

STJ00117703

ANDRÉ LUIZ FREIRE

DIREITO DOS
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Aline Pavanelli, Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Emanuel Silva, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino de Almeida

Capa: Linotec

Lider de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Freire, André Luiz
Direito dos contratos administrativos / André Luiz Freire. -- São Paulo :
Thomson Reuters Brasil, 2023.

Bibliografia.
ISBN 978-65-260-0209-4

1. Contratos administrativos - Brasil 2. Direito administrativo -
Brasil I. Título.

23-150132

CDU-35(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito administrativo 35(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

SUMÁRIO

ABREVIACÕES	7
TABELAS.....	11
FIGURAS.....	15
Introdução – O DIREITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	41
1. A onipresença da contratação administrativa	41
2. O direito dos contratos administrativos	43
3. Os objetivos deste livro.....	45

PARTE I

OS FUNDAMENTOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Capítulo 1 – O CONTRATO ADMINISTRATIVO	51
1. As referências constitucionais ao contrato administrativo.....	51
2. Os Bandeira de Mello seriam sempre “do contra”?	52
3. O conceito de contrato administrativo	54
3.1. O contrato como ato jurídico subjetivo bilateral ou plurilate- ral.....	55
3.1.1. Quais os tipos de normas que um contrato introduz?.....	56
3.1.2. Os atos-regra, os atos-condição e os atos subjetivos....	59
3.1.3. O contrato enquanto ato bilateral ou plurilateral	62
3.2. As funções desempenhadas pelos contratos.....	65
3.3. O conceito de “contrato administrativo”	69
4. As consequências da caracterização de um contrato como “adminis- trativo”	70
4.1. A primeira consequência do conceito: submissão ao regime jurídico-administrativo	71
4.2. As prerrogativas da Administração Pública	73
4.3. Os “contratos privados da Administração” e aplicação do regime de direito privado.....	76
4.4. A aplicação da teoria dos atos administrativos.....	78

Capítulo 2 – A ESTRUTURA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	81
1. Sobre a estrutura dos atos administrativos: um tema “velho”, mas ainda muito importante.....	81
2. Os elementos dos contratos administrativos	84
2.1. A forma dos contratos administrativos	84
2.2. O conteúdo dos contratos administrativos.....	85
2.2.1. Os diferentes domínios de validade das normas contratuais.....	86
2.2.2. Contrato, relação jurídica e posições jurídicas	88
3. Os pressupostos do contrato administrativo	88
3.1. O motivo dos contratos administrativos: a necessidade pública.....	89
3.2. O objeto	91
3.2.1. O objeto das normas contratuais: prestações de dar, fazer e não fazer	91
3.2.2. “Objeto” ou “objetos” do contrato administrativo?	92
3.2.3. Objeto da licitação x objeto do contrato	96
3.2.4. Requisitos do objeto.....	97
3.2.5. Uma primeira classificação: modalidades de contratos administrativos conforme seu objeto	98
3.3. Os sujeitos dos contratos administrativos.....	100
3.3.1. A análise do sujeito no contrato administrativo	101
3.3.2. Sujeitos do contrato e domínio subjetivo das normas contratuais	102
3.4. Os requisitos procedimentais: o processo de escolha do contratante.....	102
3.5. A finalidade dos contratos administrativos	104
3.5.1. Tipicidade dos atos e desvio de finalidade.....	104
3.5.2. Qual finalidade?	105
3.5.3. Justificativas substantivas e formais	105
3.5.4. Subinclusividade e sobreinclusividade	106
3.6. O pressuposto lógico dos contratos administrativos	108
3.7. A formalização dos contratos administrativos.....	109

