

BRASÍLIA 2023

ISBN 978-85-7267-149-1

Coordenação

Lilian Rose Rocha Lemos

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
E CONTROLE ADMINISTRATIVO
DAS ATIVIDADES DO ESTADO**

Organização

**José Eduardo Cardozo
Ana Carolina Coelho Santos
José Ramalho Brasileiro Júnior**

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Coordenação

Lilian Rose Rocha Lemos

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

***CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E
CONTROLE ADMINISTRATIVO DAS
ATIVIDADES DO ESTADO***

Organização

**José Eduardo Cardozo
Ana Carolina Coelho Santos
José Ramalho Brasileiro Júnior**

**Brasília
2023**



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Coordenação-Geral Acadêmica

Prof. PhD Lilian Rose Lemos Rocha

Organização

José Eduardo Cardozo

Ana Carolina Coelho Santos

José Ramalho Brasileiro Júnior

Comitê Científico

Daniel Amin Ferraz (VIU)

Francisco Rezek (UFMG)

Gustavo Ferreira Ribeiro (IUB)

Jefferson Carús Guedes (PUC/SP)

José Levi Do Amaral Júnior (USP)

Leonardo Roscoe Bessa (UERJ)

Patrícia Perrone Campos Mello (UERJ)

Conselho Editorial

Antônio H. Graciano Suxberger (UPO)

Arnaldo S. de Moraes Godoy (PUC/SP)

Liziane Paixão Silva Oliveira (UPCM)

Marcia Dieguez Leuzinger (UNB)

Marlon Tomazette (CEUB)

Nitish Monebhurrin (UPPS)

Paulo A. Cavichioli Carmona (PUC/SP)

Sandro Lúcio Dezan (CEUB)

Disponível em: repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: contratos administrativos e controle administrativo das atividades do estado. / coordenadora, Lilian Rose Rocha Lemos – Brasília: CEUB: ICPD, 2023.

160 p.

ISBN 978-85-7267-149-1

1. Direito administrativo. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.9.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do CEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o CEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/CEUB.

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos científicos ora apresentados são fruto da disciplina Contratos Administrativos e Controle Administrativo das Atividades do Estado ministrada no segundo bimestre de 2023 pelo José Eduardo Cardozo.

No bimestre, foram trabalhados casos difíceis (hard cases), sob o prisma dos contratos administrativos e controle administrativo das atividades do Estado em seus desdobramentos atuais.

Foram selecionados 8 (oito) artigos sobre os assuntos e textos trabalhados durante o bimestre. Os textos são de autoria dos discentes da disciplina, sendo estes: Deivinson Alves Lopes, Gabriela Freire Martins, Janaina Izaura de Souza, Mari Luiza Furtado Boita Laude, Natalia Dantas de Medeiros, Nayara Barbosa da Silva, Rafael Cunha Maia e Rebecca Suzanne Robertson Paranaguá Fraga.

SUMÁRIO

A NULIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS INOVAÇÕES DA LEI 14.133/2021: BREVES CONSIDERAÇÕES	07
---	-----------

Deivinson Alves Lopes

NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	21
--	-----------

Gabriela Freire Martins

CONTRATOS DE CONCESSÃO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM OS CLUBES DE FUTEBOL	45
--	-----------

Janaina Izaura de Souza

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIROFACE AOS DESAFIOS DA COVID-19	69
---	-----------

Mari Luiza Furtado Boita Laude

A APLICABILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	89
--	-----------

Natalia Dantas de Medeiros

CONTRATOS PÚBLICOS E COMPLIANCE NA LEI 14.133/2021	107
---	------------

Nayara Barbosa da Silva

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: OS LIMITES DA
PRERROGATIVA DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 121**

Rafael Cunha Maia

**ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS ENTRE
ENTIDADES DE SAÚDE PRIVADAS COM O SISTEMA
ÚNICO DE SAÚDE 138**

Rebecca Suzanne Robertson Paranaguá Fraga

A NULIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS INOVAÇÕES DA LEI 14.133/2021: BREVES CONSIDERAÇÕES

Deivinson Alves Lopes¹

RESUMO

O artigo analisa as inovações introduzidas pela Lei 14.133/2021 e as modificações causadas na Teoria Geral do Direito Administrativo, especialmente sobre anulação de contratos. A partir de uma leitura sistemática, traça o novo panorama da anulação dos contratos administrativos, dialogando com as divergências doutrinárias.

Palavras-chave: Lei 14.133/2021. Contrato administrativo. Anulação.

ABSTRACT

The article analyzes the innovations introduced by Law 14.133/2021 and the changes caused in the General Theory of Administrative Law, especially on the annulment of contracts. From a systematic reading, it analyzes the new panorama of the annulment of administrative contracts, dialoguing with the doctrinal divergences.

Keywords: Law 14.133/2021. Administrative contract. Annulment.

¹ Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD, Direito e Prática Processual nos Tribunais

1 INTRODUÇÃO

Em primeiro de abril de 2021, foi promulgado o Estatuto Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 14.133/2021. Suas disposições inauguraram um novo regime jurídico das contratações públicas e dos contratos administrativos. Embora sem grandes mudanças, aguardadas por parte da doutrina jurídica e dos aplicadores do Direito, o novo diploma alterou especialmente a análise sobre nulidades contratuais.

Ao acompanhar a Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a nova Lei de Licitações e Contratos trouxe regras que requerem expressamente a análise concreta das consequências das decisões em anulações de contratos administrativos.

Em um primeiro momento, considerando as regras dos diplomas anteriores, e as decisões jurisprudenciais e em órgãos de controle, a matriz interpretativa consequencialista não é de inteira novidade no Direito Administrativo. Todavia, alguns artigos do novo diploma legal diferem do quadro teórico tradicional ao regulamentar uma ordem sequencial de providências. Portanto, a nulidade contratual, muitas vezes, interpretada de maneira descolada da realidade fática, absorve valores concretos para sua incidência, e posteriormente, segue um conjunto de soluções pré-estabelecidas na legislação.

Esse novo formato no regime de nulidades dos contratos é de interesse não só acadêmico, mas de cunho prático, entender os novos caminhos sobre o saneamento dos contratos administrativos é basilar para a segurança jurídica e formação de uma cultura administrativa harmônica e eficiente, especialmente na preservação do interesse público.

Nesse aspecto, sem dúvidas, o tema dividirá opiniões e posições. De um lado, umacorrente que já enxergava na análise da anulação dos contratos administrativos, a necessidade da ponderação das consequências e alinhamento do interesse público aos seus vetores concretos. Do outro, a que entendia a *priori*, diante de eventual irregularidade, a anulação como regra geral única alternativa, considerando os valores abstratos do Direito.

2 A LEI 14.133/2021: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não rara vezes, a Lei Federal nº 8.666/1993 que regulamenta² o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, foi alvo de críticas no cenário administrativo.

Na tentativa de evitar fraudes e atribuir maior segurança jurídica, a Lei seguiu a linha do maior grau de detalhamento, o que causou engessamento ao Administrador Público, e conseqüentemente tornou as contratações públicas excessivamente lentas e ineficazes³.

Inúmeras iniciativas legislativas, nas diferentes esferas de poder, foram propostas com objetivo de aperfeiçoar e atribuir maior eficiência ao regime estabelecido pelo diploma. Aponta-se nesse ínterim, a inserção do Regime de Contratação Diferenciado e a Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão⁴.

Diante desse contexto, a Lei nº 14.133/2021 acabou concentrando expectativas de concretizar a formulação de ritos de contratação pública mais eficientes, frutos dos debates acadêmicos e das necessidades práticas do direito

² A nova Lei de Licitações embora com cláusula de vigência imediata, ainda não revogou em totalidade as legislações anteriores, a fim de atribuir maior tempo de adaptação à Administração Pública, veja-se: "Art.193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - em 30 de dezembro de 2023: (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) a) a Lei nº 8.666, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) b) a Lei nº 10.520, de 2002; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) c) os arts. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

³ Sobre a liberdade de contratação do gestor, complementa André Janjácómo Rosilho: "Dessa forma, por meio de uma lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando ao que fora previamente definido nas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca da lei na expectativa de que a corrupção — cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar. ROSILHO, André Janjácómo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 937, set. 2012/fev. 2013.

⁴ Resgata esse histórico Augusto Neves Dal Pozzo e Maurício Márcio Zockun "novos diplomas sobre licitações e contratações públicas foram sendo erigidos nos últimos anos, a exemplo da Lei do Pregão, da Lei Federal n.12.232/10, específica para licitação de serviços de publicidade, e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, introduzido pela Lei Federal n.12.562/12, tendo por objetivo, basicamente, adaptar a legislação à atualidade da prática administrativa". DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Marcio, ZOCKUN, Maurício (coord). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada** (Lei 14.133/21). São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p 580.

administrativo contratual. Sobre o alcance ou não desses anseios, o referido diploma divide posições e avaliações, explica o professor José Eduardo Cardozo:

De um lado, colocam-se os que acusam esse diploma legislativo de não ter sido suficientemente ousado para romper com uma cultura institucional atrasada e burocrática, no âmbito da prática dos processos licitatórios e dos próprios ajustes contratuais que deles derivam. Afirma-se que se perdeu, mais uma vez, uma grande oportunidade de se construir novos e revolucionários paradigmas normativos, ao se bater continência a sentimentos misonicistas e descompassados com as exigências impostas por um mundo moderno e veloz. De outro lado, afirma-se que as inovações feitas ultrapassam, em muito, os limites desejáveis, o que gerará grande insegurança no mundo administrativo e grandes discussões no mundo acadêmico. Há, por fim, os que acreditam que a lei, excepcionando um ou outro aspecto, acabou apresentando um resultado que calibrou a nossa cultura administrativa com inovações importantes, modernizantes e necessárias, agindo dentro daquilo que é desejável e possível⁵.

As disposições dos arts. 147 a 150 do diploma não parecem se encaixar na primeira vertente. Ademais, as críticas de que as inovações do Novo Estatuto Geral de Licitações e Contratos ultrapassam os limites desejáveis não se revelam aplicáveis ao capítulo em questão. Portanto, a terceira corrente nos parece mais adequada.

Os artigos 147 a 150 podem servir de aporte à construção de uma nova teoria⁶ das nulidades dos contratos administrativos nos futuros anos, que em síntese revelam-se na ilustre lição de Seabra Fagundes “se a invalidade do ato jurídico, como sanção à infringência da lei, importa em consequências mais nocivas que as decorrentes da sua validade, é o caso de deixá-lo subsistir”⁷.

⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147 a 150)**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p. 648.

⁶ Em posição contrária, o professor Hely Lopes Meirelles entende que os atos administrativos impreterivelmente devem seguir um controle formalista: "O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal. MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 75, p. 35, 1964.

⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

3 QUADRO TEÓRICO TRADICIONAL: ANULIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS ARTS. 20 E 21 DA LINDB

A extinção dos atos administrativos, em seu sentido amplo⁸, é dividida e diferenciada a partir dos institutos da anulação e revogação. Revogação é a supressão de um ato administrativo realizado pela própria administração, por critérios de conveniência e oportunidade⁹. A anulação ou invalidação é a declaração de invalidade¹⁰ de um ato administrativo ilegítimo, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Em relação aos efeitos, a revogação, sem maiores embargos, sempre projeta efeitos futuros, sem retroação, *ex nunc*. Quanto anulação, a repressão de uma invalidade na ordem jurídica acarreta na maioria dos casos efeitos retroativos, *ex tunc*¹¹.

Por tais razões, a revogação classifica-se como ato de competência discricionária, embora determinado ato seja legítimo e eficaz, por não mais lhe convir a sua existência, atendido o interesse público, a Administração pode revogá-lo¹². Ao contrário, a anulação ou invalidação, fundada na ilegitimidade do ato, vincula a Administração no exercício da autotutela, à necessidade de correção da ilegalidade, seja por convalidação ou invalidação.

⁸ Complementa Celso Antônio Bandeira de Mello: “O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais; como os chamados contratos administrativos. DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2015. p. 393.

⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2015. p. 438.

¹⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2015. p. 473.

¹¹ Existem hipóteses em que a invalidação possui seus efeitos no tempo modulados, complementa Ricardo Marcondes Martins: “Quando o Direito impuser a invalidação, nem sempre esta será *ex tunc* e *ab initio*. Para a correção de normas legislativas abstratas, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento, hoje positivado no artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, de que a invalidade, muitas vezes, impõe a modulação de efeitos. Estabelece o referido dispositivo que, por maioria de dois terços, o STF pode determinar que a invalidação seja: a) *ex nunc*; b) *ex tunc* e não *ab initio*; c) pro futuro. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019. p. 466.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 75, p. 31, 1964.

Os atos inválidos, nulos ou anuláveis via de regra não deveriam ser produzidos. Contudo, na prática administrativa, são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que produzem efeitos jurídicos. Nesse ponto, restaurar a legalidade e ao mesmo tempo estabilizar as relações constituídas a partir daquele ato viciado, representa verdadeiro desafio à Administração Pública.

Uma possível resposta ao problema está na convalidação dos atos anuláveis. A convalidação é o suprimento da invalidade, por ato da Administração Pública, suprimindo o seu defeito original, operando para isso, efeitos retroativos. Portanto, se determinado ato pode ser produzido validamente, em atenção ao princípio da segurança jurídica¹³, aconvalidação é meio de recomposição da legalidade, completa a eminente Professora Weida Zancaner:

Em tese, poder-se-ia supor que o princípio da legalidade importaria sempre à Administração o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, para restaurar a ordem jurídica por ele ferida. A suposição, todavia, não procede, pois a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício. Em uma e outra hipótese a legalidade se recompõe. Não há dúvida de que o princípio da legalidade visa que a ordem jurídica seja restaurada, mas a restauração da legalidade não reclama, necessariamente, a extinção do ato inválido¹⁴.

Respeitada a densidade da matéria, estabelece-se um quadro geral de que a correção do vício do ato administrativo exige primeiramente a apuração da categoria do vício que acomete o ato administrativo, a fim de identificar a decorrência lógica dessa situação. Neste passo, pode-se afirmar que o conceito de anulação abarca a noção de nulidade e anulabilidade¹⁵. A nulidade não comporta possibilidade de

¹³ O princípio da segurança jurídica preenche questão controversa sobre a convalidação: trata-se de competência discricionária ou vinculada? Acompanha-se aqui, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello e do Professor José Eduardo Cardozo: O princípio da segurança jurídica jamais permitirá que possa existir uma opção discricionária entre o convalidar e o não convalidar. Se o ato é convalidável, ele deve ser convalidado. Se o ato não é convalidável, ele deve ser anulado. CARDOZO, José Eduardo. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147 a 150)**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p. 651.

¹⁴ ZANCANER, Weida et al. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1989. p. 9.

¹⁵ Nas lições de Celso Antônio Bandeira: “Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles. É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabelece perante atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes. DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2015. P. 458.

correção, portanto, convalidar tal situação nula mostra-se inviável. Por outro lado, o ato anulável, alinhado ao princípio da segurança jurídica, deve ser avaliado primordialmente sob a perspectiva da convalidação¹⁶.

Aquém da Doutrina e da Jurisprudência, a Lei 8.666/1993 prevê apenas duas situações: anulação ou revogação¹⁷. O caput do art. 49 prevê a possibilidade de revogação por razões de interesse público e o dever de anulação por ilegalidade, mediante parecer fundamentado.

Completa e dá maior profundidade ao quadro normativo anterior à nova lei, as disposições da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (LINDB- Decreto-lei nº4657/1942, com as alterações feitas pela Lei nº13.655/2018), em seus arts. 20 e 21, ao estabelecer parâmetros interpretativos e ponderação na aplicação dos dispositivos da Lei 8.666/1993.

A exegese do art. 20 e 21 da LINDB traduz a necessidade de ponderação para correção do vício do ato administrativo, caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42, introduzida pela Lei nº 13.655/18: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O exercício dessa ponderação não se realiza apenas na análise abstrata dos valores jurídicos, mas em vetores concretos, guiados pelo melhor interesse público, em razão de fatores sociais, econômicos, ambientais etc¹⁸. Completa esse sentido, a

¹⁶ A convalidação, segundo a Professora Weida Zancaner classifica-se como um dever e não como uma opção à administração, explica: “apenas, uma única hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar, segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário, praticado por autoridade incompetente. Nestes casos é a autoridade competente, por meio de seu critério pessoal, quem irá optar se deve convalidar ou invalidar o ato viciado, pois não está obrigada a concordar com o juízo que outro haja indevidamente feito, tomando-lhe o lugar. Excluída esta hipótese, em todos os demais casos não há falar em discricionário ZANCANER, Weida et al. Da convalidação da invalidação dos atos administrativos. 1989. p. 10.

¹⁷ 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. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁸ Ao analisar sob a ótica de outras áreas do Direito, o exercício da ponderação parece óbvio. Todavia, no Direito Administrativo, ainda se mantém a cultura da correção pelo caminho da invalidade indiscriminada, critica Ricardo Marcondes “O que vêm fazendo os órgãos de controle interno e externo? Limitam-se, em geral, a apurar se o ato administrativo possui vício. Por mais inacreditável

avaliação das possíveis consequências da decisão, disposta no 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”.

É inegável que a ótica consequencialista¹⁹ é importante no momento em que se avalia a hipótese de anulação dos atos administrativos. Essa perspectiva possibilita à Administração identificar soluções mais eficazes no gerenciamento dos contratos administrativos, em comparação ao método formalista.

Entretanto, percebe-se que as disposições da LINDB não fornecem soluções gerais e seguras, assim, identificada determinada circunstância fática, a ponderação poderia ocasionar respostas destoantes do escopo normativo, o que abalaria a segurança jurídica, completa o debate Marçal Justen Filho:

Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar como arbitrária. A invocação a fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária adotada²⁰.

A Lei 14.133/2021 deu o passo seguinte. Diante de irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, o art. 147 fornece um plano sequencial de soluções, superando a dificuldade da falta de isonomia inerente aos resultados aplicados casuisticamente.

que seja, boa parte dos operadores do direito administrativo ainda acredita que, diante uma invalidade, deve necessariamente seguir-se a invalidação, e esta deve sempre ser ex tunc e ab initio, com desconstituição total de todos os efeitos gerados pelo ato inválido, como se ele nunca tivesse ingressado no mundo jurídico”. MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 79, p. 277, 2020.

¹⁹ A teoria consequencialista não pode ser entendida como uma chave à solução perfeita à determinada situação. Nesse ponto, as lições de Gabardo e Souza” Os argumentos consequencialistas, porém, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível, isto é, dotados de cientificidade, não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência (ou não) dos fenômenos indicados. E neste ponto há uma diferença abissal entre argumentos de consequência e fundamentos de princípio. GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 116. 2020.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-41, 2018.

4 UM NOVO PANORAMA: O ART. 147 DA LEI 14.133/2021 E DISPOSIÇÕES.

O Art. 147 da Lei nº 14.133/2021, determina que, ao ser constatada uma irregularidade no procedimento licitatório ou na execução do contrato licitado, “caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”²¹.

Complementa o sentido, o parágrafo único do artigo “Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”.

Desse modo, a partir do caput e no parágrafo único do Art. 147 da Lei nº 14.333/2021, projetam-se as seguintes configurações nos casos de irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual: (i) sanável o vício, a situação deve ser convalidada; (ii) não sendo sanável o vício, a anulação ou suspensão do contrato devem ser decididas, desde que não sejam contrárias ao interesse público, (iii) sendo a anulação e a suspensão da execução contrárias ao interesse público, deverá ser dada continuidade ao contrato, solucionando-se a situação de irregularidade pela via indenizatória, sem prejuízo da apuração de responsabilidades.

No cotejo da regra, denota-se como primeira ordem, a adoção da convalidação na resolução das irregularidades. A regra estabelecida no art.147 da Lei nº14.133/2021 aplica-se a qualquer grau de irregularidade. Portanto, sendo sanável o vício, a determinação normativa é de que o vício seja sanado. Observa-se

²¹ Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos[...] Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

no novo diploma, que o instituto da convalidação passa a ser elemento central dentro da teoria das nulidades dos atos administrativos²².

O saneamento da irregularidade dialoga diretamente com o planejamento dos ciclos administrativos, um dos eixos estruturantes da Lei 14.133/2021 e princípio da Administração Pública²³. O planejamento, com aporte em análises de custo e benefício, a partir da racionalização de recursos (humanos e orçamentários), visa garantir que a área de licitações e contratos administrativos gere mais valor às atividades finalísticas da Administração²⁴.

Nessa toada, a “suspensão da execução ou a declaração de nulidade do contrato são medidas que, por si sós, já fogem ao planejamento do contratante e demandam reorientação de seus esforços para dar conta das respectivas consequências”²⁵. Por tal razão, a anulação ou suspensão do contrato precisam revelar-se como medidas de interesse público, pois, *a priori*, não são assim consideradas. Complementa o Professor José Eduardo Cardozo: “A anulação e a suspensão da execução de contratos, agora, a partir da vigência e da aplicabilidade dessa nova lei, devem ser tomadas apenas nos casos em que as outras hipóteses sequencialmente não forem objetivamente tidas como possíveis”²⁶.

No passo seguinte, a última alternativa e terceira decorrência lógica do dispositivo trata da hipótese em que a anulação ou suspensão demonstra-se contrária

²² Sobre a convalidação: ZANCANER, Weida et al. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 1989.

²³ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

²⁴ FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores**. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: jul. 2023.

²⁵ GODINHO, Guilherme Temponi Dias et al. **A nulidade dos contratos na Lei n. 14.133/2021**: aportes da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos a uma teoria das nulidades em construção. 2021. p. 25.

²⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147a 150)**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p. 657.

ao interesse público. Nesse caso, é possível manter o contrato e seus efeitos, e a solução da irregularidade seguirá apenas pela via indenizatória.

Ponto polêmico dentro das inovações trazidas, a continuidade²⁷ da execução de contratos irregulares, mas que repercutem na realidade de tal maneira que sua paralisação ou inexecução fere o interesse público, geram questionamentos sobre a probidade administrativa e discricionariedade²⁸.

Embora o histórico da cultura administrativa brasileira seja marcado pela corrupção, o ponto de partida não pode ser a figura do gestor ímprobo. Na escola administrativa francesa, base da construção da moralidade administrativa moderna, a legalidade dos atos jurídico-administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei, enquanto o desvio de poder e outras ações tem zona de policiamento na moralidade administrativa²⁹.

Analisa-se o dispositivo a partir da legalidade dos atos jurídico-administrativos. Sob essa perspectiva, o art. 147 não fornece ao administrador competências discricionárias para evocar qualquer das soluções apresentadas. Anular, suspender, ou dar continuidade ao contrato não contemplam opções indiferentes entre si. A ação adotada será sempre de competência vinculada, impondo limites à discricionariedade. Consequentemente, a natureza vinculativa das soluções ampliam a análise por parte do controle jurisdicional, pois, se fosse

²⁷ Percebe-se que a continuidade do contrato introduz novo instituto para o Direito Administrativo. Não pode ser lido como sinônimo de convalidação, pois aqui, a ilegalidade não é suprida, nem poderia ser. José Eduardo Cardozo o classifica como ajustamento contratual; “Podemos então definir como ajustamento o ato administrativo vinculado pelo qual se declara que um contrato administrativo fica mantido na ordem jurídica, inclusive nos seus atos executórios, com efeitos ex tunc, em face de que o vício que o atinge deve ser tolerado por respeito aos interesses públicos definidos em lei” CARDOZO, José Eduardo Martins. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147 a 150)**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p. 658.

²⁸ Sobre discricionariedade administrativa: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 169. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

²⁹ LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 87-107, 2014.

considerada uma escolha entre anular ou dar continuidade ao contrato, a opção valorativa por uma delas não seria passível de revisão pelo judiciário³⁰.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão do caráter eficiente da Administração Pública pressupõe o entendimento de que, subjacente às exigências formais, a operacionalização e gestão de recursos contempla parte importante no dia a dia administrativo. Assim, indispensável no lidar com os atos administrativos é a sua compatibilização com a dimensão axiológica que rege as relações entre a Administração e os administrados.

Dessa forma, o Direito Administrativo não poderia deixar de acompanhar tal viés na anulação dos contratos administrativos. A Lei nº14.133/2021, na mesma linha dos dispositivos da LINDB, em seus arts. 20 e 21, encaminham e aperfeiçoam um novo debate sobre a matéria, para além da teoria do consequencialismo e a vertente formalista.

Ainda que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não implique em total mudança quanto ao regime de contratações públicas, inegável a contribuição dos arts. 147 a 150 do diploma. Nesse sentido, o art. 147 da Lei n. 14.133/2021 proporciona para a autoridade verdadeiro plano sequencial de decisões diante de invalidades que acometem o contrato ou procedimento licitatório. Ademais, concluiu-se que a exegese entre os princípios do planejamento e da segurança jurídica elevaram o instituto da convalidação à uma ordem prioritária, sendo solução anterior à anulação ou suspensão.

Por conseguinte, a Lei 14.133/2021 tem o condão de proporcionar para a autoridade, no momento da decisão sobre a validade de determinado contrato ou processo licitatório, soluções que tenham consistência fática e conformidade com o Direito.

Para isso, é imprescindível o entendimento de que o arranjo jurídico da norma acarreta competências de natureza vinculada, e que o interesse público, ainda que

³⁰ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147a 150)**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021. p. 657.

conceito jurídico indeterminado, não tenha fim em si mesmo, respeitada a transparência, concretude e proporcionalidade das decisões públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (arts. 147 a 150).** São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Marcio, ZOCKUN, Maurício (coord). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (Lei 14.133/21).** São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** Malheiros Editores, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo:** reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores.** Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: jul. 2023.

GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: acientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 20, n. 81, 2020.

GODINHO, Guilherme Temponi Dias et al. **A nulidade dos contratos na Lei n. 14.133/2021:** aportes da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos a uma teoria das nulidades em construção. 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.** Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13-41, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratações administrativas**, ed atualizada em 23 de abril de 2021. São Paulo: Thomas Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v.14, n. 55, p. 87-107, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 20, n. 79, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 75, p. 35, 1964.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 937, set. 2012/fev. 2013.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ZANCANER, Weida et al. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1989

NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Gabriela Freire Martins¹

RESUMO

A legislação brasileira não estabelece critérios claros para definir o que são normas gerais de licitações e contratos, as quais competem privativamente à União, nos termos do art. 22 da Constituição. Como consequência, é difícil estabelecer que normas editadas pela União sobre a matéria devem se restringir à esfera federal, e quais são os limites a serem observados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios quando do exercício da competência legislativa, tendo em vista os interesses regionais e locais. Embora alguns manuais de Direito Administrativo entendam que a discussão está superada, a insegurança jurídica de que se cerca o tema compromete o exercício pleno das competências legislativas pelos entes federados e compromete a adaptação dos processos licitatórios às realidades regionais e locais. Este artigo tem por objetivo analisar os critérios utilizados pelo STF para determinar o conceito e a abrangência das normas gerais de licitações e contratos. A metodologia utilizada consistiu em pesquisa jurisprudencial no site do STF. Foram localizados 24 acórdãos, a partir dos quais se verificou a inconsistência das teses construídas para delimitar o conceito de normas gerais de licitação e contratos, bem como a abrangência destas.

Palavras-chave: Licitações e contratos. Normas gerais. Repartição de competências.

ABSTRACT

Brazilian legislation does not establish clear criteria to define what are the general rules for bidding and contracts, which are under the exclusive jurisdiction of the Union, according to Article 22 of the Constitution. As a consequence, it is difficult to establish which rules are issued by the Union regarding this matter, but should be limited to the federal sphere, and what are the limits to be observed by the States, the Federal District, and the Municipalities when exercising their legislative competence. Although some Administrative Law manuals argue that the discussion is settled, the legal uncertainty surrounding the topic compromises the exercise of

¹ Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. E-mail: gabriela.martins@sempreceub.com.

legislative competencies by the federated entities and hinders the adaptation of bidding processes to regional and local realities. This article aims to analyze the criteria used by the Brazilian Supreme Court (STF) to determine the concept and scope of general rules on government bidding and contracts. The methodology used consisted of jurisprudential research on the STF's website. A total of 24 cases were found and the findings suggest inconsistency in the arguments developed to define the concept of general rules for bidding and contracts, as well as their scope.

Keywords: Bidding and contracts. General rules. Division of powers.

1 INTRODUÇÃO

O art. 22 da Constituição da República, que trata das competências privativas da União, conferiu a esse ente federativo a prerrogativa de legislar sobre normas gerais de licitação e contratos, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A opção do constituinte por alocar a mencionada competência no rol privativo da União suscitou uma série de debates, sobretudo a partir da edição da Lei Estadual 6.544/1989, de São Paulo, que disciplinava aspectos específicos acerca das licitações, tendo em vista a satisfação das necessidades regionais. Naquela época, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo recomendou que os contratos administrativos daquele ente federativo não fossem regidos pelo referido diploma e questionou a constitucionalidade do normativo devido à ausência de lei complementar da União que autorizasse o Estado a legislar sobre o tema, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição².

José Afonso criticou a opção do constituinte em inserir a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos no art. 22 da Constituição, sem a inserção concomitantemente da matéria no art. 24, relativo às competências legislativas concorrentes, pois a omissão conduz à falsa noção de que os Estados não poderiam legislar, em caráter suplementar, sobre a matéria³:

² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 88-89.

³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 507-508.

A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas supra se limitará a estabelecer normas gerais. Nisso a Constituição foi, às vezes, redundante. Por exemplo, no art. 22, XXIV, dá como privativo da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, enquanto o art. 24, IX, combinado com o § 1º, declara caber-lhe legislar sobre normas gerais de educação. Não há nisso incoerência, como pode parecer. Legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e sobre normas gerais de educação somam, no fundo, a mesma coisa. [...] Por outro lado, foi omissa, quando deu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais: [...] (b) de licitação e contratação, em todas as normalidades, nas diversas esferas de governo, para a Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.173, § 1º, III (art. 22, XXVII). No entanto, não inseriu a matéria no art. 24, para indicar que os Estados podem legislar também sobre essas matérias, como fez, por exemplo, relativamente à polícia civil. Não é, porém, porque não consta da competência comum que Estados e Distrito Federal [...] não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que nos termos do § 2º o art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º deste mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

Não é por outra razão que, atualmente, prevalece na doutrina a orientação de que as normas gerais sobre licitações e contratos editadas pela União são de abrangência nacional, ao passo que as normas de natureza específica constituem lei federal e são eficazes apenas em relação à União⁴. Há quem considere, ainda, que licitações e contratos é matéria de Direito Administrativo e, portanto, insere na competência legislativa concorrente dos entes federativos, de modo que a regra do art. 22, inciso XXVII, da Constituição de 1988 teria apenas estabelecido uma exceção ao criar um espaço de competência privativa da União no que se refere às

⁴ MARINELLA, Fernanda. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Juspodivm. p. 398.

normas gerais⁵. Nessa mesma linha, é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶:

A competência para legislar sobre licitação (e contratos administrativos) assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competências próprio das várias pessoas referidas, pelo que cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. Sem embargo, todas devem acatamento às “normas gerais” legislativamente produzidas com alcance nacional, conforme “supra” anotado.

