de adesão* com relação ao objeto, escopo contratual e demais cláusulas, tem o particular a liberdade para formular o preço

f) natureza *intuitu personae* (ou personalíssimo). Essa regra está umbilicalmente ligada aos requisitos para a habilitação, especialmente quanto à comprovação da qualificação técnica (art. 30) e da qualificação econômico-financeira (art. 31). O art. 78, VI, considera motivo para a rescisão do contrato, a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato. Além da rescisão, o contratado estaria sujeito às sanções do art. 79, I c/c 80.

A cessão não é permitida em qualquer caso, contudo o art. 72 permite, se previsto no edital, a subcontratação parcial autorizada, mantendo-se o contratado como responsável pelas obrigações contratuais. Essa permissão encontra fundamento na especialização de tarefas. Quanto maior o objeto, mais tarefas específicas haverá. Imaginemos um contrato de empreitada integral para uma refinaria de petróleo – nenhuma empresa tem *expertise* para todas as atividades que envolvem o projeto. Mesmo em obras de médio porte, é comum a subcontratação de elevadores, ar-condicionado, empresas especializadas em estacas da fundação, entre outras especialidades.

g) A presença de cláusulas exorbitantes merece atenção especial e será tratada no próximo item com mais enfoque.

Outras características também citadas pela doutrina são a bilateralidade e comutatividade.

A bilateralidade igualmente está presente, pois o vínculo contratual somente se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes contratantes. Em que pese a oferta à coletividade (publicação do edital e seus anexos) ser formulada pela Administração, cabe o

particular estabelecer o preço por meio da sua oferta ou lance (no caso de pregão), ou seja, a existência do contrato depende da necessidade/conveniência da administração em contratar um dado objeto e a disposição do contratante de executá-lo em valor igual ou inferior ao preço de referência.⁴⁹

A comutatividade, ao menos no contrato administrativo *stricto sensu*, encontra-se presente, pois as prestações são equivalentes e previamente estabelecidas, tendo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro como salvaguarda ao poder unilateral de alteração dos contratos.

Essas características entrelaçam-se para caracterizar o contrato administrativo, como formal, de adesão, bilateral, personalíssimo, regido por normas de direito público, com a presença de prerrogativas a favor da Administração (cláusulas exorbitantes), visando a atender o interesse público e a continuidade dos serviços públicos, tendo por contraponto a comutatividade representada pela remuneração e garantida pelo equilíbrio econômico-financeiro, formado, em regra, por meio de procedimento licitatório.

1.4. Cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes são da essência do contrato administrativo. Para Cretella Júnior, o contrato administrativo é o que contém cláusula exorbitante⁵⁰, ou seja, as cláusulas são o seu elemento definidor, é a linha de corte que separa o contrato administrativo das demais espécies de contrato. Além disso, considera-as como “a proposição mandamental. Formulada pela Administração, aceita pelo particular e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, o tipifica como administrativo.”

A noção de cláusula exorbitante, cláusula derogatória (do direito comum), ou melhor, “cláusula de privilégio”, assume, assim, relevância extraordinária no campo do direito público, porque é o *divortium aquarum* entre o *contrato de direito privado* e o contrato de *direito administrativo*, este último, por sua vez, espécie do gênero contrato de direito público, motivo porque elegemos a *cláusula exorbitante* do direito comum que, na prática, ainda suscita algumas controvérsias, para a elaboração deste artigo especializado⁵¹.

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 290.

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio”, nos contratos administrativos. **Revista de Direito Público**. RDP 76/11, out.- dez./1985.

⁵¹ Cf. VEDEL, Georges. “Remarques sur la notion de clause exorbitante” em *Melanges Mestre, Sirey*, 1956, p. 527, apud CRETELLA JÚNIOR, op.cit.

As “cláusulas exorbitantes” também são chamadas de “cláusulas de prerrogativas”, “cláusulas derogatórias” ou “cláusulas de privilégio” e resguardam a supremacia da Administração para, ao fim e ao cabo, resguardar o interesse público.

Cláusulas de privilégios’, ‘cláusulas de prerrogativas’, ‘cláusulas exorbitantes’ ou ‘cláusulas derogatórias’ são as que permitem à Administração, ‘dentro do contrato’ inegável posição de *supremacia*, de *desnível*, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, mostrando ao intérprete que, ao contratar a Administração ‘não desce’, ‘não se nivela’, ‘não se privatiza’, ‘não abdica de sua *potestade* pública’ (‘*puissance publique*’), mas, ao contrário, ‘dirige’ o contratante fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefícios, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns dos privilégios de que é detentora, impõe-lhe ‘sujeições’, sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã ininterrupta.⁵²

Assim, o contrato administrativo não é baseado na estrita igualdade entre as partes. Existem aspectos em que a Administração tem poderes de supremacia sobre o contratado⁵³. Com base na lei 8.666/93, destacam-se as seguintes cláusulas exorbitantes: competência para alteração unilateral do contrato, competência para rescisão unilateral, poder-dever de fiscalização, poder-dever de aplicar sanções, direito à ocupação provisória de bens e serviços, não aplicação da exceção do contrato não cumprido e poder de suspensão temporária da execução do contrato.

1.4.1. Competência para alteração e rescisão unilateral do contrato

Até o início do século XX, vigia a ideia de que as convenções não poderiam ser alteradas unilateralmente. Até hoje isso se aplica como regra para o direito privado, porém precedentes do Conselho de Estado Francês foram dando fundamento jurídico para o poder de alteração unilateral no contrato administrativo, como no caso da troca da iluminação pública a gás pela tecnologia da energia elétrica:

Em 1902, o Conselho do Estado Francês foi chamado a pronunciar-se sobre o litígio que o opunha um município ao seu concessionário de uma rede de iluminação pública a gás: descoberta a eletricidade, a câmara municipal impôs ao concessionário que passasse do sistema de iluminação a gás (que constava do contato de concessão) ao sistema da iluminação elétrica (não previsto no contrato, mas tornado possível pelo

⁵² CRETILLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio”, nos contratos administrativos. **Revista de Direito Público**. RDP 76/11, out.- dez./1985.

⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p 455.

progresso técnico e exigido, desde logo, ela opinião pública). A câmara argumentava que o interesse público exigia o mais moderno sistema de iluminação; o concessionário contrapunha que só estava obrigado pelo contrato a assegurar o serviço público de iluminação a gás. O Conselho de Estado deu razão ao município, proclamando que este tinha o poder de modificar unilateralmente o conteúdo das prestações contratuais do contraente privado, desde que o interesse público assim o exigisse. A doutrina concluiu daí que, não sendo isso possível nos quadros do direito civil, o contrato de concessão não podia mais ser considerado como um *contrato civil*, antes devia passar a ser considerado como *contrato administrativo* – isto é, como um contrato de natureza diferente e, por isso mesmo, sujeito a um diferente regime jurídico (igualdade das partes nos contratos civis versus supremacia da Administração sobre o contraente particular nos contratos administrativos, para garantir a satisfação do interesse coletivo).⁵⁴

Na mesma ordem de ideias, em 1910, o Conselho de Estado Francês reafirmou o poder de alteração unilateral do contrato pela Administração:

Em 1910, novo caso foi submetido à jurisdição da mais alta instância do contencioso Francês: o concessionário de transporte coletivo em “carros elétricos” foi obrigado pelo município de uma cidade em expansão, a criar novas linhas de tráfego que o contrato não previa. A Câmara argumentou que o interesse público exigia a criação de novas linhas; o concessionário contra-argumentou que só estava obrigado a proporcionar as linhas previstas no contrato. O Conselho de Estado deu razão ao município, reafirmando a existência do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações dos contratos administrativos pela Administração Pública⁵⁵

Assim, a mutabilidade pode se materializar na possibilidade de alterações qualitativas e quantitativas para uma melhor adequação do objeto contratual e das cláusulas exorbitantes, visando atender o interesse da coletividade.⁵⁶

Cabe também discorrer sobre os fundamentos do poder unilateral de alteração do contrato, cujos limites e regras serão tratados com detalhamento no capítulo seguinte.

A competência para a rescisão unilateral, prevista no art. 58, II c/c artigos 79, I e 78, I a XII e XVII serão profundamente estudados no capítulo 3.

⁵⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 451.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 452.

⁵⁶ “Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, aquelas que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 320).

1.4.2. Poder-dever de fiscalização

Cuida-se de um pode-dever da Administração previsto no art. 58, III e disciplinado no art. 67. Diz-se pode-dever, pois a fiscalização não é uma faculdade da Administração.⁵⁷ A Administração designa um agente, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo ou subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição para fiscalizar o contrato. O ideal é que a Administração já nomeie um fiscal com conhecimento da área⁵⁸, por exemplo, um engenheiro civil ou técnico em edificações para obras públicas, alguém com conhecimento de informática para um contrato de fornecimento de microcomputadores, e assim por diante.

O fiscal deve registrar todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando, se necessário, a regularização das não conformidades com o instrumento contratual e seus anexos (art. 67, § 1º). O fiscal deve verificar se todas as obrigações contratuais estão sendo cumpridas e exigir seu cumprimento, sempre zelando pela impessoalidade e igualdade, sem perseguições, nem privilégios.

Aprovações de aditivo ou autorização de qualquer modificação das obrigações contratuais extrapola a competência do fiscal – que, como dito, é zelar pelo cumprimento das obrigações contratuais – e deve ser encaminhada à autoridade superior, que geralmente é aquela com competência para homologar a licitação e assinar o instrumento contratual.

O não atendimento das determinações regulares do fiscal do contrato, assim como de seus superiores, pode levar a rescisão do contrato por culpa da contratada (art. 78, VII), bem como as reiteradas faltas, mesmo que reparadas, desde que anotadas na forma do art. 67, § 1º podendo levar a uma rescisão contratual com fundamento no art. 78, VIII.

Diz o art. 70 que o acompanhamento pela fiscalização não reduz ou isenta a responsabilidade do contratado por danos causados diretamente à administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

⁵⁷ Nesse sentido, “A administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com uma atuação passiva da administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares e defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1230

⁵⁸ “...a fiscalização, de preferência, deve ser feita por técnico da área da qual está sendo executado o serviço, tendo em vista que o atesto por alguém sem o devido conhecimento poderá gerar prejuízo à Administração Pública.” (Acórdão TCU nº 4/2006 1ª Câmara.)

Também é atribuição do fiscal do contrato receber, provisoriamente, o objeto do contrato de obras e serviços, podendo por designação da autoridade superior também ter competência para emitir o termo de recebimento definitivo (art. 73, inc. I, alíneas “a” e “b”).

A doutrina das finanças públicas denomina de tríade da execução da despesa: o empenho, a liquidação e o pagamento. O fiscal tem influência direta na etapa liquidação da despesas que, segundo o art. 63, § 2º da lei 4.320/64, é o ato de verificar a existência do contrato, do empenho e da comprovação da entrega de material ou da prestação de serviços, uma vez que o fiscal, apesar de não ser o ordenador da despesa, é aquele que atesta as medições da obra ou do serviço.

Como o contrato administrativo tem como uma das características a formalidade, o fiscal do contrato deve ser formalmente designado, podendo ser por lei, estando a atividade dentro das atribuições do seu cargo, ou por algum ato normativo, como decreto ou portaria. Ainda em razão da formalidade que permeia a relação contratual, a comunicação entre fiscal e contratado deve ser formal, mesmo as ordens verbais em campo – as quais devem ser obedecidas pelo contratado –, devem, assim que possível, serem ratificadas por escrito.⁵⁹

1.4.3. Imposição de sanções

O art. 58, IV, prevê a aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. A disciplina é completada pelos artigos 86 e 87. A aplicação de sanção sempre pressupõe autuação em regular processo administrativo, ato motivado, impessoal e garantia da prévia defesa, sob pena de nulidade⁶⁰. A penalidade moratória somente pode ser aplicada se prevista no instrumento convocatório ou contrato, a ausência desta previsão exclui a penalidade moratória.

⁵⁹ Sobre o tema, registraram Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “El artículo 238.1LCSP dispone que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras», que son vinculantes en todo caso, incluso cuando fueren de carácter verbal, siempre que en el plazo más breve posible se ratifiquen por escrito.” (**Curso de Derecho Administrativo**, tomo I: Thomson Reuters, 2017, p. 785).

⁶⁰ Mandado de Segurança Nº 17.431 - DF (2011/0173413-0) Relator: Ministro Castro Meira. Declaração de inidoneidade de empresa licitante. Procedimento. Defesa final. Cerceamento. Artigo 87, IV E § 3º, da Lei N.º 8.666/93. (...) 6. A ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade, consoante a determinação expressa contida no artigo 87, § 3º, da Lei de Licitações, acarreta a nulidade a partir desse momento processual, não logrando êxito a pretensão de nulidade *ab initio*. Precedente. Desse modo, fica prejudicado o exame das demais alegações relativas à ilegalidade do ato coator. 7. Segurança concedida em parte.

O art. 86 trata da multa moratória, no caso de atraso injustificado na execução do contrato, na forma prevista no instrumento convocatório ou contrato.

O art. 87 trata do inadimplemento absoluto e parcial das obrigações (multa punitiva) com a aplicação das seguintes penalidades:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Os arts. 86, § 3º e 87, § 1º, disciplinam a multa tanto moratória quanto punitiva, que será descontada da garantia contratual. Se esta for insuficiente, poderá a Administração descontar dos pagamentos ainda não efetuados e, quando for o caso, cobrar judicialmente. Em outras palavras, garante a administração o direito de retenção de pagamentos para a satisfação do crédito decorrente de multa, inclusive de outros contratos.

A abrangência das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e contratação com a administração pública e da pena de declaração de inidoneidade encontra-se disciplinada na súmula 51 do Tribunal de Contas de São Paulo:

SÚMULA Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Isso significa que um apenado de impedimento de suspensão de licitar e contratar pelo Ministério da Educação, por exemplo, não pode participar de uma licitação para a Marinha do Brasil, mas pode licitar para o estado de São Paulo, ou qualquer município. Já a pena de inidoneidade impede de licitar para qualquer órgão de qualquer ente da federação.

Para a aplicação da penalidade, o órgão sancionador deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e culpabilidade.

O ideal seria que o edital previsse as situações e a respectiva penalidade, mas, muitas das vezes, não é assim, devendo a sanção ser aplicada com base nesses princípios. Somente a multa exige prévia previsão editalícia ou contratual.

1.4.4. Direito à ocupação provisória de bens e serviços

O instituto, disciplinado no art. 58, inc. V, sendo limitado para casos de serviços essenciais, permite a Administração ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

O disposto no art. 80, inc. II complementa o art. 58, inc. V, porém os demais incisos aplicam-se a qualquer contratação, independente da essencialidade do serviço:

- I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
- III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Tais dispositivos também se fundam no princípio da continuidade dos serviços públicos.

1.4.5. Não aplicação da exceção do contrato não cumprido

Diferentemente do Direito Privado, onde vige a regra da *exceptio non adimpleti contractus* (Código Civil, art. 477), nos contratos administrativos, pode haver atraso no pagamento por parte da Administração em até 90 dias, sem que o contratado possa rescindir o contrato ou suspender a execução da sua prestação. O fundamento dessa regra é a continuidade dos serviços públicos. Entretanto, tal regra vem sendo flexibilizada à luz do caso concreto.

Sobre a possibilidade de o contratado suspender a execução do contrato em decorrência do fato da Administração, Maria Silvia Zanella Di Pietro⁶¹ assinala que a Lei 8.666/93 traz duas hipóteses de suspensão do contrato por parte da Administração. A primeira refere-se ao art. 78, inciso XV, que autoriza a rescisão por culpa da Administração quando “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.326.

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.” Vale dizer que, após 90 dias de atraso no pagamento, o contrato pode optar pela rescisão ou suspensão.

A segunda refere-se ao art. 78, inciso XVI, que autoriza a rescisão por culpa da Administração quando “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.” Neste caso, a lei silencia quanto ao prazo que o contratado deve aguardar para poder rescindir, permitindo deduzir pelo emprego da expressão nos prazos contratuais, que, vencido o prazo, o contratado está autorizado a suspender a execução. Esse raciocínio pode ser utilizado para outros inadimplementos não previstos no rol do art. 78. Mas, “tanto na hipótese do inciso XV (atraso no pagamento) como na do inciso XVI, se for dada continuidade ao contrato, o particular faz jus à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.”⁶²

Além dessas hipóteses, em que pese, em regra não ser oponível contra a Administração a *exceptio non adimpleti contractus*, há situações em que a doutrina recomenda o abrandamento dessa regra⁶³, quando a conduta irregular da Administração causa ao contratado ônus excessivo ou torna impossível o cumprimento contratual. Não é razoável, porém, impor ao particular o ônus de atender ao interesse público sem a contrapartida da justa remuneração fixada na proposta.

De acordo com Reinaldo Couto, ocorrendo a hipótese do inciso XVI do art. 78, da lei 8.666/93, ou seja, ocorrendo a não liberação por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto, o contratado pode suspender a execução contratual, apesar de a norma não ter sido expressa quanto à possibilidade de suspensão da execução contratual. Fica evidente, assim, que, se o contratado pode rescindir o contrato, também pode suspender a execução até que a situação seja normalizada.⁶⁴

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 327.

⁶³ Tal regra tem sido abrandada se o objeto da prestação não for um serviço público contínuo, ou quando a inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra. (Cf. DI PIETRO, op.cit., p. 320.)

⁶⁴ COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 608-9.

O direito nunca pode prestigiar a má-fé, de modo que o comportamento da Administração em desacordo com a boa-fé pode permitir a suspensão do contrato, como no caso de demora demasiada para a aprovação de aditivos, exigências descabidas da fiscalização, não reconhecimento da execução de serviços não previstos no projeto básico/orçamento e essenciais à conclusão do objeto contratual, desde que não afete diretamente um serviço público essencial, ou não afete gravemente o interesse público

Desse modo, basicamente tem-se a regra geral da proibição da aplicação automática da exceção do contrato não cumprido; todavia é possível a sua aplicação mediante o sopesamento de dois fatores: o grau de prejuízo para a realização do interesse público envolvido; e quanto o inadimplemento da Administração é suportável pelo contratado. A ponderação desses dois valores foi a solução adotada pelo Código de Contratações Públicas de Portugal, em seu art. 327.⁶⁵

Parece coerente e proporcional tratar, de forma distinta, um contrato de coleta de lixo e um contrato de obra pública para a execução de uma praça, por exemplo. É evidente que o interesse público será pouco afetado com a paralisação da construção da praça, ao passo que a paralisação da coleta de lixo causaria um verdadeiro caos.

Toshio Mukai sustenta, com fundamento no artigo 78, inc. V, a possibilidade de suspender a execução do contrato em virtude de inadimplemento da Administração, uma vez que o referido inciso diz ser motivo para a rescisão do contrato a “paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração”⁶⁶. Assim, verificando-se inadimplemento relevante, prejudicando o desenvolvimento do contrato, poderia o contratado, mediante prévio aviso, suspender a execução do contrato, sem estar sujeito à penalidade. A justa causa pode ser um fato classificado com força maior, caso fortuito, fato do

⁶⁵ Artigo 327.º Exceção de não cumprimento invocável pelo co-contratante 1 - Nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o co-contratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista, nos termos do disposto no artigo 332.º, pode invocar a exceção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual. 2 - Se a recusa de cumprir pelo co-contratante implicar grave prejuízo para a realização do interesse público nos termos do disposto na parte final do número anterior, aquele apenas pode invocar a exceção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença. 3 - O exercício pelo co-contratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respectivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato. 4 - Considera-se que a invocação da exceção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado da notificação a que se refere o número anterior não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público.

⁶⁶ MUKAIM Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

príncipe, fatos abarcados pela teoria da imprevisão e fato da administração – vale dizer, aqueles que independem da conduta do contratado.⁶⁷

De acordo com Hely Lopes Meirelles, ao comentar as causas justificadoras da inexecução do contrato administrativo, na ocorrência dos eventos imprevisíveis, imprevidos e autorizadores da revisão do contrato (caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da administração, interferências imprevidas e fatos abrangidos pela teoria da imprevisão), a parte atingida fica liberada dos encargos originários, e o ajuste deve ser revisto ou rescindido.⁶⁸ Assim, entende-se que a parte atingida pode suspender a execução do contrato até a definição da revisão contratual ou rescisão, mediante prévio aviso, desde que caracterizado justo motivo, que, geralmente, leva à onerosidade excessiva.

Caso haja fundamento para o contratado aplicar a exceção do contrato não cumprido e suspender a execução do contrato, Marçal Justen Filho defende que, por analogia ao art. 78, inciso XIV, o contratado deve aguardar o prazo de 120 dias para poder pleitear a rescisão, pois, se a Administração pode determinar a suspensão por 120 dias, não haveria sentido a rescisão do contrato imediatamente após a mora da Administração em qualquer outra obrigação diversa do pagamento.⁶⁹ Assim, pode-se ter por ordem de acontecimentos, a suspensão e, caso a Administração não regularize a pendência em 120 dias, o pedido de rescisão.

1.4.6. Competência para a suspensão temporária da execução do contrato

A Administração pode suspender a execução do contrato, por ordem escrita, por até 120 (cento e vinte) dias, consecutivos ou alternados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, devendo pagar, obrigatoriamente, pelas sucessivas e contratualmente imprevidas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurando ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação – é o que reza o artigo 79, inciso XIV. (vide comentários no capítulo 3, item 3.3.5).

⁶⁷ MUKAIM Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 196 e 199.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.236.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1430.

1.4.7. Do caráter autoexecutório das cláusulas favoráveis à Administração

A autoexecutoriedade é um dos atributos do ato administrativo, se estendendo também aos contratos administrativos. Outro traço marcante e que completa as cláusulas exorbitantes é a autoexecutoriedade das cláusulas contratuais pela Administração⁷⁰, pois as decisões administrativas não precisam de chancela judicial para terem efeitos.⁷¹ A autoexecutoriedade complementa e dá força as cláusulas exorbitantes. Um bom exemplo disso são os meios de rescisão contratual previstos no art. 79 da 8.666/93:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
 I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
 II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
 III - judicial, nos termos da legislação;

Quando a Administração desejar rescindir por culpa do contratado, interesse público ou força maior, pode fazê-lo por ato administrativo ou amigável, sem necessidade da via judicial; por outra banda, quando o particular deseja rescindir por culpa da Administração (inc. XII a XVI do art. 78) ou por força maior, deve fazê-lo por via judicial ou amigável, ou seja, contra a Administração não existe rescisão de pleno direito.

Outro exemplo é a competência para a administração declarar a nulidade do contrato (no caso de impossível convalidação) sem a necessidade de declaração judicial⁷² e, ainda, o direito de retenção dos créditos decorrentes das multas contratuais (arts. 86, § 3º e 87, § 1º da 8.666/93) e sem a necessidade de autorização judicial para aplicar pena de declaração de inidoneidade e, em seguida, inscrever no cadastro de empresas inidôneas.

Esses poderes são consequências da posição jurídica geral da Administração, decorrente dos princípios do direito administrativo da autotutela e da continuidade dos serviços públicos.⁷³

⁷⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 319.

⁷¹ La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidade (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I. 18 ed. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2017. p. 740).

⁷² Sumula 473 do STF: a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁷³ Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos

1.4.8. Críticas às cláusulas exorbitantes

Em que pese ser compreensível e útil a presença das cláusulas exorbitantes para o regime de continuidade dos serviços públicos e a corriqueira necessidade de modificações na prestação contratual pelos mais variados motivos, tais como aperfeiçoamento do serviço público, melhor adequação do objeto contratual, novas tecnologias, alteração do fluxo e hábitos dos usuários do serviço, etc., não se pode deixar de mencionar as críticas a esse regime. Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida⁷⁴ são quatro pontos principais:

a) o regime gera contratos mais onerosos para a administração, afirma o referido autor: “É fato notório entre as pessoas que lidam com a formalização de contratos pela administração que, via de regra, os preços praticados são, em média, mais altos do que os preços praticados em contratos celebrados entre partes privadas.”⁷⁵ Neste mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

As prerrogativas unilaterais em favor do Estado desequilibram a relação contratual, gerando insegurança e risco ao particular que, naturalmente, embutirá o risco incerto em sua proposta apresentada durante o procedimento licitatório, elevando o preço a ser cobrado do poder público.⁷⁶

A justificativa é a precificação dos riscos de a administração pública valer-se de suas prerrogativas, como por exemplo, atrasar os pagamentos 90 dias, o que verdadeiramente aumenta os custos de fornecimento, ou mesmo a possibilidade de rescindir o contrato. Outro ponto merecedor de avaliação é que, quando se move uma demanda judicial contra o Estado, e este sucumbe, o pagamento será por meio de precatório.

b) O regime estimula a ineficiência na medida em que a possibilidade de alterações quantitativas ativas de até 25% de um modo geral, e 50% para reformas, bem como alterações qualitativas, induzem a administração a relaxar no planejamento, nas estimativas e na qualidade

administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. (ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Derecho Administrativo, tomo I, p. 740).

⁷⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 329-333.

⁷⁵ Ibidem, p. 329.

⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 261-262

dos projetos, uma vez que ajustes podem ser feitos durante a execução – além de, em última análise, havendo erro grosseiro, rescindir ou fazer outra licitação para suprir a necessidade.

c) O regime pode facilitar desvios em relação à probidade administrativa e corrupção, uma vez que as cláusulas exorbitantes dão uma maior discricionariedade para o gestor do contrato, podendo o administrador improbo exigir vantagem para elaboração de aditivos, ou ameaçar a aplicação de penalidades. Ainda exemplificando, o particular já combinado com o gestor do contrato ganha a licitação, ofertando menor preço, porém já acertado para a fase de execução alterações no contrato, muitas vezes por meio do “jogo de planilha” e pelo “jogo de item” dentro de lote em ata de registro de preços.

d) Por fim, pode-se facilitar e estimular práticas autoritárias de alguns agentes da Administração, que não compreendem perfeitamente o conceito de interesse público, soberania estatal, cometendo abusos e esquecendo-se que a ordem constitucional igualmente protege os direitos individuais e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que a aplicação das cláusulas exorbitantes exigem motivação técnica, econômica e jurídica, bem como legítima finalidade pública.

De todo modo, o contrato administrativo, mesmo passível de aprimoramentos, é uma tipologia contratual que tem surtido efeitos benéficos na organização e gestão das atividades estatais. O substitutivo do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 que trata da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, apesar de incorporar ao diploma legal algumas orientações dos órgãos de controle externo, deve nascer desatualizado, mas já será um avanço em relação à legislação vigente. Uma tendência que se observa no direito administrativo é a sua fragmentação sub-ramos, ou seja, em especializações de áreas de negócios. O mesmo deve ocorrer com os contratos administrativos, onde existirá uma norma geral e normas específicas para cada área de negócio (v.g. Lei Geral das Telecomunicações). O desejável, a exemplo da legislação espanhola, é que o livro que trata dos contratos administrativos tenha uma parte geral e partes específicas para o fornecimento, prestação de serviços e obra pública, uma vez que são atividades que têm características distintas.

Traçado um panorama geral do contrato Administrativo, cabe comentar algumas especificidades do contrato de obra pública.

1.5 O contrato de obra pública

O contrato de obra pública tem na Lei 8.666/93 a sua principal matriz normativa, sendo também apresentado na Lei 12.462/11 que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, para alguns casos específicos. A contratação de obra pública deve observar, no âmbito Federal, o Decreto Federal nº 7.983 de 8 de abril de 2013.

O TCU conceitua obra pública como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público.⁷⁷ No caso, bem público imóvel, modificando de alguma forma o que está agregado ao solo ou subsolo. A demolição também pode ser considerada uma modalidade de obra pública.

A Lei 8.666/93 no seu capítulo I (disposições gerais) tem uma seção específica sobre obras e serviços⁷⁸, nos seus artigos 7º a 12, de onde destacamos alguns aspectos.

A obra somente poderá ser licitada, sob pena de nulidade, se o processo administrativo da licitação estiver instruído com: (i) projeto básico aprovado pela autoridade competente; (ii) orçamento detalhado em planilha que expressem a composição de todos os seus custos e do BDI, e, em havendo fornecimento de material, deve constar a previsão de quantidade de cada material; (iii) declaração do ordenador de despesas da existência de recursos orçamentários; e (iv) previsão no plano plurianual para a obras que ultrapassarão o exercício. As obras públicas, muitas das vezes, são empreendimentos de grande porte, os quais exigem um prévio e cuidadoso planejamento na fase interna da licitação.

Como se observou, a Administração é quem determina o objeto, o escopo e o orçamento, cabendo ao particular submeter-se ao processo de licitação de um empreendimento concebido pela Administração. Anotando Mauro Roberto Gomes de Mattos que o contrato de obra pública, ao contrário da concessão, não corre por conta e risco do particular.⁷⁹

A execução da obra deve obedecer à sequência: projeto básico, projeto executivo e execução das obras, ou seja, sem o projeto executivo não se inicia a realização da etapa.

Daí observa-se que o projeto, assim compreendido como um conjunto de levantamentos topográficos, sondagens, desenhos, memorial descritivo, planilha orçamentária cronograma físico-financeiro e demais elementos que o compõem, é o elemento central da licitação e do contrato de obra pública, sendo a descrição do objeto contratado aquilo pelo qual a

⁷⁷ TCU. **Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas** – 4ª ed: Brasília, 2014. p. 11.

⁷⁸ Cabendo a crítica de tratar igualmente os serviços das mais variadas espécies com obras.

⁷⁹ Mauro Roberto Gomes de Mattos, 2002, p. 249.

Administração está pagando. Os projetos servem também como o elemento de fiscalização e controle da Administração.⁸⁰

Sempre que possível, as obras destinadas aos mesmos fins terão projetos padronizados, por tipos, categorias ou classes. Essa norma tem por fundamento econômico a eficiência em escala, o aproveitamento de projetos e aproveitamento das lições apreendidas para facilitar a execução e fiscalização.

Para a elaboração dos projetos, a Administração detém discricionariedade limitada por requisitos que devem ser observados: (i) segurança da edificação; (ii) funcionalidade e adequação ao interesse público; (iii) economia na execução, conservação e operação; (iv) considerar a oferta de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; (v) facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; (vi) adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; e (vii) impacto ambiental.

A concepção dos projetos devem pautar-se na segurança da obra, segurança ambiental e economicidade, asseverando Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao comentar sobre o contrato de obra pública, que a economicidade está imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela Constituição Federal.⁸¹

As obras públicas podem se desenvolver por regime de execução direta (a própria Administração executa) ou execução indireta (contratação).⁸² O regime de execução indireta abriga as seguintes modalidades: empreitada por preço global (obrigação de resultado por preço certo e total), empreitada por preço unitário (obrigação de resultado com o preço certo das unidades determinadas), empreitada integral (obrigação de resultado de entregar o empreendimento em condições de operar), tarefa (empreitada para pequenos trabalhos).⁸³ Geralmente, as obras são contratadas pelo regime de empreitada por preço unitário ou por preço global.

O regime de empreitada caracteriza-se por seu uma obrigação de resultado, tendo o empreiteiro certa margem de atuação para planejar e executar a obra em conformidade com os projetos.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 189.

⁸¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p.258.

⁸² Lei 8.666/93. art. 6º, inc. VIII.

⁸³ Art. 17 e 18 da Instrução Normativa nº 5/17 da Secretaria da Gestão do Ministério do Planejamento.

1.5.1. Regime Diferenciado de Contratações Públicas

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC, instituído pela Lei 12.462/11, e regulamentado pelo Decreto 7.581/11, no ambiente que antecedia à Copa das Confederações, à Copa do Mundo FIFA 2014, Olimpíadas e Paraolimpíadas do Rio de Janeiro, fora criado por meio de medida provisória a pretexto de agilizar as contratações públicas necessárias aos eventos. A princípio o seu rol de atuação era limitado a obras relacionadas com esses eventos e obras de infraestrutura e contratações de serviços para aeroportos das capitais distantes até 350 km das cidades sedes da Copa do Mundo.

Posterior e gradativamente, o rol de atuação foi sendo ampliado incluindo ações integrantes do PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS, de estabelecimentos prisionais e socioeducativo, ações no âmbito da segurança pública, obras e serviços de engenharia relacionadas à mobilidade urbana e infraestrutura logística, locação de imóveis que o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma, e ações em órgãos e entidades dedicadas à ciência, à tecnologia, e à inovação.

Nesta dissertação não compete esmiuçar o instituto do RDC. Deste modo, sem a pretensão de exaurir a matéria, cabe destacar alguns pontos relevantes que o diferem do regime geral da Lei 8.666/93, tais como: a redução do prazo de publicidade; a contratação integrada; os contratos de execução simultânea e de eficiência; permissão para indicação de nomes e marcas; possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho; orçamento sigiloso; possibilidade de contratação do segundo colocado pelo valor de sua proposta; inversão de fases de julgamento e habilitação, fase recursal única.⁸⁴

A contratação integrada, apesar de não ter previsão no regime geral, não era novidade no direito brasileiro, uma vez que, no Decreto Federal 2.745/1998, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás), tem sido essa modalidade de contratação amplamente utilizada pela companhia.⁸⁵ Nesse regime de contratação, a Administração apresenta apenas o anteprojeto, mediante o qual o contratado fará os projetos básicos, executivos e executará a obra, entregando-a pronta para uso. Como os projetos são

⁸⁴ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários sobre o PLS nº 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 15, 2017, p. 151.

⁸⁵ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC** (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.81.

elaborados pela contratada, não cabe aditivo,⁸⁶ salvo para reequilíbrio por força maior ou caso fortuito e alterações do projeto a pedido da Administração.

O RDC permite a indicação de marcas, havendo necessidade de padronização do objeto ou quando determinada marca ou modelo atender às necessidades da Administração, desde que comercializada por mais de um fornecedor.

O art. 10 permite a remuneração variável na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação. Ao contrário da lei 8.666/93 que tem apenas a possibilidade de punir (aplicação de sanção), o RDC permite trabalhar com o binômio premiação-punição.

Como vimos, a Lei 8.666/93 impõe, sob pena de nulidade, que o procedimento licitatório seja instruído com o orçamento detalhado em planilha, com a estimativa de preços; contudo, o RDC permite que o orçamento fique sigiloso à sociedade, com a ideia de evitar que os licitantes, sabendo de antemão a estimativa de preço, façam alguma espécie de cartel ou conluio.

Ocorrendo de o vencedor da licitação não querer assinar o contrato, a Lei 8.666/93 faculta convocar o segundo colocado, e assim por diante, para assinar o contrato pelas condições da proposta vencedora. O RCD permite a convocação dos colocados subsequentes para assinar o contrato pelo preço de suas propostas, limitado ao valor do orçamento estimado para a contratação.

A chamada inversão de fases consiste na realização da fase de classificação das propostas anteriores à fase de habilitação, ou seja, examinam-se apenas os documentos de habilitação da proposta vencedora, igualmente como se faz em pregão.

Tecidos esses comentários, situando o contrato de obra pública dentro do regime geral da Lei 8.666/93 e estabelecidas as premissas necessárias, torna-se possível compreender melhor o instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que é o objeto de estudo do próximo capítulo.

⁸⁶ TCU, Acórdão nº 2591/2017 – Plenário, rel. Min. Bejjamim Zylar, trecho do voto: 64. Assim, os eventuais ganhos ou perdas oriundos das soluções de adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos/suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. Trata-se de regra inerente à contratação integrada, que é licitada a partir de um anteprojeto com menor grau de definição do objeto. Eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto, em regra, não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico.

2. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos dialoga diretamente com a rescisão do contrato sem culpa da contratada. De um modo geral os eventos autorizadores de reequilíbrio podem, dependendo de sua magnitude, evoluir ou desencadear a rescisão contratual. Note, a guisa de exemplo, que eventos de caso fortuito e força maior estão previstos literalmente como eventos autorizadores do reequilíbrio e da rescisão.

Mesmo os eventos imprevisíveis, supervenientes, aleatórios a vontade das partes e que causam onerosidade excessiva, num primeiro momento classificam-se com evento autorizador do reequilíbrio pela teoria da imprevisão, mas pode ocorrer que o valor do reequilíbrio fique demasiadamente alto, ficando mais conveniente e econômico para a Administração rescindir o contrato por interesse público. A rescisão por interesse público pode ser uma válvula de escape para a administração quando o reequilíbrio se tornar excessivamente oneroso, motivando a decisão em razões econômicas.

A doutrina utiliza-se de múltiplas denominações para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: *equilíbrio financeiro*, ou *equilíbrio econômico*, ou *equação econômica*, *equação financeira*,⁸⁷ *equilíbrio contratual*,⁸⁸ ou ainda, *equação econômico-financeira*⁸⁹. Note-se que todas essas expressões trazem a ideia de equivalência.

A igualdade das partes que o contrato administrativo pressupõe não é igualdade de posições (a *aequitas* posicional), mas sim a igualdade reportada diretamente à prestação (a *aequitas* prestacional), de modo que a prestação de uma das partes seja justificação bastante da outra parte.⁹⁰ Se pela supremacia de posição, a Administração alterar o escopo, deve promover, concomitantemente, o ajuste do valor a fim de manterem equilibradas as prestações.

Como já referido, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é o contraponto das prerrogativas da Administração, para que o particular tenha segurança de não ter seus direitos patrimoniais lesados. Isso também é um estímulo para o particular participar das licitações e se prestar como um “colaborador” da atividade estatal. Esse estímulo está evidente no regime geral da Lei 8.666/93, que expande o direito ao reequilíbrio para eventos

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 216.

⁸⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 218

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.p. 676

⁹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 455.

externos ao contrato, como: fato do príncipe, caso fortuito, força maior e situações abarcadas pela teoria da imprevisão (art. 65, II, “d”). Assim, o particular tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, não somente nos casos do exercício das cláusulas exorbitantes pela Administração e inadimplemento contratual por parte da administração, mas também por causas externas.

Essa amplitude de hipóteses agasalhadas pela manutenção do reequilíbrio contratual também incentiva os particulares a apresentarem ofertas menos onerosas, tendo em vista a assunção de menores riscos, conforme assevera Marçal Justen Filho:

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria administração. Se os particulares tivessem que arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam que formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando não fossem verificados. O particular seria remunerado por custos meramente potenciais e teria direito à remuneração mesmo que não se verificasse o evento oneroso. Ora, é muito mais vantajoso para a Administração convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Mas somente é viável ao interessado formular a menor proposta possível se lhe for assegurado que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Então, ao invés de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por ele se e quando efetivamente ocorrerem.⁹¹

A ideia de manutenção do equilíbrio contratual por eventos externos está ligada à distribuição dos riscos e a sua mensuração econômica. Desse modo, a Administração acaba atuando como uma espécie de “seguradora” desses riscos, assumindo eles para si, de modo que o particular não precise precificar esses riscos em sua proposta, embutindo uma maior taxa de risco. Pode-se afirmar que existe uma coparticipação de toda a coletividade nos riscos dos contratos administrativos que, em última análise, somente são firmados para atender o interesse da sociedade. Esse pensamento vale para os contratos regidos pela lei 8.666/93, pois para PPP usa-se a matriz de risco.

Dialoga com esse pensamento, o fato de que, caso a Administração não se socorresse da técnica contratual para a execução da obra ou serviço, praticando a execução direta, esses riscos externos recairiam sobre a Administração que, de todo modo, permanece como titular do serviço público e da obra. Daí pode-se concluir que a Administração transfere ao contratado-colaborador a execução da obra ou serviços, ou seja, as atividades que devem ser executadas constantes no projeto básico ou termo de referência, permanecendo com a Administração os

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1289.

riscos externos para não serem precificados. Ao fim e ao cabo, o que se deseja é a obra realizada. Muitas delas, por sua magnitude, podem sofrer eventos (riscos) que um particular dificilmente conseguiria suportar – o que levaria a rescisão do contrato, sem a obra entregue.