Capítulo 3 – A RELAÇÃO JURÍDICA INSTITUÍDA PELOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	111
1. O chamado “plano dos efeitos”	111
2. As relações jurídicas derivadas do contrato administrativo.....	113
2.1. Um conceito de relação jurídica.....	114
2.1.1. Os termos da relação jurídica	115
2.1.2. O conteúdo da relação jurídica: as posições jurídicas (direitos, deveres, poderes e sujeições).....	117
2.1.2.1. Direito-pretensão (direito a algo, pretensão ou direito subjetivo em sentido estrito)	118
2.1.2.2. Dever (ou obrigação).....	119
2.1.2.3. Poder (direito potestativo, direito formativo ou potestade)	120
2.1.2.4. Sujeição	121
2.1.3. Uma observação sobre a categoria “função”	122
2.1.4. Posição jurídica e norma jurídica.....	122
2.2. Relação jurídica simples e complexa	123
2.3. O conceito de situação jurídica	125
2.4. Situações jurídicas objetivas (estatutárias) e subjetivas (individuais).....	126
3. As chamadas prerrogativas da Administração são constituídas apenas por poderes?	128
Capítulo 4 – O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS	131
1. Atividades públicas e privadas.....	131
1.1. A principal consequência da distinção: diferentes regimes jurídicos	133
1.2. A diferença quanto à forma de execução: a descentralização ...	134
2. As atividades administrativas e uso dos contratos administrativos	136
2.1. As atividades administrativas finalísticas	136
2.2. As formas de descentralização administrativa	139
2.3. As atividades administrativas instrumentais	140
3. A intervenção do Estado no domínio econômico e os contratos do art. 28, § 3º, da LEE.....	141
3.1. Os contratos administrativos das empresas estatais	143

3.2.	Os contratos privados das empresas estatais.....	144
3.2.1.	Os contratos relacionados ao objeto social	145
3.2.2.	Os contratos fundados em oportunidades de negócio...	147
Capítulo 5 – AS CONCESSÕES		151
1.	O termo “concessão” no direito administrativo.....	151
2.	Uma classificação fundada na natureza da derivação	152
3.	Concessões de uso de bens públicos, com ou sem transferência de direito real de uso	153
4.	As concessões de atividade pública	155
4.1.	O objeto da concessão de serviço público: a delegação da sua prestação.....	156
4.1.1.	A delegação interorgânica e intersubjetiva.....	157
4.1.2.	Delegação e outorga.....	158
4.1.3.	O objeto da concessão: a transferência de competências administrativas relativas à prestação de um serviço público.....	159
4.1.4.	A atuação do concessionário em nome próprio. As relações jurídicas travadas com o concessionário	160
4.1.5.	A concessão de serviço público como contrato de delegação.....	162
4.2.	As concessões de serviço público precedidas de obra pública e as concessões de obra pública.....	163
4.3.	As modalidades de concessão de atividade pública	165
4.3.1.	A concessão comum	166
4.3.1.1.	As críticas ao conceito legal	167
4.3.1.2.	O elemento diferenciador da concessão comum: a forma de remuneração	168
4.3.1.3.	A expressão “por conta e risco” contida nos incisos II e III.....	169
4.3.1.4.	O conceito de concessão comum de atividade pública.....	170
4.3.2.	Os contratos de PPP: a concessão patrocinada e a concessão administrativa	171
4.3.2.1.	A distinção entre as modalidades de concessão com base no critério da remuneração...	171

4.3.2.2.	A diferença de regime jurídico entre os contratos de PPP e a concessão comum	172
4.3.2.3.	As semelhanças entre a concessão comum e os contratos de PPP	174
4.3.2.4.	A concessão administrativa	176
4.4.	Outras concessões de serviço público e obra pública	179
4.4.1.	Concessão urbanística.....	179
4.4.1.1.	A natureza da concessão urbanística	180
4.4.1.2.	A remuneração do concessionário.....	181
4.4.2.	Concessões portuárias e arrendamentos portuários ...	182
4.4.2.1.	O porto organizado e os terminais portuários	183
4.4.2.2.	A diferença de objetos entre a concessão portuária e os arrendamentos portuários...	185
4.4.2.3.	A natureza da concessão portuária e dos arrendamentos portuários	186
4.4.3.	Contratos de programa	187
4.4.4.	A concessão florestal.....	189
4.4.4.1.	A gestão das florestas públicas como atividade administrativa	190
4.4.4.2.	A concessão florestal como forma de gestão indireta de florestas públicas	190
4.4.4.3.	A utilidade prática da classificação	192
5.	Concessão de uso de bens e liberação de atividades privadas	193
5.1.	A concessão minerária	193
5.2.	A concessão no setor de petróleo	194