Nesse cenário, é imprescindível que haja clareza acerca da diferença entre uma norma geral e uma norma específica, pois é precisamente essa distinção que orienta os limites do exercício das competências por cada ente legislativo. Vale dizer que a União, ao editar norma específica como se norma geral fosse, incorrerá em inconstitucionalidade por violação do pacto federativo e do sistema de competências constitucionalmente estabelecido. O mesmo ocorre no sentido inverso, isto é, na hipótese de um Estado, sob o pretexto de legislar acerca de matéria específica, acabar dispondo sobre matéria de natureza geral e que, portanto, seria reservada à União.

Hely Lopes Meirelles caracteriza as normas gerais como disposições que podem ser aplicadas indistintamente a qualquer ente federativo, ao passo que as normas específicas seriam aquelas editadas pelo ente político em atenção às suas próprias peculiaridades, devendo, contudo, respeitar os limites estabelecidos pelas normas gerais editadas pela União⁷.

Fernanda Marinella comenta que as normas gerais estabelecem os critérios básicos a serem observados pelas leis ao reger a matéria, introduzindo princípios, fundamentos e diretrizes que podem ser aplicados em todo o país de maneira

⁵ NOHARA, Irene Patrícia Diom. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Coord.) **Licitação e contratos administrativos**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 84-85.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 432.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 263.

uniforme, ao passo que as normas específicas têm sua incidência restrita ao ente que legislou sobre o tema⁸.

Há de se destacar, ainda, o princípio da predominância do interesse, lecionado por José Afonso da Silva, segundo o qual cabe à União as matérias e questões de predominante interesse geral da nação, aos Estados os assuntos de interesse predominante regional e aos Municípios os temas de interesse predominante local⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao seu turno, destaca que, desde a Constituição de 1934, a distinção entre normas gerais e normas específicas é objeto de intenso debate, sendo as normas gerais dotadas de maior abstração ao estabelecer diretrizes e princípios de natureza aberta, isto é, que não têm a pretensão de esgotar o assunto, nem de adentrar em aspectos pormenorizados. Para o autor, também é útil comparar as leis a fim de verificar se a matéria tratada diz respeito a interesse predominante da unidade da federação em face de suas particularidades, hipótese em que a norma seria eminentemente específica¹⁰.

Na mesma linha, José Eduardo Martins Cardozo explica que a distinção entre as normas gerais, de abrangência nacional, e as normas federais em sentido estrito, aplicadas apenas no âmbito da União, é tormentosa desde a edição do Decreto-lei nº 200/167, que foi o primeiro diploma a tratar das licitações no Brasil¹¹:

A razão da polêmica é simples, a despeito de a solução ser penosa. Ao tratar da competência para legislar em matéria de licitação, estabeleceu a nossa Carta Constitucional de 1988 que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação” (art. 22, XXVII). Disso se extrai importantes conclusões. A primeira delas, no sentido de que a competência para legislar em matéria de licitação é concorrente, uma vez que a União tem poderes apenas para editar normas gerais sobre o tema, ela e todos os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) podem editar leis sobre normas específicas a respeito (art. 24 da C.F.).

⁸ MARINELLA, Fernanda. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Juspodivm. p. 399.

⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 482

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 967-968.

¹¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da nulidade dos contratos**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ZOCKUN, Maurício; CAMMAROSANO, Márcio. (Coord.) **Lei de licitações e contratos administrativos comentada: Lei 14.133/21**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 649-650.

A segunda, na perspectiva de que a União, a pretexto de editar normas gerais, não pode ofender as autonomias dos demais entes federativos. Não pode impor a eles normas específicas, com a intenção de disciplinar, in totum, os seus procedimentos licitatórios e contratos, sem deixar qualquer espaço legislativo para que eles se autorregulem (art. 24, § 1º, da C.F.). A terceira, na linha de que, com a vigência de normas gerais impostas pela União, as regras legais estaduais, distritais e municipais que com elas colidam terão a sua eficácia suspensa (art. 24, § 4º, da C.F.). Essa realidade constitucional sugere que, enquanto fórmula legislativa ideal, as normas legais da União deveriam deixar claro, formalmente, o âmbito estabelecido para sua vigência. Deveriam diferenciar, de modo indutivo, as regras nacionais e as federais em sentido estrito. É claro que sempre existiriam discussões sobre a eventual inconstitucionalidade de algumas situações normativas declaradas, como v.g., sobre se as normas apontadas como nacionais teriam ou não a generalidade suficiente para qualificar a imposição mandatória da União sobre os demais Entes da Federação. Afinal, a distinção jurídica entre normas gerais e específicas, no âmbito das competências legislativas concorrentes, sempre será tarefa tormentosa para os exegetas.

Considerando que a legislação brasileira não estabelece, a contento, quais são as normas gerais de licitação e contratos, o presente artigo tem objetivo analisar os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para determinar o conceito e a abrangência das referidas normas gerais, a cargo da União, ao apreciar a constitucionalidade de leis e atos que tratam sobre licitações e contratos.

2 METODOLOGIA

O conjunto de julgados analisados foi obtido por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do STF¹², utilizando-se a combinação de termos “licitação” e “norma geral” e “licitação” e “norma específica” na barra de pesquisa. Em seguida, a lista de resultados foi refinada, a partir dos seguintes critérios:

- a) Foram consideradas apenas as decisões proferidas por colegiado, excluindo-se as decisões monocráticas.
- b) Foram levados em consideração apenas os acórdãos publicados até a data final da pesquisa (24/06/2023).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 23 jun. 2023.

- c) Foram excluídos os acórdãos proferidos antes da Constituição de 1988, os referentes a medidas cautelares, os repetidos, os que não guardavam pertinência temática com o objeto em estudo e aqueles em que a distinção entre normas gerais e normas específicas não foi o cerne da questão debatida.

Diante do exposto, o estudo apresenta as seguintes limitações:

- a) A amostra de julgados pode ter sido excessivamente restringida pelos termos da busca.
- b) Algumas nuances da controvérsia não puderam ser completamente compreendidas a partir da leitura do inteiro teor do acórdão.
- c) A pequena quantidade de palavras-chave utilizadas impede a generalização dos resultados.

Por conseguinte, trata-se de pesquisa meramente exploratória destinada ao levantamento de hipóteses para investigações futuras.

3 RESULTADOS

Foram localizados 24 acórdãos, sendo que o STF declarou a inconstitucionalidade de normas por violação à repartição de competências legislativas em matéria de licitações e contratos em 12 deles. Após análise do conjunto de acórdãos selecionados, foi possível identificar a prevalência de controvérsias sobre alguns temas envolvendo a repartição de competências para legislar sobre licitações e contratos:

3.1 Dispensa de licitação

A tendência do STF é a de não permitir que os entes federativos estabeleçam hipóteses de dispensa de licitação. Três acórdãos trataram do tema (ADI 4658, ARE 1340483 AgR e ADI 4829), sendo que em dois deles as leis estaduais foram declaradas inconstitucionais por contrariar a regra nacional estabelecida pela União:

- a) **ADI 4658** – inconstitucionalidade de Lei do Estado do Paraná que ampliou hipótese de dispensa de licitação de modo a permitir a aquisição, por pessoa

jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993¹³.

- b) **ARE 1340483 AgR** – Lei do Município de Mogi das Cruzes que previa novas hipóteses de dispensa de licitação¹⁴.
- c) **ADI 4829** – constitucionalidade de Lei da União que estabeleceu hipótese de dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos¹⁵.

Merece destaque a ADI 4829, em que o STF decidiu pela constitucionalidade de norma que deu nova redação ao art. 2º da Lei 5.615/1970 para estabelecer hipótese de dispensa de licitação para a contratação do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) pela própria União para a prestação de serviços de tecnologia da informação considerados estratégicos.

Como se observa, se trata de lei federal, que vincula apenas a União, o que sinaliza para o tratamento diferenciado deste ente federativo em relação aos demais, uma vez que se admitiu a criação de hipótese de dispensa de licitação para atender a interesses federais específicos, ao passo que a mesma medida não foi admitida em relação aos Estados.

3.2 Restrição à participação de licitantes

Foram identificados seis julgados sobre normas que restringiam a participação licitantes, sendo que cinco deles concluíram pela inconstitucionalidade (RE 1192869 AgR, ADI 3735, RE 1269208 AgR, RE 1269208 AgR e ADI 3670) e um pela constitucionalidade (RE 423560):

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4658**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 11 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **ARE 1340483 AgR**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 23 fev. 2022.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4829**. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12. abr. 2021.

- a) **RE 1192869 AgR** – inconstitucionalidade da Lei do Município do Rio de Janeiro que proibia a contratação de empresa considerada inidônea pela União ou pelo Estado do Rio de Janeiro¹⁶.
- b) **ADI 3670** – inconstitucionalidade de Lei do Distrito Federal que criava restrições à participação em licitações de empresas que, durante o processo de contratação de mão-de-obra, discriminassem pessoas inscritas em cadastros de proteção de crédito¹⁷.
- c) **ADI 3735** – inconstitucionalidade de Lei do Estado de Mato Grosso do Sul que exigia Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor para a habilitação do licitante¹⁸.
- d) **RE 1269208 AgR** – inconstitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia hipótese de impedimento de participação em licitações públicas, direta ou indiretamente, de empresas que descumprissem a obrigação de indenizar os moradores nos casos de defeitos e vícios de execução das obras do Programa “Minha Casa, Minha Vida”¹⁹.
- e) **RE 423560** – constitucionalidade da Lei orgânica do Município de Brumadinho que proibiu a contratação de parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções²⁰.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 1192869 AgR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 26 mar. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3670**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 18 maio 2007.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3735**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 01 ago. 2017.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1269208 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 05 out. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 423560**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 19 jun. 2012.

- f) **ADI 3059** – constitucionalidade de Lei do Estado do Rio Grande do Sul que instituiu, no âmbito da administração pública regional, preferência abstrata pela aquisição de softwares livres ou sem restrições proprietárias²¹.

Vê-se, pois, que a tendência do STF é a de não permitir que os entes federativos estabeleçam requisitos diversos daqueles definidos na norma geral da União. Nesse particular, o RE 423560 destoa dos demais julgados por relativizar a questão atinente à repartição de competências legislativas em prol de medida municipal que pretendia moralizar a Administração Pública. Há de se observar, todavia, que as outras normas reputadas inconstitucionais visavam a propósitos igualmente nobres, mas prevaleceu a retórica de preservação do espaço de competência legislativa da União em detrimento dos fins pretendidos.

3.3 Cláusulas contratuais

No que diz respeito às cláusulas contratuais, foram identificados cinco casos, sendo que, em apenas dois deles (ADI 4748 e ADI 1746), as cláusulas obrigatórias estabelecidas por leis dos Estados e dos Municípios foram reputadas inconstitucionais:

- a) **ADI 4748** – inconstitucionalidade de Lei do Estado do Paraná que determinou a aquisição de, no mínimo, 65% dos bens e serviços definidos em sistema de registro de preços²².
- b) **ADI 1746** – inconstitucionalidade de Lei do Município de São Paulo que projetava, no tempo, o pagamento de indenização por rompimento de contrato administrativo de concessão, ante a organização, pelo próprio Município, de serviços de água e esgoto²³.
- c) **ADI 4729** – constitucionalidade de Lei do Estado do Amapá que previu a possibilidade de o Poder Executivo firmar convênios para a implantação de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3059**. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 08 maio 2015.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4748**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 27 set. 2019.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 1746**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 13 nov. 2014.

programa de reinserção de presos, bem como a possibilidade de estabelecer, nos contratos administrativos ou terceirizados firmados pelo Governo estadual, de percentuais a serem preenchido pelos participantes do Programa ²⁴.

- d) **ADI 6482** – constitucionalidade de Lei da União que impediu os entes federados de dispor contratualmente sobre contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações fossem explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação federal, estadual, municipal ou distrital²⁵.
- e) **ADI 2297** – constitucionalidade de Lei do Estado do Rio Grande do Sul que exigia a contratação de seguro de responsabilidade civil para obtenção de cessão de uso de imóvel público estadual destinado à realização de eventos artísticos, culturais ou esportivos²⁶.

Como as leis debatidas tratavam de cláusulas contratuais atinentes a aspectos muito diferentes, não foi possível identificar uma tendência no resultado dos julgamentos em relação a esse ponto.

3.4 Alienação de bens públicos

Foram identificados quatro acórdãos do STF sobre normas que versavam sobre a alienação de bens públicos, sendo que um deles concluiu pela inconstitucionalidade (ADI 7004), dois pela constitucionalidade (ADI 5333 e ADI 2990) e um pela parcial procedência (ADI 2416).

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4729**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 16 jun. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 6482**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 21 maio 2021.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 62297**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 18 dez. 2019.

- a) **ADI 7004** – inconstitucionalidade de Lei do Estado de Alagoas que dispunha sobre a possibilidade de os órgãos de segurança pública estadual alienarem armas de fogo a seus integrantes por meio de venda direta²⁷.
- b) **ADI 5333** – constitucionalidade de Lei do Estado do Tocantins que estabeleceu hipótese de interesse social para os fins de regularização fundiária de ocupação de áreas públicas, de modo a regulamentar o disposto na alínea f, do inciso I, do art. 17, da Lei 8.666/1993²⁸.
- c) **ADI 2990** – constitucionalidade de Lei do Distrito Federal que autorizou a venda, sem licitação, de áreas públicas ocupadas nos limites da área de proteção ambiental da bacia do rio São Bartolomeu²⁹.
- d) **ADI 2416** – inconstitucionalidade de disposição de Lei do Distrito Federal que previa que o Conselho de Administração e Fiscalização de Áreas Públicas Rurais Regularizadas seria composto majoritariamente por pessoas que não integravam o Poder Público, transferindo a particulares o juízo de conveniência e oportunidade da alienação de bens públicos³⁰. Em relação a disposições sobre a alienação, legitimação de ocupação e concessão de direito real de uso das terras públicas rurais: constitucionalidade das expressões “venda direta ou mediante”, caput do art. 2º; “dispensada a licitação”, § 1º do art. 2º; “venda direta ou”, inc. I do art. 10; e “dispensada a licitação”, § 2 do art. 11³¹.

Nesse tema, foram consideradas constitucionais as leis regionais destinadas à regularização fundiária, mas por diferentes fundamentos. Na ADI 5333, o entendimento foi de que a medida se ampara do disposto no art. 17, inciso I, alínea “f” da Lei 8.666/1993, que trata das hipóteses de dispensa de licitação para alienação

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 7004**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 05 maio 2023.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 5333**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 06 mar. 2020.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 2290**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator para acórdão: Min. Eros Grau. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 24 ago. 2007.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **2416**. Relator: Min. Eros Grau. Redator do Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 14 out. 2013.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **2416**. Relator: Min. Eros Grau. Redator do Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 14 out. 2013.

de bens imóveis para os programas de regularização fundiária. Na ADI 2990, por outro lado, se compreendeu que, nas hipóteses de ocupação irregular, haveria inexigibilidade de licitação devido à impossibilidade de competição na medida em que os terrenos seriam destinados àqueles que já os ocupavam. Por fim, na ADI 2416, houve bastante controvérsia acerca da regularização fundiária promovida pelo Distrito Federal, sendo que parte dos Ministros que votaram pela constitucionalidade da lei local o fizeram por entender que as regras distritais se enquadravam nas hipóteses de dispensa do art. 17 da Lei 8.666/1993, ao passo que parte dos Ministros entendeu se tratar de hipótese de inexigibilidade.

3.5 Outros casos

Vale destacar, ainda, que foram encontrados outros casos sobre temas diversos, envolvendo transparência das licitações, modos de controle e fiscalização, hipóteses de parcerias público-privadas e modos de utilização gratuita de bens públicos:

- a) **ADPF 282** – inconstitucionalidade de Lei do Município de Ariquemes que criava hipóteses de parcerias público-privadas para a execução de obra pública desvinculadas de qualquer serviço público ou social³².
- b) **RE 547063** – inconstitucionalidade de ato do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro que impunha a necessidade de remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, àquela Corte, para os fins de controle prévio das licitações³³.
- c) **ADI 2444** – constitucionalidade de Lei do Estado do Rio Grande do Sul que estabeleceu a obrigação de o Governo estadual divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas³⁴.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 282**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 31 maio 2023.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 547063**. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12 dez. 2008.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 2444**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 02 fev. 2015.

- d) **ADI 3594** – constitucionalidade de norma da Constituição do Estado de Santa Catarina que trata da utilização gratuita de imóveis estaduais, mediante prévia autorização da Assembleia Legislativa³⁵.
- e) **RE 1247930 AgR** – inconstitucionalidade de Lei do Município de Estância Balneária de Ilhabela que dispunha sobre a realização de prévia audiência pública nas hipóteses de licitação que superassem o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)³⁶.
- f) **RE 1159577 AgR** – constitucionalidade de Lei do Município de Florianópolis que determinou a divulgação, nos anúncios ou campanhas veiculadas nos meios de comunicação, do valor despendido em publicidade ou propaganda pela prefeitura³⁷.

Diante da análise detida desse conjunto de julgados foram observadas algumas inconsistências nas teses construídas para delimitar o conceito de normas gerais de licitação e contratos, bem como a abrangência destas, conforme será discutido a seguir.

4 DISCUSSÃO

A ADI 4658 fixou a tese de que os entes federativos não podem, a despeito de suas particularidades, criar hipóteses de dispensa de licitação³⁸:

Indene de dúvidas, pois, que assiste competência aos Estados para legislar suplementarmente acerca de temas especiais, em observância aos interesses locais, em matéria de licitação e contratação. Todavia, essa atribuição de competência não lhes permite disciplinar a matéria de forma diversa das normas gerais estabelecidas pela União. Todavia, essa atribuição de competência não lhes permite disciplinar a matéria de forma diversa das normas gerais estabelecidas pela União. E, na lição de Marçal Justen Filho, a disciplina acerca das hipóteses em que o procedimento licitatório é obrigatório ou não inclui-se no núcleo de certeza positiva do conceito indeterminado de

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3594**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12 abr. 2021.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1247930 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 24 mar. 2020.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1159577 AgR**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 11 mar. 2019.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4658**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 11 nov. 2019.

norma geral sobre licitação. Afirma Marçal: “Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: (a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; (b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; (c) requisitos de participação em licitação; (d) modalidades de licitação; (e) tipos de licitação; (f) regime jurídico de contratação administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16)

Da leitura do excerto transcrito é possível concluir que os entes federativos estão autorizados a legislar sobre licitações e contratos para adaptar uma norma geral a suas peculiaridades, desde que a norma produzida não contrarie as balizas inicialmente estabelecidas pela União. Todavia, o STF não esclarece qual é o critério a ser utilizado para determinar se uma regra da Lei 8.666/1993 é de caráter geral. Como se viu, o julgado apenas cita exemplos de matérias abrangidas por esse conceito.

Ocorre que, ao apreciar o RE 423560, a Segunda Turma do STF reputou constitucional lei municipal que estabelecia restrições mais rigorosas que as dispostas no art. 9º da Lei 8.666/1993, o qual enumera as pessoas que não podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens. Eis as razões de decidir³⁹:

Da generalidade da norma às particularidades de cada ente da Federação, pode-se afirmar que a Constituição deixa aberta a porta da discricionariedade. Contudo, em tema de licitação, como já decidiu esta Corte, a discricionariedade existe para preservar um interesse público fundamental: a possibilidade de efetiva, real e isonômica competição. É a busca pela competição que justifica certa liberdade do legislador e do administrador (ADI 3059-MC, rel. min. Carlos Britto, RTJ 192/163; ADI 3.070, rel. min. Eros Grau, DJ 19.12.2007) [...] É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RE 423560. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 19 jun. 2012

legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (v.g. BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema.

Nesse caso, se aceitou que um município dispusesse de forma diferente da lei nacional para estabelecer requisitos adicionais quanto aos legitimados a participar de uma licitação – requisitos esses que, se adotadas as razões de decidir da ADI 4658, estariam dentro do chamado “núcleo de certeza positiva do conceito indeterminado de norma geral sobre licitação” e, portanto, seriam matéria reservada à União.

Não se ignora que, neste último julgado, o Relator considerou que o município atendia a outros princípios constitucionais ao editar lei que reforça os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Todavia, no RE 1192869 AgR, em sentido diametralmente oposto, a Segunda Turma do STF, concluiu pela impossibilidade de lei municipal proibir a contratação de empresa considerada inidônea pela União ou pelo Estado do Rio de Janeiro, a despeito de o município ter justificado que a norma visava a atender princípios constitucionais e evitar prejuízos ao interesse público⁴⁰:

A agravante assevera que “a norma legal, como se pode verificar, encontra amparo nos princípios constitucionais da moralidade, da legalidade, do interesse coletivo e da eficiência da Administração Pública, expresso no dispositivo supratranscrito. Com efeito, impedir que o Município do Rio de Janeiro contrate com empresa considerada inidônea pela União Federal ou pelo Estado do Rio de Janeiro tem por fim garantir a qualidade dos serviços e trabalhos contratados, evitando que sejam prestados por empresa que já se mostrou incapaz para o serviço. E isso interessa diretamente ao Município” (fl. 5, e-doc. 18). [...] . Razão jurídica não assiste ao agravante. [...] Como assentado na decisão agravada, esse entendimento guarda perfeita harmonia com o que foi decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RE 1192869 AgR. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 26 mar. 2020.

4.748, de minha relatoria, pelo qual o Plenário do Supremo Tribunal assentou a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e a inconstitucionalidade de normas estaduais que ultrapassam a regulamentação geral de matérias cuja competência é da União.

Nessa perspectiva, nem mesmo quando as intenções são legítimas, seria possível violar o sistema de repartição de competências estabelecidos na Constituição. Se determinada regra se enquadra em um conceito geral de licitação, sua observância é obrigatória em todo o território nacional e nos exatos termos estabelecidos pela União.

Convém pontuar que, na mencionada ADI 4748, o STF considerou que a norma do § 4º do art. 15 da Lei 8.666/1993 é de natureza geral e, portanto, não poderiam os entes federativos exercer a competência legislativa suplementar em sentido diverso. O aludido dispositivo tem a seguinte redação: “A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.”

Na ocasião, a Corte apenas partiu do pressuposto que o § 4º do art. 15 da Lei 8.666/1993 é uma norma geral, sem explicar exatamente os motivos pelos quais chegou a essa conclusão. O voto condutor do julgamento apenas registrou que “o cotejo entre a Lei paranaense n. 17.081/2012 e a norma geral estatuída pela Lei n. 8.666/1993 evidencia a inobservância do inc. XXVII do art. 22 da Constituição da República” e que o ente federativo somente poderia legislar sobre o tema “se houvesse lei complementar da União pela qual autorizados ‘os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo’”⁴¹.

O problema é que a última parte dessa fundamentação esbarra na lógica adotada durante o julgamento da ADI 3735, que trata da inconstitucionalidade de lei

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4748**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 27 set. 2019.

que exigia Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor para a habilitação do licitante. Veja-se⁴²:

Isso quer dizer que, embora tenha sido capitulada como uma competência legislativa de exercício privativo da União, a disciplina geral de licitações e contratos não segue estritamente o mesmo regime jurídico que caracteriza as demais incumbências previstas no art. 22 da Constituição Federal, cuja transferência para os Estados somente é admitida mediante autorização formal de lei complementar, e mesmo assim, apenas, para o tratamento de questões específicas (art. 22, § único, da CF). Por essa razão, há na doutrina quem subscreva o posicionamento de que a edição de normas gerais sobre licitações e contratos estaria melhor acomodada no repertório do art. 24 da Constituição, título que abriga as hipóteses de competência concorrente na Federação brasileira.

Vê-se, pois, que ora a Corte entende ser necessária a delegação expressa da União para que os Estados exerçam a competência suplementar, ora entende que tal delegação é despicienda, em virtude de o próprio art. 22, inciso XXVII, da Constituição estabelecer, *a contrario sensu*, que as normas específicas sobre licitações e contratos estão insertas na competência legislativa dos demais entes federados, em especial por se tratar de matéria de Direito Administrativo.

Assim, há de se questionar: é do interesse nacional que os gestores públicos não sejam jamais obrigados a estabelecer um contrato advindo do sistema de registro de preços? Por que um ente federativo, em atenção aos interesses regionais ou locais, e no exercício de sua autonomia política e administrativa, não pode estabelecer lei visando a assegurar que as atas de registro de preço levem à efetiva celebração de um contrato, salvo nos casos excepcionais e devidamente motivados, como fez o Estado do Paraná ao editar a Lei 17.081/2012? O disposto no § 4º do art. 15 da Lei 8.666/1993 é, de fato, uma norma geral, que atende o interesse geral da nação e, portanto, deve ser aplicada a todos os entes federativos de modo uniforme, ou, ao contrário, é uma norma cuja eficácia deveria se restringir à esfera federal?

Infelizmente, tais questões não foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3735**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 01 ago. 2017.

A título de provocação, vale consignar que estudos da Universidade de São Paulo revelaram que um dos fatores de insucesso atribuídos ao sistema de registro de preços é o baixo nível de competitividade quando há participação de poucos licitantes⁴³. Assim, seria possível que, em determinada unidade da federação, cujos contratos não possuem a mesma atratividade que aqueles celebrados em nível federal, a edição de regra visando a assegurar um percentual mínimo de contratações via sistema de registro de preços seja uma medida fundamental para atrair licitantes. Nessa linha, inclusive, foi a justificativa apresentada pela Assembleia Legislativa do Estado do Paraná nos autos da ADI 4748⁴⁴:

Registre-se, por necessário, que a Lei n. 8666/1993 não traz em seu bojo, em se tratando de compras realizadas sob o sistema de registro de preços, qualquer regulamentação explícita acerca da quantidade estimada durante o procedimento de licitação e a quantidade efetivamente a ser adquirida. Na prática, diante de tal lacuna, muitos órgãos públicos vêm utilizando o sistema de registro de preços nos certames licitatórios, superestimando compras de modo a obter preços mais vantajosos. Entrementes, conquanto o preço praticado pelo fornecedor considere a grande escala pretendida pela Administração, esta, não raramente, adquire muito menos da estimativa inicial. Então, em tema de licitação, é correto dizer que a lei impugnada não produziu qualquer norma geral suficientemente apta a ofender a competência privativa da União para legislar a respeito da matéria. Objetivou, tão somente, fixar um percentual mínimo no fã de vincular o instrumento convocatório de licitação à estimativa da quantidade de compras a serem realizadas pela Administração, até mesmo como forma de conferir maior isonomia e transparência aos procedimentos visando às compras públicas, além de ensejar maior competitividade.

Desse modo, porque a lei não foi clara ao estabelecer o que são normas nacionais e normas federais, e a jurisprudência oscila ao definir a matéria, o cenário se torna confuso e inibe o exercício da competência legislativa dos Estados e Municípios no que se refere às licitações e contratos.

Ora, segundo o STF, na hipótese do sistema de registro de preços, os Estados não podem impor a si mesmos uma regra mais rigorosa do que a prevista na norma

⁴³ COSTA, Eric Rodrigo et al. Sucesso e insucesso nas licitações da modalidade pregão: revisão scoping review. **Medicina (Ribeirão Preto)**, abr. 2020. n. 1, v. 53, p. 97-106, p. 103. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/mmrp/article/view/157217>> Acesso em: 25 jun. 2023.

⁴⁴ PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado. **Petição 22701/2012**. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4220862>> Acesso em: 25 jun. 2023.

editada pela União, para os fins de, diante de suas peculiaridades regionais, aumentar a competitividade do processo licitatório. Ao mesmo tempo, no que se refere ao rol de pessoas impedidas de participar de uma licitação, matéria que, ao que tudo indica, atende a um interesse nacional e é passível de ser uniformizada, a Corte acatou a possibilidade de um Município estabelecer hipóteses não previstas na norma da União. E, não sendo isso suficiente, o Pretório Excelso entendeu pela impossibilidade de a norma local dispor sobre a proibição de contratação de empresas consideradas inidôneas por outros entes federativos, que, surpreendentemente, também diz respeito ao rol de impedimentos para contratar com o Poder Público.

Finalmente, merece destaque o voto do Ministro Luiz Fux na ADI 3059 ao se debruçar especificamente sobre o problema das normas gerais⁴⁵:

Sedimentada esta premissa quanto ao caráter concorrente da competência legislativa em questão, resta definir os limites que demarcam os espaços próprios de cada ente federativo. Para tanto a Constituição erigiu o critério das “normas gerais”, reservando-as à União, pelo que, ao mesmo tempo, assegurou aos demais entes campo suficiente para o exercício de sua autonomia mediante atuação suplementar. O conceito de “norma geral” é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão “normas gerais”, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.

Em que pese a brilhante exposição, é provável que o “experimentalismo local” seja, de fato, asfixiado pela ausência de segurança jurídica quanto aos limites da competência legislativa da União e dos demais entes em relação às normas de

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3059**. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 08 maio 2015.

licitação e contratos. Isso porque nem a lei, nem a jurisprudência estabeleceram, até o momento, parâmetros claros acerca da identificação desses limites, os quais acabam por ser fixados *a posteriori*, de forma casuística e à medida que as alegações de inconstitucionalidade chegam à jurisdição constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para definir se uma norma sobre licitações e contratos possui natureza geral ou específica nem sempre são claros. Em parte dos julgados, o raciocínio parece tangenciar a questão posta, ao assumir que, se determinada matéria está prevista na Lei 8.666/1993, ela deveria ser automaticamente considerada norma geral, independentemente de seu conteúdo material não ser de interesse nacional e se mostrar inadequado diante da realidade dos Estados e dos Municípios.