É preciso assumir que o Estado não deseja a ruína de nenhum de seus súditos, especialmente aqueles que se propuseram a prestar-se como colaboradores na prestação de serviço público ou execução de obra pública. Em última análise, o que interessa à Administração é a continuidade do serviço ou a conclusão da obra em benefício da coletividade.⁹²

Outros fundamentos para o reequilíbrio é a equidade, o princípio do equilíbrio contratual⁹³ e a vedação do enriquecimento sem causa da outra parte contratante. O equilíbrio contratual é “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.”⁹⁴ Também é definida 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.”⁹⁵

O Constituinte originário garante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos com a administração no art. 37, inc. XXI, nos seguintes termos:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Desse modo, o equilíbrio contratual não pode ser tolhido pela legislação infraconstitucional, aumentando a segurança jurídica e a confiança dos particulares em contratar com a Administração.

Desse dispositivo se extrai que a data base para configurar a equação econômico-financeira é a data da apresentação da proposta, ou seja, a data designada no edital como última

⁹² OLIVEIRA, José Carlos Ferreira de. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos, **Revista dos Tribunais**. RT 320/21. jun. /1962.

⁹³ O “princípio do equilíbrio contratual, como aqui apresentado, resume-se assim, a veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato. Não é por outra razão que a melhor doutrina estrangeira, por vezes, associa o equilíbrio contratual ao princípio da proporcionalidade”. (SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 59).

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 216.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 676

para a apresentação dos envelopes de proposta, ou no caso de pregão a data da sessão de lances. A data da proposta também é importante como um divisor de águas, pois somente fatos ocorridos, ou conhecidos, após a apresentação da proposta poderão ser utilizados como fundamento para o pedido de reequilíbrio do contrato.

O reequilíbrio na modalidade “revisão de preços” pode ser concedido a qualquer momento. Conforme a Orientação Normativa 22/2009 da AGU, o “reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993.”

Por ser bilateral, presta-se tanto para aumentar o valor do contrato, compensando o aumento de encargos, como para reduzir o valor do contrato compensando a favor da administração algum benefício auferido pela contratada após a formulação da proposta, desde que estejam presentes os pressupostos. Tal intento encontra-se bem cristalizado no artigo 65, § 5^a ⁹⁶ que determina a revisão do preço para mais ou para menos, conforme o caso, quando houver alteração na legislação tributária que repercuta diretamente no custo do contrato. À guisa de exemplo, inúmeros contratos tiveram os preços reduzidos para menos quando o Governo Dilma Rousseff promoveu a desoneração da folha de pagamento.

É preciso deixar claro que o reequilíbrio do contrato não tem ligação direta com lucro ou prejuízo. Se a proposta foi mal formulada com preço inexequível, se houve erro nas estimativas de consumo ou produtividade, se o contratado não levou em consideração peculiaridades locais, ou ainda, se o contrato foi executado com ineficiência ou má gestão, nada disso justifica o reequilíbrio.

Por isso, a importância de se demonstrar o nexo causal entre o fato superveniente e as hipóteses geradoras do desequilíbrio, vale dizer, fazer a subsunção do fato a uma das hipóteses de reequilíbrio. Em certas situações, é muito fácil vislumbrar o nexo causal. Por exemplo, num contrato de empreitada por preço unitário para recapeamento de ruas, a Administração decide aumentar o quantitativo adicionando mais uma rua, sendo nítido o nexo causal entre o aumento do serviço e aumento dos encargos do contratado. Entretanto, há situações em que o nexo causal – a relação de causa consequência – não fica tão clara, exigindo comprovações do impacto no contrato e um exercício mental para identificação do nexo, como por exemplo, no fato do

⁹⁶ § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

príncipe, onde se deve fazer a correlação da medida de ordem coletiva com a repercussão no contrato.

Mesmo que superveniente, se a alteração fática com repercussão no contrato não estiver abarcada pelas hipóteses autorizadoras do reequilíbrio, não há que se falar em revisão de preço. Exemplo clássico são os casos abrangidos pela álea empresarial, ou ordinária, que são aqueles próprios do risco empresarial numa economia de mercado.⁹⁷ São os casos de aumento ordinário de preços, inflação, ocorrência de chuvas dentro, ou próxima, da média anual, entre outros.

Comumente a doutrina divide o reequilíbrio em quatro modalidades: reajuste, atualização financeira, repactuação e revisão.⁹⁸

2.1. Reajuste

O reajuste encontra-se conceituado no Art. 6º do substitutivo do Projeto de Lei 1.292/95 como:

LVIII – reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

Para Marçal Justen Filho, “o reajuste de preços consiste na alteração da cláusula monetária em contrato administrativo, decorrente da variação de índice de preço que refletem os custos necessários à execução da prestação contratual.”⁹⁹

O reajuste não constitui um *plus* ao contratado, nem um ônus adicional ao contratante,¹⁰⁰ sendo apenas um mecanismo para compensar os efeitos danosos causados pela inflação corroendo o poder aquisitivo da moeda. Em decorrência disso, obrigatoriamente os contratos com duração superior a um ano devem ter cláusulas de reajuste, conforme determina o art. 40,

⁹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 221.

⁹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 263. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma: a princípio, utilizava-se apenas a diferenciação entre ‘revisão’ e ‘reajuste’ de preços. A lei aludiu, ademais, à ‘atualização monetária’. Posteriormente, criou-se outra figura, conhecida como ‘repactuação’ (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1314).

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1316.

¹⁰⁰ STJ, REsp 846367/RS: “3. É certo que, na oportunidade da celebração do contrato de adesão de permissão até a data da efetiva contratação, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste monetário, conforme autorizado pela legislação pertinente. Por outro lado, está consolidado o posicionamento deste Tribunal no sentido de que a correção monetária não se constitui em um plus, sendo somente a reposição do valor real da moeda, devendo, portanto, ser aplicada, integralmente, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes.

inc. XI c/c art. 55, inc. III da Lei 8.666/93. Mesmo para contratos com prazo inicial inferior a um ano, recomenda-se a inserção da cláusula, pois comumente, por motivos diversos, há prorrogação do prazo contratual, ultrapassando-se o prazo de um ano, ou demora para a assinatura do contrato.

Trata-se de alterações de preços contratuais em decorrência do previsível fenômeno inflacionário, fenômeno geral que atinge toda a economia. Por isso, deve ser concedido por mero apostilamento (art. 65, § 8º).¹⁰¹ Por ter previsão contratual, deve ser concedida de ofício com base no critério previsto em contrato. Vale lembrar que a boa-fé deve permear as relações contratuais impondo o cumprimento das cláusulas independentemente da interpelação pela parte contrária.

O reajuste contratual, caso não concedido de ofício pela Administração, pode ser exigido a qualquer momento (contanto que seja antes do prazo prescricional), conforme já decidiu por diversas oportunidades o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰², sendo que preferencialmente o particular deve solicitar administrativamente o reajuste contratual logo após o aniversário do contrato.¹⁰³ Caso o contratado tenha que socorrer-se do judiciário para recebimento do reajuste, o prazo prescricional é de 5 anos.¹⁰⁴

¹⁰¹ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 746.

¹⁰² Contrato administrativo. Contratação de empresa para execução de serviços contínuos de reparos, desobstrução de redes de drenagens/esgotos provisórios, confecção e colocação de lixeiras e execução de serviços diversos. Cobrança de reajustes contratuais não aplicados. Previsão contratual de reajustamento anual dos preços. Sucessivos aditamentos contratuais celebrados que não afastam a necessidade de reajustamento. Termos aditivos que previam expressamente que as demais condições contratuais originais ficariam ratificadas. Requerimentos de aplicação do reajuste na via administrativa, evidenciando que a contratada não se manteve inerte em postular os reajustes contratuais. Recurso provido para julgar a ação precedente, condenada a Municipalidade ao pagamento de reajustamento contratual. (TJSP; Apelação Cível 1003208-62.2018.8.26.0157; Relator (a): Heloísa Martins Mímessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Cubatão - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/09/2019; Data de Registro: 17/09/2019)

¹⁰³ AÇÃO DE COBRANÇA – Prestação de serviços ao município de Peruíbe – Inadimplemento dos reajustes contratuais – Sentença de procedência. Mérito – Ausência de controvérsia quanto à efetiva prestação do serviço, à existência de previsão contratual de reajuste, bem como, no tocante aos respectivos valores devidos – Descabimento da alegada "renúncia tácita ao reajuste" – Autora que comprovou a formulação de requerimentos administrativos – Ausência de inércia – Precedente desta C. Câmara – Ulterior acordo celebrado com objeto específico, que não englobou os reajustes – Necessidade de adimplemento – Manutenção. CONSECTÁRIOS – Condenação contra a Fazenda Pública – Observância, após a propositura da ação, do quanto decidido no julgamento do Tema nº 810/STF – Alteração, de ofício. – Apelo e reexame necessário, considerado interposto, desprovidos, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1001806-98.2017.8.26.0441; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 15/05/2019; Data de Registro: 16/05/2019)

¹⁰⁴ COBRANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO – Pedido inicial de pagamento por serviços prestados à Municipalidade, reajuste contratual e consectários legais decorrentes do inadimplemento pelo ente público. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - Pretensões não fulminadas pela prescrição, uma vez que postuladas no prazo do artigo 1º do Decreto 20.910/32, que é norma especial e prevalece sobre a regra geral do Código Civil. Laudo pericial conclusivo quanto à apuração dos valores devidos pelo Município. Sentença de procedência da ação mantida. Recurso voluntário e reexame necessário não providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0002799-

Conforme o art. 40, inc. XI, o edital deverá eleger um índice de reajuste que reflita a variação efetiva dos custos de produção. Para tanto, admite índices específicos ou setoriais.¹⁰⁵ À guisa de exemplo, a FIPE, Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, publica índices setoriais para construção civil em diversas tipologias, índice indicador da evolução do custo unitário de prestação de serviços de asseio e conservação, entre outros. Assim, a Administração, ao elaborar o edital, havendo um índice específico, como por exemplo construção civil edificação, e sendo pertinente ao objeto contratual, deve adotá-lo, ao invés de usar um índice geral de preços, como o INPC ou IGPM.

Em contratos mais sofisticados, pode-se utilizar uma cesta de índice, cada qual com seu peso, conforme a fórmula matemática prevista no contrato.

É necessário também atentar-se para o fato de que a data base do reajuste não é a data da assinatura do contrato. A data base é aquela prevista para a apresentação da proposta, ou do orçamento a que ela se referir conforme estipulado no edital.¹⁰⁶ Cabe destacar que o valor da proposta deve ser preservado, nos termos da Constituição Federal.¹⁰⁷ Será possível, portanto, o reajuste em contratos com prazo inferior a um ano, aliás, pode ocorrer o reajuste antes da assinatura do contrato, caso a assinatura seja doze meses após a data da proposta ou a data a que o orçamento se referir.¹⁰⁸ Nesse caso, recomenda-se que, ao assinar o contrato, seja

46.2011.8.26.0223; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/06/2019; Data de Registro: 06/06/2019)

¹⁰⁵ O índice de reajuste, portanto, deve refletir as variações médias dos preços naquele ramo mercadológico específico e naquela tipologia de obra em especial, como marco inicial a data da apresentação da proposta (ou a data do orçamento a que a proposta se referir). Os reajustamentos supervenientes só poderão ser realizados após decorrido um ano do primeiro (Lei nº 10.192/2001 e 9.069/95). (CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 746.)

¹⁰⁶ O prazo de doze meses será computado nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001, que determina 'A periodicidade anual dos contratos de que trata o caput deste artigo será contado a partir da data limite para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.' Portanto, o prazo de doze meses não é computado da data da contratação. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1.317.)

Cobrança. Contrato administrativo para prestação de serviços. Reajuste de preços. Termo inicial é a data da apresentação da proposta conforme cláusula contratual. Vigência que se dá ao artigo 3º da Lei Federal 10.192/2001, e artigos 40, inc. XI e 41 da Lei de Licitações. Critério para juros e atualização monetária. Recurso e reexame necessário desprovidos. (TJSP; Apelação Cível 0016740-39.2013.8.26.0564; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 31/01/2019)

¹⁰⁷ Ressalta-se, contudo, que a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir (art. 40, XI, da Lei 8.666/1993 e art. 3º, § 1º da Lei 10.192/2001), visto que o art. 37, da CRFB, que consagra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, exige a manutenção das condições efetivas da proposta. É o valor da proposta que deve ser preservado no curso do processo. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 263.)

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 264.

celebrado um aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital.¹⁰⁹

Esclarece-se que a “data a que o orçamento se referir” é aquela da tabela de referência utilizada para aferição do valor estimado da licitação. O art. 7º, inc. II determina que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilha que expresse a composição de todos os seus custos unitários. O art. 40, § 2º, II, diz que constitui anexo do edital o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Especialmente em obras, existem várias tabelas com os valores de custo dos itens usuais na construção civil, como tabela SINAPI, DER, PINI, as quais são utilizadas para o orçamento (estimativa de preço) da Administração. Essas tabelas de preços de referência são editadas, em regra, mensalmente, e o mês da edição da tabela de referência que embasou o orçamento passa a ser a data base para o reajuste, se assim o edital se referir.

As Leis Federais 10.192/2001 e 9.069/95 determinam que o reajuste terá periodicidade anual e somente poderá ocorrer após decorrido um ano desde a data prevista para a apresentação de proposta, ou do orçamento ao qual se referir.

Existe, porém, controvérsia acerca da aplicação do reajuste no caso de eventual omissão no edital ou contrato sobre o assunto. Marçal Justen Filho entende ser cabível o reajuste mesmo no caso de omissão no edital e no contrato: “A previsão dos critérios de reajuste deve obrigatoriamente constar no edital. Mas eventual omissão da incidência do reajuste não elimina a obrigatoriedade de sua aplicação, caso presente os pressupostos pertinentes.”¹¹⁰ Assinala o referido autor que entendendo não cabível o reajuste por falta de previsão contratual, o contratado tem direito à “recomposição de equação econômico-financeira do contrato por meio da revisão de preços. O particular manterá o direito a compensação pelas perdas derivadas da inflação. A revisão de preços poderá seguir exatamente os mesmos critérios do reajuste.”¹¹¹

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, manifestou-se pela inviabilidade da concessão do reajuste diante da inexistência de previsão contratual como por exemplo no STJ, AGRG no Resp nº 1518134, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe. de 01.03.2016.¹¹² O Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta decisões em ambos os sentidos.

¹⁰⁹ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU.** 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 749

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993.** 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 943.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 1180.

¹¹² Trecho da ementa: “Há precedentes, acolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não há reajuste anual exigível se, no momento do contrato firmado, as partes nada convencionaram neste sentido. E como o reajuste anual é matéria contratual, autorizada sua feitura por lei, por conseguinte, o reajuste é direito disponível e precisa estar previsto no contrato até para garantia de dotação orçamentária correspondente”. Segundo o

Diversas vezes decidiu pela não incidência do reajuste por falta de previsão no edital ou contrato¹¹³; em outras, entendeu ser cabível especialmente quando o contratado solicitou administrativamente o reajuste.¹¹⁴

O TCU, por seu turno, entende que a omissão deve ser sanada por aditivo contratual antes da data do aniversário do contrato. É o que se extrai do acórdão 562/2016, Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

(...) Discordo pontualmente sobre o caráter impositivo do citado dispositivo legal, mas não se pode olvidar que o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem raiz constitucional (art. 37, XXI), não derivando de cláusula contratual ou de disposição editalícia. Assim, a ausência de previsão contratual não afasta a possibilidade de concessão do reajuste, caso devido, na forma prevista na legislação pertinente.

41. Todavia, ao contrário do alegado, vejo que podem surgir diversos embates entre o contratante e o contratado sobre o índice de reajuste a ser aplicado. Tal constatação se coaduna com o fato de existirem dezenas de índices gerais ou setoriais que poderiam ser cogitados, os quais muito provavelmente apresentarão variações distintas após o interregno de um ano a contar da data-base de reajustamento, o que poderia trazer repercussões financeiras muito relevantes em um contrato de elevado vulto como o que ora se examina. Tal fato poderá inclusive a gerar a judicialização de eventuais pleitos da contratada.

42. Assim, afigura-se que a única forma equânime para as partes seja dispor sobre o assunto previamente, mediante a celebração de termo de aditamento contratual ao Contrato 104/2015, como forma de efetivar o cumprimento do disposto no art. 40, inciso XI, e o art. 55, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos.

O reajuste, vale ressaltar, é distinta da revisão de preços. Enquanto o reajuste é um procedimento automático que produz a alteração do preço em virtude da variação do índice

entendimento, poderia haver a presunção de que, se não houve cláusula de reajuste anual no contrato administrativo, a licitante, por se tratar de instituição profissional experiente, já tenha incluído em sua proposta um valor compatível com a não incidência de reajuste.”

¹¹³ APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO ADMINISTRATIVO – - REAJUSTE DE PREÇOS – Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro em razão da prorrogação do prazo do contrato – Descabimento - Prorrogações sucessivas do contrato, mediante a celebração consensual de aditamentos contratuais, firmados sem quaisquer ressalvas – Correção monetária – IPCA – Juros de mora – Lei nº 11.960/2009 - Sentença parcialmente reformada - Recurso fazendário improvido – Recurso da FAEPA provido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0066392-10.2010.8.26.0506; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019)

¹¹⁴ Apelação cível – Contrato administrativo – Pretensão ao recebimento de valores correspondente a reajuste anual – Contrato administrativo, com prazo de execução de doze meses, omissos a respeito – Execução da obra que acabou se estendendo por quase cinco anos, em razão de aditivos para prorrogação de prazo – Prova colhida nos autos que afasta a responsabilidade da empresa contratada pelos atrasos – Obra pública executada pelo Município, em decorrência de convênio firmado com o Estado, que ficou responsável pelo custeio – Pedidos de reajustamento anual encaminhados pelo Município ao Estado, que os indeferiu por falta de previsão no convênio firmado – Responsabilidade do Município, conforme previsto no instrumento – Artigo 57, §1º, incisos III e VI, da Lei nº 8.666/1993, que admitem prorrogação do prazo de execução, assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, caso ocorra interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração ou de 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 – Sentença de improcedência – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1001305-15.2015.8.26.0248; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Indaiatuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 29/01/2018)

estipulado, independente da averiguação efetiva de desequilíbrio, pois é consequência da presunção absoluta do desequilíbrio, a revisão de preços destina-se a promover o reequilíbrio mediante a avaliação de eventos supervenientes que afetaram o equilíbrio contratual. A revisão exige a apuração real dos fatos, a comprovação de todos os detalhes relacionados com a contratação¹¹⁵, bem como a demonstração do nexo de causalidade.

O reajuste não exclui, contudo, a possibilidade da revisão dos preços (recomposição), se presentes os pressupostos, conforme assentado no Acórdão nº 1431/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Vital do Rego.¹¹⁶

2.2. Atualização financeira

Em que pese estarem ligadas à atualização do preço em decorrência de indexação por índice de variação de preços, na sistemática da Lei 8.666/93, o reajuste e a atualização financeira (monetária)¹¹⁷ são coisas distintas.

A atualização monetária que alude o art. 55, III da Lei 8.666/93 refere-se à atualização por atraso de pagamento por parte da administração, incidindo somente sobre a parcela em atraso – cuja atualização do valor da parcela acontece entre a data do adimplemento da obrigação até a data do efetivo pagamento –, diferenciando-se do reajuste que incide sobre todo o saldo contratual existente no momento da data da sua aplicação.

Nos termos do art. 40, inc. XIV, o edital deverá estipular o prazo de pagamento a contar do adimplemento da obrigação pelo contratado, não podendo ser superior a 30 dias, o critério de atualização monetária (índice), a compensação financeira e penalidades para a Administração para o caso atraso, bem como descontos por eventuais antecipações de pagamento.

Recomendável usar um índice setorial para o reajuste e um índice geral para a atualização. Explico, o índice setorial procura refletir o mais precisamente possível a variação do custo da atividade específica, por exemplo, num índice de construção civil pavimentação, o

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1319.

¹¹⁶ 9.2.3. o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos (...)

¹¹⁷ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira utiliza-se da expressão *atualização financeira*. Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito administrativo**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

principal insumo e componente do índice é o CAP-cimento asfáltico de petróleo, que, num cenário mundial de queda do preço do barril de petróleo, pode resultar num índice negativo, o que não significa que a contratada não tenha que arcar com custos financeiros gerais quando precisa socorrer-se no mercado financeiro para cobrir o seu caixa no caso de atraso de pagamento por parte da Administração. Diferencia-se, então, o custo específico de um serviço – no qual cada serviço tem a sua particularidade e diferente formação e variação de custos em decorrência dos insumos utilizados, da mão de obra e dos equipamentos – do custo do dinheiro, que é determinado pelo mercado financeiro e geralmente baseado em índices gerais (p. ex. IGP-M ou SELIC).

Nos termos do art. 40, § 3º, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

2.3. Repactuação

A repactuação “consiste em alteração da remuneração devida ao particular, praticada a cada período de doze meses, destinadas a refletir a variação de encargos trabalhistas e excluir custos do particular já amortizados ou não mais existentes.”¹¹⁸

A repactuação de preços, no âmbito Federal, tem a sua disciplina geral no art. 12 do Decreto nº 9.507/2018, sendo admitida nos contratos continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vista à adequação ao mercado, desde que observado o íntegro mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, bem como demonstrada, de forma analítica, a variação dos componentes do custo, devidamente justificada.

A Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, traz, em seus artigos 53 e seguintes, o detalhamento e procedimento para a aplicação da repactuação.

São típicos contratos sujeitos ao regime de repactuação os de limpeza de repartições, copa, vigilância de próprios públicos e preparação de merenda escolar (sem fornecimento de gêneros), ou seja, aqueles classificados como terceirização de mão de obra em sentido estrito.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1324

A repactuação não é uma figura autônoma, é uma espécie de reajuste específico para contratos contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, na qual, ao invés de usar um índice de preço (mesmo que setorial), adota-se a efetiva alteração dos custos contratuais.¹¹⁹ Geralmente é influenciada pelo dissídio ou convenção coletiva da categoria.

O substitutivo do Projeto de Lei 1.292/95 prevê a repactuação, o que a elevaria ao nível norma legal, estando conceituada no art. 6º do referido Projeto de Lei como:

LIX – repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

Apesar de a repactuação se aproximar da revisão de preços “por refletir uma avaliação concreta e efetiva dos custos do particular” dela se distingue por versar a repactuação “sobre aspectos determinados e específicos, apresentando uma natureza restrita”.¹²⁰ Além disso, a repactuação e o reajuste distinguem-se da revisão de preços, porque, enquanto esta só atua na ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis, ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, não dependente de previsão contratual; aqueles existem para recompor fatos previsíveis, pode se dizer, fatos certos quanto a sua existência, mas incertos apenas quanto ao seu valor monetário. Por ser certa a incidência do reajuste ou repactuação, conforme o caso, devem estar previstas no edital as regras para a sua aplicação (p.ex. índice, data base).

2.4. Revisão dos preços

A doutrina e a jurisprudência utilizam-se de diversas denominações para a revisão dos preços, tais como recomposição dos preços, reequilíbrio econômico-financeiro (aqui em sentido

¹¹⁹ Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1325.

estrito),¹²¹ mesmo alguns acórdãos dos órgãos de controle externo utilizam repactuação como sinônimo de revisão.¹²²

Diferentemente do reajuste e repactuação que exige o aniversário do contrato ou da proposta, a revisão de preços pode se dar a qualquer tempo e independe de previsão no edital ou contrato, visto que está respaldada na lei e na Constituição Federal, desde que presentes os pressupostos ¹²³ – um dos pressupostos para a aplicação da revisão dos preços é que o desequilíbrio não tenha sido causado por culpa da contratada.¹²⁴ Enquanto o reajuste e repactuação exigem previsão no edital ou contrato, a revisão não exige.

A análise do equilíbrio deve considerar o contrato como um todo. Isoladamente, o desequilíbrio em um item específico não autoriza a revisão, uma vez que outros itens podem ter tido variação negativa no mesmo período.¹²⁵

A revisão dos preços, no regime geral de contratações públicas, está disciplinado de modo geral no art. 58, c/c art. 65, § 6º para o caso de alteração unilateral, no art. 65, inc. II, alínea “d” para os casos da teoria da imprevisão, caso fortuito, força maior e fato do príncipe, e art. 66 e 77 para fato da administração. Sendo que art. 78, inc. XIII a XVI traz hipótese autorizadoras da rescisão que podem se caracterizar como fato da administração e fundamentar o reequilíbrio contratual.

¹²¹ A norma não estabelece nomenclatura própria para o mecanismo, de modo que cada jurista utiliza a que considera mais adequada. As denominações mais encontradas são reequilíbrio econômico-financeiro (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes), revisão de preços (Jessé Torres Pereira Júnior, Hely Lopes Meireles) e recomposição de preços (Marçal Justen Filho, H). (*ACÓRDÃO Nº 1.563/2004 - TCU – PLENÁRIO*)

¹²² Veja-se por exemplo o Acórdão nº 2408/2009-TCU-Plenário: (...) Indispensável que a revisão de preços encontrasse amparo na teoria da imprevisão dos contratos administrativos. Somente se admite a repactuação, quando decorre de fato: a) superveniente; b) imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; c) alheio à vontade das partes; e d) que provoque grande desequilíbrio ao contrato. A elevação anormal do preço de serviço, decorrente de variação inesperada dos seus custos, pode motivar a revisão dos preços contratados, desde que observados todos os pressupostos legais. Tal situação deve ser objetiva e exaustivamente demonstrada. A comprovação da necessidade de reajustamento do preço, resultante da suposta elevação anormal de custos, exige a apresentação das planilhas de composição dos preços contratados, com todos os seus insumos, e dos critérios de apropriação dos custos indiretos da contratada. (...)

¹²³ O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar a qualquer tempo; consequentemente não há que se falar em periodicidade mínima para o seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos. (*ACÓRDÃO Nº 1.563/2004 - TCU – PLENÁRIO*).

¹²⁴ “Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1290).

¹²⁵ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 747.

No regime da lei 8.666/93, “não há diversidade de tratamento jurídico em vista da distinção entre fato do príncipe, teoria da imprevisão, fato da administração (sic!) ou força maior. Todas essas hipóteses são agrupadas pelo art. 65, II, d, para tratamento uniforme.”¹²⁶ Para os contratos de concessão comum e PPP, a classificação da causa do desequilíbrio pode ser importante, pois a matriz de risco pode ter alocação própria para cada evento.

A revisão dos preços pode operar por duas origens: a primeira é a origem contratual, que pode derivar de alterações unilaterais do contrato, alterações consensuais ou fato da administração (ilícito contratual praticado pela Administração); a segunda são as externalidades (aquilo que extrapola a órbita contratual) que tenham afetado a execução do contrato; são as hipóteses da teoria da imprevisão, caso fortuito, força maior e fato do príncipe. O fato do príncipe caracteriza-se como externalidade, pois decorre de um fato lícito (normalmente ato normativo) geral para a coletividade que, de alguma forma, repercute na esfera econômica do contrato.

Inspirado no direito francês, a doutrina também classifica os eventos causadores do desequilíbrio contratual em áleas¹²⁷ ou riscos que a execução contratual está sujeita:¹²⁸

- a) Álea ordinária ou empresarial: está presente em todas as atividades empresariais. Trata-se do risco ordinário do negócio e do mercado; são os chamados riscos previsíveis, portanto, eventos classificados nessa álea não são aptos a fundamentar o reequilíbrio contratual;
- b) Álea administrativa: compreende a alteração unilateral, o fato do príncipe e o fato da administração, que são eventos autorizadores do reequilíbrio;
- c) Álea econômica extraordinária: são fatos externos ao contrato, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, supervenientes à formulação da proposta, estranhos à vontade das partes, inevitáveis, que impedem, retardam ou oneram demasiadamente a execução do contrato, ou seja, são os eventos que podem ser enquadrados dentro da teoria da imprevisão. Com reserva de balizadas opiniões contrárias¹²⁹, entendemos que a força maior e o caso fortuito podem ser classificados nessa álea, uma vez que um evento de força maior pode ser temporário, apenas onerando ou retardando a execução do contrato, não sendo apenas

¹²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1294.

¹²⁷ O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, traz o seguinte verbete: **ÁLEA**. S. f. (Lat. alea) jogo, risco, sorte. Condição daquilo em que as probabilidades de perda e ganho são concomitantes. Cognato: aleatório (adj.), cons.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 321/322.

¹²⁹ “A diferença está que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 322).

motivo para rescisão. Note que a força maior e o caso fortuito estão localizados tanto no art. 65, II, d, quanto no 78, XVII, da Lei 8.666/93. Eventos destas áleas podem autorizar o reequilíbrio contratual.

Passa-se a análise dos eventos que podem fundamentar o reequilíbrio contratual.

2.4.1. Alteração unilateral

A alteração unilateral decorre da essencial mutabilidade do contrato administrativo, que confere prerrogativas para a Administração alterar o escopo do contrato visando a atender o interesse público, tendo como núcleo imutável as cláusulas econômicas e financeiras.

Como todo Poder Estatal, sofre limitações impostas pela ordem constitucional e pela legislação, de modo que não pode ser utilizado de forma arbitrária, para interesses escusos – como vingança pessoal e privilégio de amigos – ou desvio de finalidade¹³⁰, por isso as alterações devem observar o preceito do art. 65, devendo as alterações terem “as devidas justificativas”, e conforme o artigo 58, inc. I, respeitando-se “os direitos do contratado.”

Ademais, o comando constitucional determina que as compras e contratações sejam por meio de licitação, por decorrência, impõe limites às alterações (unilaterais ou bilaterais), pois um dos princípios basilares da licitação é a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o supra princípio da isonomia entre os participantes.¹³¹

A alteração unilateral deve ser vista como algo excepcional¹³² e justificada em fato ocorrido, ou conhecido, após a sessão de apresentação das propostas; não deve ser utilizada como forma de correção de mal planejamento ou erro no projeto básico. Não se pode fazer um corte, uma separação, entre a fase da licitação e a fase da execução contratual, pois isso possibilitaria um sem número de oportunidades para desvios e favorecimentos, tais como o “jogo de planilha” nas licitações julgadas por menor preço global, que consiste em suprimir os itens onde foi ofertado grande desconto e aditar itens em que o desconto foi pequeno ou inexistente.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 200.

¹³¹ Lei 8666/93, art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

¹³² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 223.

Cabe trazer a distinção entre o objeto do contrato e o escopo do contrato. O objeto é imutável¹³³ e consiste naquilo que será entregue como produto, sendo isso uma garantia ao particular¹³⁴ e também garantia ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. O escopo, por sua vez, é a soma das atividades necessárias à realização do objeto, ou seja, tudo aquilo que precisa ser executado para que o objeto seja realizado. Por exemplo, o objeto de um contrato é a pavimentação de uma rua; o escopo é preparar a base em brita, compactar, realizar a imprimação, aplicar o pavimento asfáltico e realizar a pintura da sinalização horizontal.

Conforme preceitua o art. 65, as alterações unilaterais podem ser: a) qualitativas, quando ocorrem modificações no projeto ou suas especificações para melhor adequação técnica dos seus objetivos; e b) quantitativas, em decorrência de acréscimos ou supressão de quantitativa do seu escopo, nos limites permitidos pela lei – que é de, nos termos do § 1º do artigo 65, de 25% (vinte e cinco por cento) para obras, serviços ou compras; e de 50% (cinquenta por cento) para reforma de edifícios ou de equipamentos, sobre o valor inicial dos contratos.

Conforme preceitua o § 6º do art. 65, “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.” Em caso de supressão, se o contratado já tiver adquirido os materiais necessários à execução da parte suprimida e já os tiver colocado no local dos trabalhos, a Administração deverá indenizar o valor dos custos de aquisição (art. 65, § 4º).

Existe, porém, divergência doutrinária se o limite de 25% (obras, serviços ou compras) e de 50% (reforma) para alterações seriam aplicados para as alterações qualitativas. Para Carvalho Filho, as alterações quantitativas e qualitativas estão sujeitas ao limite.¹³⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁶ e Toshio Mukai¹³⁷, por seu turno, entendem que esse limite atinge somente as alterações quantitativas. A decisão nº 215/1999-Plenário TCU, que foi fruto de resposta à

¹³³ “O contratado, ao firmar pacto com a Administração, não anui apenas e tão somente em torno da equação econômico-financeira. Com base no acordo econômico-financeiro, existe um objeto a ser executado que, embora se sujeite a modificações unilateral impostas em virtude do interesse público, não pode ser completamente desvirtuado. Tal limitação à prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos administrativos é denominada por Carlos Ari Sundfeld de direito do contrato à *preservação da identidade do objeto*. É direito do contrato se insurgir contra novas obrigações que, inegavelmente, discrepem daquilo que assumiu executar. Assim, uma construtora especializada em edificações, que tenha sido contratada para construção de um prédio público, não poderia ser obrigada a assumir obrigações relativas ao fornecimento de bens e materiais de escritório para a futura repartição. Ela não teria assumido esse tipo de obrigação e eventualmente, não teria como atendê-la a contento. (NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo**: licitação e contratos administrativos. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 341).

¹³⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 501.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 202.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 314.

¹³⁷ MUKAIM Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 179.

consulta dirigida ao tribunal, adquirindo caráter normativo e prejudgamento de tese, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei 8.443/92¹³⁸, reflete o entendimento do TCU, admitindo excepcionalmente, que as alterações qualitativas ultrapassem o limite de 25% e 50%, respectivamente, desde que conjuntamente ocorra as 6 seis condições previstas no item 8.1., alínea “b” da decisão:

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

Desse modo, seguindo a orientação do TCU, temos o seguinte quadro de limite para as alterações contratuais:

Quadro 01- Quadro comparativo dos limites de alteração contratual

Tipo da alteração		Reforma de edifício ou equipamento.		Demais casos (obras, serviços e compras)	
		<i>Unilateral</i>	<i>Consensual</i>	<i>Unilateral</i>	<i>Consensual</i>
Acréscimo	Qualitativa	50%	Ver TCU	25%	Ver TCU
	Quantitativa	50%	50%	25%	25%
Supressão	Qualitativa	25%	Sem limite	25%	Sem limite
	Quantitativa	25%	Sem limite	25%	Sem limite

Fonte: CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas:** comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.p. 63. (Com adaptações).

O regime de execução da empreitada influencia a ótica do equilíbrio do contratual, uma vez que o regime determina a alocação do risco da variação de quantitativos. Os regimes mais

¹³⁸ § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

usuais são a empreitada por preço unitário e por preço global. Em ambas, o que se contrata é o objeto contratual detalhado no projeto básico em nível suficiente para a sua correta orçamentação. Entretanto, quando, por preço unitário, a Administração paga a quantia exatamente executada, para mais ou para menos, os pagamentos são realizados com base em medições de quantidade efetivamente executada. Já no regime de preço global, a variação de quantidade é irrelevante para efeito de remuneração; paga-se, geralmente, por etapa ou evento marco da obra, independente da variação da quantidade efetivamente executada.

Isso não significa que uma empreitada por preço global não possa ter aditivo de quantidade. O projeto fixa o que vai ser executado, vale dizer, o que se contratou. Em havendo alteração do projeto, reduzindo, ampliando ou modificando o escopo quantitativamente ou qualitativamente, deve haver aditivo ajustando o valor ao encargo modificado.¹³⁹ Deve-se lembrar que é da essência do contrato administrativo a manutenção da relação encargo-remuneração fixada na proposta.

2.4.2. Fato da Administração

O fato da administração é a ocorrência de um ilícito contratual por parte da Administração. Diz-se ilícito contratual porque deve estar ligado diretamente ao contrato, seja por previsão contratual, editalícia, legal ou violação de princípios (juridicidade). Além de poder derivar de uma conduta comissiva ou omissiva (não praticar ato que estava a seu encargo), o ilícito contratual pode ser doloso (intencional) ou culposo (imprudência, negligência ou imperícia). Aliás a imperícia em elaboração de projetos e orçamentos é muito comum em obras públicas, haja vista a quantidade de aditivos contratuais para adequar o escopo ao objeto (alterações qualitativas e quantitativas) em decorrência de erro no projeto.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua fato da Administração como “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, *viola os*

¹³⁹ Acórdão nº 590/2017-TCU-Plenário, min. Rel. Ana Arraes, trecho do voto: 20. Veja-se que não se está a propugnar a impossibilidade de acréscimos contratuais em EPG. Evidentemente, quando ocorre a inclusão de novos serviços – a configurar alteração de projeto – por solicitação do contratante, é sempre cabível o aditivo. É isso que se extrai do subitem 9.1.6 do acórdão 1.977/2013 – Plenário: ‘9.1.6. alterações no projeto ou nas especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/93, como também o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo;’ 21. Também quando se depara com a necessidade de execução de serviço imprevisível, o correspondente acréscimo contratual se faz necessário. Por outro lado, no caso de serviços não previstos no orçamento (porém previsíveis), em regra não são admissíveis aditivos de preços nos contratos por empreitada global.

direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre ele avençado.”¹⁴⁰

O art. 66 da Lei 8.666/93 assevera que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.” Aliás, das partes se espera além do respeito ao contrato e a lei de regência, a observância dos princípios gerais do Direito Administrativo e a boa-fé objetiva¹⁴¹, a qual se desdobra no dever geral de cooperação, informação e proteção.

O dever de cooperação impõem às partes a necessidade de se comportarem harmonicamente para alcançar a finalidade contratual, mediante auxílio e suporte recíprocos.¹⁴² O dever de informação obriga as partes a não ocultarem informações, partilhando todos os dados que possam ser úteis à consecução dos fins contratuais, ou que possam influenciar na adoção de uma escolha ou posicionamento futuro de uma das partes – este dever, igualmente, deve ser observado desde a fase pré-contratual. O dever de proteção coloca que as partes estarão adstritas a evitar sejam impingidos danos mútuos em seus patrimônios, atuando de modo a mitigar ou eliminar riscos à parte contrária.¹⁴³

O dever de boa-fé também manifesta-se no dever de comunicar, com brevidade, à outra parte a ocorrência de eventos que possam interferir na execução do contrato, configurando ilícito contratual não comunicar tempestivamente eventos ensejadores do reequilíbrio contratual.¹⁴⁴ Diz o Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422 – em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa.”. A teoria geral dos contratos e disposições de direito privado são aplicados supletivamente ao regime dos contratos administrativos, por força do art. 54 da Lei 8.666/93.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p.683.

¹⁴¹ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello citando Agustín Gordillo: “Se disse así que los contractos administrativos son esencialmente de buena fé, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan em perjuicio del contratista”. (MELLO, op.cit.).

¹⁴² CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda e MOTTA, Thiago de Lucena. O Fato da Administração e a Revisão dos Contratos Administrativos a Partir da Violação da Boa-Fé Objetiva. **RDU**. Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 37-60, jan-fev 2019.

¹⁴³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Covid-19 e o Direito Brasileiro, in **Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas**. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

Para a Administração e seus agentes, a observância obrigatória da boa-fé está implícita no dever de moralidade e probidade. Tais postulados estão previstos na constituição e na lei – especificamente sobre a boa-fé, há previsão legal no art. 2º *caput* e inciso IV, da Lei 9.784/99 aplicável diretamente à União e como norma supletiva para toda a Administração Pública. Destaca-se, novamente, que o particular atua como um colaborador da Administração visando atender o interesse público, motivo pelo qual, o dever de cooperação recíproco deve ficar reforçado.

O fato da administração tanto pode levar à extinção do contrato, como ao desequilíbrio econômico-financeiro, acarretando o dever de revisar o preço. Dois aspectos devem ser sopesados, porém, para definir se a consequência será a rescisão ou a revisão. Caso o fato seja insuperável¹⁴⁵ fatalmente será hipótese de rescisão (objeto do nosso próximo capítulo); mas caso o fato seja superável¹⁴⁶, cabe ainda à Administração, mediante decisão justificada do ponto de vista técnico, jurídico e econômico verificar a vantajosidade de pôr fim ao contrato ou revisar o preço, pois há casos em que o fato da administração onera o contrato de tal forma que pode ser mais vantajoso para a Administração abandonar o empreendimento e alocar os recursos para outra obra ou política pública.