Capítulo 6 – A FUNÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE REPARTIÇÃO DE RISCOS..... 195

1.	A função dos contratos de alocar riscos entre as partes	195
2.	Os diversos riscos envolvidos num contrato administrativo	196
2.1.	Identificação, avaliação e mitigação de riscos.....	196
2.2.	Relações conexas ao contrato administrativo.....	197
2.3.	Tipos de riscos.....	200
2.4.	A alocação de risco	203

2.5.	Os critérios usados para alocar riscos.....	204
2.6.	As matrizes de risco.....	205
3.	De que forma os riscos são tratados pelo direito?.....	208
Capítulo 7 – O REGIME CONSTITUCIONAL DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA		211
1.	O ponto de vista subjetivo e objetivo do regime constitucional dos contratos administrativos	211
2.	O ponto de vista objetivo do regime constitucional e um alerta	212
3.	Características dos princípios e discricionariedade administrativa....	213
3.1.	Algumas características dos princípios	213
3.2.	As características do fenômeno jurídico da “discricionariedade”	215
3.3.	A discricionariedade administrativa e os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”	218
4.	Os princípios constitucionais da Administração Pública aplicados às contratações administrativas.....	220
4.1.	Isonomia (ou da igualdade).....	220
4.1.1.	A isonomia na elaboração do edital: o subprincípio da competitividade	221
4.1.2.	A natureza processual da licitação e julgamento objetivo.....	223
4.1.3.	Isonomia na aplicação das normas do edital e na execução do contrato administrativo	224
4.2.	Legalidade	225
4.3.	Impessoalidade	225
4.4.	Moralidade	226
4.5.	Publicidade.....	228
4.5.1.	A LAI é obrigatória para todos os entes federativos?	229
4.5.2.	O dever de publicidade no Portal Nacional de Contratação Pública.....	230
4.6.	Eficiência	231
4.6.1.	A vantajosidade como objetivo dos processos de contratação pública.....	232
4.6.2.	A questão do sobrepreço e do superfaturamento	233
4.7.	Devido processo legal.....	234

4.8.	Motivação.....	236
4.9.	Razoabilidade e proporcionalidade.....	238
4.9.1.	Fungibilidade da razoabilidade e da proporcionalidade?	239
4.9.2.	Os três sentidos de “razoabilidade”	240
4.9.3.	Os critérios para aplicação da proporcionalidade	242
4.10.	Segurança jurídica	243
5.	As normas derivadas do art. 37, XXI.....	245
5.1.	O dever de licitar	246
5.1.1.	Os objetivos da licitação	247
5.2.	A autorização constitucional para a contratação direta.....	248
5.3.	O princípio das exigências mínimas.....	248
5.4.	A intangibilidade da equação econômico-financeira.....	249
6.	Regras derivadas do art. 175	251
6.1.	Adequação e universalidade.....	251
6.2.	Direito dos usuários	252

Capítulo 8 – COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR, REGULAMENTAR E CELEBRAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....

1.	A competência constitucional em contratos administrativos.....	255
2.	A competência legislativa referente aos contratos administrativos em geral.....	256
2.1.	A competência concorrente em licitações e contratos administrativos	256
2.2.	A expressão “normas gerais” e a vagueza do conceito.....	257
2.2.1.	Os critérios para delimitar as normas gerais	259
2.2.2.	Os atos legislativos introdutórios de normas gerais em licitações e contratos.....	261
3.	A competência administrativa em relação aos contratos administrativos em geral.....	262
3.1.	Os regulamentos e os contratos administrativos.....	263
3.1.1.	Os sentidos da legalidade administrativa	263
3.1.2.	Os regulamentos administrativos	265
3.1.2.1.	O domínio subjetivo dos regulamentos sobre contratos administrativos	265
3.1.2.2.	A hierarquia dos regulamentos administrativos	268