Seria recomendável que o Poder Legislativo da União definisse melhor os limites da norma nacional e os espaços passíveis de complementação pelos demais entes federativos. A Lei 14.133/2021, como se sabe, não resolveu o problema posto, uma vez que parte substancial de suas regras repete a lógica adotada na Lei 8.666/1993. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete da Constituição, deveria atuar para assegurar que os entes federativos fossem capazes de compreender, com exatidão, os limites da repartição de competências legislativas sobre licitações e contratos. Ao revés, o estudo das decisões da Corte revela a falta de sistematização da matéria e a falta de clareza quanto aos critérios utilizados para determinar quando os entes federativos invadem a competência privativa da União no que diz respeito às normas gerais de licitação e contratação.

Espera-se que, a partir dos achados, outras investigações possam ser levadas a cabo pela academia, a fim de construir uma teoria capaz de responder, com maior grau de segurança, em que consistem as normas gerais de licitação e quais são os temas que podem ser adaptados pelos entes federados para melhor atender às suas necessidades.

Embora o debate posto seja considerado superado por alguns manuais de Direito Administrativo, o que se verifica, na prática, é a necessidade de reflexões

mais profundas sobre o tema, a fim de propor soluções que confirmem segurança jurídica à atuação dos entes federativos e maior efetividade no que diz respeito à adaptação dos procedimentos licitatórios às realidades regionais e locais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3670**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 18 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 2290**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator para acórdão: Min. Eros Grau. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 24 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 547063**. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 423560**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 19 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **2416**. Relator: Min. Eros Grau. Redator do Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 14 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 1746**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 13 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 2444**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 02 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3059**. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 08 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3735**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 01 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1159577 AgR**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 11 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4748**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 27 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4658**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 62297**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 18 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 5333**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 06 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1247930 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 24 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 1192869 AgR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 26 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4729**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1269208 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 3594**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 4829**. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 12. abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 6482**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 21 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **ARE 1340483 AgR**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 23 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. **ADI 7004**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 05 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 282**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Diário de Justiça Eletrônico, 31 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 23 jun. 2023.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da nulidade dos contratos**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ZOCKUN, Maurício; CAMMAROSANO, Márcio. (Coord.) **Lei de licitações e contratos administrativos comentada: Lei 14.133/21**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COSTA, Eric Rodrigo et al. Sucesso e insucesso nas licitações da modalidade pregão: revisão scoping review. **Medicina (Ribeirão Preto)**, abr. 2020. n. 1, v. 53, p. 97-106, p. 103. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/157217>> Acesso em: 25 jun. 2023.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MARINELLA, Fernanda. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Juspodivm.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.) **Licitação e contratos administrativos**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado. **Petição 22701/2012**. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultaProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4220862>> Acesso em: 25 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020

CONTRATOS DE CONCESSÃO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM OS CLUBES DE FUTEBOL

Janaina Izaura de Souza¹

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como escopo analisar os contratos celebrados pela Administração Pública comparando-os aos contratos civilistas, demonstrando as características de semelhança e distinção; bem como concluindo que os contratos da Administração podem ser regidos, preponderantemente, com normas de direito público; contudo, compreendendo que existirão contratos que incidirão normas de direito privado em menor ou maior grau. Nesse contexto fora feita a análise de duas espécies de contratos administrativos: Concessão Comum e Parceria Público Privadas, para fins de distinção e observância da aplicação prática nos casos de estádios de futebol. Para tanto, utilizou-se uma abordagem metodológica qualitativa, respaldada em doutrinas, jurisprudência, estudo de artigos e revistas acadêmicas.

Palavras Chave: Contratos da Administração. Parceria Público Privadas. Estádios de futebol.

ABSTRACT

The scope of this academic work is to analyze the contracts entered into by the Public Administration comparing them to civil contracts, demonstrating the characteristics of similarity and distinction; as well as concluding that the contracts of the Administration may be governed predominantly by rules of public law, but understanding that there will be contracts that will affect rules of private law to a lesser or greater degree. In this context, the analysis of two types of administrative contracts was made: Common Concession and Public Private Partnership, for purposes of distinction and to observe the practical application in the cases of soccer stadiums. To this end, a qualitative methodological approach was used, supported by doctrines, jurisprudence and the study of articles and academic journals.

¹Advogada, graduada pelo Centro Universitário de Brasília, pós-graduanda em Práticas Processuais pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD.

Keywords: Contracts of the Administration. Public Private Partnership. Soccer stadiums.

1 INTRODUÇÃO

A importância dos contratos administrativos encontra-se na incapacidade de gestão, insumos, recursos financeiros, os quais são, muitas vezes, insuficientes para realizar todas as atividades previstas na Constituição Federal de 1988, como atividades de responsabilidade estatal.

O Estado avocou para si a responsabilidade de atender as mais diversas necessidades sociais, contudo, hodiernamente, encontra dificuldades para gerir e cumprir todos os compromissos assumidos na presente Carta Magna. Com o escopo de conseguir executar todas as suas atividades, consideradas não essenciais ou essenciais - e sendo essas classificadas como passíveis de delegação - são conferidas, distribuídas, alocadas para que o setor privado desempenhe essa atividade.

Neste contexto surgem os contratos da Administração Pública, assim denominados pois um dos contratantes, obrigatoriamente, é o ente público, e devido a este fato, muito se diferencia dos contratos previstos no Código Civil, e portanto será necessário mostrar as características de ambas espécies contratuais.

Os contratos celebrados pela Administração Pública possuem prerrogativas e deveres que garantem uma posição de verticalidade e supremacia em relação ao particular, incidindo, sempre, normas de Direito Público, e variando, apenas quanto ao grau de incidência de normas de Direito Privado. Estes contratos se subdividem-se em 2 espécies: contratos da Administração e contratos administrativos.

Nos tópicos seguintes do presente artigo, aprofunda-se nos contratos administrativos, e adentra-se nos tipos - espécies - contratuais: concessão comum de bens ou serviços; e as parcerias-público-privadas; diferenciando as 2 espécies de contratos administrativos; bem como apresentando suas semelhanças.

Observa-se que as parcerias-público-privadas são espécies de concessão de atividades; serviços, ou uso de bens pertencentes ao setor público, existindo, a contraprestação do ente público e aporte financeiro do setor privado.

Por fim, o artigo apresenta, resumidamente, a concessão realizada na Copa do Mundo de 2014 com o escopo de demonstrar como funciona ou deveria funcionar na prática esse contrato de concessão, tendo em vista, que esta contratação é o exemplo com mais conteúdos disponibilizados na internet para pesquisa.

Nos tópicos seguintes torna-se possível compreender a contratação com os clubes de futebol, analisando, por alto a concessão do Botafogo Futebol Clube, o qual enfrentou dificuldades financeiras, e encontra-se em recuperação judicial. Também se discute a licitação para a concessão do maior e mais importante Estádio brasileiro: Maracanã.

2 CONCEITO DE CONTRATO CONFORME O CÓDIGO CIVIL

O contrato, conforme o conceito de Orlando Gomes, pode ser considerado “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes, sendo portanto um negócio jurídico bilateral, ou plurilateral[...]”². Devido a conexão entre esses dois conceitos, contrato e negócio jurídico, a definição de contrato, segundo o autor, “trata-se de um conceito derivado”³, devendo as partes interessadas e estudiosos buscar amparo na doutrina e jurisprudência com o escopo de encontrar uma definição para ambos os institutos⁴.

Segundo o conceito extraído da Doutrina, Manual de Direito Civil, cujos autores são Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, contrato seria um “negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social, e da boa-fé objetiva autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”⁵.

A definição moderna de contrato é oriunda de correntes de pensamento, Direito Canonista e a Escola de Direito Natural, ambas contribuíram e concluíram

² GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023. p. 36.

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023. p. 36.

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 7 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. p. 311.

pela necessidade de consenso, e fé jurada⁶, posteriormente aprimorada como boa fé, compreendendo que o consentimento e vontade são “fonte da obrigação⁷”, sendo essas ideias constituintes dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

O Direito Canônico assegura que o contrato baseia-se na vontade humana de criar direitos e obrigações, originando, desta forma, o princípio *pacta sunt servanda*⁸. Assim estudiosos como Pufendorf, conclui que contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, o qual estabelece um compromisso que deve ser honrado, sendo o cumprimento deste acordo um Direito Natural⁹; e Pothier acrescenta em sua definição, a força normativa dos contratos, alegando que o pactuado faz lei entre as partes¹⁰. O Código Civil Francês, possui esse princípio de forma expressa, conforme, a citação do art. 1.134 do , realizado por Rizzardo¹¹, “as convenções têm valor de lei entre as partes”¹².

Com a Carta Magna de 1988, outra característica foi alocada aos contratos, função social, devendo ser analisada conforme princípios da Dignidade da Pessoa Humana entre outros. Desta forma, conclui-se que contrato, para o Direito Civil, é acordo de vontades, onde as partes estão frente a uma relação de horizontalidade, podendo pactuar livremente as cláusulas, respeitando os princípios.

3 OS CONTRATOS REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No exercício de sua função administrativa, muitas vezes o Estado é impotente, não conseguindo cumprir todas as atribuições e deveres que avocou pra

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023. p. 36.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/>>. Acesso em: 21 jun. 2023. p. 36.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/>>. Acesso em: 21 jun. 2023. p. 8.

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023. p. 38.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023. p. 38.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/>>. Acesso em: 21 jun. 2023. p. 8.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/>>. Acesso em: 21 jun. 2023. p. 8.

si, necessitando, portanto, delegar algumas de suas funções e serviços ao setor privado.

Por representar o interesse público, tido como conceito aberto fundamental do Estado Democrático de Direito, compreendido como interesse geral, de todos, nacional; a Administração Pública sofre imposições legislativas, as quais lhe confere prerrogativas e deveres.

Alguns doutrinadores defendem que o Estado, considerando órgãos, pessoas jurídicas de direito público e entes federativos, realizam 2 espécies de contratos: Contratos Administrativos e contratos privados da Administração, este último, por mais que seja definido como privado, sofre incidência do regime de direito público, devido a sua celebração com o ente público.

Mazza conceitua contrato administrativo como; “o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público”¹³.

Fundando-se na técnica de Direito Comparado, o doutrinador argentino Gordilho, não existe contratos totalmente privados, devido ao regime público da própria Administração que visa atender os anseios sociais. Da mesma forma que não são celebrados apenas contratos administrativos, Gordilho defende a existência de gradações na incidência de regime público e regime privado nos contratos celebrados com poder público, subordinando- se ao tipo contratual ou objeto¹⁴.

Logo, Gordilho conclui pela seguinte escala; contratos de concessão geral, concessão de obras públicas, função pública, possuem caráter mais administrativo, tendo maior incidência de normas de direito público; ao passo que, os contratos de

¹³ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São José dos Campos: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553620735/>>. Acesso em: 09 jun. 2023. p. 307.

¹⁴ GORDILLO, Agustín A. Capítulo I - Los Contratos Administrativos *In*: BARRA et al, 1988. **LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**: Regimenes de pago y actualización. Tomo I. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma. P. 9-19.

compra e venda de imóveis, locação, cessão, permuta, doação, possuem um caráter um pouco menos administrativista e um pouco mais civilista¹⁵.

Doutrinadores mais antigos como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁶ negavam a existência de contratos administrativos, pelo fato de que a Administração Pública não possui liberdade de pactuar, e “tais contratos violariam de tal a forma a autonomia de vontade das partes”¹⁷, devido os deveres e prerrogativas estatais frente ao particular. Destarte para ele apenas existiam atos administrativos, pois contratos estariam atrelados a esfera privada.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que não existem apenas atos unilaterais da Administração Pública com terceiros, havendo também contratos¹⁸ com margem limitada de pactuação.

Conclui-se que existem três correntes que versam sobre contratos administrativos; a primeira vertente nega a existência de contratos celebrados pela Administração; a segunda que considera todos os atos bilaterais (contratos) como contratos administrativos; e a terceira, a mais aceita dentre as correntes, que considera contratos administrativos como gênero contratual da Administração Pública, o qual possui regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante ao direito privado¹⁹.

¹⁵ GORDILLO, Agustín A. Capítulo I - Los Contratos Administrativos *In*: BARRA et al, 1988. **LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**: Regimenes de pago y actualización. Tomo I. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma. P. 9-19.

¹⁶ MELLO, Oswaldo A. B., 1979 *apud* BORGOMONI NETO, Paulo César; SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. O Contrato Administrativo: Introdução conceitual. **Boletim Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/3824/o-contrato-administrativo-introducao-conceitual>>. Acesso em: 11 jun 2023.

¹⁷ MELLO, Oswaldo A. B., 1979 *apud* BORGOMONI NETO, Paulo César; SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. O Contrato Administrativo: Introdução conceitual. **Boletim Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/3824/o-contrato-administrativo-introducao-conceitual>>. Acesso em: 11 jun 2023.

¹⁸ MELLO, Oswaldo A. B., 1979 *apud* BORGOMONI NETO, Paulo César; SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. O Contrato Administrativo: Introdução conceitual. **Boletim Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/3824/o-contrato-administrativo-introducao-conceitual>>. Acesso em: 11 jun 2023.

¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

3.1 Prerrogativas e Deveres da Administração Pública

Os contratos administrativos por sofrerem a incidência de normas de direito público e estarem intimamente ligados ao poder público possuem características peculiares, diferindo dos contratos civis comuns. As principais características desse contrato são: presença da Administração Pública; finalidade pública; obediência à legalidade; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; existência de cláusulas exorbitantes; mutabilidade²⁰.

Logo, resumidamente, para que o contrato assumira esse regime administrativo, o poder público deve figurar como contratante, sendo respeitada sua supremacia e a verticalidade da relação estabelecida com o ente privado, sendo assim, prerrogativas, tais como: cláusulas exorbitantes, devem estar presentes, pois o Poder Público representa o interesse coletivo. Por esse mesmo motivo, a Administração Pública encontra-se limitada e restrita a obedecer a legalidade. Nessas limitações vislumbra um de seus principais deveres: “licitar”.

O contrato administrativo equipara-se ao contrato civil de adesão graças à existência de regras impostas unilateralmente pela Administração Pública, cabendo o particular concordar e participar do procedimento, ou, discordar e não participar, não firmando portanto o acordo.

Ao determinar a natureza *intuitu personae*, dispõe que apenas o vencedor da licitação pode contratar e executar a atividade pública, a qual fora objeto da mesma licitação; ou seja é vedada, em regra, a subcontratação²¹.

3.1.1 Cláusulas Exorbitantes

As famosas cláusulas exorbitantes são as prerrogativas da Administração Pública que fogem à órbita do direito privado, são vantagens, devidas pela preponderância do interesse público frente ao interesse do particular contratado²².

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

Uma das prerrogativas do Poder Público é a faculdade de se exigir garantia podendo ser prestada mediante: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia; e fiança bancária²³.

Os Entes Público também poderão alterar, unilateralmente o contrato com escopo de melhor adequação técnica, ou modificação do valor do contrato, obedecido os critérios legais. Assim como alterações unilaterais, o contrato celebrado poderá ser reincidido unilateralmente nos casos de: razões de interesse público; caso fortuito ou de força maior; e alguns casos de inadimplemento com ou sem culpa²⁴.

Outro poder conferido ao Poder Público é a fiscalização de atos praticados pelo Particular e a imposição de sanções nos casos de infrações, inadimplemento, retardo na prestação do serviço. Ainda nos casos mais graves a Administração poderá retomar o objeto da contratação objetivando evitar prejuízo ao interesse público²⁵. No exercício da autotutela a Administração Pública poderá anular quando estiverem viciados e tiverem desrespeitado a legalidade e formalidade essenciais²⁶.

Além de todas essas prerrogativas, como é sabido, no Direito Civil, o contratante poderá se valer do mecanismo “exceção do contrato não cumprido” para se eximir de cumprir a sua parte da obrigação pois não houve a contraprestação por parte do outro contratante.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 13 jun 2023.

Nos contratos administrativos, para alguns doutrinadores essa ferramenta é inoponível²⁷, e para outros ela é considerada restringida²⁸, ou seja, o particular não poderá utilizá-la, imediatamente, como ocorre no contrato civilista, contra a Administração com o escopo de não continuar a execução da obra ou serviço. O particular somente poderá utilizar essa ferramenta quando o inadimplimento do Poder Público, for igual ou superior a 2 meses, conforme a Nova Lei de Licitações - L. no. 14.133/2021²⁹; ou 90 dias; caso a licitação e a contratação estejam subordinadas a legislação anterior - L. no. 8.666/1993³⁰.

4 CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM

A concessão é uma modalidade de contrato administrativo no qual o Poder Público delega, transfere ao particular a execução de serviços ou obras públicas. Regulamentada pela Lei n. 8.987/1995, a concessão comum difere das Parcerias Público-Privadas (PPPs) devido a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Marçal Justen Filho³¹ considera o contrato de concessão como contratos administrativos de delegação, cujo escopo é atribuir poderes, pertencentes ao poder público, ao particular. Logo significa, em suas palavras: “investir um sujeito privado do exercício de poderes específicos e determinados”³²; sendo impossível conferir-lhe a competência³³.

²⁷ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São José dos Campos: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm>. Acesso em: 13 jun 2023.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2023.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Barueri-SP: Grupo GEN, 2023. E-book.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Barueri-SP: Grupo GEN, 2023. E-book.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Barueri-SP: Grupo GEN, 2023. E-book.

5 PARCERIA-PUBLICO-PRIVADAS

A Parceria Público Privada (PPPs), instituída pela Lei n. 11.079/04, revela-se como uma modalidade especial de contrato administrativo de concessão, aplicável no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios³⁴. Bem sucedidas no exterior, essa modalidade contratual justifica-se pela falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado³⁵.

Por ser uma espécie especial de concessão, existe um incentivo do setor público, o qual divide, objetivamente, os riscos do empreendimento com o escopo de atrair investidores do setor privado³⁶. Esse tipo de incentivo é visto com maus olhos pelos doutrinadores, pois equipara a Administração Pública a empresas privadas, transformando o “Estado em garantidor do retorno do investimento privado aplicado na parceria, tornando-se atrativo por reduzir demasiadamente, para o contratado, os “riscos do negócio”³⁷.

No Manual de Direito Administrativo, cuja autoria é de José dos Santos Carvalho Filho, encontra-se como conceito de PPPs, “acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes³⁸”.

Assim, compreende-se que esta modalidade de concessão é especial e difere-se da Concessão Comum de Serviços e Obras Públicas, devido a exigência de

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 08 jun. 2023.

³⁵ MARCOS NÓBREGA, Direito da infraestrutura, Quartier Latin, 2011, p. 60 apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 08 jun. 2023. p. 60.

³⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São José dos Campos: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>. Acesso em: 09 jun. 2023.

³⁷ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São José dos Campos: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>. Acesso em: 09 jun. 2023. p. 322.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 08 jun. 2023. p. 342.

contraprestação por parte do Estado, o qual distribui os riscos com a pessoa jurídica contratada.

Segundo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a norma regulamentadora das PPPs é de competência privativa da União, pois ela dispõe sobre normas gerais de licitação, obrigando os entes federativos que legislaram antes da União adaptarem seus regramentos³⁹. Assim o entendimento exposto pela doutrinadora vai ao encontro da ementa normativa: “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”⁴⁰.

A modalidade de contratação, Parceria público-privada, subdivide-se em duas espécies: Concessão Patrocinada; e Concessão Administrativa.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado⁴¹.

Destarte o artigo, atinente à Lei 11.079/04, acima exposto, torna-se possível identificar que a diferença da concessão patrocinada é a tarifa cobrada aos usuários do serviço público prestado, a qual é inexistente na concessão administrativa. Logo a principal diferença entre essas concessões especiais é a remuneração.

³⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 9 jun 2023.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 9 jun 2023.

Já comparando as concessões especiais com a concessão comum, prevista na Lei n. 8.987/95, verifica-se as seguintes distinções: contraprestação por parte do poder público; riscos compartilhados com o parceiro público; garantias prestadas pela Administração Pública a pessoa jurídica contratada e ao financiador do projeto; repartição de ganhos concernentes a redução do risco de crédito dos financiamentos.

Essas vantagens são conferidas ao particular com escopo de atraí-lo para participar da licitação, cujos objetos possuem valores vultosos, e portanto, possuem um maior risco no empreendimento.

6 CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DOS ESTÁDIOS NA COPA DO MUNDO E A IMPORTÂNCIA DO FUTEBOL NO BRASIL

No ano de 2014 e seguintes megaeventos esportivos, Copa do Mundo FIFA (Fédération Internationale de Football Association) e Olimpíadas, foram realizados no Brasil. Eclode junto a esses eventos, a necessidade de investimentos em estádios, equipamentos esportivos e culturais. Esses investimentos são muito onerosos à Administração Pública sendo preciso a participação do setor privado, ou seja aportes governamentais, e de um parceiro privado, concessionário que auxiliará o Poder Público no empreendimento.

Questiona-se o porquê no Brasil é importante investimentos, obras e reformas, em estádios de futebol é a resposta encontra-se intrinsecamente atrelada a identidade nacional e cultural do Brasil, os quais contribuíram para o estereótipos brasileiro e a famosa expressão: “Brasil, país do Futebol.” A preocupação pela criação de uma identidade nacional surgiu em 1930, na era Vargas, e, o resultado de seus pensamentos se tornaram conceitos perpétuos⁴².

Em 2009 o Brasil sabendo que seria a sede da Copa do Mundo de 2014 analisou a situação dos estádios nacionais e constatou que dos 12 estádios, onde

⁴² GIGLIO, Sérgio Settani. **Futebol: Mitos, ídolos e heróis**. 2007. Dissertação (Mestrado em Educação Física). Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, Campinas-SP, 2007. Disponível em: <<https://ludopedio.org.br/biblioteca/idosol-herois/>>. Acesso em: 16 jun 2023.

ocorreriam os jogos, 9 estádios estavam em péssimas condições, possuindo infraestruturas antigas com idade média de 55 anos⁴³.

O setor público teve um papel primordial na provisão dos estádios responsáveis para sediar os jogos, utilizando a modalidade da Parceria Público Privada para a provisão de cinco dos 12 estádios de futebol⁴⁴.

Ressalta-se que o investimento nos estádios favorece o setor econômico com a geração de empregos, realização de shows - nacionais e internacionais - favorecendo o setor de turismo⁴⁵.

Destarte, a Administração Pública possui diversos setores que carecem de sua atenção tais como saúde, educação, entre outros. Assim por ter diversas atribuições para delegar atividade ou serviço a terceiros realiza a licitação.

O vencedor, no caso dos estádios de futebol, deve investir juntamente com a Administração Pública, arcando com a infraestrutura necessária para receber os espectadores⁴⁶. Com o escopo de manter a concessão, o ente privado deve cumprir com os indicadores de qualidade⁴⁷ estabelecidos em edital.

Assim presume-se que as obrigações básicas do concessionário, utilizador dos estádios e ginásios são: mantê-los bem conservados; atrair parceiros comerciais para eventos esportivos rentáveis; envolver a população em locais com poucos

⁴³ REIS, Cláudio José Oliveira dos; CABRAL, Sandro. Parcerias público-privadas (PPP) em megaeventos esportivos: um estudo comparativo da provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo Fifa Brasil 2014. *Revista de Administração Pública*, v. 51, p. 551-579, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rap/a/pPxBtP8yd9v4GYDnx4XSdCG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁴⁴ REIS, Cláudio José Oliveira dos; CABRAL, Sandro. Parcerias público-privadas (PPP) em megaeventos esportivos: um estudo comparativo da provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo Fifa Brasil 2014. *Revista de Administração Pública*, v. 51, p. 551-579, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rap/a/pPxBtP8yd9v4GYDnx4XSdCG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁴⁵ IANNOTTI, Fernando. Como as Concessões e PPPs favorecem a administração dos Estádios de Futebol? *Houer*. 2019. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/concessoes-e-ppps-em-estadios-de-futebol/>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁴⁶ IANNOTTI, Fernando. Como as Concessões e PPPs favorecem a administração dos Estádios de Futebol? *Houer*. 2019. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/concessoes-e-ppps-em-estadios-de-futebol/>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁴⁷ IANNOTTI, Fernando. Como as Concessões e PPPs favorecem a administração dos Estádios de Futebol? *Houer*. 2019. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/concessoes-e-ppps-em-estadios-de-futebol/>. Acesso em: 16 jun 2023.

eventos esportivos; estabelecer planejamento a longo prazo para obter bons resultados⁴⁸.

Diversos sítios da internet referem-se ao Estádio/Arena Castelão. A cidade de Fortaleza foi escolhida e desejava presidir algumas partidas da Copa do Mundo, contudo o Estádio Plácido Castelo, denominado e popularmente conhecido como Arena Castelão não correspondia os padrões predefinidos pela FIFA para realizar os jogos⁴⁹. Desta forma fora exigida adequação, preparo e investimentos pelo Município e Estado, exigia-se, portanto, reformas que levariam a modernização e ampliação do Estádio.

Embora o Estado do Ceará seja economicamente equilibrado, segundo dados da Secretaria da Fazenda do Estado, não poderia, apenas o Poder Público, atender as exigências da FIFA, devido ao alto custo monetário, deixando de prover dotações em programas sociais⁵⁰.

Logo, em 2010, o Estado do Ceará assumiu a responsabilidade de tal empreendimento, valendo-se do mecanismo: parcerias público-privadas (PPPs), celebrando contrato de concessão com a iniciativa privada para fins de reforma, renovação, adequação, operação do Estádio Castelão com vigência até o mês de novembro de 2018⁵¹. Por se tratar de contratos celebrados pelos entes públicos, a

⁴⁸ IANNOTTI, Fernando. Como as Concessões e PPPs favorecem a administração dos Estádios de Futebol? **Houer**. 2019. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/concessoes-e-ppps-em-estadios-de-futebol/>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁴⁹ CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁰ CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵¹ CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023.

Administração Pública deve fiscalizar a execução do contrato sendo o órgão competente: o Tribunal de Contas.

No caso da reforma no Estádio Plácido Aderaldo Castelo, ampliou a capacidade 58.000 para 66.500 espectadores, possibilitando uma visão total do campo de jogo, sem interferências, criou zonas VIPs (*very important person*)⁵². Não somente o Estádio Castelão, mas, diversos estádios passaram por reformas se transformando em Arenas Multiusos, ou seja, os estádios não mais serviriam apenas para assistir determinado jogo, mas também poderia promover outros eventos, possuir comércio - tais como: restaurantes e lojinhas de conveniência - museus, entre outras atividades⁵³.

A missão constitucional dos Tribunais de Contas é controlar a gestão dos aportes financeiros e recursos do ente federativo a ele atrelado⁵⁴. No caso dos estádios para a Copa, o Tribunal de Contas da União - TCU - contribuiu para o correto emprego do dinheiro público, instituindo uma Rede de Controle da Gestão Pública, com o escopo de acompanhar os gastos bem como manusear os recursos públicos nas diversas esferas governamentais, evitando desperdícios e prevenindo falhas⁵⁵.

Consoante a cartilha publicada nos sítio eletrônico do TCU⁵⁶;

⁵² CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023

⁵³ CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023

⁵⁴ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁵ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁶ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em:

“estimava-se inicialmente que os gastos deveriam superar R\$ 17,3 bilhões, considerando-se apenas os recursos da União e os empréstimos dos bancos oficiais, sendo R\$ 11,5 bilhões para obras de estádios e de mobilidade urbana e R\$ 5,8 bilhões para reforma e ampliação de aeroportos e portos”⁵⁷.

Como é sabido difícil é calcular as despesas, pois estas poderão ser superiores a previsão, em casos de atraso ou deficiências no planejamento devido a necessidade de agilidade e rapidez⁵⁸. Assim, por isso, o Tribunal de Contas da União vem adotando mecanismos que fortaleçam a fiscalização e contribuição para o aperfeiçoamento da gestão, redução dos riscos e de desperdícios⁵⁹. Destarte a descrição da Cartilha, os Tribunais de Contas, União, Estados e Municípios se unirão para fiscalizar os gastos, criando portais na internet e órgão de controle a fim de analisar a ações das parceiras.

7 CONCESSÃO DE ESTÁDIOS PARA CLUBES DE FUTEBOL

Em relação aos times de futebol, o entendimento é basicamente o mesmo ao que já foi exposto acima. Geralmente são realizados mediante Parceria-Publico-Privada, na modalidade de concessão patrocinada, devendo obedecer todas as prerrogativas e deveres atinentes aos contratos administrativos, dentre eles: a licitação.

O dever de fiscalização caberá ao Tribunal de Contas do Estado onde situa o estádio. Assim, observa-se que o time do Botafogo, em 2007, foi o único a apresentar a proposta para usufruir do Estádio Olímpico João Havelange, também

<<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁷ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁸ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

⁵⁹ BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

conhecido como Engenhão, atualmente, denominado Nilton Santos⁶⁰. O contrato de concessão foi renovado pela Prefeitura do Rio de Janeiro até 2031⁶¹, e depois, novamente, até 2051, respeitando o tempo de validade dos contratos de 5 a 35 anos.

O presidente do Time Botafogo informou que o clube realizou uma repactuação de dívidas para renovar o contrato prorrogando-o por mais 20 anos. Relatou, ainda, que algumas empresas estariam interessadas em administrar o estádio de forma conjunta⁶².

O Secretário da Fazenda Municipal explicou os motivos que levaram a Administração Pública prorrogar o contrato, apesar o clube estar em Recuperação Judicial, assim, o secretário lista: problema na cobertura do estádio; paralisação por 2 anos devido à pandemia; escassez de recursos financeiros do ente público⁶³.

O intuito do clube é transformar o Engenhão numa Arena Multiuso, possibilitando receber diversos eventos culturais. Ainda, no ano de 2023, o Estádio Nilton Santos receberá como atração a cantora Taylor Swift⁶⁴, Turnê *The Eras Tour*, a qual se apresenta como uma das mais promissoras da carreira da artista, conforme descrição do *site money times*⁶⁵.