Em suma, restam à Administração três alternativas: (i) manter o contrato, sanando o vício ou irregularidade e reequilibrar o contrato; (ii) rescindir ou anular o contrato indenizando o contratado e relicitando o objeto; ou (iii) rescindir ou anular o contrato indenizando o contratado e desistir do objeto, pois a sua consecução tornou-se muito onerosa. Em qualquer das três alternativas, deve haver apuração de responsabilidade para verificar se houve culpa de agente público dando causa ao fato.¹⁴⁷

O art. 78, inc. XIII a XVI da Lei 8.666/93 traz um rol, não exaustivo, de eventos culpáveis à administração que podem levar tanto à rescisão, quanto ao reequilíbrio, quais sejam: supressões de escopo, acarretando modificação do valor além dos limites do art. 65; ordem escrita de suspensão da execução do contrato por período superior a 120 dias; atraso nos pagamentos por período superior a 90 dias; não liberação por parte da administração de área, local ou objeto para a execução do contrato, bem como de fonte de materiais naturais (jazidas) especificadas no projeto. Esses eventos serão objetos de estudo do capítulo 3.

¹⁴⁵ Impedimento absoluto.

¹⁴⁶ Impedimento relativo ou temporário.

¹⁴⁷ Para algumas das hipóteses de nulidade, há previsão expressa no § 6º, do art. 7º da Lei 8.666/93: § 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Sobre a possibilidade a aplicação da *exception non adimpleti contractus* para os contratos administrativos, verifique item 1.4.5

2.4.3. Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão nos contratos públicos tem como origem o célebre caso *Gaz de Bordeaux*¹⁴⁸, conforme disserta Diogo Freitas do Amaral:

Enfim, em 1916 como consequência de uma guerra mundial então em curso, o carvão sofreu uma grande subida dos seus preços: logo os concessionários de iluminação a gás alegaram que não podiam prosseguir com a exploração do serviço público continuando a aplicar as tarifas previstas no contrato de concessão. O município argumentava, aqui, ser necessário os concessionários cumprirem à letra o estipulado no contrato, mantendo os preços; os contraentes particulares reclamavam, diferentemente, uma subida dos preços ou um subsídio da Câmara para poderem continuar a cumprir as suas obrigações. O Conselho de Estado desta vez deu a razão aos particulares, reconhecendo-lhes o direito de obterem as compensações pretendidas.¹⁴⁹

A previsão legal na Lei de Licitações está no art. 65, inc. II, alínea d:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, 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.

Da leitura do dispositivo legal acima colacionado, extrai-se que, para a aplicação da teoria da imprevisão, devem estar presentes os seguintes elementos:¹⁵⁰

a) De ocorrência, ou conhecimento, superveniente a proposta. Se de ocorrência anterior, a proposta já deveria ser precificada. Com relação a sua existência anterior à proposta, mas desconhecida das partes, vide item seguinte (2.4.3.1).

b) Ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. O imprevisível deve ser entendido como aqueles, mesmo que possíveis, seriam pouco

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226

¹⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 452.

¹⁵⁰ Di Pietro aponta os seguintes requisitos: 1. Imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto as suas consequências; 2. Estranho a vontade das partes; 3. inevitável; e 4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato. (In: **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329).

prováveis. Cabe aqui a aplicação da doutrina das áleas. Os fatos abrangidos pela álea extraordinária são os imprevisíveis, e os da álea ordinária não autorizam o reequilíbrio. É verdade que, em casos extremos, fica fácil identificar o que é um e outro, porém reside uma zona cinzenta que se faz necessária a análise do caso concreto à luz da jurisprudência dos órgãos de controle e judicial, bem como doutrina especializada. Os previsíveis, mas de consequência incalculáveis, são aqueles que são de provável existência, porém sem certeza da sua dimensão. O exemplo clássico é a inflação, que é um evento quase certo sobre sua ocorrência, entretanto incerto quanto ao seu índice futuro.

c) Alheio à vontade das partes. O reequilíbrio decorrente da teoria da imprevisão classifica-se com de origem externa ao contrato, significando que, caso a onerosidade do contrato decorra de conduta da administração, seja por alteração unilateral, fato da administração ou fato do príncipe, o reequilíbrio terá um desses três fundamentos, mas não a teoria da imprevisão; com relação ao particular, a teoria não se aplica se onerosidade decorrer de sua conduta, como nos casos de inexata previsão dos custos ou má gestão. Vale dizer, a parte prejudicada não tenha concorrido para o evento.

d) Onerosidade ou vantagem relevante na execução do contrato. Diz-se onerosidade ou vantagem porque o reequilíbrio pode ser favorável a qualquer lado, como muito bem exemplificado no art. 65, § 5º. Diz-se relevante porque não é qualquer alteração que justifica a aplicação da teoria da imprevisão. Pequenas alterações nos encargos, geralmente, decorrem da álea ordinárias, são flutuações naturais do mercado que devem ser absorvidas. Aliás, um dos itens que compõem o BDI é uma taxa de risco que se presta a cobrir essas eventuais flutuações.

e) Não seja um impedimento absoluto,¹⁵¹ pois sendo absoluto será o caso de rescisão do contrato.

O TCU por seu turno, no acórdão Nº 1.563/2004 – Plenário, aponta a necessidade conjunta dos seguintes elementos: a) contrato de execução periódica, continuada ou diferida; b) ocorrência de fato imprevisível e superveniente à celebração do ajuste; c) fato provocador de grave desequilíbrio ao contrato; e, d) parte prejudicada não tenha concorrido para a sua ocorrência.

Do acima exposto, a parte mais intrincada consiste em definir se o fato superveniente que afetou economicamente o contrato era previsível ou não, ou seja, pertence à álea econômica

¹⁵¹ Para Marçal Justen Filho, a teoria da imprevisão deriva da conjugação desses requisitos: i) imprevisibilidade do evento (o que compreende a inviabilidade de estimativa dos efeitos de evento previsível); ii) inimputabilidade do evento as partes; iii) grave modificação das condições do contrato; e iv) ausência de impedimento absoluto. (In: **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1296).

extraordinária ou ordinária. As variações normais de preços de insumos e salários, em regra, não autorizam a revisão, conforme recentemente decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 1004775-91.2014.8.26.0053.¹⁵² e na Apelação Cível 1007539-13.2016.8.26.0269¹⁵³

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de modo geral, caminha pela mesma trilha, como no TC 010616/026/09, município de Guarulhos, de relatoria do eminente Conselheiro Dimas Ramalho.¹⁵⁴

Observa-se que os órgãos de controle têm considerado regular o reequilíbrio quando acompanhada de boas justificativas técnicas e econômicas, considerando as alternativas à disposição do jurisdicionado, como no TC 263/005/14 do TCESP.¹⁵⁵

¹⁵² APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93) – Majoração de custos no curso do contrato – Aumento no valor de salários, preços de combustíveis e equipamentos de proteção individual (EPI) – Fatos que não são imprevisíveis e não desequilibram o contrato – Desnecessidade de recomposição contratual – Sentença de improcedência mantida - Honorários advocatícios reduzidos – Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação Cível 1004775-91.2014.8.26.0053; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

¹⁵³ APELAÇÃO – AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO – Licitação – Fornecimento de produtos hortifrutigranjeiros – Sentença de improcedência pronunciada em primeiro grau – Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro, em razão do aumento dos preços dos produtos – Descabimento – A simples superveniência de uma elevação de preços não justifica a revisão do contrato – Faz-se necessária a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, nos termos do disposto no art. 65, II, "d" da Lei nº 8.666/93 – Hipóteses não configuradas na espécie – Aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório – Sentença mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1007539-13.2016.8.26.0269; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Itapetininga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/04/2018; Data de Registro: 18/04/2018)

¹⁵⁴ O principal fundamento da decisão impugnada é o fato de a municipalidade não ter demonstrado a imprevisibilidade que justificasse o reequilíbrio econômico-financeiro estabelecido pelo Termo Aditivo 65/2009. Fato é que o município, em suas razões recursais, não consegue demonstrar que a evolução dos preços decorreu de fato posterior e imprevisível, que configure exceção, cenário que poderia justificar o acréscimo de valor sob o pretexto de reequilíbrio econômico-financeiro. O entendimento tranquilo deste Tribunal sobre o tema vai no sentido de considerar como risco ordinário de mercado a oscilação de preços nos produtos. A eventual redução da margem de lucro em razão desse motivo é algo previsível e que deve constar da análise de risco da contratada, não se enquadrando na hipótese do artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93. Diferente seria o caso se ocorresse desajuste drástico do cenário econômico, o que definitivamente não ficou demonstrado.

¹⁵⁵ A fornecedora de combustível, ao encaminhar à Prefeitura requerimento solicitando o reequilíbrio econômico-financeiro dos itens etanol e gasolina comuns, justificou que era necessário custear o aumento do produto e juntou suas notas fiscais de compra da distribuidora, à época do contrato originário e do seu aditamento. Sem alternativa, o Executivo efetuou o pagamento com os aumentos dos valores, por meio do 1º Termo Aditivo da Ata de registro de preços, assinado em 28/03/2011, passando o litro do etanol comum a R\$2,38 (dois reais e trinta e oito centavos) e o da gasolina comum a R\$2,87 (dois reais e oitenta e sete centavos). Claro está que esse realinhamento de preços foi a maneira encontrada para manter o fornecimento de combustível, sem uma maior oneração aos cofres do Executivo e sem causar prejuízos à municipalidade. (Neste sentido: TC000515/004/07 – CFA). De fato, trata-se de caso singular, pois o Município de Nantes possui um único posto de abastecimento de combustíveis e lubrificantes, faz divisa com o Paraná (Porecatu, a 30km) e o município paulista mais próximo está a 20km (Iepê), e Presidente Prudente à aproximadamente 2 horas num percurso de 100 km.

O TCESP, à luz do caso concreto, tem aceitado o reequilíbrio dos contratos, mesmo por variação cambial, se esta foi extraordinária – confira-se no TC 45769/026/07.¹⁵⁶ No mesmo sentido, ainda sobre a variação cambial: TC's - 044802/026/08 (Sessão do E.Plenário de 18/11/2015 – Relator Conselheiro Renato Martins Costa); 005844/026/08, 035575/026/09 e 035578/026/09 (Sessão do E. Plenário de 28/04/15 – Relator Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo); 025534/026/01 (sentença publicada no DOE de 9/12/2006 – Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho); e 024652/026/02 (Sessão da C. Segunda Câmara de 28/08/07 – Relator Conselheiro Robson Marinho).

A questão merece uma análise mais profunda, uma vez que vários índices setoriais computam a variação de insumos fortemente influenciados pelo câmbio, o que poderia levar a uma dupla recomposição dos custos, motivo pelo qual o TCU tem exigido para os contratos que podem sofrer relevante alteração em função de flutuação cambial a proteção via *hedge*.¹⁵⁷

A pedra de toque definidora é a classificação do evento com ordinário ou extraordinário.

2.4.3.1 Interferências imprevistas

Alguns doutrinadores utilizam-se dessa expressão para se referirem a fatos anteriores à proposta, os quais são revelados em momento posterior, ou seja, durante a execução do contrato.¹⁵⁸ O exemplo clássico é o perfil geológico do solo que, por mais que se façam estudos e sondagem, sempre existe a possibilidade de encontrar características diversas do projeto, como rocha na escavação ao invés de argila; ou, no caso de, durante a escavação, se encontrar um sítio arqueológico, fato bem comum no centro sul da Itália.

¹⁵⁶ A respeito, o Tribunal de Justiça, após solicitação de seu Setor competente, entendeu necessário readequar o preço dos equipamentos ao valor de câmbio correspondente à data de cada pagamento das mencionadas autorizações de fornecimento, garantindo, desse modo, a real composição do equilíbrio contratual. Assim, em 24 de novembro de 2009, foi firmado o terceiro termo, que realizou o reequilíbrio, no total de R\$56.987,90, tornando sem efeito o anterior ocasionado pelo segundo aditivo, e, ainda, acresceu 375 unidades de equipamentos, equivalente a um acréscimo quantitativo de 25%. Tal reequilíbrio, a meu ver, merece acolhimento, eis que, embora previsível a flutuação da moeda americana, o valor majorado não o era. Não se ignore que a oscilação cambial, ocorrida no período compreendido entre 2008 a 2009, foi significativa, evidenciando situação de excepcionalidade, inserta na letra “d”, inciso II, do artigo 65, da Lei de Licitações. (...) Além disso, pesquisa de preços realizada pela origem (fls. 723 e 779/786) indica que o reequilíbrio aplicado ao preço, no caso, foi mais vantajoso à Administração do que a realização de nova licitação, tendo em vista os valores que estavam sendo praticados no mercado, à época, por outras empresas.

¹⁵⁷ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 747.

¹⁵⁸ Cf. Marçal Justen Filho, Comentários... utiliza-se da expressão *sujeições imprevistas*, p. 1298; Hely Lopes Meirelles, Licitação..., p. 245, utiliza-se da expressão *interferência imprevista*; Maria Sylvania Zanella Di Piero, Direito Administrativo, p. 329, utiliza-se da expressão *fatos imprevistos*.

Surgindo essas interferências que criam dificuldade ou oneram a execução do contrato, fará jus o contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro e, talvez, dilação de prazo, pois, no projeto básico e demais documentos contratuais, não foram apontadas essas interferências.¹⁵⁹ O tratamento que se dá é de equivalência ao fato superveniente e imprevisível, pois todo contrato está ligado à intenção das partes no momento da contratação, a qual tem como base as informações disponíveis.

Há de se distinguir a interferência imprevista, do erro de projeto ou omissão no projeto. Na interferência imprevista, o projeto foi cuidadosamente elaborado dentro das normas técnicas, sendo impossível, ou muito difícil, de se prever a interferência; já o erro do projeto caracteriza-se com fato da administração que tinha a obrigação legal de elaborar um projeto de acordo com o art. 6º, inciso IX da Lei 8.666/93 e das normas técnicas, mas não o fez.

O contratado, mesmo na modalidade de licitação mais ampla, tem 30 dias para elaborar a sua proposta a qual deve ter como premissas as informações fornecidas de forma isonômica no edital e seus anexos, não havendo tempo hábil para verificar todas as nuances, nem é obrigação do licitante fazer sondagens e topografia para apresentar proposta, motivo pelo qual a Administração deve promover o reequilíbrio contratual, nessas hipóteses.

2.4.4. Força maior e caso fortuito

Conforme já mencionado *en passant*, a força maior e o caso fortuito podem ser motivo para a rescisão do contrato quando causam um impedimento absoluto para a sua execução, com base no art. 78, XVII; ou podem ser eventos autorizadores do reequilíbrio quando o impedimento for relativo (temporário), nos termos do art. 65, II, “d”, acima estudado.

O art. 393 do Código Civil¹⁶⁰, entretanto, não faz distinção entre força maior e caso fortuito. O que caracteriza esses institutos é um evento ou acidente, independente da vontade das partes, imprevisível, irresistível, perante o qual as partes não teriam como impedir, que podem refletir na equação financeira do contrato.¹⁶¹

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1991. p. 246.

¹⁶⁰ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

¹⁶¹ CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 90.

O distintivo da força maior é possuir uma causa conhecida, como terremoto, inundação, pandemia; já no caso fortuito, a causa danosa permanece em princípio desconhecida¹⁶², observa-se o acidente gerador do agravo, mas não a sua causa, como no caso de um incêndio, quando se notam as consequências, porém não se consegue apurar as suas causas (curto circuito ou criminoso).

2.4.5. Fato do príncipe

O fato do príncipe constitui-se numa medida de ordem geral que afeta direta ou indiretamente o contrato, onerando a prestação do particular.¹⁶³ Editada pelo próprio Ente contratante¹⁶⁴, pode ser uma lei, um decreto ou qualquer outra espécie normativa. Quando editada por outro ente da Federação, pode se enquadrar na teoria da imprevisão e igualmente autorizar o reequilíbrio, mas, tecnicamente, não é um fato do príncipe.

É um comportamento lícito praticado dentro de sua competência; não se caracteriza, portanto, em hipótese alguma, em descumprimento de dever contratual.¹⁶⁵

O fato do príncipe, porém, não exonera o particular de cumprir a sua obrigação contratual, mas permite que seja compensado economicamente por meio da revisão dos preços. Entretanto, caso a recomposição dos preços seja demasiadamente onerosa para a Administração, esta poderá optar pela rescisão do contrato por interesse ou conveniência da Administração, com fundamento no art. 78, inc. XII.¹⁶⁶

¹⁶² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 794.

¹⁶³ Para Hely Lopes Meirelles é toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo (In: **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1991. p. 242).

¹⁶⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com a teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta e especificamente as prestações do concessionário (In: **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 787). No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Município); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão (In: **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324).

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 680.

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1300.

2.5. O lucro como elemento do equilíbrio econômico-financeiro e o BDI

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo fixa-se na correlação proposta *versus* encargos contratuais. A Constituição Federal no art. 37, inc. XXI determina que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, a qual contém em seu preço, os custos (diretos e indiretos) e o BDI-Bônus e Despesas Indiretas¹⁶⁷, que têm em sua composição a parcela de lucro planejada pelo contratado. Corrobora essa dimensão de raciocínio, Hely Lopes Meirelles: “Essa relação *encargo-remuneração* deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contrato não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.”¹⁶⁸

O motivo determinante do particular prestar-se como colaborador da Administração é a busca pelo lucro. Nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: “enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva.”¹⁶⁹

O contratado tem direito a exigir a manutenção da equação de sua proposta, que foi aceita pela Administração, a qual, geralmente, tem uma parcela de lucro explicitada na proposta.¹⁷⁰

O lucro é um direito disponível, não havendo norma que fixe ou limite o percentual de lucro das propostas, não havendo vedação legal para a empresa excepcionalmente atuar com margem de lucro mínima, ou sem margem, o que pode estar a depender da estratégia comercial da empresa, não conduzindo necessariamente à inexecução da proposta.¹⁷¹ Pode ocorrer que determinada empresa tenha interesse na obtenção de determinado acervo técnico e se sujeite a trabalhar sem lucro para obtê-lo.

¹⁶⁷ Eventualmente com o mesmo significado alguns acórdãos usam a expressão LDI-Lucro e Despesas Indiretas.

¹⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 216.

¹⁶⁹ MELLO, *op.cit.*, p. 678.

¹⁷⁰ A supressão de obras ou serviços não pode ofender a equação econômico-financeira da contratação. Logo, o particular tem direito de exigir a manutenção da exata equação consagrada na elaboração de sua proposta, que veio a ser aceita pela administração. A prerrogativa de alteração unilateral não elimina o dever de indenizar quando seu exercício acarrete prejuízo ao outro contratante. Se o contratante já iniciara a execução da prestação, não pode ser reembolsado pelo preço de aquisição da matéria-prima e outras despesas, pura e simplesmente. Deverá ser indenizado pelas perdas e danos sofridos. Isso significa ressarcimento por todos os custos (inclusive mão de obra) incorridos e pelas perspectivas de lucro que auferiria se a Administração não tivesse promovido a modificação. Idêntico entendimento se aplica quando ocorrer atraso ou recusa de pagamento. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1360)

¹⁷¹ Acórdão 3.092/2014-TCU-Plenário, rel. Min Bruno Dantas.

Para melhor compreensão, insta esclarecer que, para Lei 8.666/93, orçamento é a peça produzida pela Administração, na fase interna da licitação, com a composição dos custos unitários para se auferir o valor estimado do certame; ao passo que a proposta, também chamada de proposta comercial ou proposta de preço, é a peça que o licitante apresenta as condições financeiras para executar as obrigações contratuais e entregar o objeto do contrato.

Conforme se depreende da leitura da alínea “g” do inc. IX do art. 6º; dos incisos I e II, do parágrafo 2º do art. 7º da Lei 8.666/93,¹⁷² e da súmula 258 do TCU,¹⁷³ as obras e os serviços somente poderão ser licitados com projeto básico aprovado e orçamento global fundado no quantitativo de serviços e detalhado em planilha que expressem a composição de todos os seus custos unitários, inclusive a composição do BDI.

Nos termos do acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU, que fora fruto de um grupo de estudos interdisciplinares para adoção de valores taxas referenciais do BDI¹⁷⁴, o método tradicionalmente adotado para a determinação de preços de venda de obras públicas (e também obras privadas) compreende basicamente duas grandes parcelas: (i) custos diretos¹⁷⁵; e (ii) o BDI. Aqui os custos diretos estão entendidos no seu sentido amplo, incluídos os custos indiretos¹⁷⁶ do contrato (não da empresa), ou seja, aqueles que são atribuíveis à atividade contratual em geral e podem ser alocados em contratos específicos. Muitas vezes, para avaliar um desequilíbrio contratual em função da prorrogação do prazo contratual, faz-se necessário fazer a distinção dos custos indiretos e despesas indiretas do contrato. Muitos leitores desatentos confundem custo indireto com a despesa indireta que compõe o BDI.

Assim, o preço de um contrato é formado pela equação:

¹⁷² § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

¹⁷³ TCU, súmula 258: As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicada mediante o uso da expressão “verba” ou de unidades genéricas.

¹⁷⁴ Sumário: administrativo. Conclusão dos estudos desenvolvidos pelo grupo de trabalho interdisciplinar constituído por determinação do Acórdão n. 2.369/2011 – Plenário. Adoção de valores referenciais de taxas de benefício e despesas indiretas – BDI para diferentes tipos de obras e serviços de engenharia e para itens específicos para a aquisição de produtos. Revisão dos parâmetros que vêm sendo utilizados pelo Tribunal de Contas Da União por meio dos Acórdãos NS. 325/2007 e 2.369/2011, ambos do plenário.

¹⁷⁵ Custos diretos são aqueles que podem ser identificados e mensurados a cada objeto a ser custeado de forma direta e objetiva por meio de alguma unidade de medida (quilogramas de materiais consumidos, horas de mão de obra utilizadas etc.). Esses custos podem ser apropriados diretamente ao objeto de custeio de forma individual, ou seja, são custos individualizáveis. (Acórdão 2622/13-Plenário-TCU)

¹⁷⁶ Custos indiretos são aqueles que somente podem ser atribuídos a cada objeto de custeio por meio de estimativas e aproximações, cuja precisão da mensuração pode conter algum grau de subjetividade e ser inferior à dos custos diretos. São custos gerais do setor de produção ou custos comuns a diversos objetos de custeio alocados indiretamente por meio de critérios de rateios. (acórdão 2622/13-Plenário-TCU).

$$\text{PREÇO} = \text{CUSTO} \times (1 + \text{BDI})$$

O custo é expresso em valor e o BDI em porcentagem, como no exemplo abaixo, onde os custos são de 100 reais e a taxa BDI de 27%.

$$127,00 = 100 \times (1 + 0,27) \rightarrow 127 = 100 \times 1,27$$

Quando uma obra transcorre sem a necessidade de aditivos ou reequilíbrio econômico-financeiro, há pouca importância na composição do BDI. A sua divulgação presta-se apenas para verificar se não há dupla remuneração de suas parcelas ao contratado. Contudo, havendo caso de reequilíbrio, as informações do BDI podem ser fundamentais para o balizamento dos cálculos, motivo pelo qual explica-se cada parcela de sua composição.

Tanto o referido acórdão do TCU, como o Decreto Federal nº 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, trazem a composição do BDI, com os seguintes itens:

a) taxa de administração central. São as despesas relacionadas à sede ou filiais da empresa que dão suporte à obra por meio dos chamados centros de serviços compartilhados, conforme o porte da obra não justifica ter todas as atividades administrativas e de apoio na administração local – motivo pelo qual a empresa contratada mantém esses serviços concentrados para dar apoio a várias obras. São exemplos, o departamento jurídico, recursos humanos, financeiro, comercial, compras. Geralmente, o nível de serviços prestados entre administração central e local depende do porte da obra: quanto maior a obra, mais serviços são prestados na administração local.

b) Taxa de seguros: refere-se ao valor monetário do prêmio de seguro pago pelo particular segurado à companhia seguradora, em contrapartida à cobertura dos riscos contratados, até o valor para cobertura. Geralmente cobre os riscos de engenharia, erro de execução ou material defeituoso, mas a cobertura pode estender-se para outros eventos, tais como incêndio, furto qualificado, eventos da natureza, como vendaval e inundações.¹⁷⁷

c) Taxa de riscos. Entende-se por risco a possibilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto. A análise de risco baseia-se em dois pilares: probabilidade e grau de impacto.

¹⁷⁷ Acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU

Mesmo que um seguro possa cobrir alguns eventos, sempre restarão eventos descobertos, o chamado risco residual. Em cada caso concreto, cabe uma análise custo-benefício da relação valor do prêmio de seguro e os benefícios dessa contratação com a redução da taxa de riscos¹⁷⁸, ou seja, riscos seguráveis ou assumíveis.

d) Taxa de garantias. Refere-se à garantia prevista no art. 56 da Lei 8.666/1993, que se presta a garantir o cumprimento das obrigações contratuais. O valor da garantia não excederá a 5% do valor do contrato administrativo, excepcionalmente pode chegar a 10% para obras de grande vulto e alta complexidade, conforme preceitua o § 2º. O § 1º do referido artigo traz quatro modalidades de garantia que podem ser escolhidas pelo contratado: caução em dinheiro, caução em títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro-garantia. Devido ao custo, a modalidade mais escolhida é o seguro-garantia.¹⁷⁹

e) Taxa de despesas financeiras. Está ligada ao conceito do valor/custo do dinheiro no tempo e o ciclo financeiro do contrato. Geralmente os contratos de obra pública têm um período de medição que compreende um mês. Finalizada a medição, ela é submetida à aprovação do fiscal e/ou gestor do contrato. Com a aprovação, surge, expressa ou tacitamente, a autorização para o faturamento, e o encaminhamento da nota fiscal para a tesouraria do órgão realizar o pagamento. Normalmente, os contratos preveem o prazo de pagamento de 30 dias a contar do faturamento, que é o prazo máximo permitido por lei.¹⁸⁰

f) Taxa de lucro. Aqui estamos falando da taxa de lucro do contrato, que não se confunde com o lucro da empresa¹⁸¹. A letra “B” da sigla BDI expressa o significado de ‘Bônus’, ‘Bonificação’ ou ‘Benefício’, tendo o significado contábil de ‘Lucro Operacional Líquido.’ Para os contratos regidos pela Lei 8.666/93, todas essas denominações têm o significado da remuneração pelas atividades empresariais de prestação de serviço e fornecimento de bens. Está relacionada a uma recompensa ou prêmio (lucros, bônus, bonificação ou benefícios)¹⁸² que fora ajustada entre a oferta da Administração (edital) e a proposta vencedora do certame, que se pagará mediante a execução da atividade.

¹⁷⁸ Acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU

¹⁷⁹ Acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU

¹⁸⁰ O prazo máximo de 30 dias para pagamento, conforme disposto no artigo 40, XIV, “a”, da Lei 8.666, de 1993.

¹⁸¹ Dessa forma, há um equívoco na tentativa de tomar o lucro contábil como elemento definidor da natureza de remuneração dos orçamentos de obras públicas, já que os dois conceitos têm conteúdos distintos, que não se confundem. Remuneração da capacidade empresarial é um conceito isolado, autônomo, estabelecido previamente, independente de outros confrontos, enquanto o termo contábil lucro, por exemplo, é um conceito posterior, final, relacionado ao resultado econômico de uma empresa, incluindo suas atividades operacionais e não operacionais. (Acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU)

¹⁸² Acórdão 2.622/2013 – Plenário – TCU

g) Taxa de incidência de tributos. Referem-se aos impostos incidentes sobre o faturamento, PIS, COFINS e ISS. Os IR e a CLSS não entram no BDI por serem tributos personalíssimos, conforme dispõe a súmula 254 do TCU.¹⁸³

Pelo disposto no acórdão 2622/2013-Plenário-TCU, o BDI é expresso pela seguinte fórmula matemática.

$$BDI = \frac{(1 + AC + S + R + G)(1 + DF)(1 + L)}{(1 - I)} - 1$$

Onde:

AC = taxa de administração central

S = taxa de seguros

R = taxa de riscos

G = taxa de garantias

DF = taxa de despesas financeiras

L = taxa de lucro/remuneração

I = taxa de incidência de tributos (PIS, COFINS e ISS)

A decomposição do preço de um contrato, tanto dos custos unitários de cada item da planilha (valor unitário para execução de uma unidade de medida do serviço previsto no orçamento de referência)¹⁸⁴ quanto a composição do BDI são fundamentais para o balizamento de futuros aditivos, a fim de verificar se os percentuais que integram o BDI, tendo por base a proposta, sofreram diminuição ou majoração, desequilibrando a equação econômico-financeira do contrato.¹⁸⁵

2.6. Procedimentos para o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro.

Para os casos de alteração unilateral do contrato, o aditivo que prevê a alteração deve contemplar, no mesmo instrumento, o preço revisado, aumentando ou suprimindo o valor,

¹⁸³ O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

¹⁸⁴ Decreto Federal 7.983/13

¹⁸⁵ LIMA, Renata Faria. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 116.

conforme o caso. Nessa situação, a iniciativa da alteração e concomitante reequilíbrio parte da administração, não havendo grande dificuldade em se estabelecer o valor, especialmente quando não há item novo.

Quando há item novo, isto é, item não licitado, deve-se, preferencialmente, se utilizar da mesma tabela de referência e se aplicar o mesmo desconto dado na proposta na fase de licitação.

As questões que habitualmente geram disputas são os desequilíbrios contratuais por eventos não desejados pelas partes ou inadimplemento contratual da Administração (fato da administração). De modo geral, o reequilíbrio é promovido por um termo aditivo do contrato.

A Lei de Licitações e o Decreto Federal 7.983/13 não trazem um procedimento para a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro.¹⁸⁶ Diante disso, e com arrimo nas lições de Guilherme Jardim Jurksaitis¹⁸⁷, recomenda-se comunicar o fato à Administração logo após a sua ocorrência, em observância ao princípio da boa-fé. Assim que o fato for quantificável apresentar o valor pleiteado à contratante. Para tanto, abrir planilha de custo antes do evento, e a planilha de custo, após a ocorrência do evento e uma terceira planilha com o cenário desejável (reequilibrado), com as devidas comprovações. Tal técnica denomina-se método comparativo de cenários contratuais.¹⁸⁸ Caso o evento ainda esteja produzindo efeitos, apresentar conjuntamente a estimativa dos efeitos futuros. O pedido, além de instruído com as planilhas e comprovações, deve trazer a demonstração da ocorrência do evento e o nexo de causalidade com o dano e propor forma(s) forma de reequilíbrio juridicamente possível(is).

¹⁸⁶ Apesar de cada órgão poder editar um regulamento administrativo para disciplinar o procedimento para elaboração de aditivo contratual.

¹⁸⁷ Uma Proposta para Melhorar os Aditamentos a Contratos Públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos públicos e Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277 ss.

¹⁸⁸ Essa metodologia é a indicada pela IBAPE-Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia, na norma técnica IBAPE 003, válida a partir de 19/09/2014.

3. A RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM CULPA DO CONTRATANTE E OS LUCROS CESSANTES.

3.1. Formas de extinção do contrato administrativo

A forma normal de extinção do contrato administrativo é a consecução do objeto contratual nos contratos de escopo¹⁸⁹ – caso dos contratos de obras públicas e de fornecimento, ou o término do prazo nos contratos de serviços continuados e de locação.¹⁹⁰ Entretanto, pode-se verificar a extinção de forma anômala, sem a consecução do objeto contratual, pela anulação quando constatada ilegalidade na licitação ou no próprio contrato, ou pela rescisão,¹⁹¹ que pode ser culposa, consensual, por caso fortuito ou por força maior.

3.2. Anulação

O controle de juridicidade dos atos da Administração ganha especial relevo no combate à corrupção. Na mídia, foi fartamente noticiado que o maior escândalo de corrupção do Brasil decorreu de fraude e cartéis em licitação, bem como na execução de contrato administrativo por meio de aditivos irregulares e medições de serviços não executados.

Estando a Administração sujeita à juridicidade, deve exercer cotidianamente o controle sobre seus próprios atos, tendo competência para anular aqueles que contrariam a lei. Essa

¹⁸⁹ TCU – Plenário – Acórdão nº 538/2020, rel Min. Augusto Nardes: “33. Contudo, decisões desta Corte de Contas consideraram a tendência doutrinária de diferenciar entre os efeitos da extinção dos prazos nos contratos de obra e nos de prestação de serviços, a exemplo dos Acórdãos 2.068/2004-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, citado no Relatório de Auditoria, e 1.674/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Mucio Monteiro.

34. Assim, nos contratos por escopo, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção do ajuste somente se opera com a conclusão do objeto e o seu recebimento pela Administração, diferentemente dos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou a eficácia do objeto avençado.

¹⁹⁰ De acordo com Edmir Netto de Araújo: Já vimos que a forma natural de extinção do contrato administrativo é o seu cumprimento, ou melhor dizendo, a conclusão (execução integral) de seu objeto, ou então, quando se tratar de contrato cujo objeto seja a execução de serviços, ou o uso por determinado lapso de tempo (como nos casos de concessão/permissão de serviço público, concessão/permissão de uso de bem público, ou locação), o término do prazo. (In: **Curso de Direito Administrativo**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 805/806).

¹⁹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 279.

prerrogativa, por vezes, é chamada de autotutela.¹⁹² Tal prerrogativa está consubstanciada na Súmula nº 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A declaração de nulidade pela Administração pode operar por meio de provocação (representação ou recurso em licitação) ou mesmo *ex officio*.¹⁹³ O art. 49 da Lei 8.666/93 impõe como dever da autoridade competente anular a licitação quando presente a ilegalidade.

O contrato administrativo não pode ser analisado separadamente da fase licitatória, uma vez que o contrato decorre da licitação; portanto, uma nulidade na licitação macula o contrato¹⁹⁴ e todos os demais atos derivados, tais como empenho e pagamentos.¹⁹⁵

Para a Administração anular o contrato administrativo, seja *ex officio*, seja devido à provocação de terceiro, deverá abrir o contraditório possibilitando a ampla defesa para o contratado (CF, art. 5º, inc. LIV e LV). Se o pedido de anulação for judicial, o contratado deverá integrar o polo passivo, uma vez que o controle de legalidade capaz de anular um contrato administrativo não está restrito à autotutela da Administração, podendo ser anulado por medida judicial, sendo as mais usuais a ação popular e a ação civil de improbidade administrativa.

Na ação popular, prevista na Lei 4.717/65, a anulação do contrato ocorrerá quando o ajuste for ilegal ou lesivo ao patrimônio público. A lesividade legalmente presumida é assim considerada quando se omite a licitação exigida, com fraude em seu procedimento, ou mesmo quando há desatenção às normas legais para a sua formalização (art. 4º, III a-c).¹⁹⁶

A lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), advirta-se, presta-se para punir o administrador improbo, desonesto, mas não o inábil; prevê um tipo específico para frustração

¹⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 318.

¹⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1991. p. 232.

¹⁹⁴ “Há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vivia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado”. (DI PIETRO, op.cit., p. 319).

¹⁹⁵ Eduardo Garcia de Entería e Tomás-Ramón Fernandez (*Curso de Derecho Administrativo*, 2017) sobre a nulidade dos contratos administrativos, asseveram: “En cualquier caso, declarada la nulidad de un contrato o de alguno de sus actos preparatorios, por una causa o por otra, las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo previa la liquidación correspondiente y, si esto no fuere posible, habrán de devolverse su valor, todo ello sin perjuicio de la facultad que el artículo 42.3LCSP reconoce al órgano administrativo competente para acordar la continuación, bajo las mismas cláusulas, de los efectos del contrato en caso de grave trastorno para los servicios públicos hasta tanto se adopten las medidas necesarias para evitar dicho trastorno.”

¹⁹⁶ Cf. MEIRELLES, op.cit., p. 232.

do caráter competitivo do certame, quando resulta em prejuízo ao erário (art. 10, VII); ou genericamente a violação de princípio da administração pública (art. 11), para fundamentar o seu ajuizamento.

O rol de penalidades da lei de improbidade (art. 12) não prevê declaração de nulidade do contrato, mas geralmente existe pedido cumulativo de nulidade. Mas nada impede que a declaração de nulidade do contrato decorra de mandado de segurança ou qualquer ação ordinária, pois, diferentemente da ação de improbidade que exige má-fé e dolo ou culpa do agente público para puni-lo, a mera declaração de nulidade não entra no aspecto subjetivo do agente, bastando a não conformidade insanável com a lei ou princípios da Administração Pública.

Particularmente sobre obras públicas, cumpre destacar os parágrafos 2º e 4º do art. 7º da lei 8.666/93 que impõem alguns requisitos de validade para a licitação de obras, sob pena de nulidade, nos termos do parágrafo 6º do referido artigo. Assim, para licitação de obras, na fase interna do certame, deve-se instruir o procedimento com: (i) projeto básico aprovado pela autoridade competente; (ii) orçamento detalhado em planilha que expressem a composição de todos os seus custos e do BDI, e, havendo fornecimento de material, deve constar a previsão de quantidade de cada material; (iii) declaração do ordenador de despesas da existência de recursos orçamentários; e (iv) previsão no plano plurianual, quando a execução do empreendimento ultrapassar o exercício financeiro.¹⁹⁷

Completa a disciplina o art. 6º, inciso IX que traz o conceito e os elementos que o projeto básico deve conter.¹⁹⁸ A Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras

¹⁹⁷ A Constituição Federal no art. 167, § 1º diz que: “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”.

¹⁹⁸ IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

Públicas OT IBRAOP nº 01/2006, formalmente acolhida pelo TCU no Acórdão nº 632/2012 – Plenário, traz de forma pormenorizada os elementos que o projeto básico deve contar para cada tipologia de obra.

Ocorre que, muitas vezes, as obras são licitadas sem o atendimento do mencionado artigo, com projetos incompletos ou com erros, com já verificado pelo Tribunal de Contas da União em diversas ocasiões:

Trecho da ementa:

1. A existência de deficiências graves no Projeto Básico que impossibilitam a adequada descrição dos serviços que serão implementados na obra compromete o certame realizado, tendo em vista que tal procedimento afasta da licitação empresas que optam por não correr o risco de apresentar um orçamento elaborado sem a necessária precisão, havendo, portanto, prejuízo à competitividade do certame e à contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, o que enseja a nulidade da concorrência efetivada. (Acórdão nº 2819/2012-TCU-Plenário, Min. rel. Marcos Bemquerer)

Trecho do voto:

(...) Além disso, é bom lembrar que, nos exatos termos do art. 7º, 6º, da Lei nº 8.666/1993, são nulos de pleno direito os atos e contratos derivados de licitações baseados em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto, devendo tal fato ensejar não a alteração do contrato visando à correção das imperfeições, mas sua anulação para realização de nova licitação, bem como a responsabilização do gestor faltoso. (Acórdão nº 353/2003-TCU-Plenário, Min. rel. Augusto Sherman)

Trecho do voto:

4. Na decisão recorrida, o Tribunal entendeu que a Concorrência Pública 5/2011 fora realizada com um projeto básico com erro grave, o que deveria ensejar a nulidade da licitação e dos atos supervenientes, pois o certame carecia dos elementos e informações necessários para que os concorrentes pudessem elaborar suas propostas com adequado conhecimento sobre o objeto. (Acórdão nº 3063/2016-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio)

Mesmo projetos desatualizados (p.ex. quando o decurso de tempo e o uso podem ter modificado as características do solo ou pavimento), são reprovados pelo TCU, pois já não há mais como caracterizar o objeto licitado – confira-se no Acórdão nº 269/2014-Plenário, Min. Rel. Benjamim Zymler.

Outra situação relacionada aos erros de projeto deriva do fato de somente serem eles notados no curso da execução da obra. Caso o erro fosse identificado na fase de licitação, em momento anterior à sessão de apresentação da proposta, seria o caso de republicação do edital com as devidas correções; se entre a sessão de apresentação da proposta e a assinatura do contrato, seria o caso de anulação do certame, correção do projeto e abertura de novo certame com o mesmo objeto (com escopo revisado). Contudo, após o início da execução do contrato,

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

restam dois caminhos: sanar a irregularidade por meio de aditivo contratual para a adequação do projeto¹⁹⁹, sem prejuízo da apuração de responsabilidade do agente público (art. 7º, § 6º), ou a Administração anular a licitação e indenizar o contratado, nos termos do art. 59, parágrafo único. A decisão deve ser pautada no interesse público primário e na vantajosidade técnica e econômica à Administração.