3.1.3.	Estados, Distrito Federal e Municípios podem regulamentar lei nacional?	268
3.2.	A competência administrativa concreta	269
4.	A competência constitucional em relação às concessões e permissões de serviços públicos	269
4.1.	A tarefa de criação de serviços públicos	270
4.2.	A tarefa de organização de serviços públicos.....	272
4.3.	A tarefa de prestação de serviços públicos	275
4.4.	O uso do critério vertical.....	276
4.5.	O uso do critério horizontal	277

PARTE II

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Capítulo 1 – O PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	281	
1.	A fase preparatória	281
2.	O dever de planejamento	282
2.1.	Um dever contido em diferentes níveis hierárquicos.....	282
2.2.	O Plano Anual de Contratações	284
2.3.	O planejamento nas concessões e sua influência em outros modelos de contratação	285
2.4.	Planejamento bem-feito não é sinônimo de contratação bem-sucedida	286
3.	A organização administrativa na contratação pública.....	286
3.1.	Entidade e órgão	287
3.2.	Agente público e autoridade.....	289
3.3.	Agente de contratação e comissão de contratação	290
3.3.1.	Os agentes nas licitações de empresas estatais e para concessões de atividades públicas	292
3.4.	O princípio da segregação de funções	292
4.	A estrutura da fase de planejamento	294
4.1.	O apoio de terceiros no planejamento: contratação e PMI	296
4.2.	Visão geral da etapa preparatória nas concessões de atividade pública.....	297

Capítulo 2 – A FASE PREPARATÓRIA: IDENTIFICAÇÃO DA NECESSIDADE E CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO	301
1. A decisão de contratar: a identificação da necessidade pública	301
1.1. Identificação da necessidade dos contratos administrativos em geral. O Estudo Técnico Preliminar da LLC	301
1.2. A diferença para os casos de concessão de atividade pública....	303
2. A construção da solução.....	304
2.1. A descrição do objeto	305
2.1.1. O que significa “descrição do objeto”?	305
2.1.2. A descrição do objeto envolve discricionariedade	306
2.1.3. O nível de detalhamento na descrição do objeto	307
2.2. O parcelamento do objeto.....	310
2.2.1. Parcelamento subjetivo e objetivo.....	310
2.2.2. As razões para o parcelamento	311
2.3. Anteprojeto, projetos (básico e executivo) e termo de referência. A diferença de regime nas concessões	313
2.3.1. Anteprojeto, projetos e termo de referência na LLC e na LEE	313
2.3.2. A descrição do objeto nas concessões de atividade pública	318
2.4. O orçamento da contratação	319
2.4.1. Os objetivos orçamento estimado na LLC.....	319
2.4.2. A pesquisa de preços na LLC	320
2.4.3. O momento da pesquisa de preços.....	322
2.4.4. Orçamento na Lei das Empresas Estatais	323
2.5. Previsão ou disponibilidade dos recursos para pagar os contratados?	324
2.6. Normas específicas para compras.....	324
2.7. Normas específicas para serviços.....	326
2.8. Normas específicas para objetos de engenharia	327
2.9. A escolha do regime de execução em obras e serviços de engenharia	328
2.9.1. Os regimes de execução não se confundem com a empreitada do direito civil	332
2.9.2. Modalidades de empreitada e o conceito de “regime de execução”	334
2.9.3. A empreitada por preço global e a empreitada por preço unitário.....	336

2.9.4.	A empreitada integral	339
2.9.5.	A contratação integrada	340
2.9.6.	Contratação semi-integrada. Ela é o único regime de execução que pode ser licitado só com projeto básico, atribuindo o projeto executivo ao contratado?	341
2.9.7.	Tarefa.....	343
2.9.8.	Fornecimento e prestação de serviço associado	344
2.9.9.	As especificidades da Lei das Empresas Estatais.....	344
2.10.	O licenciamento ambiental.....	347
2.10.1.	As licenças ambientais	347
2.10.2.	O regime das concessões, da LLC e da LEE quanto às licenças ambientais	349
2.10.3.	O problema do atraso na obtenção das licenças	350
2.11.	A delegação da função de promoção da desapropriação e de servidões administrativas	351