⁶⁰ MATTOS, Rodrigo. Candidato único, Bota vai herdar Engenhão. **Folha de São Paulo**, 2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk0208200705.htm>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶¹ BARROS, Davi; SÁ, Juliana. É oficial: Botafogo assina contrato de prorrogação do estádio Nilton Santos por mais 20 anos. **GE**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/e-oficial-botafogo-assina-contrato-de-prorrogacao-do-estadio-nilton-santos-por-mais-20-anos.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶² BARROS, Davi; SÁ, Juliana. É oficial: Botafogo assina contrato de prorrogação do estádio Nilton Santos por mais 20 anos. **GE**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/e-oficial-botafogo-assina-contrato-de-prorrogacao-do-estadio-nilton-santos-por-mais-20-anos.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶³ BARROS, Davi; SÁ, Juliana. É oficial: Botafogo assina contrato de prorrogação do estádio Nilton Santos por mais 20 anos. **GE**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/e-oficial-botafogo-assina-contrato-de-prorrogacao-do-estadio-nilton-santos-por-mais-20-anos.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶⁴ MAIA, Luiza. A loirinha vem aí: Taylor Swift fará show no Engenhão em novembro. **Veja**, 2023. Disponível em: <<https://vejario.abril.com.br/programe-se/taylor-swift-show-engenhao-novembro-ingressos>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶⁵ PAIVA, Iasmin Rao. Taylor Swift: Nova turnê, 'The Eras Tour', pode deixar a cantora bilionária? **Money Times**, 2023. Disponível em: <<https://www.moneytimes.com.br/taylor-swift-nova-turne-the-eras-tour-pode-deixar-a-cantora-bilionaria/>>. Acesso em: 21 jun 2023.

O clube poderá se utilizar de quaisquer artifícios lícitos para gerar receitas, ou seja pode alugar para eventos culturais, realizar shows ou até mesmo alugar para que outros times possam realizar partidas⁶⁶.

8 CONCESSÃO DO MARACANÃ

Conhecido como um dos maiores e melhores Estádios de Futebol, considerado um dos “*templos do futebol mundial*”⁶⁷, “o Maracanã é o maior estádio do Brasil”⁶⁸. Inaugurado em 16 de junho de 1950, o Estádio já sediou duas finais de Copa⁶⁹: Copa do Mundo de 1950⁷⁰; Copa do Mundo FIFA de 2014⁷¹, além disso, também sediou a final da Copa das Confederações de 2013⁷²; e foi palco das Olimpíadas, em 2016⁷³. O Estádio também denominado Estádio Jornalista Mário Filho⁷⁴ apresenta uma relevância histórico-cultural não só no Futebol, mas no país inteiro, surgindo, desta forma, a necessidade de avaliar, criteriosamente, uma

⁶⁶ ALUGUEL do Nilton Santos a outros times salva Botafogo de prejuízo com o estádio no Carioca. **Portal Globo Esporte**, 2022. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/2022/03/31/aluguel-do-nilton-santos-a-outros-times-salva-botafogo-de-prejuizo-com-o-estadio-no-carioca.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶⁷ 20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <[https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016](https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016>)>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶⁸ 20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <[https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016](https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016>)>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁶⁹ 20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <[https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016](https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016>)>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷⁰ COPA de 50 foi o último (e único) título que o Brasil perdeu no Maracanã; Veja detalhes das conquistas. **Portal Globo Esporte**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/copa-america/noticia/copa-de-50-foi-o-ultimo-e-unico-titulo-que-o-brasil-perdeu-no-maracana-veja-detalhes-das-conquistas.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷¹ COPA do Mundo do Brasil - 2014. **Memória Globo**. Disponível em: <<https://memoriaglobo.globo.com/esporte/copa-do-mundo-do-brasil-2014/noticia/copa-do-mundo-do-brasil-2014.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷² 20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <[https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016](https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016>)>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷³ 20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <[https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016](https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%A4Dadas%2C%20em%202016>)>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷⁴ GUMARÃES, Matheus. Entenda como funciona o julgamento no atual edital sobre a concessão do Complexo Maracanã. **Lance**, 2023. Disponível em: <<https://www.lance.com.br/vasco/entenda-como-funciona-o-julgamento-no-atual-edital-sobre-concessao-do-complexo-maracana.html>>. Acesso em: 21 jun 2023.

possível contratação para administrar o Estádio, conjuntamente, com o governo estadual.

O Estádio do Maracanã teve seu procedimento licitatório suspenso⁷⁵, segundo o *site* Lance,

“o edital constam trechos que aumentam a polêmica envolvendo o Maracanã. O peso da proposta técnica é maior do que o da proposta financeira. Segundo o documento é 60% a 40%. Com isso, a pontuação também é maior para a proposta técnica. Nela o concorrente pode receber de 0 a 170 pontos, enquanto na financeira de 100 a 115”.

Conforme ao que foi descrito pelo site a modalidade da licitação será concorrência, cujo critério é o maior lance.

Alguns *sites* afirmam que provisoriamente foi renovada a concessão de uso para os clubes Flamengo, como concessionário, e Fluminense, como interveniente, por mais 180 dias. O clube Vasco da Gama impetrou Mandado de Segurança contra os concessionários buscando não só reverter essa prorrogação do uso do Estádio, mas também a possibilidade de concorrer na licitação⁷⁶.

Conforme o *site* netflu, esse acordo firmado pelo Governo do Estado Carioca e clubes: Fluminense e Flamengo, há previsão de uma contraprestação do entes privados ao poder público, como se fosse um aluguel, no valor mensal de R\$211.086,63⁷⁷.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando os contratos realizados pela administração percebe-se as diferenças, prerrogativas e deveres pertencentes ao Poder Público exorbitam o aceitável na esfera privada. Logo, se torna possível analisar as espécies do contrato

⁷⁵ TCE-RJ mantém suspensão do edital de licitação do Maracanã. **Portal Globo Esporte**, 2023. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/2023/06/14/tce-mantem-novamente-suspensao-do-edital-de-licitacao-do-maracana.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷⁶ GOVERNO do Estado do Rio oficializa nova cessão do Maracanã para Flamengo e Fluminense. **Redação UOL**, 2023. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/esporte/noticias/2023/04/26/5366_governo-do-estado-do-rio-oficializa-nova-cessao-do-maracana-para-flamengo-e-fluminense.html>. Acesso em: 21 jun 2023.

⁷⁷ SAIBA quanto Fluminense e Flamengo pagam mensalmente pela concessão do Maracanã. **Redação Netflu**, 2023. Disponível em: <<https://www.netflu.com.br/saiba-quanto-fluminense-e-flamengo-pagam-mensalmente-pela-concessao-do-maracana/>>. Acesso em: 21 jun 2023.

administrativo, mais precisamente, o contrato objeto deste trabalho acadêmico: Contratos de Concessão.

Os Contratos de Concessão são utilizados quando o Poder Público precisa delegar suas atividades a determinado ente particular possibilitando que este utilize o bem público e explore a atividade. No caso dos estádios, o Poder Público realiza licitação conferindo ao vencedor o direito de exploração econômico e como contrapartida o dever de cuidar, manter a conservação do bem público.

Ao realizar as pesquisas, diversos textos sobre futebol e sua importância na construção da identidade nacional; e outros tantos relacionados as concessões dos estádios na época da Copa do Mundo realizada em 2014 no Brasil. As concessões realizadas para times de futebol - reconhecidos, e não mais equiparados (Lei Pelé - L. no 9.615/1998), a empresa pela Lei no 14.193/2021 (Lei das Sociedades Anônimas de Futebol - S.A.F.) - difícil encontrar artigos e materiais específicos sobre a temática, como é um assunto que desperta o interesse de diversos espectadores e torcedores, encontra-se facilidade em pesquisar nos jornais eletrônicos, tais como: Portal G1, na subseção Globoesporte, Portal UOL, Portal Terra, entre outros.

Observa-se que esse contratos deverão possuir longos prazos - 5 a 35 anos - devido ao criterioso processo de seleção do concessionário e riscos do empreendimento. Devido aos riscos, os juros do seguro ou fiança - as quais deverão ser oferecidas como garantia, por causa do valor vultoso atinente ao objetos - são muito onerosos para o particular e com o escopo de não lhe causar prejuízos, a Administração Pública se torna parceira, havendo, portanto, contraprestação do Poder Público.

Assim, o contrato firmado pelos entes públicos com o setor privado são, em sua maioria, parceria-publico-privado na modalidade de concessão patrocinada. Muitos estádios brasileiros tiveram que passar por reformas com o escopo de estarem no padrão Fifa para sediar as partidas da Copa do Mundo de 2014. Desta forma, ao conectarmos as características expostas nos tópicos anteriores possível se torna compreender o funcionamento dos contratos celebrados para essas reformas.

O Tribunal de Contas assume a responsabilidade de fiscalizar a execução do contrato. E, por fim, compreendendo o funcionamento da contratação durante a Copa, observa-se a semelhança nos contratos firmados com os clubes de futebol, no caso, fora exemplificada a concessão do Estádio Nilton Santos, cujo atual concessionário é o Botafogo Futebol Clube.

As reformas dos Estádios transformaram-os em Arenas Multiusos, espaços culturais, de eventos, shows, entre outros, e, conseqüentemente o proveito gerado através da exploração da Arena é revertido em receita para o concessionário.

Por fim o presente artigo cita o procedimento licitatório para a concessão do Estádio do Maracanã, processo suspenso, e com criteriosas exigências com a finalidade de escolher o concessionário que oferecerá melhores condições e contribuições ao mais famoso Estádio Brasileiro: Maracanã.

REFERÊNCIAS

ALUGUEL do Nilton Santos a outros times salva Botafogo de prejuízo com o estádio no Carioca. **Portal Globo Esporte**, 2022. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/2022/03/31/aluguel-do-nilton-santos-a-outros-times-salva-botafogo-de-prejuizo-com-o-estadio-no-carioca.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023

BARROS, Davi; SÁ, Juliana. É oficial: Botafogo assina contrato de prorrogação do estádio Nilton Santos por mais 20 anos. **GE**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/e-oficial-botafogo-assina-contrato-de-prorrogacao-do-estadio-nilton-santos-por-mais-20-anos.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023

BORGOMONI NETO, Paulo César; SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. O Contrato Administrativo: Introdução conceitual. **Boletim Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/3824/o-contrato-administrativo-introducao-conceitual>>. Acesso em: 11 jun 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 9 jun 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm>. Acesso em: 13 jun 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASI. Tribunal de Contas da União. **O TCU e a Copa do Mundo de 2014**: Relatório de situação. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF5308E5EB4>>. Acesso em: 16 jun 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 08 jun. 2023.

CARVALHO JÚNIOR, Nestor Marques de. **A Economia dos Contratos de Parcerias Público Privadas**: um estudo de caso sobre a concessão da Arena Castelão. 2018. Dissertação (Mestrado em m Economia do Centro de Aperfeiçoamento de Especialistas do Nordeste sub área Economia do Setor Público) UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, UFCE, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34597/1/2018_dis_nmcarvalhojunior.pdf>. Acesso em: 16 jun 2023.

COPA de 50 foi o último (e único) título que o Brasil perdeu no Maracanã; Veja detalhes das conquistas. **Portal Globo Esporte**, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/copa-america/noticia/copa-de-50-foi-o-ultimo-e-unico-titulo-que-o-brasil-perdeu-no-maracana-veja-detalhes-das-conquistas.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

COPA do Mundo do Brasil - 2014. **Memória Globo**. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/esporte/copa-do-mundo-do-brasil-2014/noticia/copa-do-mundo-do-brasil-2014.ghtml>. Acesso em: 21 jun 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 7 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

GORDILLO, Agustín A. Capítulo I - Los Contratos Administrativos *In*: BARRA et al, 1988. **LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**: Regimenes de pago y actualización. Tomo I. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma. P. 9-19.

GOVERNO do Estado do Rio oficializa nova cessão do Maracanã para Flamengo e Fluminense. **Redação UOL**, 2023. Disponível em:

<https://cultura.uol.com.br/esporte/noticias/2023/04/26/5366_governo-do-estado-do-rio-oficializa-nova-cessao-do-maracana-para-flamengo-e-fluminense.html>. Acesso em: 21 jun 2023.

GIGLIO, Sérgio Settani. **Futebol: Mitos, ídolos e heróis**. 2007. Dissertação (Mestrado em Educação Física). Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, Campinas-SP, 2007. Disponível em: <<https://ludopedio.org.br/biblioteca/idosolsherois/>>. Acesso em: 16 jun 2023

GOVERNO do Estado do Rio oficializa nova cessão do Maracanã para Flamengo e Fluminense. **Redação UOL**, 2023. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/esporte/noticias/2023/04/26/5366_governo-do-estado-do-rio-oficializa-nova-cessao-do-maracana-para-flamengo-e-fluminense.html>. Acesso em: 21 jun 2023.

GUIMARÃES, Matheus. Entenda como funciona o julgamento no atual edital sobre a concessão do Complexo Maracanã. **Lance**, 2023. Disponível em: <<https://www.lance.com.br/vasco/entenda-como-funciona-o-julgamento-no-atual-edital-sobre-concessao-do-complexo-maracana.html>>. Acesso em: 21 jun 2023.

IANNOTTI, Fernando. Como as Concessões e PPPs favorecem a administração dos Estádios de Futebol? **Houer**. 2019. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/concessoes-e-ppps-em-estadios-de-futebol/>. Acesso em: 16 jun 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

MAIA, Luiza. A loirinha vem aí: Taylor Swift fará show no Engenhão em novembro. **Veja**, 2023. Disponível em: <<https://vejario.abril.com.br/programe-se/taylor-swift-show-engenhao-novembro-ingressos>>. Acesso em: 21 jun 2023.

MATTOS, Rodrigo. Candidato único, Bota vai herdar Engenhão. **Folha de São Paulo**, 2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk0208200705.htm>>. Acesso em: 21 jun 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São José dos Campos: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

PAIVA, Iasmin Rao. **Taylor Swift: Nova turnê, ‘The Eras Tour’, pode deixar a cantora bilionária?**. **Money Times**, 2023. Disponível em: <<https://www.moneytimes.com.br/taylor-swift-nova-turne-the-eras-tour-pode-deixar-a-cantora-bilionaria/>>. Acesso em: 21 jun 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

REIS, Cláudio José Oliveira dos; CABRAL, Sandro. Parcerias público-privadas (PPP) em megaeventos esportivos: um estudo comparativo da provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo Fifa Brasil 2014. **Revista de Administração Pública**, v. 51, p. 551-579, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rap/a/pPxBtP8yd9v4GYDnx4XSdCG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 16 jun 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

SAIBA quanto Fluminense e Flamengo pagam mensalmente pela concessão do Maracanã. **Redação Netflu**, 2023. Disponível em: <<https://www.netflu.com.br/saiba-quanto-fluminense-e-flamengo-pagam-mensalmente-pela-concessao-do-maracana/>>. Acesso em: 21 jun 2023.

TCE-RJ mantém suspensão do edital de licitação do Maracanã. **Portal Globo Esporte**, 2023. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/2023/06/14/tce-mantem-novamente-suspensao-do-edital-de-licitacao-do-maracana.ghtml>>. Acesso em: 21 jun 2023.

20 maiores estádios do Brasil: quais são e onde ficam. **Jornal da Paraíba**, 2023. Disponível em: <<https://jornaldaparaiba.com.br/esportes/maiores-estadios-do-brasil/#:~:text=1%C2%BA%20%E2%80%93%20Maracan%C3%A3,sediou%20as%20Olimp%C3%ADadas%20em%202016>>. Acesso em: 21 jun 2023

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO FACE AOS DESAFIOS DA COVID-19

Mari Luiza Furtado Boita Laude¹

RESUMO

O presente artigo analisa os contratos administrativos e a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro face aos desafios decorrentes da pandemia da Covid-19. Tem como objetivo, a partir de uma construção teórica sobre o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, analisar como o judiciário tem aplicado o art. 65, alínea “d” da Lei 8.666/1990 aos casos concretos, através de julgados do TJSP.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Reequilíbrio econômico. Coronavírus.

ABSTRACT

The article analyzes administrative contracts and the need for economic and financial rebalancing in the face of the challenges arising from the Covid-19 pandemic. It aims, from a theoretical construction on the institute of economic-financial rebalancing, to analyze how the judiciary has been applying the article 65, item “d” of Law 8.666/1990 to concrete cases.

Keywords: Contract. Administrative, rebalancing. Coronavirus.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos, por se tratarem de contratos firmados com a Administração Pública, possuem um regramento diverso dos contratos puramente priváscos e caracterizam-se por prerrogativas e sujeições – as primeiras que a colocam a Administração em posição de supremacia sobre o particular; as segundas

¹ Aluna do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD, Direito e Prática Processual nos Tribunais. E-mail: marilahude@gmail.com.

impõem limites à atuação administrativa para se garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos².

Considerando essa premissa, o particular que contrata com a Administração está diante de uma relação verticalizada, em que o interesse público (definido pela lei), o edital e as cláusulas exorbitantes, ainda que implícitas – ou seja, não obstante a ausência destas no edital –, concedem ao Poder Público prerrogativas que, em uma relação privada, seriam consideradas leoninas.

Uma das prerrogativas que a Administração possui é a de alterar de forma unilateral os contratos. Contudo, existem alguns requisitos legais a serem observados, como: os limites impostos pela lei, a indisponibilidade do objeto contratado, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato etc. No tocante ao equilíbrio econômico-financeiro, trata-se do dever constitucional (art. 37, XXI, da CF³) que a Administração Pública possui de manter as condições efetivas da proposta, conforme o edital da licitação. Em outros termos, trata-se de um mecanismo de segurança que pode ser invocado quando houver uma mudança brusca no cenário econômico. Nesse diapasão, para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de uma relação de equação financeira:

O equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada⁴.

Contudo, questiona-se o cenário em que essa relação se torna desproporcional para uma das partes com a consequente onerosidade excessiva do contrato. Assim,

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

³ O referido dispositivo possui o seguinte texto: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] 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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2023.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 590.

para solucionar tal questão, a Lei 8.666/93 prevê três mecanismos a serem utilizados diante de situações específicas: (i) o reequilíbrio econômico-financeiro – áleas extraordinárias, imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, decorrentes de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe (ato governamental); (ii) o reajuste – correção dos efeitos monetários de desvalorização da moeda; (iii) a repactuação – acréscimo dos custos de mão-de-obra⁵.

No presente artigo, analisar-se-á o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro ante a superveniência da pandemia da Covid-19 e as respectivas soluções dadas pelo Poder Judiciário aos casos concretos.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS PRERROGATIVAS

Para delimitar o objeto de estudo no presente artigo, entender-se-á que o contrato administrativo “[...] em sentido restrito é um acordo de vontades para constituir relação jurídica destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a delegar a um particular o exercício de competências públicas”⁶.

Com base nessa definição, podemos concluir que o contrato administrativo é um acordo de vontades firmado entre a Administração Pública e um particular para satisfazer a um interesse público e, por envolver a Administração Pública, possui um regramento diverso das normas que regem o direito privado.

Ademais, os contratos administrativos possuem como características principais, em síntese: o formalismo moderado – é exigido um nível de formalidade maior por envolver a gestão da coisa pública; a bilateralidade – para a formalização do contrato é necessária a manifestação de vontade de ambas as partes; a comutatividade – as obrigações de ambas as partes contratantes são equivalentes e previamente estabelecidas; o desequilíbrio – as partes estão em desigualdade,

⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 04 jun. 2023.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 297.

diferentemente daquilo que ocorre nos contratos privados; instabilidade – com a necessidade de atender o interesse público, a Administração poderá alterar unilateralmente cláusulas regulamentares ou, até mesmo, extinguir os contratos celebrados⁷.

Em relação às hipóteses de alteração dos contratos administrativos, essas podem ocorrer por comum acordo entre as partes ou de forma unilateral e compulsória. No tocante às alterações unilaterais, elas devem ser realizadas de modo a atender a necessidade e conveniência da Administração, observando a legalidade e o devido processo legal.

As alterações unilaterais são divididas em modificações qualitativas e quantitativas, sendo: (i) modificações qualitativas (art. 65, I, “a” da Lei 8.666/93 e 124, I, “a” da Lei 14.133/2021) – “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”⁸; (ii) modificações quantitativas (arts. 65, I, “b” da Lei 8.666/93 e 124, I, “b” da Lei 14.133/2021) – “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”⁹.

Vale ressaltar que, em relação às alterações bilaterais, a Lei 8.666/93 determina que a Administração pode reduzir ou crescer o valor inicial do contrato em até 25%, e, nos casos de reforma edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para acréscimos.

Todavia, a Lei das Estatais não prevê tais limitações em relação às alterações bilaterais, conforme comenta Justen Filho:

[...] deve-se reputar que o referido limite somente se aplica nas hipóteses de alteração unilateral. Não veda alterações bilaterais, que superem àquele limite. Mas essa solução

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>. Acesso em: 04 jun 2023.

⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>. Acesso em: 04 jun 2023.

somente será admissível em situações diferenciadas, cuja avaliação será realizada em vista da proporcionalidade¹⁰.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do reequilíbrio econômico-financeiro frente os contratos administrativos.

3 REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O contrato administrativo, assim como os contratos firmados entre particulares, pressupõe, não obstante todas as prerrogativas da Administração Pública, equilíbrio econômico-financeiro que consiste na relação proporcional de encargos assumidos pelo particular e justa remuneração devida a esse pelo Poder Público, em atendimento ao objeto contratado e em respeito ao disposto no edital.

Acerca do tema, vale conferir as definições doutrinárias dadas, respectivamente, por Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes de Meireles:

O equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada¹¹.

O equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante para a justa remuneração do seu objeto¹².

Resguardar o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos firmados com a Administração é resguardar a própria relação firmada entre as partes, conforme o disposto pelo constituinte, para manter “as condições efetivas da proposta”¹³ com o objetivo de atender ao princípio da eficiência (a Administração paga o menor valor possível sem prejuízo da qualidade dos serviços/objetos alvos de licitação) e da isonomia (em relação aos custos e retribuições inicialmente previstos). Para o jurista

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 314.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.590.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 120-121.

¹³ Art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2023.

Justen Filho, tal instituto abrange todas as influências que sofrem o custo e o resultado do objeto:

[...] compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.

O mesmo se passa com os encargos. Integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração¹⁴.

No mesmo espeque, sobre a quebra do equilíbrio econômico-financeiro, o jurista leciona que é necessário o cotejo entre a previsão adotada pelas partes no momento em que a proposta é formulada e o momento de exercício do contrato, isto é, sua execução, *in verbis*:

[...] consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa e somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. É necessário cotejar a previsão adotada pelas partes por ocasião da formulação da proposta com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior¹⁵.

Acerca da necessidade de o contrato administrativo refletir a realidade da equação firmada entre as partes, conforme supramencionado, vale lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, em que ressalta a importância do resultado real do contrato:

Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.

Para tanto, o que importa, obviamente, não é a “aparência” de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 315.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer pelo conteúdo convencionado¹⁶.

Para configuração da quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o direito à sua recomposição, pressupõe-se: (i) a ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis; (ii) a ampliação dos encargos e (ou) a redução das vantagens originalmente previstas¹⁷.

No tocante aos eventos extraordinários, há que se fazer uma diferenciação quanto aos eventos possíveis e previsíveis face aos eventos impossíveis, os quais não são previsíveis. Assim, temos que os eventos previsíveis compõem a álea ordinária (álea administrativa) e os imprevisíveis a extraordinária (álea econômica).

Em relação à álea administrativa (fato do príncipe), assegura-se ao particular o direito à compensação caso este sofra agravos por ato lícito e regular imputável ao Estado. Noutra giro, a teoria da imprevisão (álea econômica) é aplicada quando se torna impossível ao particular a execução do contrato nas condições originalmente previstas, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Nessa linha, Justen Filho afirma que os pressupostos da teoria da imprevisão são: imprevisibilidade do evento ou imaculabilidade de seus efeitos; inimputabilidade do evento às partes; grave modificação das condições do contrato; ausência de impedimento absoluto¹⁸.

No tocante à imprevisibilidade do evento, a Lei 8.666/93 prevê o reestabelecimento da relação entre as partes caso lhe sobrevenham “fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis”, e ainda “em caso de força maior, caso fortuito ou força do príncipe”¹⁹. Assim, resta claro que não são apenas os fatos imprevisíveis que demandam o reequilíbrio da equação contratual, por assim dizer, mas também os fatos previsíveis cujas consequências não podem ser calculadas, à exemplo da inflação que ultrapassa os limites estimados pelas previsões.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 4 jun. 2023.

Em contrapartida, a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21), prevê, em seu art. 103, que “o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz e alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados”²⁰.

Acerca dos riscos contratuais, o legislador dispôs expressamente que o contrato e o edital (arts. 103 e 22 da lei supracitada) contemplarão a alocação dos riscos oriundos daquele contrato e que, portanto, cada parte deve promover o gerenciamento de forma eficiente.

Diante desses apontamentos, passa-se ao estudo das implicações da pandemia do Covid-19 e seus respectivos impactos financeiros em âmbito nacional.

4 PANDEMIA COVID-19 COMO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR E SEUS IMPACTOS FINANCEIROS

A Covid-19, como bem sabido, “é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global”²¹ que atingiu mais de 180 países.

A pandemia do novo Coronavírus trouxe consigo uma crise sanitária e econômica, haja vista que a Administração teve que concentrar seus investimentos em estruturas de saúde de emergência, produção e compras de vacinas, tecnologia e criação de auxílio para possibilitar que as pessoas ficassem isoladas em seus lares.

Por outro lado, o empresário se viu sem poder trabalhar, acarretando em diminuição drástica de suas rendas, impossibilitando ou reduzindo significativamente o pagamento de seus funcionários, o que culminou na instalação do caos na economia – a alta da inflação, a perda do poder de compra e o estado de necessidade que muitas famílias passaram a enfrentar.

²⁰ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm>. Acesso em 04 jun. 2023.

²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. O que é a Covid-19?. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em 04 jun. 2023.

Considerando a imprevisibilidade da ocorrência da crise sanitária e seus impactos, a pandemia da Covid-19 se enquadra nas definições de caso fortuito ou força maior. O caso fortuito é um evento que não se pode prever e que não é possível evitar. Por outro lado, a força maior seria um fato humano ou natural, que até pode ser previsto, mas não pode ser impedido, como os fenômenos da natureza, guerra, revoluções etc²².

Na ocorrência de caso fortuito ou força maior durante o período de exercício do contrato administrativo, o contrato pode ser desfeito ou ter a sua equação financeira reestabelecida. Nesse sentido, confira-se a lição de Justen Filho:

Quando os eventos supervenientes, produzidos por causas alheias à vontade das partes, tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes, assegurando-se ao particular a remuneração correspondente ao que tiver executado. Se for possível a execução, dever-se-á adotar solução equivalente à gerada pela teoria da imprevisão, promovendo-se as medidas necessárias ao restabelecimento da equação econômico-financeira original²³.

Assim, verifica-se que, para o desfazimento do contrato ou para a sua continuidade, com o devido reestabelecimento da equação econômico-financeira original, há que se analisar cada contrato, bem como as realidades econômicas quando firmada a avença e quando pleiteada a sua resolução ou o seu reequilíbrio econômico-financeiro.

Ressalta-se que, não obstante o decurso de 03 anos do início do estado de emergência pública anunciado pela OMS²⁴, os impactos econômicos da Covid-19 ainda podem ser observados no mercado, à medida que muitas empresas ainda não recuperaram sua saúde financeira, assim como tampouco os estados e municípios. A esse respeito, analisar-se-á abaixo como o Judiciário tem enfrentado a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. p. 458.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 321.

²⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Após dois anos, chega ao fim estado de Emergência em Saúde Pública por conta da Covid-19 no Brasil**. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/maio/apos-dois-anos-chega-ao-fim-estado-de-emergencia-em-saude-publica-por-conta-da-covid-19-no-brasil>>. Acesso em 05 jun. 2023

5 O PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO

Considerando a superveniência da Covid-19 e o seu impacto nos contratos de um modo geral, principalmente no contrato administrativo, veremos a seguir como o Judiciário vem lidando com os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, isso através de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP.

5.1 A necessidade de comparação das realidades

Conforme mencionado alhures, para ser reconhecida a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, há que se comparar as realidades do momento de celebração do contrato e do momento de seu exercício. Nesse sentido, imprescindível a realização de perícia, sob pena de a empresa ter seu pedido indeferido, consoante se verifica no julgado abaixo do TJSP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária tencionada à suspensão de contrato administrativo, ao fundamento de onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia Covid-19 e da crise hídrica de 2021 – Decisão interlocutória que indeferiu a tutela provisória de urgência – Incorreção – Suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundamentado exclusivamente em cálculos unilaterais – Matéria que não dispensa prévio contraditório e dilação probatória – Impossibilidade de deferir a medida em sede de cognição sumária – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido²⁵.

O caso acima se trata de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu tutela provisória nos autos da ação nº 10000069-39.2023.8.26.0283. Alegou a agravante (Pompeo Paisagismo e Comércio de Plantas Ltda) que, após a realização de licitação por tomada de preços, firmou com o Município de Analândia

²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2075646-79.2023.8.26.0000**. Ação ordinária tencionada à suspensão de contrato administrativo, ao fundamento de onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia da Covid-19 e da crise hídrica de 2021 – Decisão interlocutória que indeferiu a tutela provisória de urgência – Incorreção – Suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundamentado exclusivamente em cálculos unilaterais – Matéria que não dispensa prévio contraditório e dilação probatória – Impossibilidade de deferir a medida em sede de cognição sumária – Precedentes – Decisão mantida – Recursodesprovido.1. Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia. Julgado em 16 de maio de 2023. Publicado em 16 de maio de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16751890&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023. p. 02.

contrato de execução da via de acesso Antônio Vivaldi, incluindo o fornecimento de materiais e mão de obra.

Nas suas razões recursais, a empresa alegou onerosidade excessiva superveniente em razão da Covid-19 e da crise hídrica em 2021, portanto ajuizou ação ordinária contra o Município com pedido de tutela provisória de urgência, *in verbis*:

[...] “para que seja suspensa a execução do contrato firmado entre as partes até que seja decidido o pleito de resolução do contrato firmado entre as partes por caso fortuito ou força maior ou, alternativamente, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em virtude dos encargos gerados em razão da pandemia do COVID-19” (fl. 10), que foi rejeitado em primeiro grau (fls. 159/160) ²⁶.