Cabe, porém, um esclarecimento: erros de projetos perceptíveis na fase de execução da obra não se confundem com as sujeições imprevistas (muitas vezes, geológicas), as quais não são consideradas erro de projeto. Para que seja considerado erro de projeto, é necessário verificar que não foi utilizada a boa técnica em sua elaboração com as devidas sondagens, levantamentos topográficos, e demais estudos – uma diferença geológica (rocha no local onde o projeto dizia solo), por exemplo, que poderia ter sido constatada com uma simples sondagem. A sujeição imprevista é aquela que não poderia ser identificada, mesmo utilizando-se da boa técnica para elaboração de projetos de engenharia.

Nos casos de obra em plena execução, ou principalmente em vias de término, a paralisação do empreendimento seria por demais danoso à coletividade, mesmo que presentes os vícios no procedimento licitatório. Cabe, então, uma ponderação do caso concreto sobre anular ou convalidar.²⁰⁰ Nunca se pode perder de mira a convergência do interesse público, com a manutenção do equilíbrio contratual, atuando a Administração como órgão provedor desse binômio. A decisão de anular, rescindir ou convalidar deve estar motivada com base na comparação dos cenários de custos e das consequências.²⁰¹ Nessa esteira, já decidiu o Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades:

Trecho do Relatório:

9. Essa linha de raciocínio se conforma com julgados precedentes do TCU em matéria similar, a exemplo dos Acórdãos nºs 2.400/2006, 589/2007, 2.469/2007, 221/2008, 1.229/2008, 1.280/2008 e 1.474/2008 do Plenário, e Acórdão nº 7326/2010-1ª Câmara, nos quais a manutenção do vínculo contratual prevaleceu como mais favorável ao interesse público, a despeito da ocorrência de vícios nos contratos ou nos certames de que se originaram. (Acórdão nº 2316/2013-TCU-Plenário, min. Rel. José Múcio).

¹⁹⁹ O que pode ser feito com fundamento no art. 55 da Lei nº 9.784/99.

²⁰⁰ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 694/695.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 76.

A LINBD corrobora esta linha de raciocínio. O art. 20, parágrafo único,²⁰² aponta para análise das possíveis alternativas; e o art. 21²⁰³ reforça que as consequências jurídicas da invalidação devem ser ponderadas.²⁰⁴

A opção entre a anulação ou a convalidação com reequilíbrio deve ponderar o interesse público na convalidação e a existência e valoração de eventuais ônus que a convalidação pode gerar para a Administração, pois, havendo ônus para o contratado em decorrência do ajuste no projeto básico, deve-se fazer o concomitante reequilíbrio. A convalidação, nesse caso, se dá pelo instrumento do aditivo contratual.

O aditivo para sanar a irregularidade pode levar a revisão do preço para mais ou para menos. Supondo-se que um dos vícios apontados no certame seja o sobrepreço, o aditivo vai versar sobre redução dos preços superavaliados. Nesse caso, como as cláusulas econômicas não podem ser unilateralmente alteradas, o aditivo deve ser consensual.²⁰⁵

Em regra, a distinção entre anulação e rescisão por culpa da administração reside no momento da ilicitude²⁰⁶. Se a ilicitude for anterior ao contrato, trata-se de caso de nulidade da licitação (e, conseqüentemente, do contrato); se for no decorrer da execução contratual, será hipótese de rescisão, as quais estão previstas no art. 78, inc. XIII a XVI. Ocorrendo ilicitude ou irregularidade após a assinatura do contrato, necessariamente não se fará a rescisão contratual, uma vez que podem ser sanadas, ou cumpridas a destempo, pela Administração, preservando-se o contrato²⁰⁷, evitando a rescisão e promovendo imediatamente o reequilíbrio contratual para que a avença prossiga em execução – afinal o que se deseja é o serviço prestado ou a obra entregue.

Sempre que possível, e quando o vício não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, deve-se evitar a anulação do contrato, buscando a sua convalidação quando

²⁰² Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

²⁰³ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

²⁰⁴ Rafael Wallbach Schwind aduz que: “Em certas situações, a celebração de um compromisso na forma do art. 26 da LINBD será a solução mais adequada justamente por afastar certas consequências danosas com as quais a Administração Pública potencialmente não teria condições de lidar de maneira satisfatória”. (In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 167.)

²⁰⁵ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 75.

²⁰⁶ Entendida em sentido amplo como desrespeito à lei; em sentido estrito, cláusulas contratuais ou princípios.

²⁰⁷ O princípio da conservação do contrato.

o defeito for sanável.²⁰⁸ Um bom exemplo é o vício formal²⁰⁹ de competência, que pode ser sanado com a ratificação pelo agente competente.

Caso a decisão administrativa seja pela anulação da licitação e, conseqüentemente, do contrato, o prazo decadencial para a declaração de nulidade é de cinco anos, devendo promover a parte interessada o contraditório e a ampla defesa.²¹⁰

3.3. Rescisão

A lei de licitações usa o termo rescisão num sentido genérico, como causa de encerramento antecipado do vínculo contratual não decorrente de anulação. Não há, pois, o mesmo rigor técnico que essa expressão tem no direito civil²¹¹ onde, tecnicamente, utiliza as expressões “rescisão” e “resolução” para as hipóteses de extinção pela inexecução de uma das partes; “resolução por inexecução involuntária” quando por fato alheio à vontade das partes, como força maior ou caso fortuito; “resilição” quando as partes não querem prosseguir com o contrato – quando apenas uma parte, fala-se em “denúncia”, quando ambas, fala-se em “distrato”.²¹²

No caso da Lei das Concessões, para as hipóteses de extinção do vínculo contratual,²¹³ o termo “rescisão” está reservado para as hipóteses de inadimplemento por parte do poder concedente, e o termo caducidade para as hipóteses de inadimplemento por parte da concessionária. Feita a observação, para o estudo do tema, importa a definição genérica empregada pela Lei 8.666/93 para o termo rescisão.

As hipóteses de rescisões estão previstas no artigo 78 da Lei 8.666/93 e podem ser sistematizadas em cinco grupos: (i) inadimplemento do contratado, previsto nos incisos I a VIII

²⁰⁸ Cf. art. 55 da Lei nº 9.784/1999.

²⁰⁹ STF – ROMS nº 23.714-1/DF – Primeira Turma

²¹⁰ STJ – REsp nº 658.130/SP – Primeira Turma.

²¹¹ Verifica-se que ocorre o mesmo na Espanha: “La legislación de contratos del Estado ha intentado superar el tradicional equívoco terminológico entre rescisión y resolución englobando bajo este último término todos los supuestos de extinción anticipada del contrato distintos de la declaración de nulidad del mismo. Un simple examen de las causas de resolución previstas en los artículos 211, 245, 279, 294, 306, 313LCSP permite comprobar que el empleo que se hace del término resolución en el ámbito de la contratación administrativa tiene poco que ver con el concepto de resolución que resulta del artículo 1.124CC”. (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I . 18 ed. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2017. p. 812)

²¹² Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, volume 2, p. 528 e ss.

²¹³ Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

e XVIII; (ii) perda ou restrição da personalidade jurídica ou da capacidade do contratado, prevista nos incisos IX a XI; (iii) por ato unilateral da administração, inciso XII; (iv) por inadimplemento da Administração (fato da Administração), incisos XIII a XVI; e (v) por caso fortuito ou força maior, inciso XVII.²¹⁴

O rol do art. 78 não é exaustivo,²¹⁵ podendo haver rescisão com base no art. 66 c/c o art. 77:²¹⁶ o primeiro determina que os contratos deverão ser fielmente executados, e o segundo, que a inexecução total ou parcial enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento. Os mencionados artigos aplicam-se tanto ao contratado quanto à Administração.²¹⁷

Há também a possibilidade de rescisão por mútuo consentimento, prevista no art. 79, II da Lei 8.666/93, a qual tecnicamente seria um distrato.

O nosso estudo se limitará às hipóteses onde não há culpa do contratado, vale dizer, rescisão por interesse público, fato da administração e caso fortuito ou força maior.

3.3.1. A rescisão como medida proporcional.

Importe frisar que não é qualquer infração contratual que autoriza a rescisão do contrato administrativo. Não se pode perder de mira que a finalidade do contrato administrativo é atender o interesse público, com respeito aos direitos fundamentais do contratado. Não é, portanto, qualquer descumprimento de dever assessorio ou mora que autoriza a rescisão, especialmente quando se trata de aplicação de uma sanção. Nesse caso, deve-se fazer um juízo de proporcionalidade²¹⁸ da dosimetria da sanção que pode ser advertência, multa (art. 87) ou

²¹⁴ Classificação inspirada em ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I. 18 ed. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2017.

²¹⁵ “Costumeiramente, as leis de licitação e contratações administrativas arrolam (embora sem exaurir as hipóteses) casos que devam ser objeto de rescisão administrativa, até mesmo o motivo de interesse público, que é faculdade implícita do Poder Público”. (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 769.)

²¹⁶ Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

²¹⁷ Ao comentar o art. 77, assinala Marçal Justen Filho: “o dispositivo abrange não apenas a inexecução imputável ao contratado. Se a Administração descumprir seus deveres, estará sujeita à responsabilização civil, obviamente.” (In: **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1399).

²¹⁸ “Em todos os casos, a aplicação do art. 77 tem de ser permeada pelo princípio da proporcionalidade, que é inerente ao exercício das competências de cunho punitivo. Não é possível enfocar todos os deveres contratuais identicamente. Seria absolutamente antijurídico reputar que a ausência de cumprimento de um dever formal de menor relevância autorizaria a rescisão contratual ou a imposição de multa de grande valor. A gravidade da sanção tem que ser proporcional à seriedade da infração cometida pelo sujeito”. (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1399).

rescisão, a qual pode vir acompanhada de multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração e declaração de inidoneidade. O mesmo raciocínio serve quando a infração é praticada pela administração – se for viável reequilibrar o contrato, deve-se preservá-lo.

Adicionalmente, temos o art. 20 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018 determinando que, na esfera administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão, desse dispositivo se extraia que a razão de decidir não pode mais se apoiar em princípios abertos como “supremacia do interesse público” ou “dignidade da pessoa humana”. O art. 21 da LINDB, conforme mencionado alhures, reforça que as consequências jurídicas da invalidação devem ser ponderadas.

Para a declaração de rescisão do contrato administrativo por iniciativa da Administração, deve-se abrir o contraditório para o contratado para poder oferecer justificativas, alternativas para não haver a rescisão, e/ou, se cabível, já apresentar o valor da indenização. Mesmo para a hipótese do inc. XII (rescisão por razões de interesse público), deve a Administração abrir o contraditório para oitiva prévia do contratado, pois o ato unilateral com carga de discricionariedade deve ser fundamentado e motivado.²¹⁹

Quando a iniciativa da rescisão é do contratado que, em regra, se procede pelo judiciário, deveria perquirir se existem outros caminhos para se manter a avença. Aliás, antes do ajuizamento da ação, é recomendável a tentativa de manutenção do contrato ou rescisão por meios amigáveis.

3.3.2. Hipóteses descritas no art. 78 da Lei 8.666/93.

Pode-se afirmar que o rol do art. 78 da Lei 8.666/93 não é exaustivo, em função da previsão do art. 66 c/c 77 e do princípio geral dos contratos que as obrigações de ambas as partes devem ser cumpridas. Por exemplo, a Lei de Licitações permite que o objeto seja licitado apenas com o projeto básico, supondo que o edital imponha a administração fornecer os projetos executivos durante o decorrer da obra, e caso a Administração não cumpra essa obrigação, sem os projetos executivos, o contratado não poderá avançar na obra. Só restam, então, dois

²¹⁹ STJ - RMS 48.972/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª turma, julgado em 02/06/2016, DJE 29/06/2016. Neste sentido, registra-se também o mandamento do parágrafo único do art. 78.

caminhos: a suspensão da execução do contrato com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro até que a Administração cumpra a sua parte ou rescisão por culpa da administração.

3.3.3. Rescisão por ato unilateral da administração

A rescisão por ato unilateral da administração, previsto no art. 78, XII, pressupõe razões de interesse público e de alta relevância e amplo conhecimento, justificada e determinada pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante. Exclui-se, assim, a fórmula vazia da simples invocação do interesse público, devendo a decisão ser efetivamente fundamentada (motivada). Corrobora esse raciocínio o art. 20 da LINDB, impondo que não se decidirá com base em valores abstratos (princípios e conceitos abertos) sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e adequação da rescisão do contrato face a possíveis alternativas.

Como já advertia no início do século passado Sergio Buarque de Holanda,²²⁰ a sociedade brasileira está impregnada pelo patrimonialismo que, lamentavelmente, ainda norteia a conduta de alguns agentes políticos,²²¹ o que faz abrir uma reflexão de quando a rescisão realmente se dá por interesse público ou quando se dá por retaliações políticas ou interesse pessoal do chefe do executivo – comumente, observam-se obras iniciadas numa gestão e não concluídas na seguinte por mero desafeto político.²²² Essa reprovável conduta, além de causar prejuízo à coletividade, fere o direito do contratado que, licitamente, participou do certame e empregou esforços empresariais para a execução do contrato.

A rescisão unilateral é um ato discricionário, bastando os critérios de conveniência e oportunidade.²²³ Contudo, discricionariedade e arbitrariedade não se confundem: enquanto o

²²⁰ Cf. no capítulo “O Homem Cordial”, onde destacamos o seguinte trecho: “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que se separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão pública apresenta-se como assunto de seu interesse particular (...). (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.)

²²¹ Não se ignora a classificação de Bresser Pereira quanto às formas históricas de Estado e Sociedade no Brasil para a administração pública, simplificada: de 1821-1930 patrimonial; 1930-... burocrático; e gerencial gradualmente a partir de 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>. Acesso em 13 jun.2020.

²²² Nesse sentido, houve propositura legislativa na Câmara dos Deputados, PL 4539/12 propondo alterar a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para caracterizar como improbidade administrativa a descontinuidade imotivada de projetos e programas iniciados em gestões anteriores.

²²³ STJ - RMS 32.263/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 20/11/2012, DJe 18/12/2012.

primeiro é a liberdade legítima de agir de acordo com os limites da juridicidade, o segundo agride a ordem jurídica, pois eivada de algum vício, portanto, passível de ser corrigido judicialmente.²²⁴

Mauro Roberto Gomes de Mattos coloca que a razoabilidade deve nortear a atuação do agente público, não permitindo que em busca do interesse público se sacrifique o individual, a ponto de extirpar direitos e garantias fundamentais.²²⁵

Nessa linha de raciocínio, a rescisão unilateral se sujeita ao controle jurisdicional. Salieta Justen Filho que a decisão administrativa de rescisão unilateral, quando for economicamente prejudicial aos cofres públicos, pode, em tese, ser qualificada de improbidade administrativa. Assim, mesmo que o Judiciário não possa rever o núcleo de conveniência e oportunidade, poderá examinar a regularidade do processo decisório, verificando a existência de estudos técnicos e econômicos, orientando o Administrador a tomar a melhor decisão, inclusive sobre seus aspectos econômicos.²²⁶

Não se pode esquecer, entretanto, que a economicidade é um dos princípios que norteiam a Administração Pública, estando implícito no art. 3º da Lei de Licitações, e explícito no artigo 70 da Constituição Federal²²⁷ e no art. 150 da Constituição do Estado de São Paulo,²²⁸ de modo que este importante aspecto de preservação do erário encontra-se sujeito ao controle judicial. Neste mesmo artigo, encontram-se manifestações do TCU – confira-se no acórdão nº 1441/2007-Plenário, com o seguinte trecho da ementa: “1. É dever do gestor público otimizar a utilização dos recursos públicos, de forma a maximizar os serviços prestados à população em termos qualitativos e quantitativos.”

3.3.4. Rescisão por supressão por parte da administração acima do limite legal

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 440/441.

²²⁵ Mauro Roberto Gomes de Mattos, 2002, p. 48.

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1425.

²²⁷ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

²²⁸ Artigo 150 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, finalidade, motivação, moralidade, publicidade e interesse público, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno e de cada Poder, na forma da respectiva lei orgânica, em conformidade com o disposto no art. 31 da Constituição Federal.

A hipótese do inc. XIII permite a rescisão por parte do contratado, caso a administração promova supressão de escopo, modificando o valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65, ou seja, até o limite de 25% – esse limite vale inclusive para reforma.

Marçal Justen Filho elucidava que essa norma seria inócua, pois qualquer manifestação da Administração no sentido de suprimir o valor do contrato em patamar superior a 25% seria nula, pois não tem abrigo legal.²²⁹

3.3.5. Rescisão por suspensão da execução por ordem da administração

A hipótese do inc. XIV confere à Administração a prerrogativa de suspender a execução do contrato, por ordem escrita, por prazo de até 120 (cento e vinte), salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo quando não haverá contagem desse prazo durante o evento. Ultrapassado esse prazo, o contratado poderá optar por suspender a execução do contrato até que seja normalizada a execução ou pleitear a rescisão por culpa da administração.

Sempre que for emitida a ordem de suspensão, a Administração deverá arcar com o pagamento indenizatório dos custos de desmobilização, remobilização e outras previstas.

O fundamento dessa norma é dar à Administração um melhor controle sobre o planejamento dos serviços e utilidades públicas. Por exemplo, numa cidade turística de veraneio, pode a Administração pública suspender a execução de obras viárias que interditam alguma via ou parte de vias, durante a temporada de verão para dar melhor fluidez no trânsito. Problemas financeiros da Administração também podem motivar a ordem de suspensão da execução do contrato.

A suspensão das atividades, porém, sempre é gravosa para o particular que, além dos custos de desmobilização e remobilização, tem que ficar com a sua estrutura operacional à disposição da Administração, aguardando o reinício das atividades, ficando impedido de alocar os seus recursos em outro empreendimento – motivo pelo qual, concomitantemente à ordem de suspensão, deve-se promover o reequilíbrio do contrato.²³⁰

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1425.

²³⁰ *Ibidem*, p. 1426.

Unilateralmente, o limite de suspensão da execução do contrato é de 120 dias, mas, por mútuo acordo, esse limite pode ser estendido. Todavia, faz-se necessário verificar se tal medida é economicamente viável para as partes, caso contrário o caminho será a rescisão.²³¹

Havendo suspensão da execução do contrato por ordem ou culpa da administração, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual período.²³² Contudo, a mera reposição automática pode causar distorções na execução das obras. Explica-se: é sabido que obras de terraplenagem se desenvolvem melhor na temporada seca (no sudeste é de maio a agosto). Suponhamos que a suspensão da execução do contrato seja nesse período e desloque as obras para a temporada de chuvas, quando os equipamentos não têm a mesma produtividade. A mera prorrogação do contrato em idêntica quantidade de dias não será suficiente para reposição do prazo de execução e do custo (em virtude da baixa produtividade dos equipamentos).

Sobre a possibilidade do contratado suspender a execução do contrato, valendo-se da aplicação da exceção do contrato não cumprido, vide comentários no item 1.4.5.

3.3.6. Rescisão por atraso no pagamento

O inciso XV do art. 78 autoriza a rescisão do contrato no caso de atraso por período superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração, 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.

O pagamento é a principal obrigação contratual a cargo da Administração, passando a ser devido no prazo estipulado no edital. A Lei de licitações, por sua vez, coloca que o prazo não poderá ser superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela,²³³ ou seja, o marco inicial para a contagem dos trinta dias é o cumprimento da obrigação, ou parcela dela, por parte do contratado.

Contudo, os editais preveem um prazo de pagamento a contar do recebimento da nota fiscal, considerado o momento em que o gestor atesta a execução do objeto contratado juntamente com a nota fiscal, conforme, inclusive, determina o anexo XI da Instrução

²³¹ Ibidem, p. 1426.

²³² Art. 79, parágrafo 5º da Lei 8.666/93.

²³³ Art. 40, inc. XIV, alínea “a”, da Lei 8.666/93.

Normativa nº 05/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Nos contratos de obras públicas, geralmente os pagamentos são realizados por medições mensais, e entre o fechamento da medição, sua aprovação e o faturamento ocorre um lapso temporal que faz com que se ultrapassem os 30 dias mencionados no art. 40, inciso XIV da Lei 8.666/93. Há, porém, entendimento no STJ de que o cumprimento da obrigação caracteriza-se pela aprovação da medição dos serviços,²³⁴ e não pelo recebimento da nota fiscal.

Para uma melhor visualização, apresentamos a ordem ampliada da execução da despesa pública para obra pública: (i) inserção no plano plurianual; (ii) reserva orçamentária; (iii) licitação; (iv) contratação; (v) empenho; (vi) execução contratual – que é a execução da despesa; (vii) aprovação da medição – que é o ato de reconhecimento da execução da obra; (viii) faturamento; (ix) liquidação; e (x) pagamento.

Apesar de a lei de licitações exigir disponibilidade orçamentária, é preciso deixar claro que há diferença entre disponibilidade orçamentária e disponibilidade financeira, pois são distintas: pode haver orçamento que ao fundo é uma previsão de receitas com a autorização legislativa para realização da despesa, mas, por diversos motivos, pode ocorrer frustração de receita, p. ex., por queda na arrecadação ou atraso de repasse do Estado ou da União. Em outras palavras, pode haver orçamento, mas não haver disponibilidade financeira, situação que implica

²³⁴ Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não-caracterização. Contrato Administrativo. Termo inicial de correção monetária. Violação aos arts. 40, inc. XIV, E 55, inc. III, da Lei n. 8.666/93. Cláusula não-escrita. Súmula n. 43 desta Corte Superior. Juros de mora. Ilícito contratual. Data da citação. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. 2. A cláusula específica de previsão do pagamento, no caso, viola o que preveem os arts. 40 e 55 da Lei n. 8.666/93. 3. Por um lado, o art. 40, inc. XIV, determina que o "prazo de pagamento não [pode ser] superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela" (com adaptações). 4. Ora, quando a Administração Pública diz que pagará em até trinta dias contados da data da apresentação de faturas, a consequência necessária é que o pagamento ocorrerá depois de trinta dias da data do adimplemento de cada parcela - que, segundo o art. 73 da Lei n. 8.666/93, se dá após a medição (inc. I). 5. Por outro lado, o art. 55, inc. III, daquele mesmo diploma normativo determina que a correção monetária correrá "entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento", o que reforça que a data-base deve ser a do adimplemento da obrigação (que ocorre com a medição) e não a data de apresentação de faturas. 6. Portanto, a cláusula a que faz referência a instância ordinária para pautar seu entendimento é ilegal e deve ser considerada não-escrita para fins de correção monetária, chamando a aplicação da Súmula n. 43 desta Corte Superior, segundo a qual "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo". 7. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que os ilícitos contratuais dão ensejo à incidência de juros moratórios contados da data da citação. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.079.522/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 25/11/2008). No mesmo sentido STJ, REsp 1.466.703/SC.

a limitação de empenho e da movimentação de receita, conforme determina o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal.²³⁵

Ocorrendo o atraso no pagamento por prazo superior a 90 dias, o contratado pode suspender a execução do contrato independente de tutela jurisdicional²³⁶, o que somente é exigível para a formalização da rescisão.²³⁷ Sobre a possibilidade de suspensão da execução do contrato antes dos 90 dias, vide comentários no item 1.4.5.

O atraso no pagamento obriga a Administração indenizar o contratado, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato pelo mecanismo da atualização financeira (vide item 3.2) e de eventuais compensações (juros de mora) e penalidade por atraso, se previsto no edital.

Marçal Justen Filho entende que a indenização pode ser mais ampla, sendo “perfeitamente possível que abranja verba por outros prejuízos ou lucros cessantes, dependendo das circunstâncias concretas.”²³⁸ Contudo, a prerrogativa de atrasar o pagamento em até 90 dias não pode ser exercida deliberadamente, devido à vedação do arbítrio e ao princípio da impessoalidade. Neste caso, é reforçada pela norma do artigo 5º da Lei 8.666/93 que impõe a observância da ordem cronológica de pagamento para cada fonte diferenciada de recurso. Ressalta-se que o art. 92 tipifica como crime a quebra injustificada da ordem cronológica de pagamentos.²³⁹

3.3.7. Rescisão por não liberação de área ou jazidas de materiais.

²³⁵ Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

²³⁶ Neste sentido o enunciado nº da Jornada de Direito Administrativo do STJ, realizada entre 3 e 7 de agosto de 2020: O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública autoriza o contratado a suspender o cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação, mesmo sem provimento jurisdicional.

²³⁷ STJ – REsp 910.802/RJ, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 03.06.2008.

²³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1428.

²³⁹ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive 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 art. 121 desta Lei:

O inciso XVI do art. 78 cuida da possibilidade de rescisão por culpa da Administração por não liberação de área, local ou objeto para a execução do contrato, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.

Com relação às obras públicas, não raras vezes, em virtude do mau planejamento estatal, existem atrasos em desapropriação de áreas onde as obras seriam executadas, sobretudo quando se trata de obras lineares, como rodovias, ferrovias e dutos. Nelas, existem inúmeras desapropriações no trajeto, aumentando a probabilidade de entrave em alguma(s) desapropriação(ões).

As fontes de materiais naturais especificadas no projeto, normalmente, são jazidas minerais de solo ou rocha que serão usadas no projeto. Em que pese os recursos minerais pertencerem à União,²⁴⁰ e somente poderem ser explorados mediante regime de concessão, autorização, licenciamento, permissão ou monopólio²⁴¹. O Código de Minas permite os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura* para utilização em obra pública, desde que não haja comercialização do solo e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos, ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra.²⁴²

Aqui, como em qualquer hipótese de rescisão por culpa da administração, deve-se, antes de promover a rescisão, buscar uma solução que preserve o contrato. Na falta de liberação de alguma área, deve-se tentar liberar alguma outra frente de trabalho; na falta de liberação de jazida, deve-se verificar a possibilidade de adquirir o material. A rescisão deve ser a *ultima ratio*.

No que tange ao prazo para a Administração cumprir a sua obrigação, aplicam-se as regras do direito civil para a mora: para as obrigações com prazo determinado, a mora é automática (*dies interpellat pro homine*); para as obrigações sem data definida em contrato, deve-se proceder a interpelação para constituição da mora.

Após a mora, caso o inadimplemento impeça a execução do contrato, por interpretação analógica do inc. XIV, o contratado deve aguardar o prazo de 120 dias para poder pleitear a rescisão, pois o inadimplemento da Administração assemelha-se ao caso de suspensão da execução do contrato.²⁴³ Nesse lapso temporal entre a mora da administração de obrigação que impeça a execução do contrato e a rescisão, o contrato fica considerado suspenso.²⁴⁴

²⁴⁰ Constituição Federal, art. 20, inc. IX.

²⁴¹ Cf. Código de Minas, Decreto-Lei nº 227, 28 de fevereiro de 1967.

²⁴² § 1º do art. 3º do Código de Minas.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1430.

²⁴⁴ STJ – RO em MS 15.154/PE, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux. j. em 19.11.2002.

Quando o inadimplemento da Administração dificulta e onera – mas não impede – a execução do contrato, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio contratual. Não sendo ele atendido pela Administração, pode fundamentar com base nesse inciso a suspensão do contrato. No caso de suspensão do contrato por motivo imputável à administração, permanece o dever de manter o equilíbrio econômico do contrato durante a suspensão e de indenizar por perdas e danos, bem como manter-se a faculdade do particular de aguardar prazo superior a 120 dias para pedir a rescisão.²⁴⁵

Sempre se recomenda que, em casos de incumprimento pela Administração, o particular venha emitindo avisos escritos, do incumprimento, dos reflexos para o início ou desenvolvimento da obra e das consequências de reequilíbrio, rescisão ou ambas. A emissão de avisos está alinhada à boa-fé que deve permear as relações contratuais.

3.3.8. Rescisão por fato da administração – outros motivos.

O dispositivo do artigo 78, inc. XVI é mais amplo, abarcando o descumprimento de qualquer outra providência a cargo da administração. Com efeito, caso a Administração não providencie o que lhe competia, impedindo o contratado de iniciar ou desenvolver o escopo contratual, na opinião de Marçal Justen Filho pode-se aplicar o inciso em análise.²⁴⁶

Adicionalmente, para qualquer outra infração contratual ou legal da Administração, os artigos art. 66 c/c o art. 77 são fundamentos autorizadores para o contratado propor a rescisão contratual, desde que o inadimplemento tenha relevância e dificulte, retarde ou impossibilite a execução do contrato, observando-se o juízo de proporcionalidade mencionado alhures (rescisão ou, suspensão ou retardamento da execução acompanhada de reequilíbrio).

O erro ou omissão de projeto, em magnitude que impeça ou encareça demasiadamente a execução da obra, de modo geral, deve ser classificada como causa de nulidade da licitação e dos atos dela decorrentes, inclusive o contrato, pois a legislação (art. 7º da Lei 8.666/93) impõe que a licitação seja instruída com o projeto básico em nível de detalhamento suficiente para a elaboração da proposta, produção dos projetos executivos e execução da obra.²⁴⁷

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1430.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 1430.

²⁴⁷ TCU – Acórdão nº 353/2007 – Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, trecho do voto: 5. Até que ocorra o equacionamento dessa grave falha administrativa, restará à Corte de Contas, sempre que confrontada com a prática por tudo perniciososa da revisão contratual indiscriminada, perquirir minudentemente de suas verdadeiras intenções e aplicar as cominações previstas em lei a todos os responsáveis pelas alterações indevidas, inclusive, se for o caso,

3.3.9. Rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior

O inciso XVII do art. 78 coloca o caso fortuito e a força maior como motivos para embasar o pedido de rescisão. Entretanto, para esses eventos justificarem a rescisão devem ser de duração prolongada ou de grande impacto ao andamento da obra pública. Se for o caso de rescisão, pode ser determinada por ato unilateral da Administração²⁴⁸, por via judicial em decorrência iniciativa da contratada ou consensualmente entre as partes.

O caso fortuito e força maior pode ser evento tanto autorizador de reequilíbrio²⁴⁹, quanto de rescisão (vide comentários no item 2.4.4.).

De acordo com Di Pietro, a norma do art. 79, § 2º da Lei 8.666/93 não poderia dar tratamento igual as hipóteses de rescisão por interesse público e por caso fortuito ou força maior, uma vez que esses acontecimentos independem da vontade das partes e são inevitáveis. Não sendo imputável a qualquer parte, o contrato deveria rescindir-se de pleno direito, sem qualquer indenização, pois não caberia indenização ao particular por um prejuízo que a Administração não deu causa.²⁵⁰

Todavia, a Administração deve ressarcir os danos emergentes, pois caso a Administração estivesse executando diretamente a obra, ela que suportaria os prejuízos decorrentes do evento irresistível, e pelas regras da Lei 8.666/93 esse risco não é transferido ao contratado. Não indenizar os lucros cessantes por falta de culpa e nexo causal é um raciocínio aceitável, mas os riscos dos danos emergentes, que repita-se seriam suportados pela Administração num regime de execução direta, não foram transferidos ao contratado.

3.4. Formas de rescisão do contrato

O art. 78 da Lei 8.666/93 traz, em seus incisos, um rol de motivos para a rescisão do contrato, e o art. 79 traz a forma como a rescisão pode se consumir, mencionando três hipóteses, no seus três incisos do *caput*:²⁵¹ unilateralmente pela Administração, amigavelmente e judicialmente.

os autores de projetos ineptos. Além disso, é bom lembrar que, nos exatos termos do art. 7º, § 6º, da Lei 8.666/1993, são nulos de pleno direito os atos e contratos derivados de licitações baseadas em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto, devendo tal fato ensejar não a alteração do contrato visando à correção das imperfeições, mas sua anulação para realização de nova licitação, bem como a responsabilização do gestor faltoso.

²⁴⁸ Art. 79, XVII.

²⁴⁹ Art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93.

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 316.

²⁵¹ Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

O inciso I do art. 79 contempla as hipóteses de que a Administração pode determinar, por escrito, unilateralmente a rescisão. São as hipóteses dos incisos I a XII, XVII e XVIII do art. 78. Os incisos I a XI e XVIII tratam dos casos de inadimplemento por parte da contratada ou extinção do sujeito. O inciso XII cuida do caso de rescisão por interesse público. O inciso XVII cuida do caso fortuito ou força maior, ou seja, uma hipótese de fato estranho à vontade das partes.

Conforme mencionado alhures, uma das características do contrato Administrativo é a autoexecutoriedade, assim, independente de chancela do Judiciário, a decisão administrativa tem aplicação imediata.²⁵² No caso de rescisão unilateral, deve-se observar o devido processo administrativo, abrindo o contraditório e ouvindo-se a contratada.²⁵³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, mesmo nos casos dos incisos XII a XVI (fatos da administração) – hipótese que a rescisão pode ser consensual ou judicial –, pode a Administração proceder a rescisão unilateral, desde que demonstrado interesse da Administração.²⁵⁴

O inciso II do art. 79 traz a hipótese da rescisão “amigável” ou consensual, reduzida a termo no processo administrativo, sendo tecnicamente um distrato. Mesmo quando o fundamento da rescisão for por interesse público ou fato da administração, a rescisão consensual tem a vantagem de, no mesmo ato, definir a rescisão e a indenização do contratado, evitando-se o prolongamento de discussões administrativas e mesmo a judicialização – motivo pelo qual a Administração deve propor essa alternativa antes da determinação unilateral.

A rescisão consensual também deve ser utilizada pela Administração nos casos de rescisão por sua culpa. Ela tem o dever de cumprir a lei e as obrigações contratuais. Não o fazendo e não tendo meios ou interesse de cumprir, deve proceder, prioritariamente, a rescisão consensual do contrato já fixando a indenização do contratado. Os princípios jurídicos fundamentais e o Estado de Direito não toleram a Administração inadimplir o contrato e seguidamente negar-se a indenizar o contrato. A Administração até pode não reconhecer que

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III -judicial, nos termos da legislação;

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1439.

²⁵³ Ibidem, p. 1439.

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.331.

um direito foi violado, mas uma vez reconhecido, não pode furtar-se por meio da fórmula vazia: “vá procurar seus direitos no judiciário”.

A via judicial destina-se somente ao contratado, pois a Administração não tem interesse processual para se socorrer ao judiciário quando pode determinar a rescisão unilateralmente – cabível, portanto, nas hipóteses dos incisos XIII a XVI.

3.5. Os lucros cessantes

Os lucros cessantes são um dos elementos integrantes do dano, uma vez que a extensão do dano abrange aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que razoavelmente deixou de lucrar.²⁵⁵ Podem ter origem na responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, os danos patrimoniais abarcam não somente a diminuição do patrimônio da vítima, como também o possível aumento patrimonial que teria havido se o evento não tivesse ocorrido – sendo que remonta do Direito Romano a origem da parêntese, dano emergente e lucros cessantes.²⁵⁶

Para haver a indenização por lucros cessantes, deve existir uma probabilidade concreta e objetiva de aferição de lucro que foi frustrada pelo evento danoso, como se infere do advérbio “razoavelmente”, estampado no art. 402 do Código Civil. Isso não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se deve pagar quando, razoavelmente, se puder admitir que houve cessação do lucro, ou seja ideia vinculada à existência de um prejuízo.²⁵⁷ Assim, é irrelevante para a determinação dos lucros cessantes se o seu valor é facilmente mensurável, ou se necessita de perícia para a sua quantificação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o evento danoso deve ter efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor, não admitindo lucros cessantes sem comprovação, rejeitando lucros hipotéticos ou remotos.²⁵⁸ Deve haver uma quase certeza de que o evento lucro ocorreria, se o evento danoso não se concretizasse.

²⁵⁵ É o que se extrai do Código Civil: Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 270.

²⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e Atos Unilaterais**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 530.

²⁵⁸ STJ, 3ª turma, REsp 1.750.233, Ministra NANCY ANDRIGHI, julgamento em 05.02.19.

De modo geral, quando se trata de rescisão de contrato, é razoável admitir que a continuidade e execução do contrato, nos termos avençados, traria benefícios à parte inocente. Existem vários precedentes no Superior Tribunal de Justiça determinando a indenização por lucros cessantes no caso de rescisão de contrato de promessa compra e venda de imóvel por culpa da construtora,²⁵⁹ ou seja, a quebra do vínculo contratual, em regra, gera o dever de indenizar a parte inocente.

3.6. Cabimento dos lucros cessantes no caso de rescisão?

Havendo rescisão do contrato de obra pública, sem culpa da contratada, a Administração deve concomitantemente promover a indenização, não podendo recusar-se. As consequências da rescisão estão disciplinadas no art. 79, § 2º da Lei 8.666/93:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este **ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido**, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

(sem destaque no original)

O vocábulo “prejuízo”, na terminologia corrente do Direito, é empregado na equivalência de dano, mal ou ofensa que possa acarretar uma perda, uma danificação ou um desfalque no patrimônio da pessoa.²⁶⁰

A expressão “tendo ainda direito a:” induz a “adicionalmente”, ou seja, além dos prejuízos regularmente comprovados, adicionalmente tem direito ao enumerado nos incisos do parágrafo segundo.

Nessa ordem de ideia, Marçal Justen Filho assevera que o ressarcimento por “prejuízos” comprovados significa o direito à indenização por danos emergentes e lucros cessantes, acrescentando o referido autor:²⁶¹

²⁵⁹ Cf: STJ, AgInt no REsp 1.804.123/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 11/09/2019 e STJ, AgInt no AREsp 1187693/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/12/2018.

²⁶⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 630.

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 1441.

(...) Mas quanto ao remanescente do contrato, o particular tem direito ao valor do lucro que auferiria se o contrato fosse mantido. Isso se impõe porque a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse, de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente, não teria chegado a participar dessa licitação. A Administração, através da faculdade de rescisão unilateral, não pode subtrair do particular o lucro que ele obterá através da execução integral.

Na mesma ordem de ideias, Lúcia Valle Figueiredo, ao dissertar sobre a responsabilidade da Administração Pública pela rescisão do contrato administrativo, coloca: “(...) a indenização deverá ser total, tal seja, deverá cobrir o que deixou o contratado de perceber até o fim do contrato. De conseguinte, indenizam-se também os lucros cessantes.”²⁶² Ainda para a autora, o interesse do particular em prosseguir com o contrato, contraposto com o da Administração em rescindir, deve prevalecer o interesse da coletividade, entretanto, o sacrifício do particular não poderá ocorrer sem observância ao princípio da divisão dos encargos públicos, decorrente do próprio princípio da igualdade.

Aduz Mauro Roberto Gomes de Mattos sem explicitar textualmente a questão dos lucros cessantes que: “não seria lícito e nem razoável que o interesse público pudesse massacrar o particular, deixando de ressarcir o prejuízo causado pela inesperada rescisão do contrato.”²⁶³

De acordo com Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, a indenização não abrange os lucros cessantes quando a rescisão se basear em caso fortuito ou força maior.²⁶⁴

Não se pode esquecer, porém, que, no regime de livre iniciativa, assegurado pelo art. 170 da Constituição Federal, a mola propulsora da economia brasileira é a busca pelo lucro.²⁶⁵ O sistema econômico capitalista, conforme advertiu Adam Smith no século XVIII, na Teoria da Mão Invisível, mantém-se em virtude da busca do auto interesse de cada indivíduo que, automaticamente, acaba por fazer um bem à coletividade.

As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição, visando potencializar os objetivos constitucionais especialmente os direitos fundamentais. A Carta Fundamental diz que, nas contratações públicas, sejam mantidas as condições efetivas da proposta, a qual tinha o componente lucro.

²⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 67.

²⁶³ Mauro Roberto Gomes de Mattos, 2002, p. 49.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 281.

²⁶⁵ Por óbvio que o particular, na maior parte das vezes, busca o lucro ao se lançar como agente executor de atividades administrativas. Esta expectativa, ademais, deve lançar patamares superiores à de investimentos tradicionais (especialmente bancários), pois, caso contrário, os recursos privados buscariam outros destinos. (MIGUEL, Luiz Felipe Haldrich. **A remuneração do particular na execução de atividades públicas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 27).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a legislação por dar tratamento idêntico à rescisão por motivo de interesse público e por motivo de caso fortuito ou força maior, no que tange ao ressarcimento dos “prejuízos regulamento comprovados”, pois, para acontecimentos imprevisíveis e estranhos à vontade das partes, que impossibilita a execução do contrato, a solução adequada seria a rescisão de pleno direito sem se cogitar a indenização, uma vez que, para autora, não tem sentido a administração indenizar o particular por um prejuízo que não deu causa.²⁶⁶

3.7. Cabimento dos lucros cessantes na anulação?

Para o estudo do tema, pode-se sistematizar as situações em que se declara a nulidade contratual quando: (i) anterior ao início da execução contratual sem culpa do contratado; (ii) anterior ao início da execução contratual com culpa do contratado; (iii) anterior ao início da execução contratual com culpa concorrente; (iv) durante ou após a execução contratual sem culpa do contratado; (v) durante ou após a execução contratual com culpa do contratado, mas sem má-fé; (vi) durante ou após a execução contratual, mas com má-fé do contratado e (vii) durante ou após a execução contratual com culpa concorrente.²⁶⁷ Para o objeto desta dissertação, cabe o estudo da situação (i) e (iv) – declaração de nulidade anterior, durante ou após a execução contratual, sem culpa da contratada.

Decretada a nulidade, a primeira avaliação que deve ser feita é se, mesmo tendo sido executada a prestação, pode, sem prejuízo, restaurar o *statu quo ante*. Vislumbram-se três cenários possíveis: primeiro, sendo possível, retorna-se ao *status quo ante*, sem prejuízo ao contratado, não se cogita em indenização, pois falta o elemento dano. Segundo, pode ocorrer ser possível o retorno ao *status quo ante*, porém com algum prejuízo, dispêndio, para o contratado, como por exemplo, custo de transporte para entrega e retirada do objeto. Terceiro, há casos de irreversibilidade do objeto já executado, os efeitos práticos do contrato são insucessíveis de desconstituição, como no caso dos contratos de serviços e obras públicas. A segunda e a terceira hipóteses geram o dever de o Estado indenizar o particular que executou a prestação contratual.

²⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 316.

²⁶⁷ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 404 e ss.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dissertar sobre as obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos, entende ser cabível ao contratado que não agiu de má-fé – quando houve início da execução contratual –, indenização sobre os prejuízos diretos (prestações que realizou e despesas incorridas em virtude do contrato anulado) e indiretos, assim compreendidos outros “proveitos que deixou de captar em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual”,²⁶⁸ trazendo, dessa maneira, como principal fundamento, o princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa.

Jacinto Arruda Câmara sustenta que, nos casos de invalidade por culpa exclusiva da administração, aplica-se a regra da responsabilidade patrimonial do Estado, esculpida no art. 37, § 6º da Constituição Federal, sendo necessário a demonstração do dano indenizável, abrangendo os danos emergentes e lucros cessantes – o que se faz demonstrando a sua relação com a conduta ilícita da administração (nexo de causalidade).²⁶⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o enriquecimento sem causa e a responsabilidade patrimonial do Estado não são preceitos excludentes, mas pelo contrário, são complementares e convivem em plena harmonia,²⁷⁰ ou seja, ambos os fundamentos podem autorizar a indenização do particular.

Na mesma ordem de ideias, Marçal Justen Filho entende que a indenização à contratada tem dois fundamentos, a vedação do enriquecimento sem causa e a responsabilidade do Estado por ato ilícito, devendo a indenização ser ampla, abrangendo o proveito que teria se o contrato não fosse nulo, inclusive os lucros cessantes.²⁷¹

O Estado terá que indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado.

Ou seja, aplicando a teoria das nulidades, o reconhecimento do vício acarreta desfazimento de todos os atos. Mas, em função da teoria da responsabilidade civil, a Administração tem o dever de responder por todos os atos que pratica, inclusive (e especialmente) aqueles viciados. Em suma, o particular terá direito a auferir o exato proveito previsto no contrato (nulo). Esse proveito será assegurado não por força dos termos contratuais, mas pelo princípio da responsabilidade civil do Estado. Perceberá o benefício (previsto contratualmente) como indenização por perdas e danos provocados pelo ato ilícito estatal.

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 695.

²⁶⁹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 405.

²⁷⁰ MELLO, op.cit., p. 698.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1250.

O proveito decorrente da execução do contrato é o lucro derivado da sua execução e, em alguns casos, o acervo técnico pela execução da obra. No âmbito da Lei de Licitações, as consequências da declaração de nulidade do contrato administrativo encontram-se positivada no art. 59, parágrafo único da Lei 8.666/93, assim dispondo:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

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

O parágrafo em comento utiliza-se igualmente da expressão “prejuízos regularmente comprovados”, servindo a mesma linha de raciocínio utilizada na análise do § 2º do art. 79 (vide item 3.6). Jacintho Arruda Câmara sustenta a seguinte interpretação para o parágrafo único, abrangendo duas espécies de danos: os decorrentes da execução do contrato, aí incluída a margem de lucro pela execução, e outros danos decorrentes da extinção do vínculo contratual, previstos na expressão “outros prejuízos regularmente comprovados”²⁷² que pode abranger os lucros cessantes desde que comprovados. Prossegue o citado autor:

O parágrafo tem dupla finalidade, a primeira parte prescreve o dever genérico de indenizar a ex-contratada pelos que tiver executado, haja vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa; a segunda parte agrega o dever de indenizar derivado da responsabilidade civil do Estado, sem guardar qualquer relação com o benefício auferido pela Administração, estando ligado ao dano experimentado pela ex-contratada vítima da ilicitude estatal.

De acordo com Jacintho Arruda Câmara, os lucros cessantes compõem o dano e, “sendo componente do dano, não há por que o excluir da indenização por contrato inválido.”²⁷³

De acordo com Fernanda Marinela, quando a anulação ocorre após a prestação contratual ou a realização de gastos necessários ao cumprimento do contrato, a contratada tem direito à indenização pelo que efetivamente executou e pelos gastos (prejuízos) que realizou, e ainda, pelos proveitos que deixou de captar²⁷⁴ (lucros cessantes). Comunga da mesma opinião Maria Adelaide de Campos França, para quem a Administração deve indenizar pelas perdas e danos sofridos pelo contratado, abarcando os trabalhos já executados, mas também pelo

²⁷² NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo**: licitação e contratos administrativos. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.419.

²⁷³ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo**: licitação e contratos administrativos. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 420.

²⁷⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 512.

proveito que deveria obter se o contrato não tivesse sido anulado. Assevera ainda que a Administração deve indenizar integralmente, cabendo ação regressiva contra o funcionário que agiu com culpa ou dolo.²⁷⁵

E ainda, no mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, sobre o cabimento dos lucros cessantes:

(...) se a invalidação for causada por culpa comissiva ou omissiva da Administração, seja no procedimento de licitação, seja na própria celebração do contrato, o contratado, além do direito ao que foi executado e aos danos emergentes que consistem no denominado *interesse negativo*, faz jus, também aos *lucros cessantes* parcela correspondente à projeção futura do que poderia auferir se não houvesse a paralisação do ajuste pela anulação, parcela esta que retrata o *interesse positivo* do prejudicado (interesse na conclusão do contrato).²⁷⁶

Na pesquisa realizada no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, selecionando o assunto “contrato administrativo” e utilizando as palavras-chave “lucros cessantes” e “nulidade”, foram apresentados onze resultados, mas apenas um acórdão com pertinência ao objeto da pesquisa, o qual foi favorável ao pagamento dos lucros cessantes no caso de anulação do contrato administrativo sem culpa do contratado, entendendo que, para o pagamento dos lucros cessantes, deve haver a sua comprovação por meio de perícia contábil.²⁷⁷

Ainda em pesquisa no TJSP, apenas alterando a palavra “nulidade” por “anulação”, mantendo-se idêntico aos demais parâmetros, apresentaram-se nove resultados, mas apenas um acórdão com pertinência ao objeto da pesquisa, o qual foi desfavorável ao pagamento dos lucros cessantes, sob o fundamento da não comprovação de que haveria algo a ganhar.²⁷⁸

3.8. Os lucros cessantes no contrato privado de empreitada.

²⁷⁵ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.

²⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 224/225.

²⁷⁷ TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1004244-42.2018.8.26.0157; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Cubatão - 1ª Vara; Data do julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 24/01/2020

²⁷⁸ TJSP; Apelação Cível 1000249-47.2015.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/03/2017; Data de Registro: 04/04/2017

Nos contratos de empreitada regidos pelo direito privado, o pagamento dos lucros cessantes, no caso de rescisão, é assegurado pelo art. 623 do Código Civil,²⁷⁹ cabendo ao dono da obra, nos casos de rescisão do contrato sem justa causa após o início da obra, ou rescisão por sua culpa, indenizar o empreiteiro pelas despesas e sobre “o que ele teria ganho, se concluída a obra”,²⁸⁰ ou seja os lucros cessantes.²⁸¹

Ao comentar o art. 623 do Código Civil, adverte Nelson Rosenvald que, nesse caso, os lucros cessantes não poderão abranger as oportunidades perdidas pelo empreiteiro, assim entendida, o que poderia ter ganho na execução de outros contratos que declinou de participar, pois a norma restringe-se aos lucros frustrados “em função do que teria ganho se concluída a obra”.²⁸²

De acordo com Maria Helena Diniz, a rescisão unilateral do contrato, por parte do dono da obra, impõe a indenização do empreiteiro das despesas realizadas para execução dos serviços adicionada dos lucros razoável que teria se viesse a concluir a obra.²⁸³

O Código Civil vigente, apesar de apresentar nova redação, manteve a ideia que já vinha consolidada no Código Civil de 1916, que trazia a seguinte redação:

Art. 1.247. O dono da obra que, fora dos casos estabelecidos nos ns. III, IV e V do art. 1.229, rescindir o contrato, apesar de começada sua execução, indenizará ao empreiteiro das despesas e do trabalho feito, assim como dos lucros que este poderia ter, se concluísse a obra.

Com efeito, observa-se que já é da tradição do nosso direito privado o pagamento dos lucros cessantes no caso de rescisão unilateral (resilição) do contrato de empreitada.

Ricardo Fiuza, citando Clóvis Beviláqua, anota que na rescisão da empreitada pelo dono da obra, sem culpa do empreiteiro, acarreta a obrigação de indenizar as despesas dos trabalhos feitos e os lucros que poderia ter, se concluída a obra.²⁸⁴

²⁷⁹ Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

²⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e Atos Unilaterais** – Coleção Direito Civil Brasileiro volume 3 – 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.403.

²⁸¹ Afirma Venosa: “Se o comitente resilir o contrato unilateralmente, como vimos, deve indenizar o empreiteiro com as despesas que teve, bem como os lucros cessantes. (in, **Direito Civil: Contratos**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 539).

²⁸² ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002, coordenador Cezar Peluso. 5 ed. rev. e atual. Barueri: Manole 2011. p. 652.

²⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, volume 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 223.

²⁸⁴ FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 5 ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 506.

Washington de Barros Monteiro²⁸⁵ e Silvio Rodrigues²⁸⁶ acentuam o dever de pagar os lucros cessantes, de forma, que a interpretação do artigo 623 não desperta divergência de interpretação na doutrina civilista.

Vejo como possível aplicar supletivamente o artigo 623 do Código Civil, com fundamento no artigo 54 da Lei 8.666/93, nos casos de rescisão por interesse público. O STJ em diversos julgados que estão selecionados no capítulo seguinte, em casos de rescisão por interesse público aplicou supletivamente o art. 1059 do Código de 1916 que equivale ao 402 do Código Civil vigente para fundamentar o pagamento dos lucros cessantes.

3.9. Os lucros cessantes na legislação Espanhola.

A primeira observação que se faz quando se compara uma legislação estrangeira com a nossa é que não se pretende aplicar no Brasil diretamente o direito alienígena; o que se procura é extrair os fundamentos jurídicos que dão embasamento ao direito positivado em outra nação, e isso, em alguns casos, pode fundamentar a razão de decidir no âmbito administrativo ou judicial.

A legislação espanhola que trata das contratações do setor público, assim como a portuguesa, foi recentemente atualizada para se harmonizar com as novas Diretivas comunitárias que tratam do assunto: a Diretiva 2014/24/UE, sobre contratações públicas; a Diretiva 2014/25/UE, relativa à contratação por entidades que operam os setores de abastecimento de água, de energia, dos transportes e serviços postais, ambas de 26 de fevereiro de 2014; e a Diretiva 2014/23/EU relativa às concessões.

Nesse contexto, para também adaptar as diretrizes de instituições de caráter internacionais, como o da OCDE e da UNCITRAL (no âmbito da ONU),²⁸⁷ surgiu a Lei 9/2017 - *Ley de Contratos del Sector Público* (“LCSP”), de 8 de novembro de 2017, como norma geral para licitação e contratação pública, bem como para contratos de concessão de obras e serviços públicos.

Importante frisar que, diversamente da norma geral brasileira que dá tratamento idêntico aos contratos administrativos de obras, compras e prestação de serviço, a LCSP abre um

²⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil direito das obrigações 2º parte**, 5 volume. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 210.

²⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 205.

²⁸⁷ Cf. no preâmbulo da *Ley de Contratos del Sector Público*, de 8 de novembro de 2017.

capítulo, com disciplina própria para alguns tipos de contratos administrativos: contrato de obras (art. 231 a 246); contrato de concessão de obra (art. 247 a 283); contrato de concessão de serviço (art. 284 a 297); contrato de fornecimento (art. 298 a 307); e contrato de serviços (art. 308 a 315). Para cada tipo de contrato, existe uma disciplina própria para a rescisão; ao contrário da legislação brasileira onde os art. 77 e seguintes da Lei 8.666/93 são aplicáveis a todas as contratações regidas por ela, desde o fornecimento de material de escritório até a construção de uma usina hidrelétrica.

Feitas essas considerações, segue-se para a análise da disciplina legal para os casos de rescisão de contrato de obras públicas sem culpa da contratada.

O efeito comum a toda rescisão do contrato de obras, independentemente de sua causa, consiste na verificação e medição dos serviços executados em conformidade com o projeto. Após verificada a existência de saldo a favor do contratado, efetua-se o pagamento. Verificando saldo a favor da Administração, efetua-se a cobrança (art. 246, 1.)²⁸⁸ Esclarece-se, porém, que, na Espanha, a legislação permite, em algumas situações, o pagamento antecipado (art. 240, 1).²⁸⁹

Adicionalmente ao efeito comum à rescisão, há três hipóteses em que a lei pré-fixa uma indenização em favor do contratado. Essa indenização abrange os danos emergentes e lucros cessantes.

A primeira hipótese não tem paradigma no Brasil. Aqui se exige para licitar obra o projeto básico; na Espanha, além do projeto, exige-se a locação topográfica da obra (*replanteo*), que dará origem à ata de comprovação do *replanteo*, ato formal de início da obra. A finalidade dessa ata é confirmar que a obra será erigida no local correto e sobre área de propriedade ou ocupação lícita da entidade contratante. Sem a ata de comprovação do *replanteo*, a obra não pode iniciar. De certo modo, esse documento equivale à ordem de serviço utilizada no Brasil. Assim, a demora injustificada dessa comprovação do *replanteo* é causa de rescisão, cabendo ao

²⁸⁸ 1. La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

²⁸⁹ 2. El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones que se señalen en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares y conforme al régimen y los límites que con carácter general se determinen reglamentariamente, debiendo asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

contratado uma indenização equivalente a dois por cento do preço do contrato, excluído o imposto sobre valor agregado (art. 246, 2).²⁹⁰

A segunda hipótese refere-se à desistência do início das obras ou de suspensão do início por parte da Administração por prazo superior a quatro meses, pré-fixando uma indenização de 3% (três por cento) sobre o valor do contrato, excluindo o imposto sobre valor agregado (art. 246, 3).²⁹¹ Assemelha-se, portanto, à rescisão unilateral do contrato Administrativo antes do seu início.

A terceira hipótese refere-se à desistência da execução da obra, após o seu início, ou de suspensão da execução da obra, a pedido da Administração por prazo superior a oito meses, pré-fixando uma indenização a título de lucros cessantes (*benefício industrial*) de 6% (seis por cento) sobre o valor do contrato referente às obras não executadas, excluindo o imposto sobre valor agregado (art. 246, 4),²⁹² assemelhando-se à rescisão unilateral do contrato Administrativo durante a sua execução e também à suspensão do contrato por prazo superior a 120 dias.

Nos casos de força maior, a legislação em comento (art. 239)²⁹³, desde que o contratado não tenha atuado imprudentemente, terá direito a uma indenização por danos e prejuízos decorrentes da execução do contrato. Neste caso, a lei não traz qualquer fator ou índice pré-fixado.

3.10. Os lucros cessantes na legislação portuguesa

²⁹⁰ 2. Si se demorase injustificadamente la comprobación del replanteo, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista solo tendrá derecho por todos los conceptos a una indemnización equivalente al 2 por cien del precio de la adjudicación, IVA excluido.

²⁹¹ 3. En el supuesto de desistimiento antes de la iniciación de las obras, o de suspensión de la iniciación de las mismas por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 por cien del precio de adjudicación, IVA excluido.

²⁹² 4. En caso de desistimiento una vez iniciada la ejecución de las obras, o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho por todos los conceptos al 6 por cien del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran ejecutado.

²⁹³ 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Os contratos administrativos em Portugal tem como legislação principal o Código dos Contratos Públicos, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111- B/2017, de 31 de agosto, para transpor as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

O Código dos contratos públicos, na parte III que cuida do regime substantivo dos contratos administrativos, encontra-se estruturado numa parte geral e numa parte especial, que cuida de algumas subespécies de contratos administrativo: empreitada de obra pública do art. 343 ao art. 406; concessão de obras públicas e de serviços públicos do art. 407 ao art. 430; locação de bens móveis do art. 431 ao art. 436; aquisição de bens móveis do art. 437 ao art. 449; e aquisição de serviço do art. 450 ao art. 454. Daí observa-se uma distinção com a legislação brasileira que trata num único capítulo os contratos administrativos, do art. 54 a 88 da Lei 8.666/93 sem qualquer distinção de subespécie contratual.

A extinção do contrato, em geral, é tratada do art. 330 ao art. 335. Para este estudo, interessa a rescisão por culpa da administração (art. 332 e art. 406), por interesse público (art. 334), e por fato estranho à vontade das partes (força maior – art. 335 e art. 406).

De forma geral para todos os contratos administrativos, o art. 332²⁹⁴ traz um rol exemplificativo de hipóteses de rescisão por culpa da Administração, assegurando ao contratado o pagamento de indenização.²⁹⁵

O art. 332, I, a, permite a rescisão por motivo de “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, independentemente do direito de indenização, a qual, segundo Diogo Freitas do Amaral, somente pode ser exercida quando não implicar prejuízo para o interesse público subjacente.²⁹⁶ Veja aqui mais um liame entre o reequilíbrio e a rescisão, um fato anormal e imprevisível conforme a sua magnitude pode ensejar reequilíbrio ou rescisão.

Especificamente sobre a empreitada de obras públicas, constituem motivos para a rescisão do contrato por culpa da administração, dando direito à indenização ao contratado:²⁹⁷ grave violação das obrigações da Administração, e ainda, não realização da consignação da obra (equivalente no Brasil à ordem de serviço e liberação da área para a execução) no prazo de seis meses contados da data da celebração do contrato; sendo feita uma ou mais consignações parciais, o retardamento da consignação subsequente por mais de 120 dias; redução superior a 20% no preço do contrato em decorrência de supressões; suspensão da obra decorrente de força maior por período superior a um quinto do prazo de execução da obra; suspensão da obra decorrente de fato imputável à Administração por período superior a um décimo do prazo de

²⁹⁴ Artigo 332.º

Resolução do contrato por iniciativa do co-contratante

1 - Sem prejuízo de outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo contraente público especialmente previstas no contrato e independentemente do direito de indemnização, o co-contratante tem o direito de resolver o contrato nas seguintes situações:

- a) Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias;
- b) Incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao contraente público;
- c) Incumprimento de obrigações pecuniárias pelo contraente público por período superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25 % do preço contratual, excluindo juros;
- d) Exercício ilícito dos poderes tipificados no capítulo sobre conformação da relação contratual pelo contraente público, quando tornem contrária à boa fé a exigência pela parte pública da manutenção do contrato;
- e) Incumprimento pelo contraente público de decisões judiciais ou arbitrais respeitantes ao contrato.

2 - No caso previsto na alínea a) do n.º 1, apenas há direito de resolução quando esta não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.

3 - O direito de resolução é exercido por via judicial ou mediante recurso a arbitragem.

4 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, o direito de resolução pode ser exercido mediante declaração ao contraente público, produzindo efeitos 30 dias após a recepção dessa declaração, salvo se o contraente público cumprir as obrigações em atraso nesse prazo, acrescidas dos juros de mora a que houver lugar.

²⁹⁵ SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos comentado e anotado**. 7ªed. Edições Almedina: Coimbra, 2018. p. 707/708.

²⁹⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed. vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 550.

²⁹⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 550.

execução da obra; e em caso de o dono da obra praticar ou dar causa a fato que resulte em necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em valor superior a 20% do valor do contrato.²⁹⁸

No caso de rescisão por interesse público, o direito positivo português garante expressamente a indenização por danos emergentes e lucros cessantes:

Artigo 334.º Resolução por razões de interesse público

1 - O contraente público pode resolver o contrato por razões de interesse público, devidamente fundamentado, e mediante o pagamento ao co-contratante de justa indemnização.

2 - A indemnização a que o co-contratante tem direito corresponde aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

O preceito dispõe que na indenização por lucros cessantes, será deduzido aquilo que já foi ganho com a execução do contrato, pois se não fosse assim, haveria uma espécie de duplicação de benefícios.²⁹⁹

De acordo com Diogo Freitas do Amaral, ao discorrer sobre as causas de extinção do contrato administrativo, “normalmente os contratos administrativos integram uma ‘cláusula de força maior’ destinada a definir com precisão a repartição dos riscos relativamente a esse tipo de situações”.³⁰⁰

Em suma, textualmente a legislação portuguesa determina o pagamento dos lucros cessantes para o caso de rescisão por interesse público, para as demais hipóteses de rescisão por culpa da administração, limita-se a determinar indenização, sem expressamente consignar que se a indenização refere-se aos danos emergentes e lucros cessantes.

²⁹⁸ Artigo 406.º Resolução pelo empreiteiro sem prejuízo dos fundamentos gerais de resolução do contrato e de outros neste previstos e do direito de indemnização nos termos gerais, o empreiteiro tem o direito de resolver o contrato nos seguintes casos:

- a) Se não for feita consignação da obra no prazo de seis meses contados da data da celebração do contrato por facto não imputável ao empreiteiro;
- b) Se, havendo sido feitas uma ou mais consignações parciais, o retardamento da consignação ou consignações subsequentes acarretar a interrupção dos trabalhos por mais de 120 dias, seguidos ou interpolados;
- c) Se, avaliados os trabalhos a mais, os trabalhos de suprimento de erros e omissões e os trabalhos a menos, relativos ao contrato e resultantes de actos ou factos não imputáveis ao empreiteiro, ocorrer uma redução superior a 20 % do preço contratual;
- d) Se a suspensão da empreitada se mantiver: i) Por período superior a um quinto do prazo de execução da obra, quando resulte de caso de força maior; ii) Por período superior a um décimo do mesmo prazo, quando resulte de facto imputável ao dono da obra; e) Se, verificando-se os pressupostos do artigo 354.º, os danos do empreiteiro excederem 20 % do preço contratual.

²⁹⁹ SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos comentado e anotado**. 7ªed. Edições Almedina: Coimbra, 2018. p. 717.

³⁰⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 549.

3.11. Tratamento da matéria na legislação projetada.

Tramita no Congresso Nacional a nova Lei de Licitações que pretende substituir a atual lei de Licitações, Lei do Pregão e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações. O texto base do substitutivo do Projeto de Lei 1.292/95 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 25/06/2019,³⁰¹ e aguarda apreciação pelo Senado Federal. Esse texto base, aprovado pela Câmara dos Deputados, subsidiará as nossas considerações.

O Projeto de Lei, ao invés da expressão “rescisão dos contratos”, utiliza-se da expressão “extinção dos contratos”, tratando a matéria nos artigos 136 a 138. Apesar de trazer algumas alterações no rol de motivos para a extinção do contrato e de atualizar as formas de extinção, fazendo menção à arbitragem, conciliação, mediação e comitê de resolução de disputa, o texto apresenta singela alteração para o caso de extinção do contrato por culpa da Administração.

Lei 8.666/93	PL 1.292/95
Art. 79	Art. 137
(...)	(...)
§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:	§ 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:
I - devolução de garantia;	I – devolução da garantia;
II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;	II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da extinção;
III - pagamento do custo da desmobilização.	III – pagamento do custo da desmobilização.

Desse modo, a amplitude da indenização continua sendo em decorrência da interpretação que se dá à expressão “prejuízos regularmente comprovados”.

Compre destacar uma relevante diferença: a legislação projetada afasta a indenização por prejuízos regularmente comprovados nas hipóteses de caso fortuito e força maior, uma vez que a tendência é que esses eventos passem a integrar a repartição objetiva de risco, estabelecida no contrato (matriz de risco), conforme permitido pelo art. 21 do projeto de lei.

3.12. Metodologias para o cálculo dos lucros cessantes

³⁰¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/560807-camara-aprova-texto-base-de-nova-lei-de-licitacoes/#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20da%20C%C3%A2mara%20dos,para%20as%20tr%C3%AAs%20esferas%20de> Acesso em: 21 jul. 2020, às 21h55.

Para a apuração dos lucros cessantes, verificam-se quatro possíveis metodologias de apuração: (i) pela aplicação da margem de lucro prevista no BDI; (ii) pela aplicação da margem de contribuição prevista no BDI; (iii) Por um percentual do valor do contrato estipulado na decisão judicial (critérios de razoabilidade e proporcionalidade); e (iv) por percentual anteriormente fixado em lei ou contrato.

Independente da metodologia, a base de cálculo para a apuração sempre será o saldo remanescente do contrato de obra pública, ou seja, o valor do contrato deduzido o valor executado. Sendo cabível os lucros cessantes e estando a previsão do lucro expressa nominalmente no BDI, a primeira metodologia consiste em aplicar o percentual de lucro previsto no BDI sobre o saldo remanescente do contrato.

A segunda metodologia, que é a regra geral das perícias contábeis, consiste em atribuir os lucros cessantes o valor da margem de contribuição líquida, que é o valor de venda (preço do contrato) deduzidos os custos e despesas variáveis.³⁰² Nessa metodologia, o valor da indenização acaba sendo maior que na primeira, pois integra, além do lucro, os custos de administração central.

Pela terceira metodologia, a compensação por meio de lucros cessantes deve ser fixada em patamar razoável a partir daquilo que o contratado certamente receberia caso a avença atingisse o fim originalmente vislumbrado. Em precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, em situações análogas, tal patamar tem sido arbitrado entre 10% a 50% dos valores que seriam percebidos pelos trabalhos pendentes, para resilição de contrato de obra regido pelo direito privado (Apelação Cível 0002060-15.2010.8.26.0577).³⁰³

A quarta metodologia. Um percentual previamente fixado em lei ou no edital no caso de rescisão, não tem previsão na legislação brasileira e não é usual nos contratos administrativos nacionais, mas deve ser mencionada, pois é o critério estabelecido pela legislação espanhola na *Ley de Contratos del Sector Público*, de 8 de novembro de 2017, e pela legislação portuguesa no Código dos Contratos Públicos (vide itens 3.9 e 4.9), como forma de prefixar a indenização por lucros cessantes.

³⁰² HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Prova Pericial Contábil**: teoria e prática, 11 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 814.

³⁰³ TJSP; Apelação Cível 0002060-15.2010.8.26.0577; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2017; Data de Registro: 10/10/2017.

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE OS LUCROS CESSANTES NA RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Conforme adiante, verifica-se que não há uniformidade na jurisprudência sobre o cabimento dos lucros cessantes no caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa do contratado.

Neste capítulo, a metodologia utilizada consiste em fazer um levantamento quantitativo dos julgados favoráveis e desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes na hipótese pesquisada. Após o levantamento quantitativo, selecionaram-se alguns julgados para destaque e comentários, dando ênfase às razões de decidir em comum nos acórdãos favoráveis e desfavoráveis.

A maioria dos achados referem-se à rescisão fundamentada pelo interesse público, motivo pelo qual, quando a pesquisa identifica outra causa, como inadimplência da administração superior a 90 dias, fato da administração ou caso fortuito, realiza-se o pertinente destaque acrescido de comentário.

4.1. Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça tem dentre suas missões zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira. Interessa, nesta dissertação, a interpretação da dicção “prejuízos regularmente comprovados” presente no art. 79, parágrafo 2º que tem gerado a celeuma jurídica.

De modo geral, a jurisprudência do STJ, quando ocorre a rescisão prematura do contrato, por ato ou culpa da Administração, reconhece o direito à indenização por danos emergentes e os lucros cessantes, quando comprovados os prejuízos, desde que a parte contratada não dê causa à rescisão.³⁰⁴

Como o direito não para no tempo e evolui na medida em que ideias e pensamentos são construídos acompanhando o desenvolvimento socioeconômico da Nação, para melhor organização da pesquisa e compreensão do tema, a pesquisa foi dividida em dois períodos: o

³⁰⁴ AgInt no REsp 1708958/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018

primeiro compreendendo da fundação do STJ em 7 de abril de 1989 a 31 de dezembro de 2009, e o segundo de 1º de janeiro de 2010 a 30 de setembro de 2020.

A pesquisa do primeiro período, realizada no *site* do Superior Tribunal de Justiça, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo” e “lucros cessantes”, para o período de 07/04/1989 a 31/12/2009, apresentou doze resultados, sendo que 5 não tinham pertinência com o objeto da pesquisa, pois foram modificados por embargos de declaração (os embargos de declaração foram considerados na pesquisa), tratavam de reequilíbrio, ou recurso não admitido.

Os sete acórdãos restantes foram favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes em caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa da contratada, quais sejam: (i) AgRg no REsp 929.310/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 12/11/2009; (ii) EREsp 737.741/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 21/08/2009; e (iii) EDcl nos EDcl no REsp 440.500/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 25/04/2008; (iv) REsp 412.798/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 19/12/2003; (v) REsp 229.188/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2001, DJ 01/04/2002; (vi) REsp 284.068/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/12/2000, DJ 02/04/2001 (vii) REsp 190.354/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 14/02/2000.

Registra-se que o único acórdão que a princípio apresentava um resultado contrário ao pagamento dos lucros cessantes, foi reformado por embargos de divergência.

Anota-se que o REsp 190.354/SP, que foi o primeiro acórdão a tratar do tema no STJ, expressa a linha de raciocínio de que os “prejuízos” abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes, na esteira do Código Civil:

Como se percebe, reconhece-se ao contratante inocente o direito de ressarcimento por prejuízos sofridos e regularmente comprovados. Vale dizer: os prejuízos sem comprovação regular não serão ressarcidos. Tais prejuízos abrangem, evidentemente, danos emergentes e lucros cessantes (L. 8.666/93, Art. 54 e Art. 1.059 do Código Civil)

Destes acórdãos destacam-se os Embargos de Divergência em REsp 737.741/RJ, cuja finalidade é uniformizar a jurisprudência dentro da Corte,³⁰⁵ onde reafirmou o fundamento para o pagamento da indenização dos lucros cessantes na aplicação supletiva do direito civil.

2. No mérito, assiste razão ao embargante. Não se põe dúvida a respeito da existência de lucros cessantes, na hipótese. O que se questiona é, tão somente, o direito à correspondente indenização. Ora, é certo que a Administração Pública, invocando razões de interesse público, tinha (e tem) a faculdade de rescindir unilateralmente o contrato administrativo. Tal prerrogativa, típica cláusula exorbitante do contrato, decorria, à época, do art. 68, inciso XIII, do Decreto Lei 2300/86, regra essa mantida pela atual Lei de Licitações (Lei 8.666/93, art. 78, inciso XII). Todavia, nos termos do que dispunha o art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86 (dispositivo também reproduzido pela Lei atual, art. 79, § 2º), ao contratado assistia, em contrapartida, o direito ao ressarcimento dos "prejuízos regularmente comprovados".

Representaria uma injustificável violação ao direito individual, incompatível com as garantias constitucionais à esfera privada do direito de propriedade, simplesmente carregar ao administrado, que para tal não concorreu, os ônus decorrentes de um ato unilateral e discricionário da Administração. Justamente por isso, o limite dos prejuízos indenizáveis deve ser entendido em sentido amplo, idêntico ao de perdas e danos, na expressão consagrada pelo sistema comum da responsabilidade civil, nomeadamente pelo Código Civil/1916, então vigente, segundo o qual "(...) as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar" (art. 1059, que corresponde ao art. 402 do CC/2002). Aliás, é inafastável a aplicação subsidiária dessa norma ao caso, até mesmo por força da imposição constante do artigo 44 do Decreto-Lei 2.300/86: "os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado". (Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki)

Também ficou assentada, no voto do relator, a negativa de possibilidade da cláusula contratual de não-indenização aposta no contrato administrativo, igualmente como fora decidido nas Instâncias ordinárias.³⁰⁶

Nesses embargos de divergência, decididos por maioria, votaram com o relator os Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon.

³⁰⁵ EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator), trecho do voto: 1. Os embargos reúnem os requisitos de admissibilidade. Há substancial identidade entre as teses confrontadas, pois tanto no acórdão embargado quanto no paradigma o ponto central da controvérsia diz respeito ao direito do contratado à indenização por lucros cessantes em decorrência de rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública. O acórdão embargado decidiu pela ausência de base legal para essa indenização, enquanto que o acórdão paradigma reconheceu o "direito de ressarcimento por prejuízos sofridos e regularmente comprovados", nos quais se incluem "danos emergentes e lucros cessantes (L. 8.666/93, art. 54 e art. 1.059 do Código Civil)" (fl. 798). Cumpre salientar que ambos os arestos confrontados firmaram posicionamento considerando os prejuízos causados a particulares pela rescisão unilateral de contrato administrativo, sendo irrelevante, para o confronto analítico da questão jurídica, a circunstância de serem diferentes os objetos dos contratos. Conheço, portanto, dos embargos de divergência.

³⁰⁶ 3. Por fim, já não cabe invocar a cláusula contratual de não indenizar. O acórdão recorrido, na linha do que decidiram as instâncias ordinárias, tratou de afastar a incidência dessa cláusula, ao fundamento de que ela "não encontra respaldo em sede de direito administrativo, cujos princípios não permitem à administração rescindir contrato unilateralmente sem indenização do particular que comprove ter sofrido prejuízo" (fl. 605). Ficou vencido, no particular, o voto do Ministro Francisco Peçanha Martins (fl. 622). Assim, a questão encontra-se superada.

Tendo o Ministro Herman Benjamin apresentado o voto vencido com razões que merecem uma acurada análise, apresentando firme posição, inclusive colocando que a doutrina, muitas vezes se baseia em pareceres encomendados, transplantados para os Manuais sem uma nota de rodapé, sem a meditação desapassionada que é própria dos textos acadêmicos. Pede-se vênia para transcrever um trecho relevante do voto do Ministro Herman Benjamin, por estar ligado ao ponto central da dissertação:

Da leitura do inciso XII do art. 78, extrai-se que constituem motivo para rescisão do contrato:

- razões de interesse público – bastaria dizer isso, mas o legislador foi além;
- de alta relevância e amplo conhecimento – um critério subjetivo e outro objetivo para caracterizar o que seja esse interesse público;
- justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa – uma espécie de peso e contrapeso, *checks and balance*, trazido pelo próprio legislador; e
- a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.

Ou seja, trata-se de hipótese em que o contrato é rescindido com motivação, em virtude de interesse público de alta relevância. Não é um inciso qualquer desse dispositivo.

Mas há outro que, mesmo no Direito Privado, tem repercussões não só no *an debeat*, mas igualmente no *quantum debeat*:

‘XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.’

Repito, a impressão que fica é que o STJ está afirmando que: 1) nesse dispositivo, todos os incisos são iguais; e 2) não importam os poderes que são dados à Administração Pública, porque a ela se aplica a mesma regra válida para o particular.

Ora, o contratante privado não precisa de nenhum desses incisos. Ele simplesmente deixa de cumprir um contrato com outro particular e aplicamos, então, o Código Civil. Em relação à Administração Pública, porém, existem hipóteses peculiares de rescisão de contrato listadas na legislação de regência. Portanto, não faz sentido aplicar as regras de Direito Privado estabelecidas no Código Civil, esvaziando-se por inteiro o regime especial e colocando no mesmo patamar contratos administrativos e contratos privados.

Para encerrar, há outro aspecto que precisa ser considerado, já não mais nesse art. 78 (podem-se mencionar, indistintamente, a lei nova e a lei velha, porque são exatamente iguais), mas no art. 79, § 2º, da Lei 8.666/1993 (repetição do que está no Decreto-Lei 2.300/1986). Transcrevo-o:

‘Art. 79.

§ 2º - Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado [veja o elemento culpa aqui], será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

- I - devolução de garantia;
- II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
- III - pagamento do custo da desmobilização.’

Temos aqui uma regra específica para o *quantum debeat* nos contratos administrativos, e o voto do eminente Relator, não obstante a regra especial, aplica a regra geral do Código Civil.

Seria curioso, para dizer o mínimo – que o legislador falasse aqui do acessório – disciplinou expressamente a devolução de garantia –, e não do óbvio.

Note-se que ele não precisava dizer que o contratante privado tem direito aos "pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão", pois sabemos

que, na Teoria Geral do Direito, o não-pagamento constituiria enriquecimento sem causa da Administração.

Mas o legislador também estabeleceu, no inciso III, o "pagamento do custo da desmobilização". Se passasse pela imaginação e o desejo do legislador prever os lucros cessantes, ele o teria dito aqui, expressamente. Trata-se, a meu ver, de silêncio eloquente. Porque falou do óbvio e, com muito maior razão, deveria ter tratado do que não o é.

E por que não é óbvio? Aqui encerro. Não é óbvio e não se cria injustiça alguma porque a expectativa do contratante particular no contrato administrativo não é igual à dos contratantes em avença privada. Ele sabe que, ao contratar, se submete aos regramentos e limites da lei de vigência, neste caso o Decreto 2.300/1986 mais a Lei 8.666/1993, e que a sua expectativa legítima, no caso de rescisão, no máximo, limita-se a não sofrer prejuízos. Noutras palavras, ele não sai do contrato com menos do que entrou.

Portanto, não integra a expectativa legítima desse contratante receber por lucros cessantes, vale dizer, pelo futuro, por aquilo que não foi realizado, pois, se assim fosse, o dispositivo anterior, acima referido, estaria completamente inviabilizado e esvaziado de sentido e utilidade. (...)

O Ministro Herman Benjamin fundou suas razões de decidir não aplicando subsidiariamente o direito civil, entendendo que o legislador disciplinou o tema sem necessidade de se recorrer à legislação supletiva, e sem prever o pagamento dos lucros cessantes. O Legislador previu até o pagamento de verbas que seriam óbvias, como os serviços prestados (o não pagamento caracterizaria enriquecimento ilícito da Administração), mas nada disse sobre lucros cessantes (se fosse vontade do legislador, teria expressamente constado essa verba).

Por fim, reforça que não há expectativa legítima de o contratado receber lucros cessantes, pois, quando contrata com a Administração Pública, submete-se a regras próprias dos contratos administrativos que conferem prerrogativas à Administração, sendo garantido somente que não sofrerá prejuízo.

Outro posicionamento do STJ que merece atenção está no EDcl nos EDcl no REsp 440.500/SP, por se tratar de um caso de rescisão do contrato administrativo por inadimplência da Administração (culpa da administração), igualando o entendimento aos casos de rescisão por interesse público, condenando a Administração ao pagamento de lucros cessantes, pelos mesmos fundamentos.³⁰⁷

³⁰⁷ Processual Civil. Embargos de declaração. Erro material. Contrato administrativo. Rescisão. Culpa da Administração. Lucros cessantes. Cabimento.