Analisando o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Tribunal entendeu que a matéria demandaria a realização de perícia técnica para verificar se realmente ocorreu o “desbalanceamento das obrigações contratuais (*an debeatur*) e, em caso positivo, se alcançar o exato percentual de reajustamento a que a contratada faria jus (*quantum debeatur*)”²⁷. Nesses termos, ao agravo de instrumento não foi dado provimento.

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2075646-79.2023.8.26.0000**. Ação ordinária tencionada à suspensão de contrato administrativo, ao fundamento de onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia da Covid-19 e da crise hídrica de 2021 – Decisão interlocutória que indeferiu a tutela provisória de urgência – Incorreção – Suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundamentado exclusivamente em cálculos unilaterais – Matéria que não dispensa prévio contraditório e dilação probatória – Impossibilidade de deferir a medida em sede de cognição sumária – Precedentes – Decisão mantida – Recursodesprovido.1. Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia. Julgado em 16 de maio de 2023. Publicado em 16 de maio de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16751890&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023. p. 03.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2075646-79.2023.8.26.0000**. Ação ordinária tencionada à suspensão de contrato administrativo, ao fundamento de onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia da Covid-19 e da crise hídrica de 2021 – Decisão interlocutória que indeferiu a tutela provisória de urgência – Incorreção – Suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundamentado exclusivamente em cálculos unilaterais – Matéria que não dispensa prévio contraditório e dilação probatória – Impossibilidade de deferir a medida em sede de cognição sumária – Precedentes – Decisão mantida – Recursodesprovido.1. Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia. Julgado em 16 de maio de 2023. Publicado em 16 de maio de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16751890&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023, p. 05.

5.2 A constatação de fato imprevisível

Um dos requisitos para formulação do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro é a constatação de fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis. Ressalta-se novamente a necessidade da comprovação do alegado pelo requerente, pois não basta a mera afirmação de ocorrência de fato imprevisível. Nesse sentido:

APELAÇÃO. Mandado de segurança. Contrato Administrativo. Inexecução parcial. Multa. Pretensa desconstituição da multa. Sentença de primeiro grau que denegou a segurança. 1.DIREITO ADMINISTRATIVO. Contrato administrativo. Sociedade de economia mista. Fornecimento de 600 (seiscentos) notebooks. Entrega de 500 (quinhentas unidades). Falta de entrega das 100 (cem) unidades remanescentes que culminou com a aplicação de multa. Pretensa desconstituição da multa sob o argumento de que seria mister o reajuste dos preços de sorte a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Inadmissibilidade. Alegação de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que não justifica a recusa na entrega dos equipamentos. Efeitos da pandemia COVID-19 que não podem ser ventilados como fato imprevisível no instante em que a avença foi firmada no auge da mesma pandemia. 2. Emissão de nota de empenho prescindível, conquanto a contratante é sociedade de economia mista. 3. Importe da multa previsto no contrato celebrado. 4. Sentença mantida. Recurso da impetrante não provido²⁸.

O julgado trata de apelação interposta contra sentença que denegou a segurança pleiteada por Compacta Comércio e Serviços Ltda em face de ato apontado como coator do Presidente da Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM, com vistas a declarar a

²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1034304-77.2022.8.26.0053**. Mandado de segurança. Contrato Administrativo. Inexecução parcial. Multa. Pretensa desconstituição da multa. Sentença de primeiro grau que denegou a segurança. 1.DIREITO ADMINISTRATIVO. Contrato administrativo. Sociedade de economia mista. Fornecimento de 600 (seiscentos) notebooks. Entrega de 500 (quinhentas unidades). Falta de entrega das 100 (cem) unidades remanescentes que culminou com a aplicação de multa. Pretensa desconstituição da multa sob o argumento de que seria mister o reajuste dos preços de sorte a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Inadmissibilidade. Alegação de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que não justifica a recusa na entrega dos equipamentos. Efeitos da pandemia COVID-19 que não podem ser ventilados como fato imprevisível no instante em que a avença foi firmada no auge da mesma pandemia. 2. Emissão de nota de empenho prescindível, conquanto a contratante é sociedade de economia mista. 3. Importe da multa previsto no contrato celebrado. 4. Sentença mantida. Recurso da impetrante não provido. 9. Câmara de Direito Público. Relator (a): Oswaldo Luiz Palu. Julgado em 17 de mar. De 2023. Publicado em 17 de mar. De 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16567472&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023. p. 02.

nulidade de multa administrativa no valor de R\$ 284.400,00 (duzentos e oitenta e quatro mil e quatrocentos reais) em decorrência do descumprimento parcial de contrato administrativo firmado entre a empresa impetrante e a PRODAM.

A Compacta Comércio alegou que, após a participação em pregão eletrônico, firmara com a PRODAM contrato administrativo cujo objeto seria o fornecimento de 600 unidades de notebooks da marca Lenovo, contudo a empresa só teria entregado 500 unidades e, portanto, remanescendo 100 unidades pendentes de entrega. Diante disso, foi lavrada multa administrativa no valor supracitado.

A partir disso, a Compacta Comércio requereu a realização de revisão do contrato para o reestabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro, pois, em decorrência da Covid-19, os custos para adquirir os notebooks aumentaram em 25% em relação ao preço da contratação. Por fim, pleiteou a reforma da sentença para que, uma vez concedida a segurança, fosse desconstituída a multa objeto da lide. Com isso, analisando o pleito, o TJSP apontou que:

(i) os efeitos econômicos causados pela pandemia da COVID-19, inegáveis, não justificam a falta de entrega dos notebooks, não podendo ser considerados como fatos imprevisíveis, na medida em que o contrato foi firmado em 29 de outubro de 2020, ocasião em que a pandemia já se encontrava plenamente instalada, assim como todas as medidas restritivas.”; (ii) “diante da superveniente recusa de fornecimento das 100 unidades remanescentes dos notebooks, o reconhecimento da inexecução parcial da avença” e que (iii) a penalidade imposta não viola à proporcionalidade e razoabilidade, pois a multa estaria prevista no contrato²⁹.

²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1034304-77.2022.8.26.0053**. Mandado de segurança. Contrato Administrativo. Inexecução parcial. Multa. Pretensa desconstituição da multa. Sentença de primeiro grau que denegou a segurança. 1. DIREITO ADMINISTRATIVO. Contrato administrativo. Sociedade de economia mista. Fornecimento de 600 (seiscentos) notebooks. Entrega de 500 (quinhentas unidades). Falta de entrega das 100 (cem) unidades remanescentes que culminou com a aplicação de multa. Pretensa desconstituição da multa sob o argumento de que seria mister o reajuste dos preços de sorte a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Inadmissibilidade. Alegação de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que não justifica a recusa na entrega dos equipamentos. Efeitos da pandemia COVID-19 que não podem ser ventilados como fato imprevisível no instante em que a avença foi firmada no auge da mesma pandemia. 2. Emissão de nota de empenho prescindível, conquanto a contratante é sociedade de economia mista. 3. Importe da multa previsto no contrato celebrado. 4. Sentença mantida. Recurso da impetrante não provido. 9. Câmara de Direito Público. Relator (a): Oswaldo Luiz Palu. Julgado em 17 de mar. de 2023. Publicado em 17 de mar. de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16567472&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023. p. 09-10.

Ante a exposição supra, foi negado provimento à apelação. Não obstante, observou-se que a empresa não poderia arguir como fato imprevisível o aumento de preço dos notebooks em razão da pandemia, pois o próprio contrato foi firmado durante a pandemia. E, portanto, era previsível que ocorresse o aumento de preços em virtude de uma crise sanitária global.

5.3 Equação gastos X Contraprestações

Conforme mencionado, o contrato administrativo é uma equação em que se tem uma relação proporcional entre os gastos da empresa que irá fornecer o serviço e/ou produto e a Administração Pública. Assim, a alteração dessa equação para qualquer uma das partes autoriza a modificação dessa equação para voltar ao ponto de equilíbrio estabelecido no momento da assinatura do contrato. A esse respeito:

Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade de produção de outros demonstrativos, pois suficientes os colhidos para o julgamento relativo ao processo. Ademais, destinatário da prova, ao juiz compete analisar da relevância e da necessidade da respectiva produção. Assim, arguição preliminar desacolhida. Apelação. Ação com o escopo de consignação em pagamento. Insurgência contra sentença pela qual procedente o pedido para declarar quitada dívida referente às apontadas medições 197 e 200. Inadmissibilidade. Recorrente que suspendeu o envio de pessoal para o desempenho de atividades na empresa apelada sem consulta prévia ou anuência. Posterior acordo para redução no número de pessoas à disposição da outra parte para atendimento no período de pandemia pela Covid-19. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que deve ser observado em relação a ambas as partes (contratante e contratada). Diminuição de gastos pela ré em virtude de álea econômica extraordinária que autoriza a redução das contraprestações a serem pagas pela autora. Apelada que também suportou prejuízos em decorrência da pandemia pela Covid-19. Inteligência do artigo 65, II, "d", da Lei 8.666/1993. Recurso improvido, portanto³⁰.

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1031056-74.2020.8.26.0053**. [...] Apelação. Ação com o escopo de consignação em pagamento. Insurgência contra sentença pela qual procedente o pedido para declarar quitada dívida referente às apontadas medições 197 e 200. Inadmissibilidade. Recorrente que suspendeu o envio de pessoal para o desempenho de atividades na empresa apelada sem consulta prévia ou anuência. Posterior acordo para redução no número de pessoas à disposição da outra parte para atendimento no período de pandemia pela Covid-19. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que deve ser observado em relação a ambas as partes (contratante e contratada). Diminuição de gastos pela ré em virtude de álea econômica extraordinária que autoriza a redução das contraprestações a serem pagas pela Apelada que também suportou prejuízos em decorrência da pandemia pela Covid-19. Inteligência do artigo 65, II, "d", da Lei

Na origem, tratou-se de ação de consignação promovida pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP – em face de Digitalsign Certificação Digital Ltda em que se julgou procedente o pedido para declarar quitada a dívida referente às medições 197 e 200.

Irresignada, Digitalsign interpôs apelação para alegar, dentre outros, que: (i) é empresa de certificação digital que, após lograr-se vencedora em certame, obrigou-se a disponibilizar agentes para atuar em postos de trabalho indicados pela PRODESP para emitir certificados de assinatura; (ii) em decorrência da pandemia da Covid-19, suspendeu o desempenho para atividades pelos colaboradores, em obediência ao Decreto Municipal 59.285/2020 e o Decreto Estadual 64.879/2020; (iii) solicitou à PRODESP manifestação a respeito da suspensão, mas não recebeu nenhuma posição da contratante; (iv) em 20/03/2020, recebeu solicitação da PRODESP de habilitação de 03 servidores e suporte remoto; (v) em 23/03/2020, foi surpreendida com a notificação de parcial paralização dos serviços, além de outras providências; (vi) a PRODESP informou que somente realizaria o pagamento em relação aos profissionais por ela utilizados durante o período *sub judice*; (vii) não poderia ser responsabilizada pelas consequências negativas decorrentes da pandemia da Covid-19 e por determinações governamentais; (viii) durante o período de 20/03/2020 à 20/03/2020 não foram prestados serviços por motivo de força maior, nos termos do art. 393 do Código Civil de 2002. A esse respeito, o Tribunal de origem consignou que:

Desse modo, conquanto essa recorrente argumentasse a propósito da manutenção de equipe com vinte e cinco (25) pessoas à disposição da apelada, é de relevo não ter havido o exercício de labor por todas essas pessoas no período acima indicado.

Aliás, bem consignou a douta Procuradoria de Justiça (folhas 810) se tratar de “(...) um contrato de trato sucessivo, atingido por um fato extraordinário e imprevisível e que tornou excessivamente onerosa a execução para a apelada, pois, mesmo com diversos postos de atendimento fechados por conta da pandemia, teria que arcar com os 25 agentes inicialmente contratados.”

8.666/1993. Recurso improvido, portanto.3. Câmara de Direito Público. Relator (a): Encinas Manfré. Julgado em 23 de maio de 2023. Publicado em 20 de jun. de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16860809&cdForo=0>>. Acesso em 06 de jun. de 2023, p. 02.

A bem ver, ainda, não pesa argumentação acerca dos custos suportados pela apelante com a manutenção da equipe, pois, dado ter sido geral o atingimento das pessoas pelas restrições decorrentes da pandemia pela Covid-19, são de consideração os prejuízos então sofridos pela apelada para somente a ela se impor o dever de suportar pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

E, porquanto aplicável o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira a ambas as partes, possível a redução de valores de contraprestações sob encargo da administração pública.

Nesse ponto, também, *mutatis mutandis*, considera-se o seguinte e relevante trecho da fundamentação de acórdão do egrégio Tribunal de Contas da União referente a hipótese semelhante à ora tratada:

“Em vinculação ao art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/93, o equilíbrio entre os encargos e a respectiva contraprestação remuneratória deve ser mantido durante todo o contrato. Assim, se as despesas diminuíram ao se executar somente parte do contratado com canteiro os pagamentos devem, também, seguir a mesma proporção. Ignorar essa máxima, aí sim, seria causar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em arrepio a disposições de porte constitucional; não o contrário, como alegam os recorrentes.”

[...]

Consideradas essas realidades, não se acolhe o alegado pela recorrente (motivo de descrição resumida no supradito relatório) e, embora mediante distinta fundamentação, mantém-se a respeitável sentença³¹.

Analisando o caso acima, constatou-se que o Tribunal de origem prestigiou o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira e, por isso, autorizou a redução de valores das contraprestações pagas pela Administração,

³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1031056-74.2020.8.26.0053**. [...] Apelação. Ação com o escopo de consignação em pagamento. Insurgência contra sentença pela qual procedente o pedido para declarar quitada dívida referente às apontadas medições 197 e 200. Inadmissibilidade. Recorrente que suspendeu o envio de pessoal para o desempenho de atividades na empresa apelada sem consulta prévia ou anuência. Posterior acordo para redução no número de pessoas à disposição da outra parte para atendimento no período de pandemia pela Covid-19. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que deve ser observado em relação a ambas as partes (contratante e contratada). Diminuição de gastos pela ré em virtude de álea econômica extraordinária que autoriza a redução das contraprestações a serem pagas pela Apelada que também suportou prejuízos em decorrência da pandemia pela Covid-19. Inteligência do artigo 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993. Recurso improvido, portanto.3. Câmara de Direito Público. Relator (a): Encinas Manfré. Julgado em 23 de maio de 2023. Publicado em 20 de jun. de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16860809&cdForo=0>. Acesso em 06 de jun. de 2023, p. 12-14/17, grifo nosso.

haja vista a diminuição de custos da empresa prestadora de serviço em razão da diminuição significativa desse.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reequilíbrio econômico-financeiro é uma equação que foi estabelecida pelas partes no ato de firmar o contrato administrativo e, conforme estabelecido pela Constituição Federal, é intangível. Assim, caso ocorram fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, as partes podem se socorrer desse mecanismo de segurança, que é reequilíbrio econômico-financeiro, para voltar ao *status quo ante* estabelecido no início da avença.

Ao longo do artigo, restou evidente que, para a concessão do reequilíbrio financeiro, existem alguns requisitos a serem preenchidos, como: constatação de evento imprevisível; comparação das realidades (não bastando a mera alegação de ocorrência de aumento de preços, devem ser produzidas provas); equilíbrio da equação de gastos e contraprestações (o reequilíbrio deve ser da relação como um todo e, portanto, caso haja um desequilíbrio nos gastos do particular ou nas contraprestações pagas pela Administração, é permitida a concessão do reequilíbrio) e a necessidade de recomposição efetiva dos prejuízos.

O presente estudo abordou a questão da Covid-19 e seus impactos financeiros como evento imprevisível e, portanto, situação apta a gerar direito ao reequilíbrio econômico financeiro nos contratos administrativos.

Com base nos julgados citados ao longo do artigo, é possível observar que o Judiciário tem primado pelo equilíbrio da equação financeira, sem privilegiar a Administração, mas em atenção aos requisitos estabelecidos em lei e na doutrina, em especial pela produção de provas que demonstrem o efetivo prejuízo apto a gerar o reequilíbrio do contrato.

Por fim, foram analisados julgados do TJSP, por ser um dos tribunais que mais enfrentam casos de destaque nacional, seja pelo poder econômico do estado ou por sua grandeza territorial, e por enfrentarem o mérito das controvérsias, diferentemente dos casos que chegam ao STJ, os quais não podem ter o mérito analisado por esbarrar no óbice da Súmula 7 desse tribunal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2075646- 79.2023.8.26.0000**. Ação ordinária tencionada à suspensão de contrato administrativo, aofundamento de onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia da Covid-19 e da crise hídrica de 2021 – Decisão interlocutória que indeferiu a tutela provisória de urgência – Incorreção –Suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundamentado exclusivamente em cálculos unilaterais – Matéria que não dispensa prévio contraditório e dilação probatória – Impossibilidade de deferir a medida em sede de cognição sumária – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido.1. Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia. Julgado em 16 demaio de 2023. Publicado em 16 de maio de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16751890&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1031056-74.2020.8.26.0053**. [...] Apelação. Ação com o escopo de consignação em pagamento. Insurgência contra sentença pela qual procedente o pedido para declarar quitada dívida referente às apontadas medições 197 e 200. Inadmissibilidade. Recorrente que suspendeu o envio de pessoal para odesempenho de atividades na empresa apelada sem consulta prévia ou anuência. Posterior acordo para redução no número de pessoas à disposição da outra parte para atendimento no período de pandemia pela Covid-19. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que deve ser observado em relação a ambas as partes (contratante e contratada). Diminuição de gastos pela ré emvirtude de álea econômica extraordinária que autoriza a redução das contraprestações a serem pagas pela Apelada que também suportou prejuízos em decorrência da pandemia pela Covid-19. Inteligência do artigo 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993. Recurso improvido, portanto.3. Câmara de Direito Público. Relator (a): Encinas Manfré. Julgado em 23 de maio de 2023. Publicado em 20 de jun. de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16860809&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1034304-77.2022.8.26.0053**. Mandado de segurança. Contrato Administrativo. Inexecução parcial. Multa. Pretensa desconstituição da multa. Sentença de primeiro grau que denegou a segurança. 1. DIREITO ADMINISTRATIVO. Contrato administrativo. Sociedade de economia mista. Fornecimento de 600(seiscentos) notebooks. Entrega de 500 (quinhentas unidades). Falta de entrega das 100 (cem) unidades remanescentes que culminou com a aplicação de multa. Pretensa desconstituição da multa sob o argumento de que seria mister o reajuste dos preços de sorte a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Inadmissibilidade. Alegação de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que não justifica a recusa na entrega dos equipamentos. Efeitos da pandemia COVID-19 que não podem ser ventilados como fato imprevisível no instante em que a avença foi firmada no auge da mesma pandemia. 2. Emissão de nota de empenho prescindível, conquanto a contratante é sociedade de economia mista. 3. Importe da multa previsto no contrato celebrado. 4. Sentença mantida. Recurso da impetrante não provido. 9. Câmara de Direito Público. Relator (a): Oswaldo Luiz Palu. Julgado em 17 de mar. de 2023. Publicado em 17 de mar. de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16567472&cdForo=0>>. Acesso em 05 de jun. de 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023. *E-book*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**. Vol. 11. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Após dois anos, chega ao fim estado de Emergência em Saúde Pública por conta da Covid-19 no Brasil**. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/maio/apos-dois-anos-chega-ao-fim-estado-de-emergencia-em-saude-publica-por-conta-da-covid-19-no-brasil>>. Acesso em: 05 jun. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é a Covid-19?** 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em 04 jun. 2023

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed.
Rio de Janeiro:Forense, 2021. *E-book*

A APLICABILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Natalia Dantas de Medeiros¹

RESUMO

O presente artigo busca compreender as especificações do contrato administrativos e a aplicação de regras do direito privado de forma complementar ao que estabelece o ordenamento jurídico em relação aos contratos administrativos. A possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido mesmo quando uma das partes for a Administração Pública, as limitações em vista da defesa do interesse público e as hipóteses em que se encaixa essa cláusula.

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Exceção de contrato não cumprido. Aplicabilidade.

ABSTRACT

This article seeks to understand the specifications of the administrative contract and the application of private law rules in a complementary way to what the legal system establishes in relation to administrative contracts. The possibility of arguing the exception of the contract was not fulfilled even when one of the parties to the Public Administration, the restrictions in view of the defense of the public interest and the hypotheses in which this clause fits.

Keywords: Administrative contract. Exception of the unfulfilled contract. Applicability.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Catedral (2019); Pós-Graduada em Direito Penal e Controle Social pelo CEUB/ICPD. E-mail: nataliadantasmd@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos são uma das principais ferramentas utilizadas pelos órgãos públicos para a realização de obras, serviços e compras. Por meio deles a Administração pode alcançar serviços e melhorias que na maioria das vezes não conseguiria por conta própria, mas vale ressaltar que esse negócio jurídico tem como referência e previsão legal a esfera cível, onde se trata de contratante para contratado, de particular para particular, em igual posição manifestando suas vontades, de acordo com uma série de normas que norteiam as relações contratuais oferecendo liberdade as partes, em celebrar acordos conforme a vontade de ambos.

No entanto, é comum que surjam conflitos entre as partes envolvidas, o que pode levar ao descumprimento do contrato por uma das partes. Nesse contexto, a exceção de contrato não cumprido surge como uma possibilidade para a parte prejudicada. Mas, essa exceção nem sempre foi ou será aceita quando se trata de contratos envolvendo a Administração Pública, em face de um conjunto de prerrogativas, em face da desigualdade presente em contratos celebrados pelo Estado pois em sua maioria tem como objeto de contrato algo relacionado ao bem comum, ao interesse público.

Diante dessa situação e de uma nova perspectiva da doutrina, podemos enxergar a aplicabilidade dessa ferramenta de defesa ao contrato em determinados casos. Por se tratar de um negócio jurídico essa matéria tem como diretriz alguns conceitos e regras do direito privado mesmo que trate de um contrato administrativo. Entendamos melhor conforme o exposto, primeiro compreendendo um pouco sobre a espécie jurídica dos contratos, posteriormente abordando um o queseria a exceção de contrato não cumprido e por fim se tem e em quais casos se encaixam a arguição dessa cláusula por meio do contratado.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS ESPECIFICAÇÕES

Antes de tudo, será necessário entendermos um pouco mais sobre contratos, suas peculiaridades e uma breve distinção sobre os contratos regidos pelo direito privado e os contratos regidos pelo direito público que todavia terão influência do

direito privado uma vez que tal instituto jurídico é um importante instrumento do direito privado, especificamente do direito civil.

Trata-se de um negócio jurídico, previsto pelo Código Civil definido como um acordo entre partes onde se estipula a produção de efeitos jurídicos, seja constituição, modificação ou extinção, e predomina a liberdade contratual que encontrará limites apenas no que é restringido por lei e na função social do contrato. Tal instrumento jurídico possui um capítulo inteiro no Código no qual discorre sobre regras básicas para a realização e validação dos contratos.

Entre as funções do contrato podemos destacar a facilitação da circulação de riquezas, porém esta não pode se dar em prejuízo para as partes ou para terceiros, vez que se faz essencial as limitações a liberdade contratual, numa forma de achar equilíbrio entre os princípios da autonomia das vontades e o da supremacia da ordem pública.

Esse princípio da autonomia das vontades consiste no livre arbítrio que existe entre as partes envolvidas na relação e as escolhas que elas poderão fazer desde que esteja de acordo com o direito, com a lei. E o princípio da supremacia da ordem pública em aspectos contratuais trata-se das limitações de contratar, vedando as convenções contrárias as normas cogentes em vigor e aos bons costumes, que também é são norteadores na teoria contratual.

Dentro da teoria contratual, além do princípio da autonomia das vontades existe também outros dois princípios importantes e básicos que determinam o estudo dos contratos, e são eles, o princípio da relatividade das convenções, que aborda sobre os efeitos do contrato, uma vez que o acordo foi realizado por partes e as regras ali estabelecidas não estão vinculadas a terceiros.

[...] contém a ideia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. O que, aliás, é lógico. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não lhes foi imposta pela lei nem derivou de seu querer².

² CONTRATOS – Conceitos gerais. **Direitonet**, 2022. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/191/Contratos-Conceitos->

Portanto, entendemos que esse princípio pode ser visto como um elemento de segurança, vez que ninguém fica preso as cláusulas estabelecidas entre as partes, salvo nos casos que a lei determina ou seja a vontade de terceiros.

O outro princípio básico da teoria contratual é o princípio da obrigatoriedade contratual, também denominado de *pacta sunt servanda*, os contratos são celebrados para serem cumpridos, e dessa forma obrigam as partes na medida daquilo que livremente foi estipulado. Segundo Maria Helena Diniz tal princípio se justifica porque “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito”³.

Vale ressaltar também que esse princípio traz certa segurança jurídica para os contratos, visto que busca zelar pela liberdade de vontade das partes.

O liberalismo do século XIX justifica o princípio na ideia de que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir o prometido ainda que daí lhes advinha considerável prejuízo pois, quem diz contratual, diz justo. O princípio da obrigatoriedade das convenções encontra um limite na regra de que a obrigação se extingue se vier a se impossibilitar por fortuito maior ou caso fortuito⁴.

Por fim, para finalizar essa breve e inicial definição de contratos, como bem explanou Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro Curso de Direito Administrativo:

Entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes⁵.

Entrando agora nos aspectos do direito público e dos contratos administrativos, é interessante ressaltar que nem todo ato da Administração Pública

gerais#:~:text=421%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20disp%C3%B5e,na%20lei%2C%20e%20s%C3%B3%20nela>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 63.

⁴ CONTRATOS – Conceitos gerais. **Diretonet**, 2022. Disponível em: <<https://www.diretonet.com.br/resumos/exibir/191/Contratos-Conceitos-gerais#:~:text=421%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20disp%C3%B5e,na%20lei%2C%20e%20s%C3%B3%20nela>>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Minas Gerais: Fórum, 2023. p. 541.

vai se tratar de um ato unilateral ou de um ato de sobreposição, imperativo, só porque em um dos polos dessas relações está presente o Estado. Em muitas ocasiões trata-se de um acordo de vontades entre o Poder Público e terceiros, e esses poderão ser denominados de contratos.

A Administração Pública pode celebrar contratos tanto de direito público, como de direito privado, sendo esses diferenciados pela nomenclatura, e por cláusulas e privilégios conferidos apenas a Administração. A doutrina distingue em: Contratos de direito privado da Administração, e contratos administrativos.

O primeiro será estabelecido de acordo com normas do direito privado, ou seja, se trata de contratos predominantemente regido pelo direito civil, com poucas interferências do direito administrativo, já o segundo é predominantemente regido pelo direito público, podendo ter um alcance maior em relação ao interesse público, a coletividade, admitindo apenas a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública. Diz sobre, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado, e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros, têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público⁶.

Diante dessa classificação é interessante entender a distinção principal entre esses dois gêneros, que será a presença de cláusulas exorbitantes, consiste essas em uma série de prerrogativas da Administração Pública em detrimento do contratado, presente em todos os contratos administrativos (de direito público). Previstas na Lei de Licitações, Lei nº8.666/93, temos como exemplo uma das principais características desses contratos, a possibilidade de alteração unilateral, também temos a fiscalização e execução de sanções ao contratado, além da possibilidade de exigir garantia.

Por outro lado, os contratos de direito privados da Administração Pública são negócios jurídicos onde o Estado se coloca numa posição de certa igualdade com

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Minas Gerais: Fórum, 2023. p. 541.

particular, sem abrir mão completamente de suas prerrogativas, conforme art. 62 §3º da Lei nº8.666/93. Conforme João Trindade e Gustavo Scatolino:

Nos contratos privados celebrados pelo Poder Público, por exemplo, a locação em que o Poder Público figure como locatário e o de seguro, a Administração estará no mesmo nível do contratado em relação aos direitos e obrigações; mas prevê o art. 62 §3º, da Lei nº 8.666/93^a aplicação de cláusulas exorbitantes aos contratos cujo conteúdo seja regido predominantemente por norma de direito privado. Porém, segundo a doutrina as cláusulas exorbitantes só estarão presentes aos contratos de direito privado se expressamente previstas⁷.

Os mesmos concluem dizendo ainda:

Costuma-se dizer que nos contratos de direito privado a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade, e que nos contratos administrativos a Administração age como Poder Público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço de verticalidade⁸.

Observamos uma clara distinção dentro das espécies de contrato administrativo, e com isso compreendemos que em certos momentos o direito administrativo vai necessitar do direito privado, de forma supletiva, complementar, conforme previsto no art. 54 da Lei nº8.666/93, “aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Dentre outras características podemos citar também a finalidade pública que consiste em ter como base de todo contrato, assim como os atos administrativos, o interesse público, o bem comum. Além do prazo determinado, conforme art. 57 §3º da Lei nº8.666/93, “É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado”⁹.

É interessante citar que a teoria do contrato administrativo tem origem na doutrina francesa, num intuito de entender a relação entre a Administração Pública e o particular, as prerrogativas e limites dessa relação que acaba por se tornar desigual,

⁷ TRINDADE, João; SCATOLINO, Gustavo. **Manual Didático de Direito Administrativo**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2020. p. 732 e 733.

⁸ TRINDADE, João; SCATOLINO, Gustavo. **Manual Didático de Direito Administrativo**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2020. p. 732 e 733.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

uma vez que a Administração detém poderes estabelecidos por lei, e o dever de zelar e cumprir o interesse público. Tendo esse como um dos principais pilares do Estado.

É constatado também a presença de características peculiares levando em consideração o conteúdo e os envolvidos nos contratos administrativos. Como por exemplo se faz necessária a publicação dos contratos em que a Administração atua no polo passivo em até 05 dias úteis do mês seguinte a sua assinatura e tal ato é indispensável para a eficácia do negócio jurídico.

Outro ponto interessante é a formalização do contrato com uma série de cláusulas necessárias que estabelecem com clareza e precisão as definições para a execução e as condições do contrato, além ainda de abordar os direitos, obrigações tanto do particular, quanto da Administração e as possíveis formas de responsabilizar as partes de acordo com o que está vinculado ao processo licitatório.