1. Ante o término antecipado do contrato celebrado entre o particular e o Poder Público, são devidos os lucros cessantes até o momento em que haveria a extinção da obrigação pelo advento do termo contratual, desde que a rescisão se dê por motivo de interesse público ou, como na hipótese dos autos, em razão de culpa atribuída à Administração (q. v., verbi gratia, AgRg no Ag 680.476/SP, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 27.08.2007; REsp 229.188/PR, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 01.04.2002; REsp 190.354/SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.02.2000).

2. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material apontado e, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao recurso especial para condenar o réu ao pagamento de lucros cessantes à autora, a serem apurados em sede de liquidação. (EDcl nos EDcl no REsp 440.500/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO

Neste cenário, encerrou-se a primeira década dos anos dois mil com a maioria do Tribunal entendendo pelo cabimento dos lucros cessantes, e o Ministro Herman Benjamin com forte posicionamento contrário.

A pesquisa do segundo período, realizada no *site* do Superior Tribunal de Justiça, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo” e “lucros cessantes”, para o período de 01/01/2010 a 30/09/2020, apresentou vinte e um resultados, dentre os quais oito não tinham pertinência com o objeto da pesquisa, pois tratavam de reequilíbrio, recurso não admitido, anulação do contrato ou rescisão com culpa do contratado.

Oito acórdãos foram favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes em caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa da contratada, quais sejam: (i) AgInt no AgInt no REsp 1650210/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, 1ª T., julgado em 07/05/2019, DJe 24/05/2019; (ii) AgInt no RMS 41.474/RO, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, 1ª T., julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018; (iii) AgInt no REsp 1614343/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª T., julgado em 20/02/2018, DJe 06/03/2018; (iv) AgRg no REsp 1494262/AM, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, 1ª T., julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016; (v) REsp 928.400/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª T., julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; (vi) REsp 1240057/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, voto vencido Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., julgado em 28/06/2011, DJe 21/09/2011; (vii) REsp 1232571/MA, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011; e (viii) REsp 1155771/DF, rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 08/10/2010.

Cinco acórdãos foram desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes em caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa da contratada, quais sejam: (i) AgInt na Rcl 39.777/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/08/2020, DJe 28/08/2020; (ii) AgInt no REsp 1708958/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª T., julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018); (iii) REsp 1700155/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª T., julgado em 24/04/2018, DJe 21/11/2018); (iv) AgRg no REsp 1308430/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA,

MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 25/04/2008)

julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014;³⁰⁸ e (v) REsp 1255413/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 05/12/2011.

Dos cinco acórdãos desfavoráveis, quatro tiveram como fundamento a ausência de demonstração do prejuízo, ou seja, caso o prejuízo tivesse sido demonstrado nas instâncias inferiores, onde pode-se produzir prova, os lucros cessantes seriam reconhecidos.³⁰⁹

Um acórdão (REsp 1.255.413/DF) foi desfavorável à indenização por lucros cessantes, pelo fundamento de que os alegados lucros decorreriam de causas indiretas do contrato que fora rescindido.

Desse modo, em que pese o posicionamento do Ministro Herman Benjamin em sentido contrário, no âmbito do STJ, observa-se que os julgados têm apresentado decisões favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes desde que comprovados. De acordo com a súmula 7/STJ, a Corte não procede o reexame de fatos e provas, respeitando a soberania do tribunal de origem quando nessa análise, assim, pela leitura das decisões mais recentes, a comprovação da incidência de lucros cessantes deve vir consignada no acórdão recorrido.³¹⁰

Em que pese em momento pretérito o Superior Tribunal de Justiça ter consignado pelo voto do Ministro João Otávio de Noronha que os lucros cessantes devem ser previsíveis já na celebração do contrato, decorrendo diretamente da sua execução, nem sempre observa-se nos arestos essa mesma linha de raciocínio, como nas hipóteses dos julgados que rejeitaram os lucros cessantes por falta de comprovação.³¹¹

³⁰⁸ Trecho da ementa: 3. Havendo regra específica nas leis que regem os contratos administrativos, descabe a aplicação subsidiária das normas que regem as relações privadas.

³⁰⁹ Trecho da ementa do AgInt no REsp 1.708.958/MS, rel. Min. Herman Benjamin: "Ocorre que o direito de indenizar pressupõe a comprovação nas instâncias ordinárias dos prejuízos efetivamente sofridos pela empresa contratada (parte agravante), o que não está demonstrado no Acórdão do Tribunal de origem."

³¹⁰ Cf. no AgInt no REsp 1614343/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª turma, julgado em 20/02/2018, trecho do voto: No caso, o Tribunal de origem apontou expressamente a "existência de comprovação de lucros cessantes" (fl. 169), de modo que não há como alterar tal entendimento sem o revolvimento das provas constantes dos autos. Por outro lado, a Corte local arbitrou o percentual dos lucros cessantes "no patamar mensal de 0,5% sobre o valor atualizado do contrato" (fl. 170), a fim de "se aproximar em maior medida do prejuízo efetivamente experimentado pela parte lesada" (fl. 170). Também, nesse ponto, foram consideradas peculiaridades do caso concreto de modo que a revisão do parâmetro adotado pela instância a quo encontra óbice na Súmula 7/STJ.

³¹¹ Embargos declaratórios. Efeito modificativo. Administrativo. Recurso especial. Rescisão de contrato administrativo. Indenização. Lucros cessantes.

1. Os lucros cessantes por descumprimento de contrato administrativo para construção de obra pública são devidos até o momento em que haveria extinção da obrigação em razão do advento do termo contratual. Tal matéria encontra regulamentação nos artigos 1.059 do Código Civil de 1916, em razão da aplicação subsidiária de que trata o artigo 44 do Decreto-Lei n. 2.300/86.

2. Por lucros cessantes, deve-se entender o que razoavelmente se deixou de lucrar. Essa é a dicção do artigo 1.059 do Código Civil de 1916. Todavia, isso não autoriza que tais lucros sejam hipotéticos. Ao contrário, devem ser previsíveis já na celebração do contrato, ou seja, são indenizáveis os lucros que o contratante obteria com a execução direta do contrato, e não os que seriam obtidos em decorrência de fatores diversos ou indiretos aos efeitos do contrato.

3. Embargos declaratórios acolhidos com efeito modificativo.

Pelo exposto, opina-se para que a parte postulante dos lucros cessantes requeira perícia em primeiro grau de jurisdição para comprovação e apuração do valor dos lucros cessantes, sob o risco de improcedência da demanda por falta de comprovação dos alegados lucros cessantes.

4.2. Entendimentos do Tribunal de Justiça de São Paulo

A pesquisa de jurisprudência realizada no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo”, “lucros cessantes” e “rescisão unilateral”, para ementa, no período de 16/07/2016 a 15/07/2020, apresentou dezenove resultados, dentre os quais cinco foram descartados, pois não tinham pertinência com o objeto da pesquisa ou eram de embargos de declaração que não modificaram a apelação.

A pesquisa localizou quatro acórdãos, muito semelhantes, que tratam de demanda envolvendo a CDHU, onde o tribunal reconheceu a culpa da Administração pela rescisão dos contratos e condenou ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes: Apelação Cível 0003685-80.2005.8.26.0053; Relator (a): Ricardo Feitosa; 4ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/02/2020. Apelação Cível 0018264-67.2004.8.26.0053; Relator (a): Ricardo Feitosa; 4ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/02/2020. Apelação Cível 0033500-83.2009.8.26.0053; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/02/2020; e Apelação Cível 1051039-69.2014.8.26.0053; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/02/2020.

Adicionalmente identificou quatro acórdãos favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes, sendo um por rescisão antecipada de termo de permissão de uso³¹² e outros três acórdãos reconheceram legítima a expectativa de lucro e o direito aos lucros cessantes.³¹³

(EDcl no REsp 440.500/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 13/11/2007, p. 519).

³¹² Apelação Cível 1017024-87.2018.8.26.0068; Relator (a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; 4ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/02/2020.

³¹³ 6. Lucros cessantes devidos. Repartição de ricos do contrato administrativo que não equivale à dos contratos particulares. Legítima expectativa de lucro que deve ser respeitada. Razoável que metade dos lucros esperados com a continuidade do contrato sejam indenizados. Liquidação contábil necessária. Recurso de apelação desprovido. Recurso adesivo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1017403-92.2014.8.26.0577; Relator (a): Nogueira Diefenthaler; 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos; Data do Julgamento: 22/08/2019.); Lucros cessantes correspondentes ao percentual sobre o valor remanescente das obras (Apelação Cível 0009133-70.2012.8.26.0576; Relator (a): Souza Meirelles; 12ª Câmara de Direito Público; Data do

Foram localizados seis acórdãos desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes, dois dos quais pelo fundamento de ser previsível e lícita a rescisão unilateral do contrato administrativo;³¹⁴ outros três acórdãos pelo fundamento de que somente os prejuízos efetivamente demonstrados podiam ser indenizados,³¹⁵ e um outro acórdão considerou indevido por falta de previsão legal.³¹⁶

Em síntese, no período analisado, oito acórdãos foram favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes, e seis foram desfavoráveis.

A pesquisa identificou uma decisão concedendo lucros cessantes, no caso de anulação, por via judicial, da decisão administrativa que rescindiu, unilateralmente, o contrato (TJSP; Apelação Cível 0000690-27.2010.8.26.0439; Relator (a): Marcelo Semer; 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 04/06/2018)³¹⁷

Ainda no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo”, “lucros cessantes” e “culpa da administração”, para ementa, sem restrição de período, a pesquisa apresentou cinco resultados. Todos pertinentes, sendo que dois deles já haviam surgido na pesquisa acima, portanto restaram três acórdãos para serem analisados: dois dos quais foram favoráveis ao cabimento dos lucros cessantes quando a rescisão se dá por culpa da administração,³¹⁸ e um desfavorável ao

Julgamento: 05/12/2017); e Apelação Cível 0424015-77.1998.8.26.0053; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 23/11/2016.

³¹⁴ TJSP; Apelação Cível 0047320-39.2012.8.26.0224; Relator (a): Maria Olívia Alves; 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos Data do Julgamento: 03/02/2020; Apelação Cível 1007387-82.2017.8.26.0348; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 31/07/2018.

³¹⁵ Apelação Cível 0016332-82.2012.8.26.0079; Relator (a): Antonio Celso Aguilar Cortez; 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 23/09/2019; Apelação Cível 1000885-26.2017.8.26.0123; Relator (a): Maria Laura Tavares; 5ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 11/02/2019; Apelação Cível 0037874-76.2011.8.26.0602; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 19/02/2018;

³¹⁶ Apelação Cível 0003641-15.2015.8.26.0634; Relator (a): Jarbas Gomes; 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 09/08/2016.

³¹⁷ No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 1035369-45.2016.8.26.0562, Rel. Des. Moreira de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 23.10.17.

³¹⁸ Apelação civil - Contrato administrativo – Pretensão à rescisão por culpa da Administração – Pedido cumulativo de perdas e danos 1 – Prescrição - Decisão que pronuncia a prescrição das pretensões com fulcro no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil – Inadmissibilidade – Contrato entre a CDHU, pessoa jurídica de direito privado, para construção de unidades habitacionais – Inaplicabilidade do Decreto nº 20.910/32 – Hipótese que comporta a aplicação do artigo 205 do Código Civil, que estabelece regra geral de 10 anos – Questões que demandam exegese de cláusulas contratuais – Precedente do C. STJ que fixou prazo prescricional de 10 anos para casos de responsabilidade civil contratual, na forma do artigo 205 do Código Civil (EREsp 1280825/RJ, Min. Nancy Andrighi, j. 27/06/2018) 2 – Rescisão Contratual - Início das obras impossibilitado pela não liberação por parte da contratante da área, local ou objeto para a execução da obra, fato que constitui motivo para rescisão do contrato por culpa da Administração – Inadimplência da contratante caracterizada – Inteligência dos artigos 77 e 78, XVI, da Lei nº 8.666/93 3 – Indenização - Responsabilidade civil da contratante – Indenização devida, que abrange os danos emergentes, os lucros cessantes e a multa contratual – Art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93 – Danos emergentes limitados aos custos para obtenção das cartas de fiança para garantia do contrato, cujos valores não foram exigidos - Lucros cessantes que representam dano decorrente da inexecução do contrato por culpa da contratante, ocasionando a perda de um ganho que era esperado – Adoção do laudo pericial, elaborado com boa técnica, de conformidade com os parâmetros definidos no edital – Multa contratual prefixada em cláusula penal do contrato

pagamento dos lucros cessantes, quando a rescisão se dá por culpa da administração, pelo fundamento da falta de comprovação do dano.³¹⁹

4.3. Julgados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A pesquisa de jurisprudência realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo” e “lucros cessantes”, para ementa, no período de 2011 a 2020, realizada em 23/10/20, apresentou vinte e três resultados, dentre os quais dezesseis foram descartados, pois não tinham pertinência com o objeto da pesquisa.

Foram encontrados seis acórdãos favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes: dois para o caso de rescisão do contrato administrativo por falta de pagamento por período superior a 90 dias³²⁰ e quatro, por rescisão do contrato por fato da Administração.³²¹

Foi achado também um acórdão desfavorável ao pagamento dos lucros cessantes no caso de rescisão por caso fortuito na Apelação nº 0267462-07.2008.8.19.0001, relatora Desembargadora Renata Machado Cotta, julgamento 15/02/2012, Terceira Câmara Civil.³²²

Pronunciamento da prescrição afastado, procedência parcial da ação e recurso provido em parte (TJSP; Apelação Cível 0056106-03.2012.8.26.0053; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/09/2019; Data de Registro: 20/09/2019); e Apelação Com Revisão 9090457-86.2004.8.26.0000; Relator (a): Jo Tatsumi; 4ª Câmara de Direito Público; Data de Registro: 20/07/2005.

³¹⁹ Apelação / Remessa Necessária 1015497-87.2014.8.26.0053; Relator (a): Ponte Neto; 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 12/09/2018.

³²⁰ Ementa: Apelação Cível. Rescisão contratual. Indenizatória. Licitação. Município do Rio de Janeiro. Contrato administrativo. Inadimplência do Órgão Contratante. Indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes suportados pelo autor, além do valor referente aos juros e à correção monetária na forma das planilhas elaboradas pelo perito no laudo produzido durante a Instrução probatória com a concordância integral do município e da empresa. Preliminares de falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva ultrapassadas. Constituem motivos para a extinção do contrato, as situações previstas nos incisos elencados nos artigos 77 E 78 e artigo 79, Inciso III da Lei n. 8.666/93. Atraso de pagamento de 90 dias, se ausente justa causa ou a imposição de gravame insuportável para o contratado podem autorizar a suspensão da execução do contrato e, posteriormente, a rescisão contratual, por um inadimplemento configurado e inescusável por parte do poder público. Quanto à modificação nos honorários advocatícios, aplica-se o artigo 85, § 4º, II Do Cpc, uma vez que os valores finais serão apurados em liquidação de sentença, devendo o percentual de honorários ser definido no referido momento. Parcial provimento do recurso. (Processo 0123047-96.2006.8.19.0001, apelação/remessa necessária, Des. Carlos Azeredo de Araújo, J. 06/06/2019 – 9ª Câmara Civil). No mesmo sentido: Apelação 0268604-46.2008.8.19.0001.

³²¹ Apelação 0002706-42.2011.8.19.0041, Apelação: 0131924-93.2004.8.19.0001, Embargos Infringentes 0031936-02.2004.8.19.0001, Apelação 0023589-43.2005.8.19.0001.

³²² Ementa: Apelação. Rescisão de contrato administrativo. Não comprovação das despesas de desmobilização. Pedido de condenação em lucros cessantes. Descabimento. Verificação do caso fortuito. O ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. O art.333 distribui o ônus da prova de acordo com a natureza da alegação de fato a provar. Ao autor cumpre provar a alegação que concerne ao fato constitutivo do direito por ele afirmado. Ao réu a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor. Na

4.4. Julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A pesquisa de jurisprudência realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo” e “lucros cessantes”, para ementa publicada no período de 01/01/2010 a 1/10/2020, apresentou vinte e seis achados, dentre os quais dez foram descartados, pois não tinham pertinência com o objeto da pesquisa, tratavam de reequilíbrio, rescisão por culpa da contratada ou eram embargos de declaração de acórdão analisado nesta pesquisa. Foram encontrados dez acórdãos favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes.³²³

Destacamos a Apelação Cível nº 1.0184.12.006423-5/001 no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consignou que a rescisão por interesse público foi utilizada com desvio de finalidade e perseguição política, uma vez que, após a rescisão, foi contratado o mesmo objeto por valor superior.³²⁴ Neste caso, o Tribunal de Justiça concedeu a ampla indenização ao contratado com os lucros cessantes.

hipótese dos autos, a parte autora requer a condenação do réu ao pagamento de faturas, custos de desmobilização e lucros cessantes em decorrência da rescisão de contrato administrativo para a construção do fórum de Mesquita. Entretanto, ao final da instrução processual, verifica-se a precariedade do acervo probatório trazido pelo autor, que, portanto, é incapaz de comprovar as despesas relativas à desmobilização. Parte ré logrou comprovar que diversas despesas e serviços discriminados no cálculo do perito foram rechaçados pelo Departamento de Engenharia do Tribunal de Justiça no curso do processo administrativo relativo à obra. Presunção de legitimidade dos atos administrativos. A lei 8666/93 não elenca como dever decorrente da rescisão de contrato administrativo pelo caso fortuito o pagamento de lucros cessantes. Impossibilidade de uso supletivo das regras de contrato do direito privado. Condenação da parte autora nos ônus de sucumbência. Desprovisionamento do recurso do autor. Provisionamento do recurso do réu.

³²³ À guisa de exemplo os seguintes trechos da ementa: “3. A jurisprudência já firmou entendimento de que a rescisão unilateral do contrato administrativo sem culpa do contratado enseja a indenização pelos danos, inclusive lucros cessantes.” (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.127108-4/003, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/08/2016, publicação da súmula em 12/08/2016); e “Apelação cível - Ação de indenização - Contrato administrativo de prestação de serviço - Rescisão unilateral - Lucros cessantes - Cabimento - Artigo 79, § 2º, da Lei 8.666, de 1993 - Valor do dano - Aplicação supletiva das regras de direito privado - Artigo 54 da Lei 8.666, de 1993 - Artigo 603 do Código Civil - Aplicação supletiva - Apelação a que se dá parcial provimento.” (TJMG - Apelação Cível 1.0701.12.040834-2/001, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 17/03/2015, publicação da súmula em 24/03/2015)

³²⁴ Ementa: Reexame necessário - Apelação Cível - Município de Tumiritinga - Contrato temporário - Prestação de serviços de enfermeira - Rescisão unilateral - Ausência de interesse público - Ausência de processo administrativo - Ilegalidade da rescisão - Lucros cessantes - Danos morais - Perseguição política - Indenizações Devidas - Juros e correção - Honorários. - O contrato temporário de trabalho firmado pelo Poder Público tem caráter precário e, por esta razão, pode ser rescindido unilateralmente a qualquer momento se verificada a perda do interesse público na contratação. - Apesar disso, no caso específico dos autos, há comprovação de que outro contrato com o mesmo objeto e valor superior foi firmado logo após a rescisão unilateral do contrato firmado entre as partes, o que afasta a hipótese de perda do interesse público na contratação.

- A rescisão unilateral do contrato administrativo deve ser precedida de processo administrativo, no qual seja assegurado ao contratado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV, c/c LV e Lei 8.666/93, art. 78, parágrafo único).

Outro acórdão selecionado refere-se ao caso de rescisão do contrato administrativo, firmado após a regular licitação e fora rescindido por interesse público sem sequer ter início na execução. A Corte de Justiça Mineira determinou o pagamento dos lucros cessantes pelo componente do preço do serviço correspondente ao lucro do licitante, excluindo os custos indiretos:

Ementa: Apelação Cível - Rescisão de contrato - Inexecução - Ato ilícito - Indenização - Danos materiais - Lucros cessantes - Preço do serviço - Lucro - Custos indiretos. 1. Se o contrato não chegou a ser executado, somente se caracteriza como prejuízo indenizável, a título de lucros cessantes, o componente do preço do serviço correspondente ao lucro do licitante, não os custos indiretos.
(TJMG - Apelação Cível 1.0701.12.040834-2/001, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/03/2015, publicação da súmula em 24/03/2015)

Neste caso, a contratada pleiteava que os lucros cessantes abrangessem a parcela dos lucros propriamente ditas e a parcela dos custos indiretos que a empresa teve que arcar mesmo estando privada do faturamento. Os lucros cessantes foram fixados em 10% do valor do contrato, de acordo com a planilha com os custos unitários, apresentada juntamente com a proposta, conforme solicitado pelo edital.

Também foi achado um acórdão com rescisão por culpa recíproca onde houve a condenação dos lucros cessantes pela metade do previsto:

Ementa: Processual civil e administrativo - Ação de indenização - Contrato administrativo - Rescisão unilateral - Descumprimento de cláusulas contratuais - Artigo 78, Incisos I, II, III, IV, VII E XVI Da Lei Federal 8.666/93 - Culpa Recíproca - Lucros Cessantes Devidos Pela Metade - Agravo Retido Não Provido - Sentença Reformada Em Parte - Recursos Voluntários Prejudicados. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.02.838280-2/002, Relator(a): Des.(a) Brandão Teixeira, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/04/2013, publicação da súmula em 29/04/2013)

Foram encontrados seis acórdãos desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes. Em cinco deles, o pedido de lucros cessantes não foi deferido por falta de comprovação dos

-
- Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, é devida a indenização por lucros cessantes decorrentes de rescisão unilateral de contrato administrativo, quando a parte contratada não dá causa ao distrato.
 - Na fixação do valor de indenização por danos morais, deve-se, por um lado, buscar a fixação de um valor que não importe em enriquecimento sem causa ao lesado, mas que também não se revele insignificante, de modo a potencializar o aspecto pedagógico da indenização.
 - Sobre os valores devidos deve incidir juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, desde a citação, e correção monetária com base no IPCA-E, desde que cada parcela era devida.
 - Tratando-se de sentença ilíquida, os honorários de sucumbência devem ser fixados em sede de liquidação de sentença, conforme art. 85, §4º, I I, do CPC. (TJMG - Apelação Cível 1.0184.12.006423-5/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão, 3ª Câmara Cível, julgamento em 09/08/2018, publicação da súmula em 28/08/2018)

prejuízos.³²⁵ A título ilustrativo, registra-se que um acórdão refere-se à ordem judicial de suspensão do contrato decorrente de ação popular e posterior exaurimento do prazo contratual sem a execução do objeto, devido à suspensão (Apelação Cível 1.0024.14.005500-5/001).

Destacamos a apelação cível/remessa necessária nº 1.0153.08.072141-5/001 que negou o pagamento dos lucros cessantes, pela mesma linha de raciocínio utilizada pelo Ministro Herman Benjamin no voto divergente nos Embargos de Divergência em REsp 737.741/RJ. Veja-se um trecho da ementa da apelação.

Ementa: Administrativo - Ação de cobrança - Contrato administrativo precedido de licitação - Rescisão antecipada pelo Poder Público - Danos materiais decorrentes dos serviços prestados até a data da rescisão - Cabimento - Prejuízos - Ressarcimento - Prova - Ausência - Multa - Sanção destinada à contratada - Pessoa Jurídica - Honra objetiva - Danos morais - Aferição de acordo com a situação fática - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Equidade - Sucumbência recíproca - Sentença parcialmente reformada. A rescisão imotivada do contrato administrativo pelo Poder Público sem que tenha havido culpa do contratado, assegura a autora o recebimento pela execução dos serviços de limpeza urbana até a data da rescisão. Tratando-se de rescisão antecipada pelo Poder Público, incabíveis lucros cessantes a que se refere o Código Civil, admitindo-se o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que a contratada houver sofrido, nos termos da Lei nº 8.666/93 que dispõe sobre as regras a serem observadas nos contratos da Administração Pública. Somente os prejuízos efetivamente comprovados são passíveis de ressarcimento, não havendo de se falar, por isso, na imposição de obrigação ao ente público de pagar por serviço não executado, sob pena de enriquecimento sem justa causa da contratada, que seria remunerada sem a correspondente execução dos serviços em detrimento do interesse da coletividade. (...). (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0153.08.072141-5/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes , 6ª Câmara Cível, julgamento em 11/02/2014, publicação da súmula em 25/02/2014)

Trouxemos esse destaque, pois foi o único julgado da Corte Mineira nessa linha de raciocínio, sendo que os demais acórdãos desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes se basearam na falta de comprovação.

³²⁵ Trecho da ementa: “Para fazer jus à indenização a título de lucros cessantes, a prova da perda de rendimentos há de ser condigna e efetiva, pois, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referido prejuízo não pode ser hipotético, remoto ou presumido.” (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.005500-5/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 1ª Câmara Cível, julgamento em 19/06/2018, publicação da súmula em 29/06/2018), no mesmo sentido, em trecho da ementa: “8. Apesar de comprovada a condição da autora de concessionária de serviço público de transporte de passageiros junto ao Município de Sete Lagoas, não cuidou de demonstrar o suposto prejuízo sofrido - a título de danos emergentes e lucros cessantes - decorrente do fato da Administração, o que dependeria,” (TJMG - Apelação Cível 1.0672.10.029146-3/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 1ª Câmara Cível, julgamento em 07/11/2017, publicação da súmula em 16/11/2017); e “3 - A pretensão de ressarcimento por lucros cessantes depende da efetiva prova da expectativa de lucro ou da perda de ganho esperável no caso concreto, não de mera possibilidade hipotética, de lucro imaginário ou de dano remoto.” (TJMG - Apelação Cível 1.0481.12.000556-8/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchall, 7ª Câmara Cível, julgamento em 28/03/2017, publicação da súmula em 03/04/2017). No mesmo sentido: (TJMG - Apelação Cível 1.0559.10.001173-8/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª Câmara Cível, julgamento em 05/04/2016, publicação da súmula em 14/04/2016) e (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0140.08.004532-5/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior , 6ª Câmara Cível, julgamento em 06/08/2013, publicação da súmula em 14/08/2013).

Pelas amostras colhidas no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, observa-se uma tendência ao pagamento dos lucros cessantes no caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa da contratada, devendo a parte postulante preocupar-se, na instrução probatória, em produzir prova do efetivo prejuízo, daquilo que efetivamente deixou de lucrar com o desfazimento da avença.

4.5. Julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

A pesquisa de jurisprudência realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, somente para acórdãos, com as seguintes palavras chaves “contrato administrativo” e “lucros cessantes”, para ementa publicada no período de 01//01/2015 a 01/10/2020, apresentou trinta e nove achados, dentre os quais vinte e três foram descartados, pois não tinham pertinência com o objeto da pesquisa. Dos 16 restantes, encontraram-se dez acórdãos favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes.³²⁶

Alguns acórdãos consignam que o *quantum debeatur* será apurado na fase de liquidação de sentença por arbitramento, como por exemplo, na Apelação Cível nº 70078802600, trecho da ementa: “Os lucros cessantes correspondem ao percentual do lucro que seria auferido pela empresa no período do contrato não concretizado por culpa da Administração Pública. Possibilidade de arbitramento em liquidação de sentença.”

Noutros já se estipula a valor dos lucros cessantes, como na Apelação Cível, nº 70065748741, onde o valor dos lucros cessantes ficou estipulado no patamar de 30% do valor mensal do contrato.³²⁷

³²⁶ (Apelação Cível, Nº 70081040511, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em: 29-05-2019); (Apelação Cível, Nº 70078383502, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 18-12-2018); (Apelação Cível Nº 70078802600, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/09/2018); (Apelação Cível, Nº 70074107715, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em: 09-11-2017); (Apelação Cível, Nº 70068624402, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 29-06-2016); e (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70066232364, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 04-09-2015).

³²⁷ Trecho da ementa: 3. Nula a rescisão do contrato administrativo, tem o contratado direito aos *lucros cessantes* por conta da quebra ilegal. Os lucros cessantes não correspondem ao valor mensal do preço pela prestação dos serviços, já que compreendia a cobertura dos custos para o seu cumprimento, tais como despesas de materiais, dentre outros. Arbitramento em 30% do valor mensal. Recurso provido em parte. (Apelação Cível, Nº 70065748741, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em: 20-08-2015).

Em acórdão proferido em agravo de instrumento, em sede de liquidação de sentença, o Tribunal acatou a recomendação da perícia acerca do percentual de lucro sobre o valor do contrato de obra visando à construção de seis Centros de Educação Pública. O Agravante, Estado do Rio Grande do Sul, pleiteou no agravo a adoção do lucro mínimo de 3,83% do estudo do TCU, sendo que a perícia estipulou o lucro médio de 6,9%:

Ementa: Agravo de instrumento. *Contrato Administrativo*. Percentual do lucro líquido a embasar indenização por *lucros cessantes*. Percentual médio apontado na perícia contábil. Razoabilidade. Considerando que o lucro mínimo era de 3,83% e o máximo de 9,96%, razoável à conclusão da perícia técnica que aponta o percentual de lucro médio (6,9%) para fins de cálculo dos *lucros cessantes* a serem indenizados. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70082828617, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 19-02-2020)

Conforme se observou, resta divergência de entendimento com relação ao patamar de cálculo dos lucros cessantes.

No aresto abaixo colacionado, o Tribunal consigna que os lucros cessantes são cabíveis quando há conduta lícita de rescindir unilateralmente por interesse públicos, e com mais razão quando se trata de rescisão ilícita, assentando também que os lucros cessantes devem ser o lucro que auferiria no período contratual, na qual foi privado pela rescisão:

Ementa: Apelação cível. Direito público não especificado. Licitação e *Contrato Administrativo*. Rescisão unilateral. Necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa. Rescisão sem justa causa. Dever de indenizar. *Lucros cessantes*. Cabimento. 1. Hipótese em que restou incontroversa a ilegalidade da rescisão unilateral do contrato administrativo, em razão da ausência da concessão das garantias do contraditório e da ampla defesa à empresa contratada, surgindo, ainda, o dever de indenizar o contratado ante a ausência de sua culpa na rescisão. 2. A jurisprudência do STJ é pacífica quanto ao entendimento de que o dever de indenizar pelos prejuízos causados, na hipótese de rescisão unilateral de contrato administrativo sem justa causa, abrange os danos emergentes e os lucros cessantes. Se o dever de indenizar ocorre inclusive nos casos em que a rescisão unilateral por interesse público se dá de forma lícita, com mais razão esse dever surge nos casos de rescisão ilícita, como no caso. 3. Os lucros cessantes não podem ser considerados como a totalidade dos valores que perceberia a contratada pelo restante do prazo contratual, mas sim o percentual do lucro que seria auferido no período. 4. Manutenção da sentença de condenação do ente público ao pagamento de lucros cessantes ao demandante. 5. Aplicação de honorários recursais. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70074458480, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 13/12/2017).

Das decisões favoráveis destaca-se, também, o caso de rescisão do contrato administrativo, a princípio promovida unilateralmente pela administração por suposto inadimplemento da contratada, que foi revertido pelo Judiciária, uma vez que a obra não foi realizada por falta de disponibilização dos projetos pela Administração. O Judiciário, além de

desconstituir a rescisão por culpa da contratada e as penalidades aplicadas, condenou a Administração ao pagamento dos danos emergentes e lucros cessantes.³²⁸

Foi achado um aresto concedendo lucros cessantes com base na teoria da perda da chance, num caso em que a empresa foi indevidamente desclassificada de uma licitação, perdendo a chance de executar o serviço e realizar o lucro.³²⁹

Foram localizados seis acórdãos desfavoráveis ao pagamento dos lucros cessantes: dois casos de rescisão se deram por interesse público, fundamentado na inexistência do direito aos lucros cessantes.³³⁰ Em outro caso, o acórdão consignou que se tratava de rescisão por interesse

³²⁸ Apelação cível. Licitação e *contrato administrativo*. Aplicação de penalidades e rescisão unilateral do *contrato* pela administração pública. Ação ordinária e reconvenção. Preliminar contrarrecursal de não conhecimento do recurso. Descabimento. Observância ao princípio da dialeticidade. Termo de *contrato* de prestação de serviços de engenharia nº 097/DLP/2013 firmado entre a empresa autora e o estado do Rio Grande do Sul para execução de obras de reforma no prédio do 4º batalhão da polícia militar do município de Pelotas. regime de empreitada por preço global. Paralisação das obras pela contratada em razão da necessidade de modificações no projeto original, que não previa a mudança do local da subestação da CEEE e a instalação de gerador, porquanto elaborado sem que os engenheiros tivessem visitado o local da obra. Projeto complementar sobejante ao objeto licitado. Ausência de formalização de aditivo contratual. Cláusula contratual prevendo a responsabilidade da empresa contratada quanto à aprovação dos projetos de instalações elétricas, hidráulicas e de telefonia das concessionárias competentes. Deliberação entre técnicos da administração pública estadual quanto às atribuições de cada contratante na retomada da execução da obra. Projeto de remanejamento da subestação e do gerador a encargo da secretaria de obras e pendente de aprovação pela CEEE, para então ser enviado à empresa contratada para compatibilização. Projeto complementar não elaborado. Inviável exigir da contratada a aprovação de um projeto que sequer foi enviado pela Administração pública. Rescisão contratual pela Administração pública sem culpa da contratada. Desconstituição das penalidades impostas. Ressarcimento dos prejuízos comprovados (danos emergentes e *lucros cessantes*), dos custos de desmobilização e devolução da garantia prestada. Art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Pagamento das diferenças devidas a título de correção monetária e juros de mora sobre as faturas adimplidas a destempo. Critérios de atualização da dívida. Índices aplicáveis e termo inicial. Observância aos parâmetros delineados nos temas 810 do STF e 905 do STJ. Valores a serem apurados em liquidação de sentença. Ônus da sucumbência. Redefinição. Honorários advocatícios. Arbitramento em liquidação de sentença. Art. 84, § 4º, Inc. II, do CPC/2015. Apelo provido. (Apelação Cível, Nº 70082880030, Vigésima segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 09-06-2020).

³²⁹ Ementa: Embargos infringentes. Licitação e *contrato administrativo*. Responsabilidade civil. Pagamento de indenização. Cabimento. Empresa excluída ilegalmente do certame. Perda de uma chance. Precedentes do STJ. A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito. O Estado deve ser responsabilizado pelo pagamento da indenização pelos *lucros cessantes*, quando, com sua conduta (exclusão ilegal da proposta da licitante do certame e contratação de terceiro), provoca a perda de uma chance de a empresa executar o *contrato administrativo* de obra pública. Direito da empresa de ser ressarcida pelos valores que lucraria com a execução, hipótese concretamente posta e que não se confunde com mera esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. Valor da indenização pela chance perdida bem fixado no correspondente à metade dos *lucros* previstos embutidos na proposta indevidamente rechaçada. Solução que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Embargos infringentes desacolhidos. (Embargos Infringentes, Nº 70062008669, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 12/12/2014).

³³⁰ (Apelação / Remessa necessária, n.º 70083035386, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 28-11-2019) e (Apelação Cível, Nº 70064868987, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em: 04/11/2015).

público, mas também que houve inadimplemento contratual da contratada.³³¹ Três outros casos foram desfavoráveis por falta de comprovação dos prejuízos.³³²

³³¹ (Apelação Cível, Nº 70081033094, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 15-05-2019)

³³² Ementa: Apelação cível. Licitação e *contrato administrativo*. Avença firmada pela autora com a administração para a construção de unidade básica de saúde no município de Garibaldi. Paralisação da obra por fato não imputável a contratada. Rescisão unilateral do contrato. *Lucros cessantes*. Falta de prova. Impossibilidade de condenação do réu ao pagamento de danos hipotéticos. Sentença reformada. Os *lucros cessantes*, para comportarem indenização, devem estar devidamente demonstrados nos autos, ônus que incumbe à autora, na forma do artigo 373, I, do CPC. Hipótese em que a parte demandante não demonstrou os valores que deixou de auferir com a rescisão unilateral do *contrato administrativo*, referindo de forma genérica a existência do dano na petição inicial, sendo inviável condenar-se o Município demandado a indenizar danos hipotéticos. Lições doutrinárias e precedentes do STJ e desta Corte. Apelação provida.(Apelação Cível, Nº 70081643132, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 24-07-2019); (Apelação Cível, Nº 70079237848, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 27-02-2019); e (Apelação Cível, Nº 70072183486, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 29-03-2017).

5. DIMENSÃO, CARACTERÍSTICAS E POSSÍVEIS MEDIDAS PARA ATENUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE PARALISAÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS.

Como a rescisão do contrato administrativo é, por muitas vezes, o sintoma, a consequência, de uma causa raiz que não permitiu o fim normal do contrato com a consecução do seu objeto, entendemos por bem perquirir as causas mais comuns da paralisação das obras públicas, apresentando singelas sugestões como uma contribuição à gestão pública, aspirando atenuar esse problema que atinge toda a sociedade.

Uma obra paralisada causa prejuízos e transtornos de diversas ordens, dentre elas falta de geração de emprego, custos relacionados ao desgaste da edificação, vigilância e manutenção da obra, deterioração do executado, diminuição da arrecadação tributária (especialmente o ISS para o município), e a privação dos benefícios pela fruição da obra atravancando o desenvolvimento econômico (obra de infraestrutura) ou deixando de prestar alguma finalidade social.

Neste capítulo, a metodologia utilizada consiste em verificar a base de dados do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (por ser o maior Estado da federação em PIB) sobre a causa de atraso e paralisação de obras públicas. Após identificar as principais causas, propor-se-ão soluções para atenuar o problema.

5.1. Análise das causas de paralisação de obra de acordo com o levantamento do TCU.

O Tribunal de Contas da União entrega anualmente à Comissão Mista de Orçamento um relatório consolidado sobre as fiscalizações de obras (Fiscobras). Assumindo a premissa de que reparar danos é mais difícil de que evitá-los, o TCU prioriza o controle preventivo, comunicando os gestores e oportunizando a possibilidade de apresentação de justificativas e a adoção de medidas saneadoras. Também informa o Congresso Nacional à medida que as deliberações dos processos são prolatadas.³³³

O Fiscobras de 2019 consolidou fiscalização em 77 contratos de obras de infraestrutura, localizando indícios de irregularidade grave em 59 deles. Cinco obras foram classificadas com

³³³ Fiscobras: 2019 : fiscalização de obras públicas pelo TCU : 23º ano / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo, 2019. p. 4.

irregularidade grave com recomendação de paralisação, pois apresentaram potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário e a terceiros, podendo ensejar nulidade do procedimento licitatório e do contrato.

As cinco obras apresentaram isoladamente ou cumulativamente, superfaturamento ou sobrepreço em três delas; erros, desatualização ou inconsistência de projetos também em três delas; restrição a competitividade em uma delas, nota-se que existe obra apresentando mais de uma patologia.³³⁴

Em outra obra classificada com irregularidade grave, com recomendação de retenção de valores, foi achado superfaturamento por medição e pagamento de serviços desnecessários (substituição do subleito).³³⁵ Isso não deixa de ser uma falha de projeto, por determinar a contratação de uma atividade desnecessária, onerando indevidamente o contrato, afinal os recursos públicos devem ser racionalmente utilizados (princípios da eficiência e economicidade).

A deficiência no projeto básico é demasiadamente recorrente. O Fiscobras/2018 apresentou um processo consolidador dos principais achados em auditoria nos dez anos anteriores, constatando, num universo de 1.688 fiscalizações realizadas, 1.158 achados com o título de “Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado”. Esse número foi superado apenas pelo achado “sobrepreço/superfaturamento” com 1.331 ocorrências.³³⁶ Certamente, se perquirimos as causas de sobrepreço e superfaturamento, encontraremos o projeto deficiente como instrumento para o superfaturamento por meio de projetos superdimensionados (excesso de quantitativos), falta de especificações e itens desnecessários nos projetos (violação do princípio da economicidade).