A previsão dessa formalização está presente no ordenamento jurídico na disposição do art. 55 da Lei nº 8666/93, e elenca como indispensáveis em todos os contratos realizados pela Administração a presença do:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, [...] os critérios de atualização monetária [...];
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, [...];
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- [...]
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações

por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação¹⁰.

Acima, foram citados apenas alguns dos incisos do artigo que estabelece as cláusulas necessárias, e ao meu ver é interessante ressaltar dois pontos, o primeiro deles que o contrato está vinculado a licitação, procedimento anterior que dita as condições necessárias e cabíveis para a realização do contrato. Abordando brevemente esse procedimento na Administração Pública é regra, ou seja, o contrato pode ser entendido como uma consequência da licitação, vez que são mínimas e taxativas as hipóteses de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A licitação tem como função o cumprimento de um dos princípios base da administração pública, a impessoalidade, explanada no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988, escolher a proposta mais justa e de melhor retorno ao interesse público, sendo assim imparcial e afastando favoritismos, ou possíveis vantagens indevidas por meio do Estado e de quem por ele responde, ou se utiliza.

Outro ponto interessante será a possibilidade da exigência de determinada garantia, que conforme art. 56 da mesma Lei nº 8.666/93, poderá ser por meio de caução em dinheiro ou em títulos de dívida pública, além ainda da modalidade seguro-garantia ou até fiança-bancária. Essa garantia apresentada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, podendo ainda ser atualizada monetariamente quando em dinheiro.

3 EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO OU *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Após a abordagem sobre os contratos e uma breve esmiuçada no assunto, falaremos agora de uma cláusula presente nos contratos, a exceção ao contrato não cumprido, que nada mais é do que a impossibilidade de uma das partes exigir o cumprimento ajustado sem que este tenha cumprido a sua parte do acordo.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

É conhecido em esfera civil como um meio de defesa, de segurança para o contrato, vez que entre as partes aquilo que foi ajustado torna-se lei, como vimos anteriormente, sendo assim qualquer das partes envolvidas no contrato pode se recusar a cumprir o que lhe compete em vista da outra parte não ter executado o que devia. O dispositivo que ampara isso em lei encontra-se na esfera civil, no Código Civil, pontualmente no art. 476, em uma seção onde versa especificamente sobre a exceção ao não cumprimento do contrato: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”¹¹.

Seguido ainda pelo art. 477 que vai abordar sobre situações possíveis posteriormente a realização do contrato:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la¹².

O artigo acima demonstra uma situação ocorrida após a realização do contrato, em que uma das partes venha a despossar de seu patrimônio, trazendo risco ao negócio jurídico. Nesses casos poderá a outra parte pleitear a exceção ao não cumprimento do contrato, vez que poderá sair no prejuízo devido a situação da outra parte.

A partir da previsão legal sobre a exceção de contrato não cumprido consideramos elencar algumas características sobre esse instrumento, em busca de melhor enxergar onde é possível aplicá-lo, a doutrina tanto nacional como estrangeira trata desses pressupostos de uma maneira controversa. Gerando assim opiniões divergentes quanto a propositura e aplicabilidade do tema. Miguel Maria de Serpa Lopes, aponta como requisitos para o oferecimento da exceção:

¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: jul. 2023

¹² BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

- a) A propositura de uma ação de um contraente contra outro visando à realização coativa da prestação por este devida e não cumprida;
- b) que, por seu turno, o contratante autor se encontre em estado de inadimplência ou de inexata inadimplência;
- c) que igualmente o excipiente não tenha ainda cumprido a sua prestação estando o seu adimplemento dependendo do exceto, isto é, vinculado, por um nexa lógico, ao comportamento da outra parte¹³.

Com base nessas características o autor desenvolve uma série de pressupostos para aplicação, adequação e onde se aplicar a exceção do não cumprimento do contrato, que se divide em sinalagma contratual, inadimplemento, coetaneidade das prestações e a boa-fé objetiva.

O primeiro pressuposto citado trata-se da sinalagma contratual, que faz referência a uma classificação presente na teoria geral dos contratos, a bilateralidade ou até mesmo a pluralidade diante desse negócio jurídico, a relação é composta por credor e devedor, as partes envolvidas no contrato e entre elas o vínculo formado pelo acordo de vontades. A realização produzirá efeitos para ambos, produzindo direitos e deveres, imaginemos uma compra e venda, o comprador paga uma certa quantia para receber algo, em contrapartida, o vendedor entrega algo para receber a quantia.

É dessa reciprocidade que trata a sinalagma contratual, entendendo que o contrato é um ato bilateral ou até mais, onde para se valer deverá haver proporcionalidade entre as prestações.

O segundo vai abordar sobre o inadimplemento, que nada mais é do que descumprimento da obrigação acordada entre partes. Observamos que a exceção ao não cumprimento se dá quando uma das partes se recusa a cumprir o que lhe cabe quando a outra parte encontra-se inadimplente, isso é quando a outra parte descumpriu a sua obrigação dentro do contrato. O inadimplemento é classificado no sentido genérico como relativo e absoluto.

O relativo corresponde aos casos em que apenas uma parte da obrigação não foi cumprida, ainda sendo possível que esta seja satisfeita, chamado na doutrina também por como mora, e pode ser enxergado apenas como um atraso, com

¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 284.

possibilidade em prestar ou receber a prestação devida caso seja de interesse da outra parte. Já o inadimplemento absoluto será quando haver faltado completamente a prestação, seja ela de dar, fazer, ou não fazer e não seja possível o cumprimento do acordo. “Após o nascimento da obrigação da obrigação não puder ser realizada ou não houver mais sentido na sua realização”¹⁴.

Em qualquer das espécies o devedor deverá responder por perdas e danos, e as duas espécies é cabível a oposição de exceção ao contrato não cumprido. Conforme destaca Paulo Sérgio Velten Pereira, “a exceção pode ser arguida tanto diante do inadimplemento absoluto, parcial ou total, como também diante da simples mora, compreendida esta como inadimplemento relativo [...]”¹⁵.

Já a coetaneidade das prestações vai tratar da simultaneidade das prestações, as obrigações serão exigíveis ao mesmo tempo. Miguel Maria de Serpa Lopes entende que só será cabível a exceção de contrato não cumprido quando simultâneas as prestações, caso contrário não tem fundamento para utilizar tal ferramenta:

Uma primeira exigência, para se considerar arguível a exc. n. ad. cont. é a de que a prestação e a contraprestação estejam exigíveis; em segundo lugar, que essa exigibilidade possa ocorrer, como se diz no direito francês, *trait pour trait*, ou como o direito germânico, *zug um zug*, e que poderíamos traduzir, em linguagem popular – toma lá, dá cá. Não havendo simultaneidade quanto ao momento do adimplemento das prestações, fundamento não há para ter lugar a exc. n. ad. cont.”¹⁶.

Por fim, como último pressuposto classificado pela doutrina, está a boa-fé, que é instrumento imprescindível desde a celebração do contrato, como princípio norteador das relações entre as partes e o instrumento do negócio jurídico.

A boa-fé é vista como regra geral devendo ser aplicada em todas as fases do negócio jurídico, deve ser entendida como guia e estabelecer as condutas e limites entre ambas as partes, esclarece José Carlos Moreira da Silva Filho:

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 305.

¹⁵ PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 149.

¹⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 271.

boa-fé objetiva é um verdadeiro repositório de sentidos para a concreção e contorno da relação contratual, buscando fundamentalmente atenuar a sua vinculação aos ditames voluntarísticos, no entendimento de que tão natural e necessário quanto o respeito à autonomia de cada pessoa, é o respeito a certos parâmetro de como deve o outro ser tratado, no afã de permitir a fortificação de laços de confiança entre os cidadãos em suas mútuas relações, especialmente aquelas voltadas à circulação de riqueza produzida na sociedade¹⁷.

Na exceção de contrato não cumprido, Miguel Maria Serpa Lopes entende que não poderá ser alegado em casos em que o descumprimento é leve, porém não estabelece também critérios para o que se caracterizaria em descumprimento grave ou leve. Acredita ser necessária a proporcionalidade quando ao que se trata da boa-fé. Diz também Cristiano de Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de 20% da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional¹⁸.

4 A APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Foi abordado acima sobre a exceção de contrato não cumprido e que ela é uma defesa prevista em âmbito civil, como segurança jurídica para que os contratos celebrados sejam cumpridos. Porém como já foi discutido mais acima os contratos administrativos trazem consigo característica, prerrogativas peculiares que em hipótese alguma seriam permitidas no direito privado pois ferem a condição de igualdade, de paridade das partes diante do negócio jurídico.

Agora enfatizando a exceção de contrato não cumprido em âmbito administrativo é necessário refletir de uma outra forma, porque existem divergências sobre o assunto, a doutrina tem mudado a perspectiva sobre o assunto.

¹⁷ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 300-302.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos -Teoria Geral e Contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p, 577.

Anteriormente não se admitia cabível a aplicação dessa regra em fato do particular contra a Administração Pública, e se justificava em base de princípio basilares do direito administrativo. Seriam eles, o princípio da legalidade, vez que não se encontrava previsão legal versando sobre a *exception non adimpleti contractus* em esfera administrativa.

Outro princípio que embasava o afastamento dessa cláusula seria o princípio da supremacia do interesse público diante do interesse privado, não justificaria a paralização da execução do contrato se do outro lado estava o interesse da coletividade. E por fim o princípio da continuidade do serviço público, a suspensão da execução do contrato provocaria a paralização, a descontinuidade do serviço público, objeto do contrato firmado entre particular e Administração, necessidade da população e deverdo Estado em prestar assistência de forma regular.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma sobre a peculiaridade que carrega um contrato administrativo:

Não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do “contrato administrativo” giram em torno da supremacia de uma das partes, que, ao seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, segundo os termos já apontados, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado. Além disto, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se muitas vezes com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito¹⁹.

Ocorre que essa premissa de que o particular não pode alegar essa defesa tem perdido força principalmente depois do advento da Lei nº 8.666 de 1993, dissertando sobre licitação e contratos prestados entre a Administração e particulares.

Diante do art. 78 da lei citada acima, observamos algumas hipóteses de rescisão de contrato, e mais precisamente no inciso XV vemos a possibilidade da

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Minas Gerais: Fórum, 2023. p. 543.

inadimplência por parte da Administração a partir de prazos estabelecidos pela lei, acarretar na suspensão da execução desses contratos:

Art.78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contrato o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até seja normalizada a situação;²⁰

Esse inciso derruba o argumento da falta de previsão legal para os contratos administrativos, e sendo assim o particular não tinha justificativa e respaldo em lei para arguir a exceção de contrato não cumprido, hoje o contratante pode alegar tal afirmação. Em relação a supremacia do interesse público passou-se a entender que a Administração não pode utilizar disso para causar abusos e prejudicar assim o particular, até porque poderia usar tal prerrogativa para cometer diversos ilícitos.

É possível observar outra previsão legal relacionada a essa exceção abordando agora sobre a continuidade do serviço público e quando não é permitido alegar essa prerrogativa em favor da Administração. Na Lei nº 8.987 de 1995 que dispõe sobre concessão e permissão da prestação de serviços públicos:

Art. 6º [...] § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

[...]

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços

²⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado²¹.

Diante dessas mudanças e de uma nova visão sobre o assunto, hoje a doutrina contemporânea entende que é possível a aplicação da exceção do contrato não cumprido em face da Administração, uma vez que ela também precisa tratar os contratos celebrados com segurança e embasados no direito, por mais que ela tenha privilégios e regalias, é necessário o equilíbrio para não ocorrer prejuízos em relação as partes. Entende-se hoje que a Administração goza de excessos, mas respeitando a legislação vigente e os prazos estabelecidos nela, caso contrário fica autorizado o contratante a suspender suas atividades.

Por fim, para enxergarmos o que foi exposto, e conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, atualmente é totalmente possível a aplicabilidade dessa cláusula nos contratos administrativos, não como é aplicado em âmbito civil, mas ela pode ser arguida sim pelo particular conforme estabelece legislação:

Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplet contractus*) não é invocável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (que, ao nosso ver, dantes já era *inexata*) hoje não mais poderia ser feita, pois o art. 78, XV, expressamente estabelece que, se a Administração atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização destes pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato. Assim também o inc. XIV – sempre com a ressalva das situações excepcionais aludidas – autoriza-o, no caso de suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, ou por repetidas suspensões que totalizem o mesmo tempo, a suspender o cumprimento de suas obrigações ou a obter rescisão do contrato²².

²¹ BRASIL, **Lei nº 8.987 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso em: jul. 2023.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Minas Gerais: Fórum, 2023. p. 553.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado, compreendemos que apesar dos contratos administrativos serem legitimados por regras de direito público, é possível a complementação através do direito privado, vez que regulamentam as relações da Administração com o particular. Essas relações não são iguais àquelas presentes no direito privado, não existe igualdade em relação aos poderes dentro do negócio jurídico, a Administração detém uma série de prerrogativas que fazem dela a parte mais forte da relação.

A Administração tem como dever executar e implementar obras, serviços e melhorias que atendam ao interesse público, ao interesse coletivo, e essa premissa dá a ela poderes, dentro da relação contratual, jamais permitidos em âmbito civil, seja eles a alteração unilateral, a existência de cláusulas exorbitantes, a possibilidade de aplicar sanções ao contratado, e até mesmo a exigência de uma garantia para a celebração do contrato. Tudo isso torna a contratação administrativa algo específico, regido por princípios e normas que respaldam esses “abusos” por parte do Estado.

A exceção de contrato não cumprido, anteriormente era entendida como não aplicável aos contratos administrativos, por um conjunto de motivos e entre esses os princípios que regem o direito administrativo, o princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da continuidade do serviço público. Porém essa visão foi alterada com a chegada de legislações que limitam os excessos da Administração, e trazem a possibilidade de aplicar esse meio de defesa utilizado na esfera civil também em esfera administrativo.

Ocorre que, para arguir essa cláusula é necessário estar atento a legislação, que estabelece prazo e hipóteses onde poderá ocorrer esse mecanismo, onde o contratado pode pleitear a Administração o cumprimento da parte que lhe cabe conforme o contrato celebrado. Essa possibilidade é interessante pois leva aos contratos públicos mais segurança e certeza, sendo um meio de defesa ao contratado que ali se dispôs a executar um serviço de interesse público, e até como uma forma de estimular o particular a celebrar contratos com o Estado, apesar de ser uma relação contratual diferente e com muitas prerrogativas, a Administração precisa desses serviços para realizar aquilo que não tem condições de executar.

REFERÊNCIAS

- CONTRATOS – Conceitos gerais. **Direitonet**, 2022. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/191/Contratos-Conceitos-gerais#:~:text=421%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20disp%C3%B5e,na%20lei%20e%20s%C3%B3%20nela>>. Acesso em: 20 de jun. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.
- BRASIL, **Lei nº 8.987 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm>. Acesso em: jul. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: jul. 2023.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos -TeoriaGeral e Contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Minas Gerais: Fórum, 2023.
- MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TRINDADE, João; SCATOLINO, Gustavo. **Manual Didático de Direito Administrativo**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos -TeoriaGeral e Contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONTRATOS PÚBLICOS E COMPLIANCE NA LEI 14.133/2021

Nayara Barbosa da Silva¹

RESUMO

O presente estudo busca compreender como os Programas de Integridade, pouco a pouco, estão adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à Nova Lei de Licitações e Contratos, que de forma expressa, disciplinou o referido tema. Porém, se faz necessário maiores estudos e aplicabilidade acerca do assunto, tendo em vista ser um grande instrumento de controle interno e externo nas organizações, especialmente no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Compliance. Plano de Integridade.

ABSTRACT

The present study seeks to understand how the Integrity Programs, little by little, are entering the Brazilian legal system, especially with regard to the New Law on Tenders and Contracts, which expressly disciplined the referred topic. However, further studies and applicability on the subject are needed, in view of being a great instrument of internal and external control in organizations, especially in the scope of Public Administration.

Keywords: Administrative Contracts. Compliance. Integrity Plan.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Planalto Central. Pós-Graduada em Novas Tendências do Direito Público pelo CEUB-. E-mail: barbosanayara47@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar o Compliance, ou seja, o Plano de Integridade nas contratações realizadas pela Administração Pública, especialmente no que concerne à Nova Lei de Licitações e Contratos, qual seja, Lei 14.133/2021.

Como premissa, busca-se apresentar o conceito de Contratos Administrativos, bem como sua classificação entre Contratos estritamente públicos e Contratos da Administração. Tal divisão é importante, pois explica, como se exterioriza às relações governamentais. Além disso, o presente estudo aborda o conceito de cláusulas exorbitantes que são as prerrogativas da Administração para com o particular e, ainda, a característica principal de diferenciação entre os contratos públicos e os contratos privados.

Outrossim, adiante, destaca-se a definição de Plano de Integridade, suas principais características e seus pilares. O referido assunto é de extrema importância, pois vem se tornando assunto recorrente, tendo em vista sua aplicabilidade nas organizações privadas e também nas organizações públicas, como bem denota à Lei anticorrupção e especialmente à Nova lei de Licitações e Contratos, objeto do presente estudo.

Por fim, importante destacar que é de grande importância a adoção dos Planos de Integridade nas Relações Governamentais. A adoção do referido documento tem diversos pontos positivos, pois com o Compliance, o desempenho da empresa, órgão, organização e entidade torna-se altamente eficaz, tendo, assim, um controle interno e externo, com segurança e eficiência, buscando sempre uma atuação conforme a legislação vigente.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CLÁUSULAS EXORBITANTES

Contrato Administrativo é a manifestação de vontade realizada pela Administração Pública e o particular, ou com outra entidade da própria Administração para a execução de serviços públicos. A contratação deve obedecer

fielmente a lei, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando a persecução de um fim.

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello:

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado².

Para Hely Lopes Meirelles:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração³.

Para Marçal Justen Filho contrato é o: “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”⁴.

O Contrato Administrativo é uma espécie de Contrato da Administração. Aqui, há um regime jurídico estritamente de direito público, havendo verticalidade na relação contratual.

Ainda, também como espécie de Contrato da Administração, há o Contrato de Direito Privado celebrado pela Administração Pública com particulares. Tais contratos são marcados pela horizontalidade entre o ente público e o terceiro. Cita-se como exemplo desse tipo de vínculo, o contrato de locação celebrado entre o poder público e o particular, bem como contratos de seguro, de compra e venda, de permuta, etc.

A expressão “Contrato da Administração” é utilizada para designar todo e qualquer contrato regido pela Administração Pública, seja de direito público ou de direito privado.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. 2009. p. 239.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. Editora Forense, 2022. p. 918.

Quanto a esta diferenciação, José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

nem o aspecto subjetivo nem o objetivo servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos administrativos, como também os contratos privados da Administração, hão de ter, fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim o elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos⁵.

Os contratos privados celebrados pela Administração são regidos predominantemente pelo direito privado. Porém, importante destacar que uma fração destas regras será revogada para normas de direito público, falando-se em derrogação parcial das normas de direito privado por normas de direito público.

Outrossim, a principal distinção dos contratos administrativos de direito público dos contratos de direito privado celebrados pela Administração são as prerrogativas em face de terceiros, ou seja, as cláusulas exorbitantes ou de privilégio. Isto porque as sujeições impostas à Administração em ambos os tipos contratuais são as mesmas. Nos dois casos, os contratos obedecem a exigências de forma, de competência, de finalidade e de procedimento. Porém, mesmo com tais sujeições, há também os privilégios em face do Poder Público.

As cláusulas exorbitantes estão presentes em todos os contratos administrativos, mesmo que de forma implícita. Nos contratos de direito privado celebrados pela Administração, tais cláusulas devem ser aceitas pela outra parte, tendo em vista o interesse público, bem como à garantia de que a Administração tenha meios adequados para cumprir suas obrigações e executar seus serviços.

As cláusulas de privilégio extrapolam as regras e características dos contratos em geral, tendo em vista apresentarem vantagens à Administração Pública, pois são aquelas que exorbitam do direito comum. Tais cláusulas seriam consideradas “leoninas”, ou seja, “ilícitas” nos contratos privados.

⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Atlas, 2023. p. 177.

As cláusulas exorbitantes podem variar de acordo com o País e o sistema jurídico adotado, mas as mais comuns são: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização e controle, utilização de bens e propriedades, entre outros.

O Artigo 104 da Lei 14.133/2021 enumera as seguintes cláusulas exorbitantes

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato⁶.

A alteração unilateral do contrato é a possibilidade de a Administração modificar o contrato sem anuência do contratado para melhor interesse público. Já a extinção unilateral é a prerrogativa que tem a Administração de pôr fim ao contrato sem a necessidade de propositura de ação judicial, respeitadas a ampla defesa e o contraditório. Tem-se ainda a fiscalização da execução do contrato que é um dever deixado à Administração com o objetivo de atingir os fins da contratação e do interesse público. Assim, o contrato deve ser acompanhado e fiscalizado por um representante da Administração especialmente designado.

A Administração Pública também tem a prerrogativa de ocupação provisória dos bens móveis e imóveis, bem como a utilização de pessoal e de serviços do contratado, relacionado ao objeto do contrato. Por fim, a Administração tem a prerrogativa especial de aplicar sanções ao contratado no caso de inexecução parcial ou total do ajuste.

Celso Antônio Bandeira de Mello possui uma visão crítica às cláusulas exorbitantes nos contratos da administração. Para ele, essas cláusulas conferem poderes excessivos e desequilibrados à Administração Pública em detrimento de

⁶ BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm#art155viii> Acesso em: 07 jun. 2023.

direitos e garantias dos contratados. Para o Jurista, tais prerrogativas são uma forma de concentração de poder nas mãos do Estado, dando abertura para que este desrespeite princípios da igualdade, legalidade e segurança jurídica. Os contratos firmados com a Administração Pública devem ser pautados na igualdade de direitos e deveres entre as partes, de forma a garantir um ambiente justo e equilibrado.

Na concepção de Bandeira de Mello:

[...] as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua "exorbitância" ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns. É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o "contrato" à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação "administrativo" aposta à palavra "contrato" parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo⁷.

Assim, essas cláusulas de privilégio são justificadas pela necessidade de garantir a continuidade e a eficiência dos serviços públicos, além de proteger o interesse público. No entanto, é importante ressaltar que elas devem ser aplicadas de forma razoável e equilibrada, respeitando os direitos e garantias do contratado.

Munidos dos entendimentos abordados sobre a conceituação de contratos administrativos, sua diferenciação com os contratos privados celebrados pela Administração, bem como da definição de cláusulas exorbitantes, passa-se a analisar o Compliance, suas características e requisitos.

3 COMPLIANCE E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Compliance é o conjunto de práticas e medidas adotadas por uma organização para garantir que suas atividades estejam em conformidade com as leis vigentes, regulamentos, diretrizes internas e padrões éticos a serem seguidos. O compliance tem o objetivo de promover a integridade, a responsabilidade e a transparência nas

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 634.

operações da organização, impedindo a ocorrência de condutas antiéticas, ilegais ou contrárias aos princípios e valores da empresa/organização.

O termo “compliance” tem origem no verbo inglês “to compliance” que significa “cumprir”. Sendo assim, o cumprimento das leis e regulamentos é fundamental, ou seja, estar em compliance é estar em conformidade com as regras e leis vigentes.

Sarlet e Saavedra afirmam que:

A palavra Compliance significa em tradução literal “estar em conformidade”. Esta simples tradução, porém, esconde uma das maiores dificuldades da conceituação do termo: trata-se de um conceito relacional (ROTSCH, 2015), cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, através de uma análise do objeto com o qual se relaciona, dado que, por óbvio, quem está “em conformidade”, está “em conformidade” com “algo”. Compliance estabelece uma relação, portanto, entre um “estado de conformidade” e uma determinada orientação de comportamento⁸.

Porém, o conceito não se limita apenas em “estar em conformidade” com as leis internas e externas da organização, mas também está entrelaçado à conduta ética e à integridade. O compliance abrange a implementação de políticas e procedimentos internos de riscos, a promoção da cultura ética e o monitoramento contínuo das atividades da organização.

Segundo Bertocceli:

[...] o compliance integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão⁹.

Esse ambiente de segurança jurídica e confiança, citado acima por Bertocceli, promove diversos conceitos de combate a ações ilícitas, ilegais e antiéticas. Como exemplo, a integridade corporativa que é a pedra angular dos

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na Área da Saúde**. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.5895DB9A&lang=p-br&site=eds-live>>. Acesso em: 24 maio 2023. p. 10.

⁹ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Costa. **Manual de Compliance**. 2. ed. Rio de Janeiro. 2020. p. 39.

programas de compliance, sendo, simultaneamente, sua substância essencial e o resultado a ser percorrido.

Assim, com a evolução da sociedade e a globalização, bem como com as relações empresariais, os Programas de Compliance passaram a ser mais exigidos, com o fim de seguir uma maior transparência das pessoas jurídicas e seus administradores. O instituto do compliance surgiu como uma forma de controle interno e prevenção de práticas ilícitas criminosas, que possam colocar em risco a continuidade da empresa e a liberdade de seus dirigentes.

No Brasil, o Compliance foi instituído pela primeira vez pelos artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, no qual se alterou a Lei 12.846/2013- Lei Anticorrupção. Após, tal Decreto foi revogado pelo atual Decreto nº 11.129/2022 que disciplina o assunto no Capítulo V.

Para o referido Decreto 11.129/2022:

Art. 56. (...) programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade¹⁰.

Sob o título de “Programa de Integridade”, buscou-se implantar mecanismos de controles internos, auditoria, efetivo cumprimento do código de ética empresarial e fomento de denúncias para empresas públicas ou privadas que se relacionam com o Estado.

De acordo com a Controladoria Geral da União (CGU), a diferença entre Programa de Compliance e Programa de Integridade é que no segundo há um maior controle e prevenção nas condutas de corrupção, vejamos:

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 11.129 de 11 julho de 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019>. Acesso em: 09 jun. 2023.

Programa de Integridade é um Programa de Compliance específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitação e execução de contratos com o setor público¹¹.

Importante destacar que o Programa de Compliance deve adequar-se à organização como seu tamanho, seu setor de atividades, seus objetivos, entre outros. Isso porque o programa deve abarcar modificações da empresa, do mercado e das legislações, sendo, durante todo o período, adaptado para atender as demandas.

Neste sentido, há diversas características do compliance, variando de acordo com a empresa, analisando sempre suas características e riscos da área do negócio. Há cinco principais pilares do Programa de Integridade, de acordo com a Controladoria Geral da União (CGU). Tais pilares são: 1) O comprometimento e apoio da alta direção; 2) A instância responsável pelo Programa de Integridade; 3) A análise de perfil e riscos; 4) A estruturação das regras e instrumentos; 5) e As estratégias de monitoramento contínuo.

Abaixo estão as definições de cada característica, conforme apontado pelo documento disponibilizado pela Controladoria Geral da União (CGU):

1º: Comprometimento e apoio da alta direção: O apoio da alta direção da empresa é condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do Programa de Integridade. **2º: Instância responsável pelo Programa de Integridade:** Qualquer que seja a instância responsável, ela deve ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para o pleno funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao mais alto corpo decisório da empresa. **3º: Análise de perfil e riscos:** A empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional, identificar sua área de atuação e principais parceiros de negócio, seu nível de interação com o setor público – nacional ou estrangeiro – e consequentemente avaliar os riscos para o cometimento dos atos lesivos da Lei nº 12.846/2013. **4º: Estruturação das regras e instrumentos:** Com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, deve-se elaborar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou red flags; canais de denúncia;

¹¹ CGU. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>> Acesso em: 24 maio 2023. p. 6.

mecanismos de proteção ao denunciante); definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação. Para uma ampla e efetiva divulgação do Programa de Integridade, deve-se também elaborar plano de comunicação e treinamento com estratégias específicas para os diversos públicos da empresa. **5º: Estratégias de monitoramento contínuo:** É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do Programa de Integridade ao modo de operação da empresa e criar mecanismos para que as deficiências encontradas em qualquer área possam realimentar continuamente seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir também que o Programa de Integridade seja parte da rotina da empresa e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro¹².

Importante destacar que tais características podem variar dependendo do contexto específico e das necessidades de cada organização. As referências fornecidas são apenas exemplos de estudos relacionados a cada uma das características do compliance.

4 ADOÇÃO DO PLANO DE INTEGRIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/2021, reconheceu a importância dos Programas de Integridade, como instrumento a favor do ambiente ético, íntegro e confiável que deve prevalecer entre a Administração Pública e as Empresas que participam do certame, bem como que contratam com o Poder Público.

Com o Programa de Compliance, haverá medidas, políticas e práticas adotadas pelas empresas para prevenir, detectar e remediar desvios éticos e especialmente, atos de corrupção. A nova lei dispôs sobre os Programas de Integridade em pelo menos quatro oportunidades distintas.

Primeiro no Art. 25, § 4º, no que diz respeito a implementação do programa ao licitante vencedor:

¹² CGU. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>> Acesso em: 24 maio 2023. p. 6-7.

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a **obrigatoriedade de implantação de programa de integridade** pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento¹³. (grifos nossos)

Ou seja, nas contratações públicas de grande vulto (valor estimado superior a cerca de R\$ 228 milhões), o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação do programa de compliance pelo licitante vencedor no prazo de 06 (seis) meses, contado da celebração do contrato.

A falta de um plano de integridade ou a não implementação adequada das medidas previstas pode acarretar a inabilitação da empresa para participar das licitações, a declaração de inidoneidade e até mesmo, futuramente, a rescisão do contrato.

Em outra ocasião, a Nova Lei adotou o Programa de Integridade como um dos critérios categóricos de desempate no caso de duas ou mais propostas, conforme expressa o Art. 60, inciso V:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

V – desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle¹⁴.

Importante salientar que, a partir do termo “nesta ordem” contido no caput do art. 60, observa-se que o desenvolvimento do programa de integridade pelo licitante constitui o quarto e último critério de desempate.

¹³ BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm#art155viii> Acesso em: 07 jun. 2023.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm#art155viii> Acesso em: 07 jun. 2023.

Por sua vez, além das hipóteses acima, o inciso V do § 1º do art. 156 da Nova Lei de Licitações e Contratos dispõe que na aplicação das sanções serão considerados a implantação ou o aperfeiçoamento dos programas de integridade, ou seja, caso a empresa tenha um compliance a ser seguido ou venha a aperfeiçoá-lo, sua sanção pode ser mais branda:

Art. 156. [...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle¹⁵. (grifos nossos)

Por fim, a adoção de programas de integridade será considerada como uma das condições de reabilitação do licitante ou do contratado que apresentar declaração falsa exigida para o certame, prestar declaração falsa durante a licitação ou na execução do contrato:

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

[...]

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do **caput** do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável¹⁶.

Em síntese, a adoção do Programa de Integridade passou a ser: 1- obrigatória em contratações públicas de grande vulto, 2- utilizada como critério de desempate, 3- atenuante para aplicação de eventual sanção e 4- condição de reabilitação do licitante ou do contratado.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm#art155viii> Acesso em: 07 jun. 2023.

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm#art155viii> Acesso em: 07 jun. 2023.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto acima, percebe-se que a Administração está em situação de superioridade ao particular em suas contratações. Isso se justifica pelo interesse público que sempre deve estar acima dos interesses privados. Porém, na maioria das vezes, é necessário e pertinente que a Administração tenha relações contratuais com Empresas Privadas. Essas relações envolvem vultuosas quantias em dinheiro, o que, de certa forma, acaba gerando enormes processos de competição para contratar com o setor público. Ocorre que, no decorrer de tais procedimentos, Empresas mal intencionadas e antiéticas podem vencer tais certames.

Neste sentido, em meio ao auge deste cenário passível de condutas ilícitas, surge o desafio de criar formas de controle para mitigar os esquemas realizados. Assim, o Compliance implica o cumprimento a normas e regulamentos, gerando uma ação dentro da lei. O Compliance não é apenas um cumprimento de regras, pois tem um alcance superior, tendo em vista agrupar procedimentos éticos que norteiam a conduta de uma organização empresarial e também de seus colaboradores. Representa uma rotina de mecanismos que pretende, continuamente firmar um comportamento padrão.

É indubitável, portanto, que a exigência dos Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações Públicas é um grande avanço nas relações Governamentais, pois, note-se um maior interesse da Administração Pública em contratar com transparência, ética, visibilidade e honestidade dentro de suas relações, garantindo, assim, um maior comprometimento com os fins públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm#art155viii> Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.129 de 11 julho de 2022.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. *In*: CARVALHO, André Costa. **Manual de Compliance.** 2. ed. Rio de Janeiro. 2020.

CGU. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>> Acesso em: 24 maio 2023.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Atlas, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. Editora Forense, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na Área da Saúde**. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.5895DB9A&lang=p-br&site=eds-live>>. Acesso em: 24 maio 2023

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: OS LIMITES DA PRERROGATIVA DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rafael Cunha Maia¹

RESUMO

A administração pública necessita de cumprir seu dever para com os cidadãos, desta forma, utiliza-se de contratos para a devida prestação do serviço público, seja o contrato regido pelo regime jurídico administrativo, seja pelo regime privado, em especial o contrato administrativo, que por sua natureza possui peculiaridades que diferem dos contratos privados pela sua natureza. Dessas peculiaridades próprias do regime administrativo, surgem prerrogativas decorrentes do próprio contrato que são as cláusulas exorbitantes que colocam o particular em posição de inferioridade perante a administração, e permite que esta execute determinados atos incabíveis ao regime jurídico de direito privado, em razão do interesse público almejado pelos contratos administrativos, assim, há limites para utilização dessas prerrogativas, em especial da modificação unilateral por parte da administração, em que o particular deverá se sujeitar as mudanças impostas pela administração, assim, o presente artigo busca analisar os limites para a prerrogativa de alteração unilateral do contrato administrativo, desta forma, utilizando o método dedutivo, com análise de doutrina, artigos acadêmicos e legislação para entender de que forma se dá essa limitação.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Alteração unilateral.

ABSTRACT

The public administration needs to fulfill its duty towards citizens; therefore, it utilizes contracts for the proper provision of public services, whether the contract is governed by administrative law or private law, particularly administrative contracts, which, by their nature, possess peculiarities that differ from private

¹ Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD, Direito e Prática Processual nos Tribunais.

contracts. From these peculiarities inherent in the administrative regime, prerogatives arise as a result of the contract itself, known as exorbitant clauses, which place the private party in a position of inferiority before the administration and allow the administration to perform certain acts that would be inappropriate under private law due to the public interest pursued by administrative contracts. Thus, there are limits to the use of these prerogatives, particularly regarding unilateral modification by the administration, where the private party must submit to the changes imposed by the administration. Therefore, this article seeks to analyze the limits on the prerogative of unilateral modification of administrative contracts, using a deductive method and examining doctrine, academic articles, and legislation to understand how this limitation is applied.

Keywords: Administrative contracts. Exorbitant clauses. Unilateral modification.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos exercem um importante papel nos deveres da Estatais, celebrados pela administração pública, servem como meio para o cumprimento das obrigações e responsabilidades do Estado, além de garantir o melhor interesse da sociedade, em respeito aos princípios da administração, o que, por sua natureza, pode gerar certas prerogativas inerentes a própria essência da administração, como a existência de cláusulas exorbitantes.

A existência de cláusulas exorbitantes se justifica na própria natureza da administração, na necessidade desta em zelar pelo interesse público em situações, sendo utilizados nos contratos administrativos realizados pela administração pública. No entanto, é evidente que nem todos os contratos celebrados pela administração pública são dotados do regime administrativo, pois por diversas vezes, a administração pública necessita firmar contratos, que por alguns motivos, sejam inviáveis de continuação pela administração pública, motivo pelo qual a administração rescinde unilateralmente o contrato em desfavor do particular contratado.

A vista do exposto, o presente artigo busca compreender quais os limites da rescisão unilateral, em especial sob o viés da segurança jurídica, tendo em vista a equação do equilíbrio econômico-financeiro do particular e possíveis arbitrariedades cometidas pela administração.

Tal questionamento se reveste de relevância na medida em o regime administrativo de contratos da administração pública passa por uma grande alteração

legislativa, estando principalmente em transição da lei 8.666/93 para a lei 14.133/21, além da possibilidade de resguardar e garantir certa segurança ao particular que deseje contratar com a administração. Utilizar-se-á o método dedutivo, partindo de premissas iniciais gerais, analisando a legislação e doutrina a fim de entender os limites da rescisão unilateral dos contratos administrativos, tendo em vista as prerrogativas da administração pública.

Inicialmente se discorrerá acerca dos contratos da administração pública, tanto os regidos pelo direito público, tanto os regidos pelo direito privado, onde será analisada as diferenças de regimes e como serão empregados tais contratos e em quais circunstâncias, dada a natureza da administração pública. Sucessivamente, no segundo capítulo, será aprofundado acerca das cláusulas exorbitantes e sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. No último capítulo, será analisado os limites da prerrogativa de rescisão unilateral do contrato administrativo, objeto do presente artigo, a fim de que se possa analisar quais os limites impostos a essa cláusula exorbitante que é tão relevante para o ordenamento jurídico e para a manutenção dos serviços públicos da administração.

2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Teoria geral do contrato

Na intenção de compreender a aplicabilidade das cláusulas exorbitantes, inicialmente se faz necessária a devida conceituação dos devidos institutos, fazendo-se necessário também o pleno entendimento da teoria geral do contrato, para compreender com exatidão tal instituto.

Suas origens remontam a Roma antiga, com evolução até os dias de hoje em face das novas legislações e com a devida evolução da sociedade, desta forma, Tartuce conceitua da seguinte forma:

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os

tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios².

Nesse sentido, o contrato se mostra uma expressão da declaração de vontade entre dois sujeitos que convergem no interesse de realizar um negócio jurídico, acaba norteando, por meio instrumental, a declaração de vontade dos sujeitos da relação, em observância das formalidades legais, sendo um conceito clássico para a definição do instituto contratos.

Assim, o contrato, em poucas palavras, nos termos de Hely Lopes Meirelles, se definiria da seguinte forma:

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei³.

O contrato é definido como um negócio jurídico em sua natureza jurídica, desta forma, produz efeitos jurídicos entre partes, ou seja, uma forma de produzir efeitos jurídicos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelos sujeitos que compõe a relação obrigacional⁴, em observância ao princípio do *pacta sunt servanda*.

A formação de um contrato depende de alguns elementos, pressupostos de existência de acordo com a Escada Pontean⁵, o primeiro é a declaração de vontade, o querer do ser sujeito, a autonomia da vontade em pleno exercício, já o segundo elemento diz respeito ao sujeito que irá manifestar a vontade, de forma livre e consciente, pactuará com outros sujeitos a fim de realizar o negócio jurídico,

² TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646913/>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 1.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 207.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Mario Veiga Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos** - Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622289/>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 21.

⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646913/>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 16.

declarando então o objeto do contrato, terceiro elemento, que terá uma forma de se materializar no mundo, que será o quarto elemento, ou seja, a manifestação de vontade de um sujeito para declarar um objeto de uma determinada forma, razão pela qual se torna um negócio jurídico.

2.2 Contratos administrativos

A administração pública utiliza-se de contratos para a materialização de seus deveres, desta forma, a exteriorização da vontade da administração pública em desempenhar os deveres da administração, quais sejam as atividades que tenham o interesse público⁶.

Desta forma, se faz necessária a diferenciação entre contratos administrativos e contratos privados da administração, com uma densa discussão doutrinária acerca da temática, além disso, o desenvolvimento de diversas teorias que resultaram no posicionamento atual da doutrina brasileira sobre contratos administrativos, não podendo confundir as duas figuras, pois, mesmo com pontos em comum, os contratos administrativos possuem peculiaridades próprias derivadas de sua natureza jurídica única⁷.

A primeira teoria eram de que os contratos celebrados pela administração pública estavam submetidos ao direito privado⁸, já uma outra doutrina, conhecida como teoria clássica, admite uma distinção entre contratos civis e administrativos, tendo diversos critérios para sua diferenciação segundo os autores, no entanto, com alguns critérios convergentes, como o da determinação expressa em lei, a presença de cláusulas exorbitantes, e sua associação à prestação de serviços públicos⁹.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>>. Acesso em: 06 jun. 2023. p. 400.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em: 06 jun. 2023. p. 297.

⁸ BARRA, Rodolfo C.; CASSAGNE, Juan C.; DROMI, José R.; GAMBINO, Enrique Sánchez, Gordillo, Agustín A.; Ottonello, Néstor J. **Contratos administrativos: regimenes de pago y actualizacion**. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires- 1988. p. 9.

⁹ BARRA, Rodolfo C.; CASSAGNE, Juan C.; DROMI, José R.; GAMBINO, Enrique Sánchez, Gordillo, Agustín A.; Ottonello, Néstor J. **Contratos administrativos: regimenes de pago y actualizacion**. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires- 1988. p. 10-11.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os contratos administrativos nada mais são que avenças travadas entre o particular e a administração, que em razão do interesse público, se sujeitaram a certas condições e imposições de interesse público¹⁰, desta forma, o regime jurídico administrativos, aquele que rege tais contratos, é caracterizado por prerrogativas e sujeições¹¹, sendo prerrogativas que colocam o particular em posição inferior à administração, e sujeições que obrigam a administração a agir com certos limites em relação a contratação.

Assim, se extrai do contrato administrativo algumas características inerentes a própria natureza jurídica deste instituto, sendo necessários para a sua caracterização: a qualificação legal, ter por objeto a execução de um serviço público, e a presença de cláusulas exorbitantes¹².

Em razão dessa desigualdade entre o particular e a administração, encontra-se limitada a liberdade de pactuação das cláusulas contratuais do contrato administrativo, evidencia-se desta forma a primeira diferença entre contratos administrativos e contratos privados, a falta de liberalidade de disposição das cláusulas contratuais por parte do administrado, pois a administração impõe as condições contratuais e cabe ao particular aceita-las ou não¹³, ou seja, a bilateralidade dos contratos administrativos está adstrita, pelo menos por parte do particular, em aderir ou não às disposições impostas pela administração, em razão da faculdade da administração pública de impor as cláusulas exorbitantes, que nos contratos administrativos dão poder de império à administração pública, exorbitando o direito comum.

Outra característica importante seria a autoexecutoriedade dos atos da administração pública, transpassando ao contrato administrativo, que pode aplicar suas cláusulas sem passarem pelo crivo do poder judiciário.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 581.

¹¹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2002. p. 244.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 577.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 209.

O objeto também difere dos contratos regidos pelo direito privado, pois quando se trata de contratos administrativos, a prestação do serviço público se torna o objeto, abrangendo toda a atividade Estatal¹⁴, diferente do que ocorre nos contratos de direito privado, que o objeto pode variar.

A forma acaba sendo limitada, diferente do regime comum em que os contratos orais são mais facilmente admitidos, pois, no regime jurídico administrativo exige-se um maior rigor na contratação, sendo praticamente todos realizados na forma escrita, com algumas exceções previstas em lei.

Outra característica do contrato administrativo é que será celebrado com aquele licitante que apresentou a melhor proposta, desta forma, percebe-se que há um procedimento certo para a constituição de um contrato, que é a criação de um certame licitatório, como forma de garantir a impessoalidade e moralidade exigidos da administração.

3 CLAÚSULAS EXORBITANTES

Os contratos administrativos buscam pelo interesse público, ou seja, em razão da indisponibilidade do interesse público e por essa natureza peculiar que impõe limitações ao particular que contrata com a administração, colocam a administração em desigualdade com o particular, de forma que seu interesse se sobressaia.

No contrato administrativo, o interesse público sempre tende a prevalecer, sempre com fundamento no mesmo, em razão das prerrogativas conferidas por lei, o que coloca a administração pública em um grau de superioridade frente ao particular.

Assim, para garantir essa superioridade em face do particular, a administração pública possui a faculdade de impor cláusulas exorbitantes ao direito comum, que lhe conferem certas prerrogativas em razão do interesse público. Para Di Pietro:

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2002. p. 246.

conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração pública em posição de supremacia sobre o contratado¹⁵.

Infere-se então que na contratação com a administração pública, em se tratando de contratos administrativos, o particular sempre estará em uma posição de inferioridade em relação à administração pública, desta forma, não seria lícito o estabelecimento de tal cláusula em um contrato eminentemente privado, pois neste caso colocaria em desigualdade as partes da relação¹⁶.

A legitimidade de tais cláusulas decorrem da autoridade conferida à administração, ou seja, são uma exteriorização do poder de império do Estado, como cláusulas que impõe sanções e penalidades administrativas autoexecutáveis, sem a presença do poder judiciário.

Percebe-se desta forma que as cláusulas exorbitantes somente são válidas nos contratos administrativos, pois visa estabelecer prerrogativas em favor a uma das partes, nesse caso a administração, para que o serviço público seja executado da melhor forma possível, decorrente do interesse público, sobrepondo diretamente os interesses dos particulares¹⁷.

As cláusulas exorbitantes comportam prerrogativas próprias do interesse público, quais sejam, nos termos do artigo 58 da Lei 8.666/93:

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

- modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- fiscalizar-lhes a execução;
- aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2002. p. 255.

¹⁶ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

¹⁷ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

- 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 contratual¹⁸.

Em razão da alteração legislativa recente, há previsão no artigo 104 da Nova Lei de Licitações nº 14.133/21, que dispõe da seguinte maneira:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

- modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

- extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução;

- aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

- ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

risco à prestação de serviços essenciais;

necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

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

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual¹⁹.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

É possível a percepção que houve uma reprodução do artigo 58 da antiga lei, com pontuais alterações no inciso V em comparação com a nova lei, no entanto, no restante dos artigos permanece o mesmo entendimento.

Ainda que sejam prerrogativas do contrato administrativo, são inaplicáveis cláusulas exorbitantes quando nos dois polos da relação haja a presença da administração previstas nos dois artigos supracitados, em razão da ausência de superioridade entre entes da administração, em observância aos artigos 18 e 19, III da CRFB²⁰.

Vale ressaltar que as cláusulas exorbitantes são aplicáveis ao particular independentemente de estarem expressamente previstas, pois são indispensáveis para a manutenção da supremacia do Poder Público²¹.

4 OS LIMITES DA MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As cláusulas exorbitantes ao direito comum são inerentes ao contrato administrativo, e delas decorrem as prerrogativas que permitem uma maior mutabilidade de cláusulas e condições do contrato, até mesmo a própria rescisão, o que garante um maior poder para a administração pública com o fim de concretização do interesse público.

Quando se trata de um contrato administrativo, prevendo a necessidade de mudanças ao longo da execução contratual, admite-se a promoção de mudanças relativas ao interesse público, para que desta forma possa satisfazer interesse público presente e futuro²², ainda que leve ao prejuízo do particular, podendo ocorrer em certas circunstâncias e com certos limites.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>>. Acesso em: 06 jun. 2023. p. 403.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2002. p. 245.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em: 06 jun. 2023. p. 583.

Por estes motivos, ainda que os contratos administrativos visem o interesse público, não se pode falar em liberalidade absoluta da administração em gerir o contrato, ou seja, não há uma liberdade absoluta do administrador em tomar as decisões que melhor atenderiam, na sua visão, o interesse público, pois há limitações a esses contratos.

4.1 Discricionariedade da administração

A administração pública na contratação está adstrita há uma série de procedimentos a seguir, e além disso, está submetida há uma certa discricionariedade, em razão dos princípios da administração pública, que pressupõe o bom uso do patrimônio público, sempre em favor do interesse público, e não do particular, o que reduz a liberdade do administrador ao tomar alguma decisão.

Dito isto, há certos limites para a atuação da administração pública, inclusive no que diz respeito às cláusulas exorbitantes, no que diz respeito a alteração unilateral dos contratos, devendo se respeitar, sempre que possível, o contratado, a fim de evitar a abusividade do exercício de suas prerrogativas.

As limitações podem se dar de algumas formas, no caso do equilíbrio econômico-financeiro, deve se observar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está previsto constitucionalmente no artigo 37, XXI da CRFB²³, determinando a manutenção da proposta nos termos em que foi firmada.

No entanto, quando se trata de rescisão unilateral motivada por razões de interesse público, por diversas vezes tal cláusula pode ser utilizada de forma abusiva, em razão principalmente de quando prever as razões de interesse público, utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados, que são incertos e carecem de um sentido objetivo e específico²⁴.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/>>. Acesso em: 23 jun. 2023. p. 575.

²⁴ MARTINELLI, Ana Laura Teixeira. A boa fé objetiva e os limites da rescisão unilateral dos contratos administrativos por razões de interesse público. **Revista do Direito Público**, v. 6, n. 1, p. 20–34, 2011. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8337>>. Acesso em: 12 jun. 2023. p. 8.

Quando se trata da discricionariedade administrativa, segundo Di Pietro, fala-se: 1) da possibilidade de a administração escolher entre duas ou mais alternativas; 2) das alternativas decorrerem de lei; 3) qualquer das alternativas são juridicamente válidas; 4) a escolha se faz diante o caso concreto, com base em critérios de mérito²⁵.

Assim, no que tange ao equilíbrio, vale ressaltar que pode ser feito de algumas maneiras, seja o reajuste, a revisão, a atualização monetária, ou mesmo a repactuação. Desta forma, o reajuste se presta para preservar o valor do contrato em vista da inflação, a revisão pode ser aplicada no caso de fatos supervenientes e imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, a atualização monetária também tem o objetivo de preservar o valor do contrato em razão da inflação, e a repactuação nos casos de contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, e tem por objetivo preservar a remuneração do contratado²⁶.

Nesse sentido, no que se refere a discricionariedade da administração decidir quais critérios serão utilizados, o que melhor atenderia ao interesse público, ou seja, deverá analisar a oportunidade e conveniência do ato para tomar a melhor decisão ao interesse público, além de, no caso de modificação unilateral, deverá demonstrar os motivos pelos quais a administração tomou tal decisão, em observância à teoria dos motivos determinantes.

4.2 Do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Além da discricionariedade do que poder fazer, a administração pública sofre outros limitadores, como a obrigação de manter o equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo firmado com o particular.

O equilíbrio econômico-financeiro, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, seria arelação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 12 jun 2023. p. 2.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/>>. Acesso em: 23 jun. 2023. p. 575–578.

econômica que lhe corresponderá²⁷. Todo contrato possui tal relação, no entanto, nos contratos administrativos é mais evidente emrazão de sua própria natureza.

A mutabilidade do contrato administrativo por óbvio pode trazer implicações para a manutenção deste equilíbrio, e essas implicações podem ser o suficiente para a rescisão contratual por parte do particular, desta forma, são necessários certos limites para o ente público levar em consideração ao contratar com uma parte mais fraca.

A administração pública busca o atendimento das necessidades pública por meio da prestação de serviços públicos, e para isso se utiliza dos contratos administrativos com o particular, em contrapartida, o particular busca o lucro, é inevitável a busca do particular pelo lucro, que deve ser assegurado nos termos inicialmente ajustados²⁸.

4.3 Alteração unilateral no ordenamento

Ainda que a administração tenha o dever de assegurar o lucro e deva prosseguir com a execução nos termos inicialmente contratados, não está adstrita a seguir fielmente o acordado, pois, a necessidade pública pode mudar e a demanda por aquele serviço pode aumentar, e em razão do interesse público, o particular venha a suportar eventuais acréscimos ou supressões.

Nesse sentido há duas possibilidades principais de alteração unilateral previstas tanto na Lei 8666/93 quanto na lei 14.133/21: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetos; e quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos nos parágrafos do mesmo dispositivo.

Previstas nos artigos 65, I e 124, I, da antiga e nova lei, respectivamente, preveem as possibilidades de alteração unilateral, desta forma, o dispositivo permite falar em duas modalidades de alteração: qualitativa e quantitativa.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 600.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 601.

No entanto, para que ocorra essa alteração unilateral, é necessário que a administração pública atenda certos requisitos, sendo o primeiro requisito, e mais óbvio, a adequada motivação no que diz respeito ao interesse público²⁹, pois, ainda que a lei permita expressamente tal alteração, é necessária a devida fundamentação, não de forma genérica, mas de forma a motivar o ato.

Outros requisitos que Di Pietro traz dizem respeito ao: respeito a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado; e por último, no que tange a alteração quantitativa, o contratado deve arcar com acréscimos e supressões previstos em lei³⁰.

Na lei há previsão legal para os limites de acréscimos e supressões que devem ser arcados pelo particular, previsto no artigo 125 da lei 14.133/21. Tal previsão existe para limite a administração pública ao contratar, evitando ter que fazer outra licitação, fazendo com que o particular tenha que arcar com o ônus imposto.

Os valores são fixados juntamente das condições do contrato, precificados no momento da proposta oferecida, devendo o particular aceitar tais acréscimos ou supressões, em se tratando de alteração quantitativa, deve arcar até 25% do valor inicial, tanto para acréscimos quanto para supressões, no entanto, quando se tratar de reforma de edifício ou equipamento, deverá arcar com até 50% de seus acréscimos.

As limitações da administração servem tanto para dar uma segurança ao particular que for contratar, tanto para cumprir com o dever do Estado de prestar o serviço público com transparência, de forma impessoal e da forma mais eficaz possível, de forma a evitar favorecer qualquer um e buscar a devida efetivação do dever-fim da administração pública.

Ainda que a administração pública deva atender o interesse público, exercendo suas prerrogativas de alteração unilateral do contrato, deve exercer com sobriedade e impessoalidade, respeitando os limites legais para evitar dar um

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 23 jun. 2023. p. 304.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 23 jun. 2023. p. 305.

“superpoder” para a administração, fixando limites em lei que o gestor deve observar ao contratar.

5 CONCLUSÃO

Para poder cumprir com seus deveres intrínsecos, a administração pública necessita firmar contratos com os particulares, sejam contratos de cunho privado, com regime jurídico regulado pelo direito civil, sejam contratos administrativo, regidos pelo regime jurídico administrativo.

Em razão da natureza jurídica da administração, com fim na satisfação do interesse público, a administração pública contrata particulares por meio de contratos administrativos para que possam exercer determinada atividade que é considerada serviço público para o melhor atendimento da população, nisso, há diversas diferenças em comparação com contratos regidos pelo direito privado, em especial pelas prerrogativas concedidos à administração.

Essas prerrogativas concedidas, chamadas de cláusulas exorbitantes, tem por intuito colocar em grau de superioridade, ou seja, fazer prevalecer a soberania do interesse público em face do particular, conferindo poderes que exorbitam ao direito comum que somente são permitidos dada a natureza jurídica do contrato administrativo, de forma que são totalmente incompatíveis com o regime privado.

Por estes motivos, a administração pode alterar o contrato de forma unilateral, dividindo-se em duas modalidades, a quantitativa e qualitativa, no entanto, a administração pública não pode alterar de forma arbitrária, tendo que seguir com os devidos procedimentos e de forma a atender o melhor interesse da população, sempre em observância ao princípio do interesse público.

Assim, a administração pública deve analisar para saber o que é melhor para os administrados, de forma que leve em consideração os princípios da administração, semfavorecimento, de forma a garantir a maior eficácia na prestação dos serviços.

Portanto, a administração tem diversas prerrogativas que dão poderes exorbitantes ao direito comum, desta forma, deve agir no melhor interesse da

população, devendo se ater aos limites previstos em lei, haja vista que a relação de cum contrato prevê benefícios e contrapartidas, que devem ser respeitados por ambas as partes, em especial pela administração, que exercer um papel de superioridade perante o particular.

REFERÊNCIAS

BARRA, Rodolfo C.; CASSAGNE, Juan C.; DROMI, José R.; GAMBINO, Enrique Sánchez, Gordillo, Agustin A.; Ottonello, Néstor J. **Contratos administrativos: regimenes de pago y actualizacion**. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires- 1988. p. 10-11.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: jun. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em: 06 jun. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Revista dos tribunais, 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Mario Veiga Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos - Vol. 4**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622289/>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

MARTINELLI, Ana Laura Teixeira. A boa fé objetiva e os limites da rescisão unilateral dos contratos administrativos por razões de interesse público. **Revista do Direito Público**, v. 6, n. 1, p. 20–34, 2011. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8337>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/>>. Acesso em:
23 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>>. Acesso em:
06 jun. 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS S.A, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em:
23 jun. 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 12 jun 2023.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646913/>>. Acesso em:
01 jun. 2023

ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS ENTRE ENTIDADES DE SAÚDE PRIVADAS COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Rebecca Suzanne Robertson Paranaguá Fraga¹

RESUMO

O reequilíbrio econômico-financeiro é um aspecto importante nos contratos administrativos firmados entre hospitais privados e o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Esse termo refere-se à necessidade de ajustar os valores e condições estabelecidos inicialmente no contrato, de forma a garantir a sustentabilidade financeira das instituições de saúde privadas e a continuidade dos serviços prestados ao SUS. Devido à natureza dinâmica do setor de saúde e às variáveis econômicas, os custos envolvidos na prestação de serviços podem sofrer flutuações ao longo do tempo. Por isso, é fundamental que os contratos estabeleçam mecanismos de reajuste ou revisão periódica, a fim de manter o equilíbrio entre as despesas e as receitas. O reequilíbrio econômico-financeiro pode ocorrer por diferentes motivos, como o aumento dos custos dos insumos médicos, variações cambiais, alterações legislativas ou normativas, entre outros fatores que afetem os custos operacionais das instituições de saúde privadas. Quando essas mudanças impactam de forma significativa o equilíbrio financeiro do contrato, é necessário buscar meios de ajustar as condições estabelecidas inicialmente. Em resumo, o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos entre hospitais privados e o SUS é uma medida essencial para garantir a sustentabilidade do setor privado de saúde e o acesso da população aos serviços de saúde de qualidade, promovendo uma parceria equilibrada e duradoura entre as partes envolvidas.

Palavras-chave: Equilíbrio econômico-financeiro. Contratos Administrativos. Entidades de saúde.

¹ Advogada e aluna do curso de Pós-Graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD.

ABSTRACT

The economic and financial rebalancing is an important aspect in the administrative contracts signed between private hospitals and the Brazilian Unified Health System (SUS). This term refers to the need to adjust the values and conditions initially established in the contract, in order to ensure the financial sustainability of private healthcare institutions and the continuity of services provided to SUS. Due to the dynamic nature of the healthcare sector and economic variables, the costs involved in service provision can fluctuate over time. Therefore, it is crucial for contracts to establish mechanisms for readjustment or periodic revision in order to maintain a balance between expenses and revenues. Economic and financial rebalancing can occur for various reasons, such as increased costs of medical supplies, exchange rate variations, legislative or regulatory changes, among other factors that affect the operational costs of private healthcare institutions. When these changes significantly impact the financial balance of the contract, it is necessary to seek means of adjusting the initially established conditions. In summary, the economic and financial rebalancing in administrative contracts between private hospitals and SUS is an essential measure to guarantee the sustainability of the private healthcare sector and the population's access to quality healthcare services, promoting a balanced and long-lasting partnership between the parties involved.

Keywords: Economic-financial Balance. Administrative Contracts. Healthcare Entities.

1 INTRODUÇÃO

A busca pelo equilíbrio econômico-financeiro é um aspecto crucial nos contratos administrativos, tanto no setor público quanto no privado. No contexto da prestação de serviços de saúde no Brasil, essa questão se torna ainda mais relevante, especialmente quando se trata dos contratos firmados entre hospitais privados e o Sistema Único de Saúde (SUS). Além disso, um desafio significativo enfrentado nesse cenário é a defasagem dos valores contidos na Tabela SUS, que reflete a remuneração dos procedimentos e serviços prestados aos pacientes pelo sistema público de saúde.

A Tabela SUS, instituída pelo Ministério da Saúde, desempenha um papel fundamental na regulação dos valores pagos pelos serviços médicos e hospitalares realizados no âmbito do SUS. Entretanto, ao longo dos anos, observa-se uma defasagem significativa entre os valores estabelecidos na Tabela SUS e os custos reais incorridos pelos hospitais privados para a prestação desses serviços.

Essa defasagem de valores pode gerar um desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos entre hospitais privados e o SUS. Os hospitais, muitas vezes, se veem

diante de uma situação em que os custos operacionais e a necessidade de investimentos em infraestrutura e recursos humanos ultrapassam os valores repassados pelo sistema público de saúde. Isso pode comprometer a qualidade dos serviços prestados, a sustentabilidade financeira das instituições e, em última instância, o acesso da população a um atendimento de saúde adequado.