Além das auditorias específicas do Fiscobras/2019, foi realizado, no mesmo ano, um amplo diagnóstico das obras paralisadas, com o levantamento de mais de 38 mil contratos de obras públicas, identificando que mais de 14 mil estavam paralisados, ou seja mais de um terço das obras. Deste diagnóstico, resultou o Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário com recomendações ao Ministério da Economia, com o objetivo de diagnosticar os problemas que levam à paralisação das obras e aperfeiçoar os procedimentos relacionados a sua gestão.³³⁷

³³⁴ Fiscobras : 2019 : fiscalização de obras públicas pelo TCU : 23º ano / Tribunal de Contas da União. – Brasília : TCU, Secretaria Geral de Controle Externo, 2019. p. 13-27.

³³⁵ TCU-TC 025.760/2016-5.

³³⁶ Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário

³³⁷ “A auditoria elaborou um amplo diagnóstico das obras paralisadas no País financiadas com recursos federais, levantando mais de 38 mil contratos referentes a obras públicas em cinco bancos de dados do Governo Federal (CEF, PAC, MEC, DNIT e FUNASA). Dos contratos analisados, mais de catorze mil estão paralisados. Ou seja, mais de um terço das obras que deveriam estar em andamento pelo país, cerca de 37%, não tiveram avanço ou apresentaram baixíssima execução nos últimos três meses analisados em cada caso. Juntas elas alcançam um

O referido Acórdão 1.079/2019 apresenta, mesmo que de forma genérica, as causas de paralisação das obras do PAC-Programa de Aceleração do Crescimento:

Quadro 02- Causas de paralisação das obras do PAC-Programa de Aceleração do Crescimento

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R\$ Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R\$25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R\$5.842,71	23%	4%
Outros	344	R\$21.678,21	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R\$62.960,61	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R\$4.506,36	3%	3%
Judicial	83	R\$6.120,61	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R\$3.432,52	1%	3%
Ambiental	32	R\$2.145,38	1%	2%
Total Geral	2.914	R\$132.226,99	100%	100%

Fonte: Acórdão 1.079/2019

Sobre essa base de dados, o TCU identificou três grandes grupos de causa de paralisação: a) problemas técnicos; b) abandono da empresa contratada; e c) problemas de ordem orçamentário-financeiro. Referente ao motivo genérico “problema técnico”, o TCU destaca como principal causa a deficiência no projeto básico.³³⁸

Com relação aos problemas de ordem orçamentária, o TCU destaca a falta de contrapartida dos Entes Subnacionais. Nesses casos, as obras são custeadas, em parte, pela União e, noutra parte, com recursos próprios do Ente contratante. O acórdão aponta que a falta

investimento previsto de R\$ 144 bilhões, dos quais R\$ 10 bilhões já foram aplicados. As consequências desse problema vão muito além dos recursos desperdiçados e são extremamente nocivas para o País. Entre outros efeitos negativos, podem ser citados os serviços que deixam de ser prestados à população, os prejuízos ao crescimento econômico do país e os empregos que não são gerados. O TCU fez recomendações ao Ministério da Economia, por meio do Acórdão 1.079/2019-TCU- -Plenário, com o objetivo de aperfeiçoar os procedimentos relacionados à gestão das obras e determinou que os dados da auditoria fossem atualizados periodicamente para monitorar a evolução do cenário de paralisação de obras públicas.” *In* . Fiscobras: 2019: fiscalização de obras públicas pelo TCU : 23º ano / Tribunal de Contas da União. – Brasília : TCU, Secretaria Geral de Controle Externo, 2019. p. 39.

³³⁸ 147. Nas visitas às obras, constatou-se que o problema de grande parte dos empreendimentos começa antes mesmo de a obra iniciar e muitas vezes acarreta deficiências no projeto básico. (...)

149. Apesar da definição clara já trazida na referida lei, inicialmente, não apenas a cultura de falta de planejamento da Administração Pública contribuía para a realização de projetos básicos deficientes, mas também interpretações no sentido de o projeto básico ser apenas um esboço figura ou um anteprojetado do objeto a ser executado.

150. Tais interpretações distorcidas da norma já foram superadas após inúmeros julgados deste Tribunal sobre o tema. Além disso, a fim de uniformizar o entendimento a respeito e para solucionar eventuais distorções, o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP emitiu a Orientação Técnica OT – IBR 001/2006, na qual apresenta um detalhamento que permite identificar com mais clareza a definição de projeto básico e seus componentes, trazendo exemplos de diversas tipologias de obra: (...)

152. O processo consolidador do Fiscobras 2018, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Bruno Dantas, trouxe que, em um universo de 1.688 fiscalizações realizadas durante um período de 10 anos, foram constatados 1.158 achados com o título de “Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado”, sendo esta a segunda maior constatação, conforme figura consolidador dos principais achados.

de contrapartida decorre geralmente de falta de planejamento,³³⁹ registrando diversos casos de decisão prematura de início da obra sem os estudos adequados, sem a realização de levantamentos, licenciamentos, detalhamento das soluções e das interferências no local da implantação, e outras sem estudos preliminares.³⁴⁰

O problema da falha de projeto e o orçamentário-financeiro têm uma sinergia negativa, podendo o primeiro agravar o segundo. Nos contratos de repasse da União para o Ente Subnacional, o valor do repasse é fixo, ficando o risco de aumento do valor do empreendimento por conta do Ente beneficiário do repasse. Ocorre que os erros de projetos, muitas vezes, são “corrigidos” por meio de aditivos que oneram o valor do contrato, agravando o problema orçamentário-financeiro.³⁴¹ Outro erro com implicações financeiras é a subestimativa de prazo do contrato, fazendo com que o contrato se prolongue no tempo, tendo o Ente contratante que arcar com os ônus da atualização monetária e, eventualmente, com os custos indiretos decorrentes da prorrogação do contrato.

5.2. Pesquisa e análise das causas de paralisação de obras na Jurisdição do TCE/SP

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo mantém, na Internet, um Painel de Obras Atrasadas ou Paralisadas³⁴². Em 06 de outubro de 2020, apontava 1.248 obras nessa situação, representando a somatória de R\$ 50.191.545.441,63, em valor inicial dos contratos, com execução atrasada ou execução paralisada.

³³⁹ 188. Nas obras analisadas e nas notícias verificadas, observou-se que as falhas na contrapartida são problemas primordialmente de planejamento.

189. As falhas englobam desde atividades relativas aos tomadores, como também atividades relacionadas à União, tendo sido observados os seguintes limitadores principais: a) planejamento e seleção do empreendimento ocorrem de maneira precária, com números que não espelham os valores necessários para a execução do objeto; b) grande lacuna de tempo entre a assinatura do instrumento e o início de execução da obra.

³⁴⁰ 195. Uma quantidade substancial de iniciativas vinha sendo selecionada sem o respectivo projeto, sem garantias mínimas em relação à titularidade da área de intervenção, entre outros. Havia previsão de prazos específicos para o saneamento das pendências, mas, diante das dificuldades dos entes tomadores em resolver os problemas, tais prazos eram prorrogados sucessivamente.

³⁴¹ 200. Vale dizer que, no que tange à questão da contrapartida, aspecto central do presente tópico, algumas regras padronizadas do processo de alocação dos recursos de cada ente (União/Entes Subnacionais), no âmbito do instrumento de repasse, tendem a agravar o risco de que haja insuficiência de recursos de contrapartida. Uma delas é a regra que prevê que os recursos alocados pela União não sofrerão aportes adicionais, seja em virtude de aditivos contratuais ou ajustes de projeto, seja em virtude da eventual necessidade de atualização monetária dos valores previstos. Nesse caso, o risco de acréscimo de valores fica por conta dos cofres municipal ou estadual, que sabidamente possuem menor capacidade financeira, e muitas vezes não conseguem arcar com o acréscimo, o que aumenta o risco geral de insucesso do empreendimento.

³⁴² Disponível em: https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3AObra%3Apainel_obras.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero Acesso em: 06 out. 2020.

O Painel abrange as obras sob jurisdição do TCE/SP de modo que ficaram excluídas as obras realizadas com recursos exclusivamente federais de jurisdição do TCU.

Como o escopo deste trabalho refere-se à rescisão, com base nas informações colhidas no Painel, serão analisadas apenas as obras paralisadas.³⁴³ Em 06/10/20, o painel indicava 631 obras paralisadas, perfazendo a somatória de R\$ 36.028.735.315,65, com base no valor inicial dos contratos. Considerando as informações do painel, foram tabuladas as seguintes causas de paralisação para as obras:

Quadro 03- Causas de paralisação para as obras paralisadas

Motivo da paralisação informado pela entidade contratante	Quant.	%
Inadimplemento da empresa contratada	184	29,6%
Outros	104	16,7%
Fatos supervenientes à licitação.	79	12,7%
Atrasos no repasse - Governo Federal	39	6,3%
Deficiências/insuficiências nas informações no projeto básico	38	6,1%
Atrasos no repasse - Governo Estadual	33	5,3%
Contingenciamento de recursos próprios	31	5,0%
Questões técnicas que vieram a ser conhecidas somente após a licitação	17	2,7%
Caso fortuito ou força maior	16	2,6%
Descumprimento de especificações técnicas e prazos	16	2,6%
Determinada pelo Poder Judiciário / Decisão de Tribunal	16	2,6%
Problemas relacionados à contratada (ex. recuperação judicial, dissolução da sociedade)	14	2,3%
Alterações contratuais, com reflexos no percentual limite de aditivos	9	1,4%
Não informado	9	1,4%
Suspensão do repasse de convênios	6	1,0%
Pendências com desapropriações	6	1,0%
Atrasos do repasse de convênios	5	0,8%
Licenciamento ambiental	4	0,6%
Irregularidades nos preços e serviços contratados	2	0,3%
Bloqueio do repasse de convênios	2	0,3%
Inadequação ao plano de trabalho da nova gestão	1	0,2%
Total de obras paralisadas	631	
Total de obras paralisadas excluindo as sem motivo informado	622	100,0%

Fonte: Painel de obras atrasadas ou paralisadas TCE/SP

³⁴³ O Painel não informa se, nas obras paralisadas, houve rescisão contratual ou apenas suspensão da execução.

Para facilitar a análise dos dados, foram agrupados os resultados acima pelo critério do sujeito responsável pelo evento causador da paralisação:

Quadro 04- Responsabilidade pela causa de obras atrasadas ou paralisadas

Motivos agrupados dentro pelo critério da responsabilidade pela causa	Quant.	% (*)
Culpa da contratada	216	34,7%
Questões orçamentárias/repasses	116	18,6%
Outros	104	16,7%
Culpa da contratante - não orçamentário	91	14,6%
Fatos supervenientes a licitação	79	12,7%
Caso fortuito ou força maior	16	2,6%
Total	622	

Pelas informações prestadas pelos jurisdicionados do TCE/SP (que são os contratantes), 65,3% (cerca de 2/3) das obras paralisadas são por motivos não imputados diretamente ao contratado.

Apesar de questões da contingência orçamentária de recursos próprios ou falta de repasses de outro ente sejam de culpa da contratante, entendemos por bem não agrupá-los com as causas de responsabilidade da contratante, dado o peso dessa intercorrência – quase 1/5 das obras paralisadas foram por problemas de ordem financeira do contratante, daí se diagnostica, numa análise sumária, falta de planejamento orçamentário e financeiro do ente contratante.

Somando-se as paralisações em decorrência de questões financeiras do contratante com outras causas de sua responsabilidade, tais como deficiências no projeto básico, questões técnicas verificadas após licitação, pendência com desapropriação e licenças ambientais, chega-se a 33,2% de obras paralisadas por culpa direta da contratante.

Em 16,7% das obras paralisadas, o contratante não declarou o motivo da paralisação, as quais foram classificadas como “outros”, podendo o motivo da paralisação ser de qualquer ordem.

Fatos supervenientes à licitação representam 12,7% das obras paralisadas, sendo que a informação colhida pelo TCE/SP não perquire a origem do fato superveniente, se realmente foi a ocorrência de algo imprevisível ou se foi fruto de mal planejamento da contratação ou deficiência de projeto que não contemplava determinada situação previsível. Restam 2,6% de obras paralisadas por caso fortuito ou força maior, conceitualmente eventos irresistíveis que fogem da esfera de atuação das partes contratantes.

Esta pesquisa, vale ressaltar, dá um panorama geral, podendo conter alguma imprecisão, pois as informações são fornecidas pelos Entes jurisdicionados pelo TCE/SP e podem ter

alguma imprecisão técnica ou de classificação da causa da paralisação. Note que algumas causas de paralisação são bem genéricas, como “fato superveniente à licitação”. E ainda, por serem os dados fornecidos pelo contratante (Município, Estado, Administração Pública Indireta), há uma tendência de imputar a responsabilidade para a contratada.

5.3. Possíveis medidas para atenuação do problema

As sugestões apresentadas não são excludentes entre si e, geralmente, podem ser cumulativamente utilizadas pela Administração.

Conforme anotado no Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário, não há registro sistemático das lições apreendidas com boas práticas de gestão de obras e dos casos de sucesso.³⁴⁴ Contudo, em entrevista com os gestores dos contratos bem sucedidos, colheram-se quatro fatores decisivos para o sucesso do empreendimento: a) proatividade do órgão para resolução de problemas; b) disponibilidade de recursos para pagamento em dia; c) fortalecimento do setor de projetos e fiscalização; d) controle social (pressão da população).³⁴⁵

5.3.1. Necessidade de melhor planejamento técnico e orçamentário-financeiro

O art. 7º, § 2º da Lei 8.666/93 exige que, para contratação de obras, tenha-se um mínimo de planejamento na fase interna da licitação, permitindo a publicação do edital somente quando

³⁴⁴ 280. Apesar da iniciativa acima destacada, foram observadas dificuldades e limitações na identificação de boas práticas na execução e gestão de obras públicas e constatado que o Governo Federal não faz um registro sistemático de boas práticas e de casos de sucesso que possam servir como referência para o aprimoramento da gestão de obras públicas.

281. Um dos princípios da Administração Pública contido no art. 37, caput, da Constituição Federal é o princípio da eficiência, que, fundamentalmente, dispõe sobre o dever da administração pública de gerir os recursos públicos com efetividade e economicidade. Uma das formas de melhorar a gestão dos recursos públicos é pela indução da boa governança e da disseminação de boas práticas. A falta de um registro sistemático dificulta a melhoria na gestão, restringe o aprendizado institucional e limita a replicação de experiências bem-sucedidas.

³⁴⁵ 286. Das 24 secretarias de controle externo do TCU nos estados participantes dessa fiscalização, houve resposta para a pergunta acerca das boas práticas em apenas dez. Associadas às respostas sobre empreendimentos bem-sucedidos, foram indicados os seguintes fatores decisivos:

a) proatividade do órgão para resolução de problemas, melhoria de gestão dos contratos, e melhoria na sinergia entre os órgãos responsáveis pelo andamento da obra;
 b) recursos assegurados para a realização de pagamentos;
 c) fortalecimento do setor de projetos e fiscalização, com profissionais de diversas áreas compondo a equipe, atendendo não só a necessidade técnica, mas também com as expectativas da população;
 d) controle social (“pressão da população”) – o engajamento da comunidade foi capaz de impulsionar a execução do empreendimento até a sua conclusão.

houver projeto básico aprovado, orçamento detalhado em planilhas com a composição de todos os custos unitários, estimativa das quantidades de material, declaração de existência de recursos orçamentários para o exercício, cronograma físico-financeiro e previsão no PPA quando a obra ultrapassar o exercício, sob pena de nulidade (art. 7º, § 6º). Apesar disso, as pesquisas demonstraram que o planejamento técnico e financeiro das obras não está sendo realizado de forma satisfatória.

No que tange à parte técnica, para mitigar esse problema, a Administração deve investir na estrutura e capacitação técnica dos órgãos contratantes, sugerindo-se as seguintes medidas:

1) criar uma estrutura permanente com baixíssimo percentual de cargos comissionados puros, priorizando que as equipes técnicas sejam formadas por funcionários efetivos,³⁴⁶ proporcionando a continuidade dos processos e planejamento de longo prazo;

2) criar uma estrutura administrativa, por concurso público, compatível com o tamanho e orçamento do órgão com engenheiros, arquitetos, advogado, técnicos em edificações e técnicos em licitações;

3) investir em treinamento, aprimoramento e capacitação dos funcionários;

4) promover o registro e divulgação das lições aprendidas;

5) criar a rotina de reuniões multidisciplinares para debater as melhores soluções, incentivando a cultura de comunicação e troca de ideias;

6) elaborar manuais ou cartilhas de orientação interna com as boas práticas de planejamento, gerenciamento e fiscalização de obras; e

7) elaborar um *check-list* com procedimentos antecedentes à fase externa da licitação, com verificação das exigências da lei de licitações, do domínio da área, possíveis interferências na comunidade, necessidade de licenças, interferências na mobilidade urbana, etc.

Com relação ao planejamento financeiro, além do problema anteriormente mencionado, da falta de repasse devido à ausência de contrapartida do contratante, há outras situações que impede a transferência dos recursos federais ou estaduais por meio de convênios e contratos de repasse. Se o Ente beneficiário do repasse ficar sem alguma das certidões de regularidade fiscal,

³⁴⁶ O STJ considerou improbidade administrativa a contratação de comissionados para exercerem funções técnicas, veja-se trecho da ementa: “processual civil e administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Contratação de servidores comissionados. Funções desempenhadas cujos cargos deveriam ser providos por regular concurso público. art. 37, II, da Constituição Federal. Violação dos princípios da Administração. Revisão das conclusões do Tribunal *a quo* com arrimo no cenário fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno provido no sentido de negar provimento ao recurso especial, divergindo do relator, senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.” (AgInt no REsp 1511053/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 06/08/2020)

sendo negativado no CAUC-Serviço Auxiliar para Transferências Voluntárias, pode ocorrer, conforme o teor do contrato, dos repasses serem suspensos.³⁴⁷

Independentemente de o recurso ser repassado por outro Ente da Federação, o contratante fica responsável pela realização da licitação (inclusive a fase interna de planejamento), execução e fiscalização da obra. Pode ocorrer também a suspensão do repasse em virtude da falta ou inadequada prestação de contas. E ainda, o repasse pode não se materializar por contingenciamento do Ente repassante.

Vê-se, então, que, por diversos motivos pode ocorrer de o repasse não se concretizar. Mesmo que o edital indique que o contrato correrá por conta de dotação orçamentária proveniente de repasse, convênio ou transferência de outro Ente da Federação, a contratante permanece responsável pelo pagamento ao contratado pelos serviços executados.³⁴⁸

O contratado não tem qualquer vínculo contratual com o Ente que firmou o convênio para repasse das verbas. Como prestou o serviço executando a obra, precisa receber do contratante, inclusive sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito da Administração.

Concretamente, se o contratante não receber as verbas do convênio, ele tem que pagar o contratado. Não há óbice para o contratante usar verba do seu próprio tesouro para pagar o contratado, mas, muitas vezes, não existe saldo na dotação orçamentária, motivo pelo qual deverá ser feita a suplementação da dotação orçamentária, a qual, à luz do art. 43 da Lei

³⁴⁷ Sobre a licitude da suspensão dos repasses por restrição cadastral para obras públicas confira-se: STJ, 2ª Turma, REsp 1845224/GO, Min. Herman Bejjamin.

³⁴⁸ Cobrança – Contrato administrativo - Execução de obra pública (recapeamento asfáltico) - Pagamentos efetuados com atraso, em desacordo com as disposições contratuais – Pagamento dos consectários legais devido, sob pena de enriquecimento indevido da Administração – Questões referentes ao convênio firmado entre a Municipalidade e o Estado de São Paulo, para o repasse e verbas, que não se pode opor ao contrato administrativo firmado com terceiro - Atualização monetária e juros de mora - Aplicação do quanto decidido no RE nº 870.947/SE (Tema 810/STF) – Atualização monetária pelo IPCA-E e juros de mora pelos índices de remuneração da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09) – Sentença mantida. Apelo e reexame necessário, considerado interposto, desprovidos. (TJSP; Apelação Cível 1000333-30.2020.8.26.0358; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 3ª Vara; Data do Julgamento: 29/09/2020; Data de Registro: 29/09/2020). Do corpo deste acórdão se extrai: “Observa-se que, realmente, o fato de existir convênios entre Entes Públicos, para repasses de valores, aponta, somente, a origem da verba, o orçamento para cobrir os gastos, mas não vincula o pagamento à contratada, não eximindo o Município do pagamento, no caso de ausência de tal repasse. É, de fato, o Ente contratante (Município) quem tem a responsabilidade pelo pagamento, independentemente da origem da verba. E, a autora não deve responder ou depender da gestão de recursos realizada pela Administração para ser ressarcida por trabalho comprovadamente realizado.”

Contrato administrativo. Obra pública. Municipalidade de Bragança Paulista. Construção de unidade escolar. Atrasos nos pagamentos. Correção monetária. Mero instrumento de recomposição do equilíbrio financeiro original do contrato. Aplicação que dispensa a existência de previsão contratual expressa. Inadimplemento justificado pela ausência de repasse do Estado. Inadmissibilidade. Convênio entre a Municipalidade e a Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE que não pode ser imposto à autora. Obrigação do Município de efetuar o pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa. Sentença de procedência. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1003765-97.2016.8.26.0099; Relator (a): Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2016; Data de Registro: 06/12/2016)

4.320/64 somente pode ser suplementados por meio de superávit financeiro, excesso de arrecadação, anulação de outra dotação ou operação de crédito.³⁴⁹

O que se propõe é uma autorização legislativa inserida no corpo da Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, para o uso da rubrica “verba de contingência” para tal finalidade. Mediante a autorização, a dotação orçamentária da reserva de contingência pode ser anulada, e o valor pode ser utilizado para suplementar uma dotação orçamentária apta a suportar o pagamento da obra – geralmente será a dotação utilizada para suportar a contrapartida.

No art. 5º da Lei de Responsabilidade consta que a Lei Orçamentária Anual deve conter reserva de contingência destinada ao atendimento de passivo contingente e outros riscos e eventos fiscais imprevistos, como por exemplo a falta de repasse de um convênio firmado.

Evidentemente essa sugestão pode solucionar a questão se o problema for somente orçamentário; caso não exista disponibilidade financeira, essa solução seria inócua.

5.3.2. Responsabilização do gestor e do agente público.

Sem a pretensão de exaurir o tema, que se desdobra em várias vertentes, esta pesquisa traz apenas um olhar do TCU sobre a responsabilidade dos gestores e agentes públicos nas obras públicas, acreditando que o receio da punição faça com que o Agente atue com zelo e atenção que a coisa pública requer. Racionalmente a responsabilização exige conduta ilícita praticada com dolo ou culpa, precedida do devido processo legal com todas as garantias a ele asseguradas.

É necessário trazer a visão do TCU neste estudo, cuja finalidade precípua é alertar os agentes para que atuem de forma diligente, pois sempre preferível prevenir dos desacertos do que remediá-los, quando isso for possível.

Conforme já mencionado, a pesquisa junto ao TCU e TCESP indicaram duas causas principais de responsabilidade da Administração: i) questões orçamentárias e financeiras; e ii) problemas técnicos, geralmente relacionados a projeto deficiente, inexistente ou desatualizado.

³⁴⁹ Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa.

§ 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, desde que não comprometidos:

I - o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior;

II - os provenientes de excesso de arrecadação;

III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em Lei;

IV - o produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao poder executivo realizá-las.

Com relação à questão orçamentária e financeira, o Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário, identificou um baixo índice de responsabilização dos gestores que violam alguns dos mecanismos previstos para o adequado controle dos gastos públicos, tais como distorções no processo orçamentário, como superestimativas não fundamentadas da previsão de receitas, subestimativas de despesas obrigatórias e falta de planejamento plurianual, em desacordo com os arts. 12, 15, 16, 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste caso, a responsabilização deve recair sobre o gestor que não realiza adequadamente o controle do gasto público. É comum os tribunais de contas emitirem pareceres desfavoráveis à aprovação de contas de gestor que encerra o exercício em déficit, no uso da competência constitucional do art. 71 e seguintes, aplicável aos Tribunais de Contas dos Estados, por simetria e por disposição expressa no art. 75 da CF.

O parágrafo 6º do art. 7º da Lei 8.666/93 determina a responsabilização daquele que desatendeu os requisitos da fase interna da licitação de obras e serviços. A responsabilidade do agente encontra-se reforçada no art. 59, parágrafo único que determina a responsabilização de quem deu causa a nulidade da licitação ou do contrato. De acordo com Marçal Justen Filho: “uma licitação bem planejada é requisito para a redução dos preços ofertados pelos interessados. (...) Logo, Impõe-se a punição do agente que descumpra as determinações legais.”³⁵⁰

Com relação aos problemas de ordem técnica, esta pesquisa traz alguns casos de como o TCU enxerga a responsabilidade do superior hierárquico, da comissão de licitações, do fiscal do contrato, do projetista e do orçamentista.

A responsabilização do superior hierárquico será pautada no caso concreto. A delegação de competência não implica delegação de responsabilidade, devendo o gestor delegante a fiscalização de seus subordinados, especialmente nos contratos de grande vulto e importância.³⁵¹

A autoridade que homologa o certame é, solidariamente, responsável pelos vícios identificados no procedimento, salvo se forem vícios ocultos e de difícil percepção. O ato de homologar implica a fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre o que foi realizado na fase interna da licitação e pela comissão de licitação, com o objetivo de aprovar os procedimentos até então praticados.³⁵²

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 253.

³⁵¹ Acórdão nº 2457/2017 – TCU – Segunda câmara, relator Ministra Ana Arraes, e acórdão nº 1647/2016 – TCU-Plenário, relator Ministro José Múcio.

³⁵² Acórdão nº 2318/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Marcos Bemquerer.

Há entendimento no TCU de responsabilização do gestor (ordenador da despesa) por obra licitada com base em projeto inconsistente, especialmente quando ele dá sequência à irregularidade, procurando reparar os erros do projeto básico por meio de alterações contratuais (aditivos), desvirtuando o escopo licitado.³⁵³

A responsabilização sempre se dá de forma subjetiva, devendo ser demonstrado dolo ou culpa no cometimento da suposta ilicitude, bem como a conduta ter nexos causal com o resultado tido como irregular. Nesse contexto, a responsabilização da comissão de licitação quanto a impropriedades no projeto ou no orçamento, não se faz de forma automática.³⁵⁴

As competências da comissão de licitação estão descritas no art. 7º do decreto nº 7.581/2011, de modo que a mesma não pode ser responsabilizada pelos erros existentes na elaboração do projeto básico que se encontra fora da sua órbita de competência. Confira-se no Acórdão nº 10642/2015 – TCU – Segunda Câmara, Ministra relatora, Ana Arraes:

Trecho do voto:

12. Ora, a responsabilidade por possíveis sobrepreços, no orçamento deve ser atribuída exclusivamente ao orçamentista, enquanto os erros de projeto e do caderno técnico devem ser atribuídos a quem os elaborou. Não cabe responsabilizar, objetivamente, o presidente da comissão licitação e seus membros em razão dos erros existentes nessa documentação técnica, pois não têm eles o dever de revê-la ao elaborarem o edital.

No mesmo sentido, o Acórdão nº 4430/2009- TCU- Primeira Câmara assentou em trecho da ementa que: “1. A responsabilidade pela elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas de obras e serviços de engenharia recai sobre os profissionais dessa área do conhecimento e não alcança o presidente e os membros da comissão de licitação.”

A responsabilidade do fiscal fica restrita à execução contratual. Sua responsabilidade decorre do dever de informar à autoridade competente eventuais falhas na execução contratual. Sua atuação tem um principal relevo na aprovação das medições, de modo que, medindo serviço não realizado, ou realizado fora dos padrões exigidos no contrato, ficará configurado o nexos causal entre a (má) atuação do fiscal e o dano ocorrido, devendo ser responsabilizado.³⁵⁵

³⁵³ Acórdão nº 510/2012-TCU-Plenário, relator Ministro José Múcio, trecho do voto: “A deficiência de projetos talvez seja o maior dos males das obras públicas, porque é daí que vêm situações de direcionamento de licitação, paralisação de serviços e superfaturamento. Não creio que aceitar uma irregularidade desse naipe, em qualquer circunstância, consista num bom exemplo que o TCU possa dar. Não vejo nenhum caráter pedagógico em tal decisão. Ao contrário, outros gestores poderão se sentir à vontade para descumprir a lei. No presente caso, o gestor licitou praticamente apenas 60% da obra. Os outros 40% foram retirados ou acrescidos durante a execução contratual. A irregularidade é muito grave. Outra poderia ter sido a empresa ganhadora da licitação. Mais baixo poderia ter sido o preço contratado.

³⁵⁴ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 779.

³⁵⁵ Acórdão nº 1714/2017-TCU-Plenário, Min. rel. Augusto Sherman.

O projetista e o orçamentista de obra pública exercem profissão regulamentada. O art. 13 da Lei 5.194/64 dispõe que os estudos, plantas, laudos ou qualquer outro trabalho de engenharia e de arquitetura, somente poderão ser submetidos a julgamento das autoridades competentes quando seus autores forem profissionais habilitados. No mesmo sentido, o art. 1º da Resolução-Confea nº 218/73 estabelece que a elaboração de orçamentos de obras e serviços de engenharia apenas pode ser realizado por profissional habilitado. O art. 10 do Decreto 7.983/2013 exige a anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias, devendo constar do projeto que integrar o edital.

O art. 12 da Lei 8.666/93³⁵⁶ impõe que, nos projetos básicos e executivos de obras deverão cumprir alguns requisitos que, em última análise, se condensam em: segurança, inclusive ambiental e eficiência econômica.³⁵⁷ Sobre o dever de observância do art. 12 com relação ao aspecto econômico, confira-se o Acórdão nº 796/2012-TCU-Plenário, rel. Ministra Ana Arraes:

9.1.1. oriente todas as unidades responsáveis pela elaboração de projetos a respeito da importância de deixar documentados, nos respectivos processos administrativos, os estudos técnicos realizados para escolha da solução a ser aplicada e de que esses estudos observem os requisitos do art. 12 da Lei 8.666/1993, ressaltando não apenas a viabilidade técnica, mas também a econômica.

O TCU tem privilegiado, em suas decisões, a observância do princípio da economicidade quando há elaboração dos projetos. Confira-se no Acórdão nº 1441/2007-Plenário, com o seguinte trecho da ementa: “1. É dever do gestor público otimizar a utilização dos recursos públicos, de forma a maximizar os serviços prestados à população em termos qualitativos e quantitativos.”

No âmbito do TCU, o autor do projeto pode ser condenado solidariamente ao gestor público (geralmente o responsável pela aprovação do projeto), ao ressarcimento dos prejuízos

³⁵⁶ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

- I - segurança;
- II - funcionalidade e adequação ao interesse público;
- III - economia na execução, conservação e operação;
- IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;
- V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;
- VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;
- VII - impacto ambiental.

³⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 279.

decorrentes das falhas na sua elaboração, com fundamento no art. 16 da Lei 8.443/92³⁵⁸ – Lei Orgânica do TCU.³⁵⁹

Em diversos acórdãos, o TCU tem promovido a apuração de responsabilidade no caso de falhas de projetos e erros de orçamento. Confira-se, entre outros: Acórdão nº 584/2017-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio; acórdão nº 2195/2017-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio; Acórdão nº 2195-TCU – Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler; Acórdão nº 2546/2008 – TCU – Plenário, Ministro Relator: Aroldo Cedraz; Acórdão nº 3144/2011 – TCU – Plenário, Ministro Relator: Aroldo Cedraz; Acórdão nº 2006/2006 – TCU – Plenário, Ministro Relator: Benjamin Zymler; Acórdão nº 462/2011 – TCU – Plenário, Ministro Relator: Valmir Campelo; Acórdão nº 2941/2010 – TCU – Plenário, Ministro Relator: Aroldo Cedraz.

A responsabilização do projetista ou orçamentista por erros graves de projetos e orçamentos inconsistente e antieconômicos deveria ocorrer independente da atuação do controle externo. O gestor, no decorrer da obra, constatando a existência desses erros – que muitas vezes, ficam evidentes pelo exame dos aditivos que precisam ser realizados –, deveria, administrativamente, promover sindicância para apuração de responsabilidade do profissional que, por sua imperícia, desleixo ou dolo causam lesão ao erário e a toda a sociedade. Nesta linha de raciocínio, confira-se o Acórdão nº 34/2011-TCU-Plenário, rel. Ministro Aroldo Cruz:

9.2. determinar à Petrobras que, sempre que necessária a celebração de aditivos contratuais em virtude de falhas no projeto básico ou executivo, apure a atuação das empresas ou profissionais que o elaboraram e promova a correspondente responsabilização civil e contratual.

³⁵⁸ Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

³⁵⁹ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 795.

Muitas vezes, a necessidade de elaboração de aditivo denuncia as falhas no projeto básico, exigindo, de imediato, alguma atitude do gestor do contrato que não pode ficar inerte diante da irregularidade.

Uma falha relevante no projeto básico é gravíssima, podendo desvirtuar o objeto licitado excluindo a possibilidade de uma melhor proposta para a Administração; criar uma controvérsia contratual, paralisando a execução do contrato até a solução; ser uma causa de nulidade da licitação e do contrato (Lei 8.666/93, art. 7º, § 2º c/c § 6º); aumentar o valor da obra, possivelmente acarretando a sua paralisação por falta de recursos orçamentários e financeiros. Por esses motivos deve ser averiguada a responsabilidade do projetista e do orçamentista.

5.3.3. Acompanhamento social do andamento da obra.

O ordenamento jurídico constitucional confere a qualquer cidadão exercer o controle social da administração³⁶⁰, valendo também para as obras públicas, pelos instrumentos do direito de petição, certidão e informação (CF, art. 5º, XXXIII e XXXIV), ação popular (CF, art. LXXIII) e representação aos órgãos de controle externos (CF, art. 74, § 2º). O acompanhamento social de contrato administrativo é uma de suas vertentes.

Além dos instrumentos Constitucionais mencionados, a Lei 8.666/93 confere ao cidadão instrumentos específicos para o acompanhamento e controle de licitações e contratações públicas. O art. 63 confere o direito de vistas e extração de cópias dos autos.³⁶¹ Tal comando foi reforçado com a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), especialmente com o art. 8º, § 1º, inc. IV que obriga a Administração a divulgar, independente de requerimento, “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”.

³⁶⁰ Laura Mendes Amando de Barros, conceitua controle social com: “... a gama de mecanismo pelos quais os diversos atores da sociedade – organizações da sociedade civil, movimentos, cidadãos, imprensa, etc. – participam de forma dinâmica, interativa, multidimensional, sistêmica e em rede do ciclo da ação pública, em um modelo de governança e coprodução de informações, dados, políticos, serviços e bens públicos, com o intuito de verificar e garantir a fiel observância dos valores legitimidade, responsividade e democraticidade e o alcance de resultados eficazes e eficientes pelos agentes públicos *lato sensu*, inclusive parceiros, contratados, particulares em colaboração, concessionários etc., com a potencial imposição de sanções diretas ou indiretas, de cunho jurídico ou simbólico.” (In: **Compliance e Controle Social do Setor Público**: Auditorias Democráticas, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 96-97.

³⁶¹ Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.

Ainda na Lei 8.666/93, o art. 41, § 1º, permite que qualquer cidadão impugne o edital de licitação diretamente à Administração.³⁶² O art. 113, § 1º, confere o direito de representação ao Tribunal de Contas competente, tanto para impugnar o edital,³⁶³ quanto para relatar qualquer irregularidade na fase de licitação ou execução contratual. O art. 49 confere o direito de provocar a autoridade competente, para anular a licitação no caso de ilegalidade.³⁶⁴

Veja-se que a Lei 8.666/93 possibilita uma cadeia de atos que podem ser praticados pelo Particular visando o controle social. Primeiramente vistas (acesso à informação), verificando irregularidade no edital (fase licitatória), pode impugnar o edital diretamente no órgão licitante ou no Tribunal de Contas. Consumada a licitação, pode provocar a autoridade competente para que declare a licitação e o conseqüente contrato nulo, além de, concomitantemente representar ao Tribunal de Contas qualquer irregularidade. Podendo o cidadão também representar ao Ministério Público, bem como a Polícia Judiciária se a irregularidade se caracterizar em tese como crime (veja que a Lei 8.666/93 traz um rol de tipos penais).

Especificamente sobre obras públicas, conforme dicção do art. 7º, § 8º: “Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.” Dada a importância do acompanhamento das obras públicas, a entidade não governamental Transparência Brasil editou um manual para controle social das obras públicas.³⁶⁵

Entretanto, os mecanismos legais existentes podem ser aprimorados, especialmente em virtude da evolução da tecnologia da informação. Na entrada da terceira década do século XXI, todas as informações pertinentes às obras públicas deveriam estar disponíveis na Internet. Não somente os editais e contratos como determina a Lei de Acesso a Informações, mas todos os documentos contratuais indispensáveis ao acompanhamento contratual e suas atualizações, conforme o andamento da obra, tais como aditivos, planilha de quantidade e preços unitários, medições mensais, cronograma físico-financeiro, constando o respectivo avanço mensal, fotos

³⁶² § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

³⁶³ A Corte de Contas Paulista tem o exame prévio do edital previsto nos arts. 220 e seguintes do seu regimento interno.

³⁶⁴ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

³⁶⁵ <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Controle%20Social%20de%20Obras%20Publicas.pdf> (Acesso 01 out.2020, às 18h10).

da obra. Até mesmo o livro diário de obra, que é uma exigência do CONFEA/CREA,³⁶⁶ poderia ser preenchido em ambiente *on-line*, ficando a disposição para exame da sociedade.

Essas medidas que vão de encontro à moderna tendência de efetiva cooperação entre as partes contratante e a sociedade, certamente, trarão benefícios ao controle dos gastos públicos, mas também contribuirão para o bom desempenho da obra e para a sua conclusão. Com mais atores envolvidos, eventuais problemas, como erros de projeto, erro de quantidade em planilha, identificação de interferências físicas no local da obra, podem ser previamente identificadas e terem as possíveis soluções debatidas entre os atores. A ideia é que, com mais atores envolvidos, os possíveis problemas sejam previamente identificados, existindo uma proatividade e uma cooperação para a rápida solução dos impasses.

Nessa linha de raciocínio, os agentes públicos responsáveis pela contratação, sabendo que terão que expor de forma ostensiva à sociedade os documentos da licitação (projetos, planilhas, cronogramas) tendem a serem mais cuidadosos e, talvez, por isso, passem a elaborar as peças com mais esmero e cuidado.

Assim, se propõe a disponibilização ativa das planilhas de quantidades e preços unitários, bem como a divulgação do *status* do andamento físico-financeiro da obra, atualizados mensalmente após cada medição, em página do órgão contratante na Internet, além dos contratos, aditivos e projetos. As informações devem ser disponibilizadas de forma clara, objetiva; o avanço físico e financeiro também em apresentação gráfica, comparando o planejado com o executado (para demonstrar se há tendência de atraso). Complementa a proposta a realização de audiências públicas de caráter informativo e consultivo, para esclarecer à população as características, o andamento e o encerramento da obra.

Assume-se o pressuposto de que a informação é essencial para se realizar o acompanhamento e controle da obra, pois o acesso à informação é um dos pilares fundamentais do controle social.³⁶⁷

É cabível a normatização de atos facilitadores do controle social, por meio de um regulamento administrativo, a ser editado pela autoridade competente, fixando critérios e procedimentos,³⁶⁸ visando dar efetividade ao acompanhamento e controle social das obras

³⁶⁶ Cf. Resolução nº 1.024, de 21 de agosto de 2009 do CONFEA.

³⁶⁷ BARROS, Laura Mendes Amando de. **Compliance e Controle Social do Setor Público**: Auditorias Democráticas, São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.68.

³⁶⁸ Guilherme Jardim Jurksaitis, defende a normatização de procedimento, via regulamento administrativo, visando criar procedimento para elaboração de termo aditivo em contratos públicos (cf. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos públicos e Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 284.)

públicas, uma vez que não há necessidade de inovação originária no ordenamento jurídico – apenas serão disciplinados instrumentos de facilitação do controle social dando maior transparência à execução contratual e promovendo o diálogo entre a Administração, sociedade e contratado.

Como se trata de uma ideia inovadora, o regulamento administrativo facilita eventuais ajustes que precisem ser realizados. O regulamento deve abranger todas as obras públicas contratadas por valor licitável pelas modalidades tomada de preços ou concorrência pública, nos termos do artigo 23 da Lei 8.666/93.