Diante desse desafio, é imprescindível analisar e debater soluções que promovam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no contexto da saúde pública. É necessário buscar alternativas viáveis para atualizar os valores presentes na Tabela SUS, de modo a refletir os custos reais da prestação dos serviços médicos e hospitalares, além de considerar os avanços tecnológicos, a valorização dos profissionais de saúde e os investimentos necessários para aprimorar a qualidade do atendimento.

Este artigo tem como objetivo aprofundar a compreensão sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e explorar as consequências da defasagem dos valores contidos na Tabela SUS. Além disso, serão apresentadas reflexões acerca das possíveis soluções para enfrentar esse desafio, considerando os aspectos jurídicos, econômicos e políticos envolvidos nesse contexto.

2 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é um princípio fundamental estabelecido pela Lei de Licitações no Brasil (Lei 8.666/93)². Esse princípio consiste no dever de manter as condições efetivas da proposta do contrato realizado pelo processo de licitação pública (artigo 37, XXI, CF)³, garantindo que as partes contratantes, sejam órgãos públicos ou empresas privadas, não sejam prejudicadas por alterações imprevistas que possam afetar o equilíbrio financeiro do contrato.

² BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jun. 2023.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, “Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é 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.

Odete Medauar, por sua vez, define o equilíbrio econômico-financeiro como uma “proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato”⁵.

De acordo com a lei, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser afetado por diversos fatores, como a variação de preços, a correção monetária, os encargos fiscais e trabalhistas, entre outros elementos que impactam diretamente os custos da execução do contrato.

A legislação estabelece que, caso ocorram eventos imprevistos que alterem significativamente as bases iniciais do contrato, é possível solicitar o reequilíbrio econômico-financeiro. Nesses casos, as partes devem buscar uma negociação para ajustar as condições contratuais, de modo a compensar os efeitos dessas alterações.

A Lei de Licitações estabelece que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser alcançado por meio de diferentes mecanismos, tais como a revisão de preços, a repactuação, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou a revisão contratual.

O objetivo primordial do equilíbrio econômico-financeiro é garantir a justiça contratual, evitando que uma das partes seja prejudicada por eventos imprevistos ou alterações externas que estejam além do seu controle. Dessa forma, a legislação busca assegurar a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, preservando a viabilidade econômica do contratado e a continuidade da prestação dos serviços.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 660.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 219.

3 DA OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE PRESTAR SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Como é cediço, o dever de manutenção e prestação dos serviços públicos de saúde compete ao Poder Público – União, Estados e Municípios –, que deve pautar toda sua atuação no desiderato de garantir “acesso universal e igualitário às ações e serviços”⁶ (art. 196, CF).

Consoante André da Silva Ordacgy:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais⁷.

Sobre a eleição da saúde como direito fundamental, as palavras de José Afonso da Silva:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais⁸.

Inclusive, a consecução deste direito verdadeiramente fundamental pressupõe atendimento integral a todo e qualquer indivíduo que porventura necessite de cuidados, brasileiro ou não – o que acaba investindo o SUS no papel de protagonista dos serviços médico-hospitalares no país.

Contudo, seria tarefa impossível ao sistema público garantir uma cobertura de tamanha abrangência, englobando atividades municipais, estaduais e federais. Diante desta problemática, o legislador constituinte insculpiu no bojo da Carta Magna a possibilidade de complementação privada nas atividades do SUS, sempre que, por

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

⁷ ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2000. p. 311.

dificuldades financeiras, operacionais, logísticas ou de qualquer outra natureza não for possível ao Poder Público prestaros serviços de saúde, como bem define o art. 199, § 1o, da Constituição Federal⁹.

No mesmo sentido, dispõem os arts. 4º, § 2º, 24 e ss. da Lei nº. 8.080/90, que regulamenta o SUS:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[...]

§ 2º. A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

[...]

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada¹⁰.

Essa atuação complementar pode ocorrer por meio de um contrato ou de convênio pactuado junto ao ente público interessado. Em tese, a diferença entre os instrumentos citados é que os contratos seriam firmados quando o parceiro privado fosse empresa imbuída de finalidade lucrativa, enquanto os convênios caberiam para os casos de entidades filantrópicas ou sem finalidade lucrativa. Na prática, esse rigor técnico fica mesmo relativizado, importando apenas perceber que, em qualquer das hipóteses, haverá um indistinto vínculo contratual (de Direito Público).

Em relação à atuação das instituições privadas em complementação ao SUS, a Lei 8.080/90 determina, ainda, que “os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde” (art. 26, caput), sendo que “na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados”¹¹ (art. 26, §1º), observando-se sempre a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Nesta toada, o Poder Público elaborou a “Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do SUS” – também conhecida como “Tabela do SUS” – , contendo a previsão de mais três mil itens e os valores a eles correspondentes. O problema é que tais valores, antes serem remunerados satisfatoriamente os conveniados do SUS, acabam por lhes ocasionar indelével prejuízo.

Tal fato tem provocado um colapso imensurável na gestão das entidades privadas, em especial as filantrópicas.

Isto porque, é público e notório que os valores constantes da Tabela do SUS encontram-se deveras defasados, quando comparados aos preços praticados no mercado atual, o que tem provocado grave desequilíbrio econômico-financeiro na relação entre o Estado e seus parceiros privados (contratos ou convênios), na medida em que os valores repassados aos particulares sequer abarcam as despesas com os insumos para realização dos procedimentos.

De outra banda, quando a rede pública presta serviços a pacientes beneficiários de planos de saúde privados, tais operadoras de planos de saúde, por força do art. 32 da Lei n. 9.656/98, devem ressarcir os custos incorridos pela rede pública de saúde a partir de tabela aprovada e divulgada pela Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), denominada “Tabela TUNEP”.

No entanto, é flagrante a discrepância entre os valores previstos na “Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP” – elaborada pela Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS para uniformização dos valores a serem ressarcidos ao SUS pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde – e aqueles constantes da “Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde – SUS”, uma vez que os valores arbitrados na primeira tabela

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

são consideravelmente superiores àqueles elencados na última, sem que se infira daí qualquer metodologia mais objetiva.

Frise-se que a única revisão completa da Tabela do SUS ocorreu apenas em 1996, há mais de duas décadas. A partir de então, as atualizações e reajustes dos procedimentos hospitalares foram apenas parciais, realizadas por meio de Portarias dispersas ao longo dos anos, sempre aquém de um patamar aceitável e suficiente para a efetiva recomposição econômico-financeira do contrato. Estes atos administrativos promovem, quando muito, a revisão de poucas dezenas de procedimentos, o que se mostra irrisório num universo de milhares de itens.

Para que se tenha uma melhor ideia dos custos encarados pelas instituições do gênero, mesmo na hipótese de um reajuste geral em toda a Tabela do SUS segundo os índices inflacionários, ainda subsistiria uma defasagem financeira, especialmente porque os custos médico-hospitalares tendem a crescer num patamar mais exacerbado que a inflação média¹².

Assim, há um quadro flagrantemente deficitário no custeio do sistema de saúde público, no qual os maiores prejudicados serão sempre os próprios usuários, já que com décadas de sub-remuneração, tais instituições acumulam incontestável perda patrimonial, que a impede de empregar reformas, ampliações e melhorias na prestação de seus serviços. A amplitude e qualidade dos atendimentos ficam prejudicados e a maior afetada é inevitavelmente a coletividade que deles dependem.

Em um contexto como esse, fica patente a necessidade de se proceder a uma necessária readequação dos valores contratuais como meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Sintetizando, tem-se a seguinte situação: quando deve promover os repasses para os parceiros privados – verbas de natureza remuneratória – o SUS utiliza uma tabela notoriamente dissonante com a realidade do mercado; em sentido contrário, quando busca restituição dos planos e seguros de saúde – parcelas, repese-se,

¹² CASEMIRO, Luciana; LUQUES, Ione. Custo médico-hospitalar no Brasil é 2,8 superior à inflação geral. **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/custo-medico-hospitalar-no-brasil-28-superior-inflacao-geral-22604425>>.

indenizatórias – utiliza a TUNEP, tabela que estatui valores muito superiores à primeira.

Há aqui uma clara inversão de valores: as entidades privadas que atuam em prol da saúde pública deveriam ser remuneradas pelos serviços prestados, mas acabam percebendo quantias, não raro, inferiores aos próprios custos de reembolso. Em contrapartida, o SUS, quando atende pacientes segurados, deveria ser apenas reembolsado pelos planos de saúde, mas acaba cobrando quantia acima da média por si tratada em tabela anterior, o que ocasiona uma inequívoca situação de remuneração.

E mais: a instituição de uma tabela própria para os casos em que o SUS aferiria verbas em vez de repassá-las serve como uma admissão indireta de que a Tabela do SUS é insuficiente para remunerar quem quer que seja. Os Poderes Públicos basicamente reconhecem que a tabela utilizada para remunerar os parceiros privados apresenta valores irrisórios e, por isso, quando figuram como credores dos planos de saúde utilizam sistemática diversa.

A TUNEP surgiu como meio para supostamente evitar o enriquecimento ilícito das operadoras de planos de saúde nos casos em que os segurados fossem cuidados pelo SUS, como já visto. No entanto, essa mesma lógica não foi adotada pela tabela ora verberada: quando o SUS repassa aos parceiros privados valores muito aquém daqueles que ele mesmo exige receber, acaba por franquear a si um enriquecimento ilegítimo.

Se a Tabela do SUS está defasada – o que, de fato, está – e merece ampla readequação, a TUNEP surge como o paradigma natural, até por um imperativo de equidade. Estamos falando aqui de situações análogas, nas quais se o credor for instituição pública receberá um valor e se for privado, outro – e isto para um mesmo serviço.

Não há motivação jurídica suficiente para legitimar tamanha quebra de isonomia, da equidade, sobretudo pelo fato de se tratar da prestação de serviços públicos de saúde.

3.1 Do direito das entidades que prestam serviços ao SUS à readequação dos valores da Tabela do SUS

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental assegurado a todos, inclusive àquele que ostenta a condição jurídica de não nacional do Brasil, mesmo que sem domicílio no país, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, Dj. 7/4/2008, e mais recentemente no julgamento do RE 587.970, em matéria de assistência social, bem como, em decisão paradigmática, o TRF 4ª Região, no AG 2005040132106/PR, Dj. 29/8/2006, que assegurou o direito a transplante de medula custeado pelo SUS a um estrangeiro em situação irregular do Brasil.

Veja-se a regra do art. 6º da CF/1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)¹³

O art. 196 da CF/1988 e o art. 2º da Lei nº 8.080/90, por sua vez, estabelecem que compete ao Estado, precipuamente, o dever de proporcionar a saúde ao cidadão, *in verbis*, respectivamente:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁴.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade¹⁵.

Por outro lado, a Carta Maior, em seu art. 199, consagrou regime de participação complementar da iniciativa privada na assistência à saúde, determinando ao constituinte originário a difícil missão de o Estado efetuar a cobertura integral de todo o sistema, considerando suas limitações físicas e orçamentárias. Confira-se:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos¹⁶.

Da mesma forma, seguindo o mandamento constitucional, a Lei nº 8.080/90 possibilitou a participação e complementação dos serviços de saúde à iniciativa privada, previstos em seus arts. 21, 22 e 24:

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

[...]

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada¹⁷.

O Sistema Único de Saúde – SUS foi criado juntamente com a Previdência e Assistência Social com o intuito de proporcionar a dignidade material a todas as pessoas da coletividade. Trata-se de um sistema público e nacional, garantidor do direito à saúde, com basenos princípios da integralidade, equidade e universalidade a fim de dar assistência à toda população de forma integral.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

Ocorre que, não raras vezes, as entidades privadas de assistência à saúde, conveniadas com o SUS, ou ainda que formalmente não contratadas, quer seja por exclusividade no tratamento vindicado, por expertise ou mesmo por falta de vaga, são instadas ao atendimento de pessoas que não possuem convênio privado que, desta feita, estariam à mercê do sistema público de saúde. Esse atendimento é fruto não apenas de um pacto legal (art. 24, Lei 8.080/90), mas social e humanitário.

Esse serviço prestado pela “rede privada” ao cidadão que estava sob a tutela de saúde, primordialmente, do Estado, este por sua missão constitucional, é remunerado na formado art. 26 da Lei nº 8.080/90, *in verbis*:

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato¹⁸.

É dizer, com a prestação dos serviços de saúde por entidades privadas, é imprescindível o ressarcimento por parte do Sistema Único de Saúde daqueles procedimentos realizados em caráter complementar e em substituição ao Estado, os quais são feitos conforme valores estabelecidos pela Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde – SUS, para manutenção de seus objetivos sociais e contratuais.

Ocorre que referida Tabela encontra-se desatualizada, com valores abaixo do adequado, causando um desequilíbrio na relação jurídico-contratual com a União, consequentemente causando uma desproporção na equação econômico-financeira dos serviços prestados frente ao retorno líquido obtido, notadamente considerando

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

que a própria União, por meio do SUS, quando atende em sua rede um paciente ou dependente que possui convênio com a rede privada, utiliza-se de Tabela mais vantajosa para ser ressarcida, relegando sua própria Tabela.

É dizer, nos serviços hospitalares prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, na rede pública, para pessoas que deveriam, por contrato, ser atendidas na rede privada, como sói ser no caso das emergências, são utilizados valores constantes na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP, esta com taxas de serviços superiores à média da “Tabela do SUS”.

Frise-se que a Lei n.º. 8.080/90, segundo regra prevista em seu art. 26, expressamente preocupou-se em garantir a efetividade e a qualidade dos serviços prestados, por meio de fórmula que assegure às partes o equilíbrio econômico-financeiro, o que se consubstancia em uma das vertentes do princípio da isonomia.

No entanto, o que se verifica é que o Poder Público, oficialmente, recebe valores maiores para os mesmos procedimentos médicos, em comparação com os valores pagos por ele à iniciativa privada, em evidente violação ao princípio da isonomia e sem que haja razões que justifiquem impor ao parceiro privado ônus financeiro maior na prestação dos serviços de saúde.

Ora, não se pode falar em qualidade e efetividade na prestação dos serviços médicos com uma remuneração abaixo daquela que é feita ao SUS quando este presta o mesmo serviço. Ou será que o que se revela insuficiente para o Estado se afigura necessariamente suficiente para o indivíduo/ente privado?

Cabe, assim, a preciosa lição de Flávio Tartuce:

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom-senso, afastando-se o enriquecimento sem causa (...) ¹⁹.

Ainda acerca do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que:

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 60.

Por qualquer ângulo que se considere o assunto, resulta sempre que a estabilidade da equação econômico-financeira é requisito insuprimível do contrato administrativo e que sua falta chocar-se-ia contra princípios e normas de direito cujo desatendimento seria gravoso para o próprio interesse público que preside tais vínculos²⁰.

Com efeito, não há razoabilidade para tratamento desigual, notadamente considerando que é o Estado o detentor das melhores condições para prover suas necessidades financeiras, dado, inclusive, o protagonismo que lhe foi atribuído na Constituição Federal em matéria de saúde.

É dizer, não se pode atribuir o maior ônus financeiro àquele que foi chamado pelo constituinte a prestar o serviço em caráter complementar, devendo ser assegurado o equilíbrio econômico-financeiro por meio da concretização do princípio da isonomia, norma cuja eficácia deve ser garantida pelo Poder Judiciário.

A doutrina de Flávio Amaral Garcia trata exatamente desse tema, ao concluir que:

Desde sua formulação, na sua execução e também em sua interpretação, os contratos administrativos não podem ensejar o enriquecimento ilícito de uma das partes. Uma relação contratual economicamente equilibrada corporifica, no caso, a própria justiça contratual²¹.

Em conclusão, os serviços de saúde se afiguram um só, quer sejam prestados pela iniciativa privada, que o presta com mais qualidade e mais custos, inclusive, quer seja prestado pela rede pública, e devem ser remunerados de forma equitativa, pelo que a União deve proceder com a devida revisão dos itens dispostos na sua Tabela.

3.2 Do atual entendimento jurisprudencial sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão que é possível o reajuste dos preços dos serviços médicos a fim de manter o equilíbrio financeiro, conforme se extrai do seguinte aresto:

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214.

²¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354.

- a) ATO ADMINISTRATIVO OMISSIVO – REAJUSTE DO VALOR DE SERVIÇO PRESTADO AO SUS – EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO.
- b) Reavaliados os hospitais psiquiátricos da rede SUS, por ordem da Secretariade Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, surge a necessidade de reavaliação dos preços do serviço.
- c) A Lei 8.666/93 (art. 65, § 6º) serve de base legal para o reajuste do contrato, a fim de manter seu equilíbrio financeiro.
- d) Reajuste que deve observar, prioritariamente, os parâmetros estabelecidos em tabelas fornecidas pela Administração.
- e) Segurança concedida. (MS 11.539/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 06/11/2006, p. 290)²²

A possibilidade de revisão dos valores constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual em razão de atuação de unidade hospitalar privada no âmbito da assistência complementar à saúde já foi analisada diversas vezes no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tratando-se de matéria pacificada, conforme precedentes abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CORREÇÃO DO VALOR DA TABELA DE PROCEDIMENTOS AMBULATORIAIS E HOSPITALARES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE TABELA SUS. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA RELAÇÃO JURÍDICO- CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TABELA TUNEP OU IVR. PRELIMINARES REJEITADAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 26 c/c o art. 9º, I, da Lei nº 8.080/90, é da competência da União, por intermédio do Ministério da Saúde, estabelecer os critérios e os valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial. Na espécie, como se busca a correção da tabela de procedimentos ambulatoriais e hospitalares do SUS, atribuição que é de competência da União, resta patente a legitimidade passiva deste ente para a causa, não cabendo falar em formação de litisconsórcio passivo necessário com Estado e Município. Preliminares rejeitadas. 2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de revisão dos valores constantes da

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Mandado de Segurança. MS 11.539/DF. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 27 set. 2006.

Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde -SUS, tendo como base valores previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP, IVR ou outra tabela que a ANS utiliza para cumprir o fim previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de relação jurídico-contratual de unidade hospitalar privada com a Administração Pública, em razão de sua atuação no âmbito da assistência complementar à saúde. 3. Se quando a rede pública presta serviços a pacientes beneficiários de planos de saúde privados, tais operadoras de plano de saúde realizam o ressarcimento da rede pública com base na tabela TUNEP, justo que, em atenção ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, quando as unidades hospitalares privadas atuarem no âmbito da assistência complementar à rede pública de saúde, nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição, o SUS venha a ressarcir-las com base nessa mesma tabela. (AC 1018549-31.2018.4.01.3400, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julg. 24/06/2020). 4. Verificando-se manifesta discrepância entre os valores previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP, elaborada pela Agência Nacional de Saúde Complementar ANS para uniformização dos valores a serem ressarcidos ao SUS pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, e aqueles constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, impõe-se a revisão dos valores dos serviços prestados pelo hospital privado em assistência complementar à saúde, de modo a preservar-se equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, sendo medida que se alinha aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade e que encontra amparo no art. 26 da Lei 8080/90. 5. Não prospera a alegação de não haver direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por não ter a parte autora comprovado a existência de contrato administrativo formalizado perante a União, tendo em vista que foram colacionados aos autos documentos que comprovam a efetiva prestação de serviços de saúde aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por parte da autora. 6. Tampouco merece amparo o argumento da União de que não caberia a revisão do contrato à vista da possibilidade de o autor apenas desconstituir o vínculo contratual com a União, dado que tal alegação não soluciona a questão relativa ao desequilíbrio existente entre o que se paga e o que se recebe como pagamento pelos mesmos serviços prestados, de um lado, pela União, de outro, pelo particular. (AC 1007086-58.2019.4.01.3400, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, julg. 01/06/ 2020). 7. Apelação da União e remessa necessária a que se nega provimento. 8. Honorários advocatícios, fixados na origem nos percentuais mínimos de cada faixa dos incisos do §3º do art. 85 do CPC, majorados em 2% (art. 85, §11, do CPC), a serem apurados na liquidação do julgado, nos termos do art. 85, §4º, II, do CPC.

(AC 0016696-38.2017.4.01.3400, DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 06/08/2021)²³

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE SUS. ASSISTÊNCIA COMPLEMENTAR DE SAÚDE. REDE PRIVADA. TABELA DE PROCEDIMENTOS AMBULATORIAIS E HOSPITALARES. SUS. TUNEP. REVISÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. RESGATE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SENTENÇA MANTIDA. I Legitimidade passiva da União Federal, para a demanda de revisão de valores constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do SUS, para o fim de resguardar o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica havida entre o particular e o Poder Público, na complementação aos serviços de saúde prestados pela rede pública, levando-se em consideração que o responsável pela fixação dos valores para a remuneração dos serviços e dos parâmetros de cobertura assistencial é a direção nacional do Sistema Único de Saúde SUS, representado pelo órgão ministerial respectivo Ministério da Saúde, conforme dispõe a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. II Hipótese de controvérsia acerca da plausibilidade de revisão dos valores constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual em razão de atuação de unidade hospitalar privada no âmbito da assistência complementar à saúde. III Reconhecida a discrepância entre os valores pagos pela União, com base na Tabela de Procedimentos do SUS, pelos serviços de saúde prestados por unidades hospitalares privadas, em sede de assistência complementar, e os valores recebidos pela União, quando, em situação oposta, a rede pública presta serviço a pacientes e/ou dependentes beneficiários de planos de saúde da rede privada, ocasião em que as operadoras de saúde devem proceder ao ressarcimento, porém com base na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP, elaborada pela Agência Nacional de Saúde, merece amparo o pleito de revisão de valores. IV A revisão dos valores com o fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica contratual estabelecida entre o instituto privado e a União, na implementação da política de assistência complementar à saúde, prevista no art. 199 da Constituição da República, é medida que se alinha aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de amparar-se sob a norma inscrita na Lei Orgânica da Saúde, n. 8.080/90, que preceitua a observância da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, assim como da necessidade de fundamentação das regras de estabelecimento dos critérios e valores para a remuneração dos serviços, por

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Apelação Cível. AC 0016696-38.2017.4.01.3400. Relatora: Des. Daniele Maranhão Costa. Brasília, 04 ago. 2021.

meio de demonstrativo econômico-financeiro, apto a garantir a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados. V Não prevalece a alegação do recurso de inviabilidade do pedido, por falta de prova física do contrato ou convênio, diante dos documentos apresentados, os quais demonstram a prestação dos serviços relativos a procedimentos hospitalares e ambulatoriais no Sistema Único de Saúde por parte do hospital autor, assim como não prevalece o argumento de possibilidade de, havendo insatisfação, o particular desconstituir o vínculo contratual com a União, uma vez que não equaciona a questão posta, de desequilíbrio existente entre o que se paga e o que se recebe em contraprestação pelos mesmos serviços oferecidos, de um lado, pela União, de outro, pelo particular. VI Igualmente, não prosperam os argumentos recursais de que o objetivo da Tabela TUNEP é evitar o enriquecimento sem causa das operadoras de planos privados de assistência à saúde, evitar o custeio de atividades privadas com recursos públicos, e regular os planos de assistência à saúde coibindo fraudes no sistema de saúde complementar, porquanto tal argumentação não suplanta o princípio constitucional da igualdade perante a lei, que jaz na base do direito ao ressarcimento igualitário das operadoras de saúde pelos mesmos procedimentos médicos realizados pela União, via SUS, uma vez não demonstrada a plausibilidade para o pretendido tratamento desigual no estabelecimento dos valores diferenciados, porquanto ausente relação de proporcionalidade entre tal medida e a alegada finalidade pretendida. VII Como a União, ao cobrar serviços que paga pelo SUS, utiliza tabela distinta com valores superiores, também deve pagar aos hospitais e médicos pelo valor mais alto, já que a Administração Pública não pode visar ao lucro. VIII Constatada, como no caso, a flagrante discrepância entre os valores previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP elaborada pela Agência Nacional de Saúde Complementar ANS para uniformização dos valores a serem ressarcidos ao SUS pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde e aqueles constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, impõe-se a uniformização de tais valores, de forma que, para um mesmo procedimento médico, no âmbito do SUS, o pagamento devido às unidades hospitalares que o realizaram se realize pelo mesmo montante cobrado às operadoras de planos privados de assistência médica, prestigiando-se, assim, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia de tratamento e da segurança jurídica. (AC 0036162-52.2016.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, JULG. 22/08/2018.) IX Deve ser mantida a r. sentença, que julgou procedentes os pedidos, e determinou que a União Federal promova, em relação à parte autora, a revisão da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, tendo como base a tabela do serviço público reembolsado (Tabela TUNEP) e condenou a União ao ressarcimento dos valores pretéritos,

apurados em liquidação de sentença, observado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. X Apelação da União e reexame necessário a que se nega provimento. Honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015 que ora se acrescem em 1% ao valor fixado na sentença, para a verba de sucumbência.

(TRF-1 - AC: 10319428620194013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 22/02/2021, SEXTA TURMA, Data de Publicação: PJe 25/02/2021 PAG PJe 25/02/2021 PAG)²⁴

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE SUS. ASSISTÊNCIA COMPLEMENTAR DE SAÚDE. REDE PRIVADA. TABELA DE PROCEDIMENTOS AMBULATORIAIS E HOSPITALARES. REVISÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TUNEP. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. É pertinente o pedido de revisão dos valores constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual em razão de atuação de unidade hospitalar privada em sede de assistência complementar à saúde, tendo como base a tabela do serviço público reembolsado, devendo o quantum debeat ser apurado em liquidação de sentença, utilizando-se como parâmetro os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP. 2. É flagrante a disparidade entre os valores previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP elaborada pela Agência Nacional de Saúde Complementar ANS para uniformização dos valores a serem ressarcidos ao SUS pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde e aqueles constantes da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, impõe-se a uniformização de tais valores, de forma que, para um mesmo procedimento médico, no âmbito do SUS, o pagamento devido às unidades hospitalares que o realizaram se realize pelo mesmo montante cobrado às operadoras de planos privados de assistência médica, prestigiando-se, assim, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia de tratamento e da segurança jurídica. (AC 0036162-52.2016.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, JULG. 22/08/2018). Igualmente: (AC 0012967-04.2017.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 09/10/2019 PAG.) e (AC 0053469-19.2016.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO,

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. AC 10319428620194013400. Relator: Des. Jirair Aram Meguerian. Brasília, 22 fev. 2019.

TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 31/07/2019). 3. Provimento da apelação, reformando-se a sentença para determinar que a União promova, em relação à autora, a revisão da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde SUS, tendo como referência a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP, elaborada pela Agência Nacional de Saúde, ressarcindo à demandante pelos valores pagos a menor nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, limitando-se a condenação apenas aos pagamentos por serviços prestados anteriormente a novembro de 1999. 4. Sobre as diferenças apuradas incidirão juros de mora e correção monetária conforme a tese firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 870.947, que, em 03/10/2019, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente), mantendo, portanto, os parâmetros estabelecidos pelo STJ no Tema n. 905 de recursos repetitivos. 5. Condeno a União a pagar ao patrono da parte autora honorários advocatícios de sucumbência, no patamar mínimo, conforme disposto no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, cujo percentual incidirá sobre o valor da condenação, conforme será apurado na fase de liquidação do julgado.

(TRF-1 - AC: 10026655920184013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA GOMES MOREIRA, Data de Julgamento: 25/11/2019, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 04/12/2019)²⁵

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, no RE 666.094, de relatoria do Ministro Barroso, ficou à unanimidade, em repercussão geral, a seguinte tese de julgamento:

O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde²⁶.

4 CONCLUSÃO

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no contexto da saúde pública, especialmente nas relações entre hospitais privados e o SUS, é um

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. AC 10026655920184013400. Relator: Des. João Batista Gomes Moreira. Brasília, 25 nov. 2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 666094/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 set. 2021.

desafio complexo que demanda atenção e a busca por soluções efetivas. O problema da defasagem dos valores contidos na Tabela SUS representa uma ameaça significativa ao equilíbrio contratual, à qualidade dos serviços de saúde e à sustentabilidade financeira das instituições envolvidas.

Ao longo deste artigo, foi possível compreender a importância do equilíbrio econômico-financeiro como um princípio fundamental nos contratos administrativos, assim como a necessidade de atualizar e adequar os valores presentes na Tabela SUS aos custos reais da prestação dos serviços de saúde. A defasagem existente compromete a capacidade dos hospitais privados em oferecer um atendimento de qualidade, além de criar obstáculos para a manutenção de uma parceria equilibrada e sustentável com o SUS.

Para enfrentar esse problema, é essencial uma abordagem abrangente, que envolva ações tanto no âmbito político e legislativo, como na área econômica e de gestão. A atualização periódica da Tabela SUS, considerando critérios claros e transparentes, é um passo crucial para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e promover a justa remuneração dos serviços prestados pelos hospitais privados.

Além disso, é fundamental o estabelecimento de mecanismos de diálogo e negociação entre as partes envolvidas, a fim de encontrar soluções conjuntas que atendam às necessidades financeiras dos hospitais e às demandas de acesso à saúde da população. A parceria entre o setor público e privado, pautada pelo equilíbrio e transparência, é essencial para a construção de um sistema de saúde eficiente e sustentável.

Portanto, diante do desafio da defasagem dos valores contidos na Tabela SUS, é fundamental a busca por alternativas que promovam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na área da saúde. Somente por meio de esforços conjuntos, envolvendo gestores públicos, instituições privadas, profissionais de saúde e a sociedade como um todo, será possível superar esse desafio e assegurar um sistema de saúde equitativo, acessível e de qualidade para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo:Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo:Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Mandado de Segurança. **MS 11.539/DF**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 27 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. **RE 666094/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Apelação Cível. **AC 0016696-38.2017.4.01.3400**. Relatora: Des. Daniele Maranhão Costa. Brasília, 04 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. **AC 10026655920184013400**. Relator: Des. João Batista Gomes Moreira. Brasília, 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. **AC 10319428620194013400**. Relator: Des. Jirair Aram Meguerian. Brasília, 22 fev. 2019.

CASEMIRO, Luciana; LUQUES, Ione. Custo médico-hospitalar no Brasil é 2,8 superior à inflação geral. **O Globo**. Disponível em :<<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/custo-medico-hospitalar-no-brasil-28-superior-inflacao-geral-22604425>>.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros,2016.

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

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em:
<http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed., São Paulo: MalheirosEditores. 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexo_rn131.pdf