Apresenta-se, de forma objetiva, o conteúdo do regulamento administrativo visando dar efetividade ao acompanhamento e controle social da obra pública:

- Audiência pública inaugural. Preferencialmente, deve ser realizada em algum próprio público próximo ao local de execução da obra, sendo realizada antes do início da execução contratual. Nesta ocasião, pode ser entregue a ordem de serviço ao contratado. A audiência deve ser presidida pelo gestor do contrato com a participação da contratada. Como conteúdo, será explanado à sociedade, no mínimo, o objeto contratual, o projeto arquitetônico, as planilhas estimativas de quantidades e preços unitários, o cronograma físico-financeiro, as principais obrigações contratuais da contratada, as normas ambientais e de segurança do trabalho que devem ser observadas, e a apresentação do fiscal da obra formalmente designado.

- Audiência pública de acompanhamento. Deve ser realizada a cada seis meses, preferencialmente em próprio público próximo ao local da obra, ocasião em que se apresenta o avanço físico-financeiro da obra com todos os boletins das medições realizadas, notas fiscais emitidas e relatórios dos pagamentos efetuados, bem como o *status* do avanço do cronograma indicando se está atrasado, avançado ou em termo. Uma vez realizado termo aditivo, serão explanadas as justificativas para o aditivo e seu conteúdo. A contratada também deverá demonstrar a regularidade de suas obrigações trabalhistas.

- Audiência pública de encerramento. Preferencialmente, deve ser realizada na obra e realizada entre a emissão do termo de recebimento provisório e o definitivo. Terá um caráter de prestação de contas, com a apresentação de todos os boletins das medições realizadas, notas fiscais emitidas e relatórios dos pagamentos efetuados. Tendo sido realizado termo aditivo, serão explanadas as justificativas para o aditivo e seu conteúdo. Caso seja obrigação do contratado, deverá ser exibido *habite-se*, aprovação do corpo de bombeiros, licença ambiental, e a ligação definitiva de energia elétrica e água. A contratada também deverá demonstrar a regularidade de suas obrigações trabalhistas.

- As audiências públicas devem ser divulgadas com antecedência e, adicionalmente, recomenda-se o envio de convite às faculdades de engenharia civil e arquitetura da região, dirigido aos professores e alunos desses cursos, e as unidades regionais dos conselhos de classes destas profissões.

- Na audiência inaugural, poderá ser criada a Comissão Popular de Acompanhamento de Obra (“CPA”), sendo composta por até 5 membros, democraticamente, eleitos entre os presentes, tendo caráter consultivo. O membro deverá informar o seu endereço eletrônico por onde serão feitas as comunicações.

- Visitas *in loco* podem ser realizadas pela CPA ou por qualquer cidadão, devendo a visita ser previamente agendada. O visitante deverá estar adequadamente vestido, seguir as normas de segurança do trabalho e utilizar equipamento de proteção individual, podendo fazer registros fotográficos do que for observado no local. A contratada deverá disponibilizar, no canteiro de obras, equipamento de proteção individual para, no mínimo, cinco visitantes.

- Formada a CPA, o gestor deve solicitar a emissão de parecer opinativo e não vinculante pela comissão popular de acompanhamento da obra, especificamente nos casos de elaboração de termos aditivos de prazo, valor e alteração de escopo.

- As atas das audiências públicas e os pareceres da comissão popular deverão ser encartados no processo administrativo, bem como eventuais pedidos de informações e esclarecimentos de qualquer cidadão. Esses documentos poderão ser autuados em apenso.

Registra-se, por oportuno, a existência do Projeto de Lei do Senado de nº 325/2017, hoje arquivado que tratava da criação de ferramentas, especificamente, voltadas ao fomento do controle social de obras públicas, serviços e fornecimentos. A ideia era permitir, por meio de aplicativo, a criação de grupos para atuarem como cogestores dos contratos administrativos.³⁶⁹

Atualmente, tramita na Câmara do Deputados o Projeto de Lei nº 66/2019, apensado ao Projeto de Lei 3.927/2015 e ao Projeto de Lei 4800/2019, que institui o Sistema Nacional de Controle Social e Integridade Pública (SNCSI). Apesar de este projeto de lei preocupar-se, prioritariamente, com o combate à corrupção, pode-se utilizar os mecanismos de acompanhamento e controle para colaborar na gestão do contrato público.

5.3.4. A matriz de risco

³⁶⁹ Cf. BARROS, Laura Mendes Amando de. **Compliance e Controle Social do Setor Público**: Auditorias matriz de Democráticas, São Paulo: Quartier Latin, 2019. p 86-87.

Muitas vezes, os contratos de obras públicas são licitados sem qualquer análise ou preocupação com o gerenciamento dos riscos. Entretanto, se ocorrer algum evento danoso ao contrato, pode surgir um impasse contratual sobre quem deve arcar com a responsabilidade, podendo prejudicar o cronograma, paralisar a obra, ou mesmo levar à rescisão do contrato. A observação sobre o desprezo da análise prévia dos riscos, cabe tanto à Administração, como ao contratado que, em sua proposta, não prevê qualquer tipo de contingenciamento.

Aqui se faz uma análise sobre a matriz de risco e um alerta sobre a necessidade de gerenciamento dos riscos que envolvem a execução de uma obra.

Para uma melhor compreensão, são necessárias algumas considerações sobre o risco. De forma singela, risco é um evento futuro e incerto, podendo ser um evento negativo (ameaça) ou positivo (oportunidade) ao empreendimento. Normalmente, a matriz de riscos preocupa-se com os riscos negativos. O risco deve ser avaliado pela sua probabilidade de ocorrência e a dimensão do impacto.

De acordo com Joel de Menezes Nieburh, a matriz de risco presta-se para indicar os riscos, as formas de mitigá-los e distribuí-los entre os contratantes, excepcionalmente atribuí-los a terceiros, dando segurança jurídica, clarificando os riscos assumidos por cada parte. A ideia é que, no curso do contrato, ocorrendo o evento superveniente, tenha-se com clareza quem é o responsável pelas consequências do evento.³⁷⁰

Algumas legislações específicas têm previsão expressa da matriz de risco: a lei das PPPs fala em repartição objetiva de riscos (art. 4º, inc. VI); a Lei 12.462/11 que trata do Regime Diferenciado de Contratações e coloca como obrigatória a matriz de risco para a modalidade contratação integrada (art. 9º, § 5º); e a Lei 13.303/16 que cuida do regime jurídico das estatais e que em seu art. 42, inc. X, define matriz de risco, prescrevendo a sua obrigatoriedade para a contratações semi-integradas e integradas, sendo facultativa para os outros regimes de contratação. Contudo, a Lei das Concessões e a Lei 8.666/93, ambas legislações da década de 1990, não fazem qualquer menção à matriz de risco, o que não impede que a Administração insira a matriz de risco previamente no edital ou contrato.

Do mencionado art. 42 da Lei 13.303/16³⁷¹, destaca-se que a matriz de risco é uma cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do

³⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141.

³⁷¹ X - Matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. O inciso I traz os elementos mínimos para a elaboração da matriz, devendo conter: listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e a previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando houver sua ocorrência.

Pela dicção do mencionado art. 42, a matriz de risco integra o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, distribuindo objetivamente os riscos entre as partes. Desse modo, na ocorrência de um evento danoso ao contratado, mas no qual o risco foi atribuído a ele, não caberá direito a qualquer compensação ou reequilíbrio. Noutra hipótese, se o evento estava alocado na matriz de risco como de responsabilidade da Administração e onerar o contratado, caberá a elaboração de aditivo contratual de valor para o reequilíbrio. O que deve ser preservado é o desenho original do equilíbrio contratual configurado pela matriz de risco.³⁷²

A definição legal do Estatuto das Estatais está focada na questão do equilíbrio econômico-financeiro, contudo a matriz de risco deve também se preocupar com questões relativas ao prazo, ou seja, eventos que podem impactar no prazo, uma vez que a maioria dos contratos de obras públicas prevê aplicações de sanções moratórias pelo atraso na entrega do objeto – em alguns contratos, também para atrasos na entrega de evento marco (como por exemplo, a conclusão do telhado).

Ainda que, mesmo que licitados, a execução dos contratos das estatais seja regida pelo direito privado, não se vislumbra óbice à utilização do seu conceito para os contratos regidos pelo regime de direito público.

O gerenciamento do risco³⁷³ é algo tão relevante que o Guia PMBOK³⁷⁴ traz um capítulo específico sobre o assunto, recomendando, de forma resumida, a seguinte metodologia para o seu gerenciamento: 1.) identificar os risco individuais do projeto, bem como fontes de risco geral, criando um lista; 2.) realizar a análise qualitativa dos riscos, avaliando a sua probabilidade

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

³⁷² NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 142.

³⁷³ Gerenciamento dos riscos do projeto. Inclui os processos de condução de planejamento, identificação e análise de gerenciamento de risco, planejamento de resposta, implementação de resposta e monitoramento de risco em um projeto. Cf. Guia PMBOK 6ª edição p. 24.

³⁷⁴ Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos (Guia PMBOK). 6 ed. Newtown Square, PA: **Project Management Institute**, 2017. Versão em português.

de ocorrência e impacto, assim como outras características; 3.) Realizar a análise quantitativa dos riscos, analisando numericamente o efeito combinado dos riscos individuais identificados no projeto e outras fontes de incerteza nos objetivos gerais do projeto; 4.) planejar as respostas desenvolvendo alternativas, selecionando estratégias e acordar ações para lidar com a exposição geral de riscos, e também tratar os riscos individuais do projeto.³⁷⁵

Identificados os riscos, o PMBOK apresenta 5 estratégias (alternativas) para resposta aos riscos: 1.) escalar – significa assumir que, se o risco ocorrer, pela sua magnitude, o contrato não terá como absorvê-lo, sendo o problema levado a um nível estrutural superior, por exemplo, outra licitação para solucionar o problema; 2.) prevenir – significa que, após o risco ser identificado, alguma medida foi tomada para eliminar a sua ocorrência ou seu impacto; 3) transferir, envolver passar a responsabilidade para um terceiro, como por exemplo, por meio de um seguro; 4) mitigar – são ações para reduzir a probabilidade de ocorrência e/ou do seu impacto; e 5) aceitar, é ter conhecimento do risco, não tomar qualquer medida proativa para impedir, transferir ou mitigar. Essa estratégia deve ser adotada quando não é possível, nem econômico dar tratamento à ameaça.

A Instrução Normativa nº 05/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, destinada a contratações de serviços pela administração direta da União (não aplicável diretamente para obras de engenharia), traz no art. 25 e seguintes, de forma didática, uma metodologia para o gerenciamento de riscos, que pode ser aplicada na contratação de obras públicas, sendo um caminho para o início da elaboração da matriz de risco para a Administração. Em seu anexo IV, há um modelo de mapa de risco que pode ser preenchido antes da elaboração da matriz de risco, servindo de guia para a elaboração da matriz.

A elaboração da matriz de riscos com a distribuição objetiva do risco entre as partes contratantes é um ato discricionário, que deve ser praticado de forma justa e equilibrada. Como todo ato administrativo dessa natureza, deve ser praticado dentro de critérios técnicos, não podendo, aleatoriamente, alocar todos os riscos ao contratado. Se fizer isso, haverá, ao menos, duas consequências: primeira, irá contrariar o propósito da matriz de risco que é gerar segurança jurídica, pois criando um contrato leonino, será passível de futuros questionamento; segundo, os riscos são precificados pelos proponentes, tornando o contrato mais caro.³⁷⁶

³⁷⁵ Cf. Guia PMBOK. 6ª ed. Newtown Square, PA: **Project Management Institute**, 2017. p. 395.

³⁷⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 142-143.

Apesar de a Lei não estabelecer critérios objetivos de como os riscos devem ser distribuídos entre as partes, o desejável é que o risco seja alocado à parte que tem melhor condições de gerenciá-lo. Atuar de forma diferente, imputando ao contratado riscos inerentes à atuação do Poder Público, irá desestimular a participação de proponentes, diminuindo a disputa, e fazendo com que os poucos que desejem participar aumentem o valor de suas propostas. Noutra giro, se os riscos forem atribuídos a quem tem condições de gerenciá-los, estar-se-á estimulando a competição e a eficiência no gerenciamento de risco.³⁷⁷

O conteúdo da matriz de risco não pode violar o direito constitucional dos contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (CF, art. 37, inc. XXI). Adverte Joel Menezes Niebuhr que a competência administrativa discricionária para elaborar a matriz de risco não pode ser utilizada como estratégia para subverter o direito ao equilíbrio contratual, transferindo ao contratado as responsabilidades que seriam, naturalmente, da administração.³⁷⁸

Nos contratos regidos pela Lei 8.666/93, igualmente, a matriz de risco não pode violar os preceitos do art. 65, inc. II, alínea d. Por exemplo, não pode alocar um evento de força maior ou fato do príncipe para o contratado, mas pode estipular até que ponto uma variação de preço de insumo ou variação cambial está contida na álea econômica ordinária, e a partir de qual determinado patamar estaria entrando na álea extraordinária (fugindo da variação normal de mercado). Isso daria segurança jurídica ao contratado que poderia precificar com mais precisão a sua proposta e ao gestor público que se sentiria confortável para formalizar um termo aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de variação cambial ou aumento anormal de algum insumo.³⁷⁹

Tudo isso deve ser pensado em prol da coletividade que deseja a obra entregue para uso. De nada adianta atribuírem, excessivamente, riscos que o contratado não pode suportar, pois, na ocorrência do risco, o resultado será o abandono da obra, a sua paralisação e, talvez, a quebra do contratado. Assim, os riscos sistêmicos e catastróficos (como força maior e caso fortuito) devem ficar reservados à Administração.

Cabe a observação que pelo princípio da boa-fé, mesmo sendo o risco da outra parte, em se materializando, todos devem impingir esforços para mitigá-lo, minorando os efeitos

³⁷⁷ PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de PPP. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 179.

³⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143.

³⁷⁹ Como por exemplo já ocorreu na variação anormal do preço dos derivados betuminosos para pavimentação. Vide: Instrução de serviço nº 6 DNIT/ SEDE, de 07 de março de 2019.

econômicos do evento, pois não se podem admitir comportamentos oportunistas e contrários à cooperação e boa-fé contratual.

A matriz de risco apresenta uma ligação íntima com o BDI, conforme discorrido em capítulo anterior (item 2.5). Um dos elementos que compõe o BDI são as taxas de seguros, garantias e risco. Os seguros equivalem ao valor do prêmio para a seguradora, pela transferência do risco. Quanto aos riscos propriamente ditos, a taxa do BDI visa formar uma verba de contingência calculada, considerando a probabilidade de ocorrência do risco e o custo necessário para fazer frente a sua materialização.³⁸⁰ Desse modo, na medida em que a Administração aloca mais riscos ao contratado, deve-se aumentar a taxa do BDI na rubrica taxa de risco, elevando o preço do contrato.

Tecidas essas considerações e lembrando que o objetivo do contrato de obra pública é a sua conclusão com a entrega para a poluição por um preço justo, sem levar o contratado à ruína, a matriz de risco bem utilizada, formulada dentro de critérios técnicos e sem abuso do poder discricionário, presta-se como um excelente mecanismo para se evitarem disputas contratuais que atravancam o andamento da obra, trazendo segurança jurídica às partes: para o contratado, na medida em que sabe de antemão os riscos que assumiu e pode precificá-los na proposta, e, principalmente, para o gestor público, que vai se sentir confortável para celebrar o termo aditivo e justificá-lo aos órgãos de controle. Nessa linha de raciocínio, contribui-se para combater o “apagão das canetas”.

Adicionalmente, para a elaboração da matriz de risco, um profissional (ou um grupo) se debruça sobre o projeto, em momento anterior à fase de licitação, já podendo identificar eventuais falhas e erros que podem ser previamente corrigidas na fase interna da licitação. Um bom planejamento e estudos na fase interna da licitação evitam disputas e entraves na fase de execução contratual.

5.3.5. Dispute boards.

³⁸⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: formação e metodologias para a recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. 1ª reimpressão: Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 97.

O *dispute boards* está intimamente ligado à proatividade na resolução dos problemas, devido ao rápido prazo médio de resolução da controvérsia —³⁸¹ o Acórdão nº 1.079/2019-TCU-Plenário indicou como um dos pontos determinantes para o sucesso de alguns empreendimentos a proatividade e agilidade nas definições de projetos e controvérsias.

Flávio Amaral Garcia classifica o *dispute board* como: “um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática.”³⁸² Para Ricardo Medina Salla, são mecanismos de solução não jurisdicional de controvérsias, compostos por número ímpar de membros especialistas, independentes e imparciais, nomeados na fase inicial do contrato pelas partes e por elas remunerados, que, presentes ao canteiro de obras e conhecedores do contrato, podem emitir recomendações não-vinculantes ou decisões vinculantes acerca de controvérsias, em tempo real.³⁸³

As principais finalidades são atuar de forma preventiva, solucionando potenciais divergências de natureza técnica ou econômico-financeira; se necessário, resolvendo divergências que não foram evitadas, agindo de forma proativa e célere, valendo-se do conhecimento prévio dos documentos contratuais e do acompanhamento do andamento do empreendimento. Vale dizer o *dispute board* deve ser preventivo, proativo e ágil.

Evidentemente, num contrato de infraestrutura de alta complexidade não se pode exigir uma decisão em tempo real, talvez isso nem seja recomendável, exigindo alguma reflexão, mas certamente o pronunciamento do Comitê será muito mais célere do que o encaminhamento à arbitragem ao judiciário, uma vez que, somente terá o primeiro contato com o contrato após serem provocados e, muitas vezes, a decisão arbitral ou judicial exigirá perícia técnica.

O *dispute boards* será, talvez, incorporado à cultura administrativa dos contratos de grande porte de infraestrutura. O substitutivo do Projeto de Lei 1.292/95 que cuida da chamada Nova Lei de Licitações prevê, expressamente, em seu art.149, o comitê de resolução de disputas.³⁸⁴

³⁸¹ Cf. Enunciado 80 do Conselho da Justiça Federal e Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI da Secretaria Especial do Programa de Parceria de Investimentos, da Casa Civil da Presidência da República.

³⁸² *Dispute boards* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila; MOREITA, Ergon Bockmann; GARCIA, Flavio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação.** Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte. Fórum, 2020. p. 100.

³⁸³ Aplicação dos Dispute Boards ao Mercado Imobiliário. In ARAÚJO, Paulo Doron R. de (coord.). **Arbitragem, mediação e dispute boards no mercado imobiliário.** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 206.

³⁸⁴ Art. 149. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Apesar de atualmente nenhuma lei federal dispor expressamente sobre o *dispute board*, pode-se extrair base legal para sua inserção contratual nas concessões comuns, no art. 23-A da Lei 8.987/95, que permite o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas; e nas parcerias público-privadas, no art. 11, inc. III, da Lei 11.079/04.³⁸⁵

O Conselho da Justiça Federal editou os seguintes enunciados doutrinários, reforçando os fundamentos conceituais do Comitê de Resolução de Disputa, os quais são aplicáveis tanto aos contratos privados, quanto aos públicos:

Enunciado 49 Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Enunciado 76 As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes verem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

Enunciado 80 A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

O Município de São Paulo promulgou a Lei 16.873/2018, regulamentando a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputa em contratos administrativos continuados. A Casa Civil da Presidência da República promoveu a Consulta Pública nº 1/2019 do PPI/Casa Civil, baseada na Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI da Secretaria Especial do Programa de Parceria de Investimentos, da secretaria de transporte, acerca da resolução que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura, qualificados no âmbito do PPI/ Casa Civil. Na consulta pública, foi disponibilizada a minutada resolução com o modelo da cláusula.³⁸⁶ Após a consulta pública,

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, tais como, as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

(...)

Art. 151. Os contratos poderão ser aditados para permitirem a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Art. 152. O processo de escolha dos árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

³⁸⁵ GARCIA, Flávio Amaral. Dispute boards e os contratos de concessão. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREITA, Ergon Bockmann; GARCIA, Flavio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte. Fórum, 2020. p. 106.

³⁸⁶ Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19> . Acesso em: 19 out. 2020.

não foram divulgados novos andamentos do processo, e até outubro de 2020 não foi emitida resolução sobre o assunto.

Explanada a maturidade legislativa do *dispute board*, passa-se às principais características e forma de atuação.

Em breve comentário, a mencionada legislação do município de São Paulo, Felipe Faiwichow Estefam esclarece que os Comitês de Disputa podem ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme disposto no contrato administrativo. Ao Comitê por Revisão cumpre emitir recomendações não vinculantes às partes do contrato. Ao Comitê por Adjudicação cumpre emitir decisões contratualmente vinculantes. E ao Comitê Híbrido cumpre recomendar e decidir sobre a divergência, cabendo à parte que provocar o comitê estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.³⁸⁷

O comitê de disputa pode ser instaurado desde o início da execução contratual, ou *ad hoc* instituído quando já houver instaurada a divergência. Quando instalado desde o início da execução contratual, ao, no mínimo, anteriormente à fase de maior investimento – fazendo o monitoramento concomitante ao andamento do contrato, com reuniões periódicas e análise de relatórios emitidos pelas partes –, o Comitê acaba tendo uma atuação preventiva, evitando a paralisação do empreendimento e/ou um desfecho judicial ou arbitral da controvérsia.

Em regra, é composto por três membros: dois técnicos (engenheiros) e um com formação jurídica que, geralmente, preside o comitê e redige os documentos finais. Como no âmbito Federal não existe uma legislação própria, fica reservado ao contrato estipular sobre a forma de nomeação dos membros. Geralmente, cada parte indica um membro técnico, sendo que a parte contrária pode vetar. Os membros técnicos escolhem o presidente. Os membros devem ser imparciais, com formação técnica e experiência profissional compatíveis com o objeto contratual e sem relação com as partes, caracterizando os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil.

As decisões do comitê não têm força de sentença ou título judicial. A sua eventual inobservância caracteriza-se como inadimplemento contratual, podendo ensejar em multa, perda e danos³⁸⁸ ou embasar uma medida arbitral ou judicial de obrigação de fazer ou não fazer.

O *dispute board* não conflita com a inafastabilidade do judiciário, pois, mesmo o desatendimento da decisão de um comitê por adjudicação, é considerado inadimplemento

³⁸⁷ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 15.

³⁸⁸ SALLA, Ricardo Medina Salla. Aplicação dos Dispute Boards ao Mercado Imobiliário. In: ARAUJO, Paulo Doron R. de (coord.). **Arbitragem, mediação e dispute boards no mercado imobiliário**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 207.

contratual, podendo ser objeto de questionamento arbitral ou judicial, inclusive passível de suspensão da decisão por medida liminar, como ocorreu no Contrato administrativo nº 4107521301 da linha 4, amarela do metrô.³⁸⁹

O *dispute board*, adicionalmente, confere segurança ao gestor, mesmo nas deliberações do Comitê por Revisão, pois o gestor se sentirá amparado em conceder um aditivo com base na recomendação do comitê.

Pode-se argumentar, como ponto desfavorável, os custos de manutenção do comitê, mas, considerando o porte da obra e seu benefício social, os custos podem ser pouco significantes. A mencionada minuta de resolução da Consulta Pública nº 1/2019 do PPI/Casa Civil recomenda que os profissionais de engenharia sejam remunerados pela Regulamento de Honorários para Avaliações e Perícias de Engenharia do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo (IBAPE/SP), e o profissional de formação jurídica pelos honorários da tabela da OAB, estimando, para acompanhamento do contrato, uma carga mensal de 15 horas para cada profissional, chegando-se ao valor mensal de R\$ 37.000,00.

³⁸⁹ ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo nº 4107521301. Linha 4 - Amarela do Metrô. Execução da obra civil, obra bruta e acabamentos para conclusão da fase 2. VCA Vila Sônia. Serviços de retirada e disposição de solo contaminado. Decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD). Revisão. – 1. CRD. Decisão. O item 20.2 do Edital prevê o envio dos litígios a um Conselho de Resolução de Disputas, composto por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas assegura que "a decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for notificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial". As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que permeiam o contrato administrativo nº 4107521301; a concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos na lei (CPC, art. 300, 'caput'), sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'. – 2. Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, 'caput'), a revogação é medida de rigor. – Tutela de urgência deferida. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

CONCLUSÃO

O Estado tem-se utilizado, cada vez mais, da técnica contratual para a consecução de seus objetivos. Apesar de ser juridicamente possível uma obra pública ser executada diretamente pela Administração, as boas práticas de governança pública indicam que a melhor solução é a execução indireta por meio de licitação e contratação de uma empresa especializada em engenharia.

O contrato de obra pública é uma subespécie da espécie contrato administrativo. Encontra-se regido pelo regime de direito público, cuja principal matriz normativa é a Lei 8.666/93. O contrato possui alguns contornos próprios, especialmente no que tange à chamada parte interna da licitação, que exige por força dos arts. 7º a 12 da referida Lei, apresentação de projeto básico aprovado, orçamentos detalhados em planilhas, previsão de recursos orçamentários adequado ao cronograma físico-financeiro da obra e, se for o caso, adequação ao plano plurianual. Distingue-se, assim, das compras e contratações de serviços comuns, que, geralmente, são objetos de pregão.

O contrato administrativo não deixa de ser um instrumento de alinhamento de interesses da Administração e do Particular: a primeira quer um interesse público atendido; o segundo, mesmo atuando com um colaborador do Estado, via de regra, quer o lucro dentro da lógica capitalista. Mesmo sendo um acordo de vontade para satisfação de interesses, fica mantida uma posição de supremacia da Administração pelas chamadas cláusulas exorbitantes, tendo por contraponto o direito do contratado e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, a Administração quer um interesse público atendido sem quebrar o particular que se prestou a atuar como um colaborador da Administração.

Dentre as características do contrato administrativo, a autoexecutoriedade (que é um dos atributos dos atos administrativos, aplicável aos contratos administrativos), aliada a competência para rescisão unilateral dos contratos, para alteração unilateral e de suspensão dos contratos, estão ligados diretamente a algumas das causas de rescisão sem culpa do contratado. Por isso foi necessário explorar as características do contrato administrativo para o estudo da rescisão do contrato administrativo.

Salvo os casos de rescisão amigável, geralmente a rescisão do contrato administrativo, sem culpa do contratado, decorre de uma crise na relação contratual, que acaba desencadeando a rescisão. Essa crise pode derivar de falhas de projeto, erro de orçamento (por isso, enfatizamos a fase interna da licitação de obra pública), atraso em desapropriações, falta de licença

ambiental, problemas orçamentários e financeiros, caso fortuito, força maior, ou mesmo o surgimento de uma interferência imprevista, entre outros. Diante de qualquer um desses cenários, o gestor terá que decidir entre reequilibrar o contrato por meio de aditivo (lembrando que a lei impõe limites de valores nos aditivos); suspender a execução do contrato até a situação se normalizar, mantendo o equilíbrio do contrato enquanto o empreendimento fica parado; ou rescindir. A decisão deve se pautar principalmente no interesse público envolvido e na economicidade da decisão tomada.

As hipóteses de rescisão sem culpa do contratado estão disciplinadas no art. 78, incisos XII a XVII e, residualmente, nos artigos 66 e 77, da Lei 8.666/93. As hipóteses de rescisão do art. 78 são as seguintes: inc. XII, por interesse público; inc. XIII, por supressão de escopo acima do permitido; inc. XIV, suspensão da execução do contrato por período superior a 120 dias; inc. XV, atraso no pagamento por período superior a 90 dias; inc. XVI, falta de liberação do local de execução dos serviços ou de jazidas de materiais; e inc. XVII, caso fortuito ou força maior. Qualquer outro inadimplemento contratual relevante da Administração pode ser enquadrado no art. 66 c/c 77, ou seja, o rol do art. 78 não é exaustivo.

De todo contrato, espera-se o seu fim normal, com a consecução do objeto contratual. Entretanto, havendo a extinção antecipada do vínculo contratual, seja por anulação ou por rescisão, a Lei 8.666/93 disciplina as consequências. Tanto o art. 59, parágrafo único que cuida da indenização no caso de anulação do contrato, quanto o art. 79, § 2º que cuida da indenização no caso de rescisão do contrato, utilizam-se da expressão “prejuízos regularmente comprovados”; contudo, o enfoque doutrinário e jurisprudencial para o cabimento dos lucros cessantes são distintos.

No caso da anulação, o fundamento principal é a responsabilidade civil do Estado, ao passo que, nos casos de rescisão, a fundamentação se dá com base na responsabilidade civil comum, conforme se depreende da leitura dos votos do Superior Tribunal de Justiça, favoráveis ao pagamento dos lucros cessantes. Em todos os Tribunais pesquisados, porém, notou-se divergência jurisprudencial.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os primeiros acórdãos que trataram do pagamento dos lucros cessantes foram favoráveis ao seu pagamento, sob o fundamento de que os “prejuízos” abrangiam os danos emergentes e lucros cessantes, aplicando supletivamente o conceito do art. 1.059 do Código Civil de 1916, conforme permitido pelo art. 54 da Lei 8.666/93.

No Embargos de Divergência em REsp nº 737.741/RJ, o Ministro Herman Benjamin apresentou voto vencido e divergente, basicamente fundamentando que a matéria encontrava-

se disciplinada na Lei 8.666/93, não havendo campo para aplicação supletiva do direito civil, asseverando que, se o legislador quisesse prever os lucros cessantes, teria sido expresso no art. 79 da Lei 8.666/93. Essas são as duas correntes jurisprudenciais sobre o assunto. De qualquer forma, vários acórdãos mencionados na pesquisa filiam-se à primeira corrente, entendendo que a dicção prejuízos abrange os danos emergentes e lucros cessantes, mas exigem a comprovação dos prejuízos para o pagamento, motivo pelo qual a demonstração dos lucros cessantes deve ser feita na petição inicial, a fim de avaliar a necessidade de prova pericial.

Nesta dissertação, defende-se como correto e válido o raciocínio para o pagamento dos lucros cessantes com base na responsabilidade civil comum. Adicionalmente, registra-se que, dentre as duas correntes interpretativas, a primeira corrente está em melhor conformidade com a Constituição Federal, a qual diz que, na contratação de obras, sejam mantidas as condições efetivas da proposta (CF art. 37, XXI). Esclarecendo em outras palavras: a proposta apresenta um preço que se torna o valor do contrato. Esse preço é composto por custos diretos e BDI, o qual, por sua vez tem, em sua composição, o lucro. Essa vontade constitucional de manter as condições efetivas da proposta não desaparece com a rescisão, pois o contrato efetivamente se encerra quando todas as consequências da sua extinção são dirimidas de acordo com as normas jurídicas aplicáveis. Mesmo sendo um contrato rescindido, ele gera reflexos no mundo jurídico enquanto permanecerem os efeitos e consequências da rescisão. Todo esse aspecto, que vai da contratação até extinção do vínculo contratual, está acobertado pela regra constitucional da manutenção das condições efetivas da proposta, a qual contém o lucro.

O art. 79, § 2º merece crítica ao agrupar e dar tratamento idêntico a todas as causas de rescisão. Sustenta-se, neste trabalho, a ideia de que a extensão da indenização em casos de rescisão por interesse público, fato da administração e caso fortuito ou força maior não pode ter tratamento legislativo idêntico. Pode-se argumentar que o Particular, ao contratar com a Administração sabia que, preenchidos os requisitos, a Administração poderia rescindir unilateralmente o contrato, cabendo ao Particular considerar isso em suas previsões financeiras, mas jamais poderia se argumentar que o Particular deveria prever como algo lícito a falta de pagamento dos serviços realizados, por período superior a 90 dias (inc. XV), ou prever como lícito o inadimplemento contratual da Administração que não liberou o local da execução dos serviços ou jazidas de materiais (inc. XVI). Do mesmo modo, os casos de caso fortuito ou força maior deveriam ter um tratamento diferente, pois são eventos que fogem da esfera de atuação das partes contratuais.

As causas de rescisão sem culpa do contratado, para fins didáticos, podem ser divididas em três grupos: (i) por interesse público e por suspensão da execução do contrato por período

superior a 120 dias; (ii) por fato da administração, assim entendido com qualquer descumprimento de obrigação contratual ou legal que impeça, ou dificulte de sobremaneira, a execução contratual; e (ii) por caso fortuito ou força maior.

Com relação à rescisão por interesse público, apesar de ser uma prerrogativa da Administração e de possível previsão pelo Particular, entende-se que o contratado deve ter uma compensação pelos lucros cessantes, na medida em que se prontificou a participar de um processo licitatório e assinou um contrato como colaborador da Administração, executando uma atividade que a princípio poderia ser exercida diretamente pela Administração. As empresas têm recursos humanos, capital de giro e recursos materiais limitados, e geralmente quando firmam um contrato, dispensam outras oportunidades, pois os recursos serão alocados no contrato já firmado. Também pode haver um abuso da discricionariedade, utilizando a rescisão por suposto interesse público como instrumento de perseguição de desafetos políticos.

A Lei 8.666/93 não traz um parâmetro claro sobre a extensão da dicção “prejuízos”, sendo cabível à aplicação supletiva do direito civil que impõe como regra que as perdas e danos abranjam, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, agasalhando os lucros cessantes. Concorde-se, assim, com a corrente jurisprudencial que acata a aplicação supletiva do código civil.

Na linha do pragmatismo, para dar agilidade nas relações econômicas e segurança jurídica tão necessária ao desenvolvimento nacional e atração de investimentos, defende-se, nesta dissertação, que a legislação brasileira, para os casos de rescisão do contrato por interesse público, deveria se inspirar na legislação espanhola e portuguesa e fixar previamente a indenização a título de lucros cessantes, calculada em um percentual pré-estabelecido sobre o valor contratual não executado em virtude da rescisão, ou seja, a prefixação das perdas e danos quanto aos lucros cessantes. Um parâmetro determinado e previamente definido auxiliará o gestor a tomar a melhor decisão no caso concreto.

A rescisão pela suspensão da execução do contrato por período superior a 120 dias deve ter o mesmo tratamento da rescisão por interesse público, pois se der um tratamento mais benéfico à Administração, essa poderá socorrer-se do subterfúgio e, ao invés de rescindir, suspender indeterminadamente o contrato. Isso causará maior lesão ao empresário em virtude da incerteza e do desestímulo pela busca de novas oportunidades, pois ficará na expectativa da retomada do contrato.

Com relação à rescisão por fato da administração, aqui é entendida de forma ampla como qualquer inadimplemento relevante da Administração que impeça ou dificulte a execução do contrato (sem o imediato reequilíbrio), incluindo as hipóteses de supressão do contrato acima

do limite do artigo 65; atraso no pagamento por período superior a 90 dias; falta de liberação de local para a execução contratual ou jazidas; bem como qualquer outro inadimplemento de sua responsabilidade, tais como falta de liberação de projetos executivos, falta de liberação de licenças ambientais. Nesses casos, como a ação ou omissão da Administração foi um fato antijurídico, em desconformidade com o contrato, em magnitude que levou à rescisão contratual, entende-se que a indenização deve ser ampla com o pagamento dos lucros cessantes. Nessa hipótese o dever de indenizar terá fundamento na responsabilidade civil do Estado. Caso seja fixado em percentual em lei, deve ser maior do que o percentual prefixado para a rescisão por interesse público.

Com relação à rescisão por caso fortuito e força maior, na esteira de entendimentos doutrinários e de um único julgado localizado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que tratou da rescisão por caso fortuito, acredita-se ser razoável o compartilhamento dos prejuízos, sendo o contratado reembolsado somente pelos danos emergentes. Neste caso, não se trata do exercício do poder discricionário (rescisão por interesse público), nem da prática de ato antijurídico pela Administração (fato da administração).

Com relação à parcela dos prejuízos relativa aos danos emergente, em todos os casos, a legislação como está posta, não merece reparo, conforme a defesa do pesquisador, devendo indenizar os prejuízos regularmente comprovados. Como se trata de um mestrado profissional e o desejável por todos (Administração, contratado e toda a sociedade) é que os contratos tenham o seu fim normal com a entrega do objeto à Coletividade, por bem, apresentou-se, no capítulo 5, um diagnóstico, com base em informações colhidas no Tribunal de Contas da União e no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sobre a quantidade de obras paralisadas e dos motivos da paralisação. Pelo levantamento do TCU, cerca de 1/3 das obras contratadas estão paralisadas. Os motivos são, preponderantemente, decorrentes de falhas de projeto ou orçamento e insuficiência orçamentária ou financeira. Entende-se importante compreender a causa raiz que leva à paralisação da obra e à rescisão do contrato, com a finalidade de aprimoramento do procedimento de licitação e contratação de obra pública, buscando-se a conclusão das obras, sem rescisão contratual.

Observou-se a nítida correlação entre as causas de paralisação das obras com os motivos de rescisão do contrato administrativo sem culpa do contratado, como, por exemplo, os casos de falta de recebimentos pelos serviços executados.

Para evitar ou mitigar os efeitos danosos da paralisação das obras, foram apresentadas algumas sugestões para a gestão pública implementar, como: a necessidade de melhor planejamento técnico e orçamentário; efetiva responsabilização do gestor e do agente público;

acompanhamento social do andamento da obra; utilização da matriz de risco para dar segurança e agilidade nas decisões; e utilização dos *dispute boards* como instrumento de prevenção de litígios e rápida solução daqueles que não foram evitados.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed., vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2018.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ARAÚJO, Paulo Doron R. de (coord.). **Arbitragem, mediação e dispute boards no mercado imobiliário**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Comentários ao PLS nº 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso), v. 181, p. 9-23, 2016. p. 12.
- BARROS, Laura Mendes Amando de. **Compliance e Controle Social do Setor Público: Auditorias Democráticas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras: 2019 : fiscalização de obras públicas pelo TCU : 23º ano / Tribunal de Contas da União. Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2019.
- CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Luiz Raymundo Freire de. PINI, Mário Sérgio. **Elementos de engenharia de custo: desatando o nó para os agentes de obras públicas na formação do preço para a construção civil**. São Paulo: Pini, 2012.
- CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda e MOTTA, Thiago de Lucena. **O fato da Administração e a revisão dos contratos administrativos a partir da violação da boa-fé objetiva**. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 37-60, jan-fev 2019.
- COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CRETILLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio”, nos contratos administrativos. **Revista de Direito Público**. RDP 76/11, out.- dez./1985
- _____. **Dicionário das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CUÉLLA, Leila, et. al. **Direito Administrativo e Alternativo Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.) **Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, volume 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I. 18 ed. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2017.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 5 ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6 ed.rev., volume II. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Contratos e Atos Unilaterais**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Direito Civil Brasileiro vol. 3).

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo, 1. Tomo: Parte General**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. **Tratado de derecho administrativo, 2. Tomo: La defensa del usuario y del administrado**. 5ª edição – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Direito Público na Lei da Introdução às Normas de Direito Brasileiro –LINDB (Lei nº 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro. Edição Especial: p. 135-169, nov. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Perdas, danos e lucros cessantes em perícias judiciais**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. **Prova pericial contábil: teoria e prática**. 11 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA, Renata Faria. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 4.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Contrato administrativo**. Revista dos Tribunais, RT 734/95. Dez./1996.
- _____. **Curso de Direito administrativo**. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A remuneração do particular na execução de atividade pública**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil direito das obrigações 2º parte**, 5 volume. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1ª reimpressão: Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MUKAIM Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito do terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008
- _____. (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.
- _____.; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- OLIVEIRA, José Carlos Ferreira de. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. **Revista dos Tribunais**. RT 320/21. Jun. /1962.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito administrativo**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- _____. **Licitações e contratos administrativos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio e SILVEIRA, Marilda de Paula (orgs.). **O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. 1. ed. Editora Fórum, 2014.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos (Guia PMBOK)**. 6 ed. Newtown Square, PA: Project Management Institute, 2017. Versão em português.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia jurídica: passo a passo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____; FEFERBAUM, Mariana. (coords.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. (coord. Cezar Peluso). 5 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras jurídicas**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos comentado e anotado**. 7ªed. Edições Almedina: Coimbra, 2018.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos públicos e Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa**. Tese de Doutorado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012. – (coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Latufo).