Capítulo 3 – A FASE PREPARATÓRIA: A ELABORAÇÃO DO EDITAL..... 355

1.	O edital de licitação pública	355
2.	O conteúdo obrigatório do edital	356
3.	A indicação do regime jurídico da licitação e do contrato.....	357
3.1.	O regime conforme seja o tipo de contrato administrativo.....	358
3.2.	O regime dos contratos administrativos em geral, conforme a natureza da entidade administrativa	358
3.3.	O caso do art. 1º, § 3º, da LLC: recursos de origem estrangeira	359
4.	Condições de participação dos licitantes	360
4.1.	Sobre os impedimentos à participação em licitações e celebração de contratos. Obrigações a futuros contratados	360
4.1.1.	Impedimentos por conflito de interesses	360
4.1.2.	Impedimentos em razão da prática de certos atos ilícitos	364
4.1.3.	Restrições à autonomia gerencial dos contratados.....	365
4.2.	A admissão da participação em consórcio	366
4.2.1.	O objetivo da participação de licitantes em consórcio	366
4.2.2.	Momento da constituição do consórcio, empresa líder, uma restrição e tipos de consórcio	367
4.2.3.	A habilitação do consórcio.....	367
4.2.4.	A extensão da responsabilidade solidária do consórcio...	368

4.2.5.	Substituição de membro do consórcio.....	369
4.2.6.	O tema em relação às empresas estatais.....	370
4.2.7.	As concessões e a obrigação de constituição de SPE ...	370
4.3.	A participação de cooperativas	370
4.4.	A participação de licitantes estrangeiros.....	372
5.	Os critérios de julgamento	373
5.1.	Os critérios de julgamento nos contratos administrativos em geral.....	373
5.1.1.	A seleção com base no preço proposto	374
5.1.2.	Melhor técnica e melhor conteúdo artístico	376
5.1.3.	Técnica e preço	377
5.1.3.1.	Cabimento	377
5.1.3.2.	Critérios	378
5.1.3.3.	O tema na Lei das Empresas Estatais	379
5.1.4.	Melhor destinação de bens alienados	379
5.2.	Os critérios de julgamento nas concessões de atividade pública ...	380
6.	Critérios de aceitabilidade das propostas	382
6.1.	Aspectos formais das propostas	382
6.2.	Regras sobre a exequibilidade das propostas: preço máximo, preço estimado e preço mínimo.....	383
6.3.	Regras sobre a exequibilidade das propostas em objetos de engenharia.....	384
7.	Requisitos de habilitação.....	384
7.1.	A habilitação na LLC	385
7.1.1.	Habilitação jurídica	385
7.1.2.	Qualificação técnica	385
7.1.3.	Regularidade fiscal, social e trabalhista.....	387
7.1.4.	Qualificação econômico-financeira	389
7.2.	A habilitação na LEE	389
8.	Modalidades de licitação.....	391
8.1.	Pregão	391
8.2.	Concorrência	392
8.3.	Concurso	392
8.4.	Leilão.....	392
8.5.	Diálogo competitivo.....	393

Capítulo 4 – A FASE PREPARATÓRIA: APROVAÇÕES E CONTROLE.....	397
1. O controle prévio do futuro contrato.....	397
2. Audiência e consulta pública	397
3. O controle pela assessoria jurídica	399
4. Aprovações e fim da fase de planejamento.....	400
Capítulo 5 – CONTRATAÇÃO DIRETA: INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	403
1. Pressupostos da licitação e contratação direta.....	403
2. A inexigibilidade de licitação.....	404
2.1. A inexigibilidade na LLC	404
2.1.1. A hipótese do fornecedor exclusivo	405
2.1.2. A contratação de artistas	405
2.1.3. Os serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual	406
2.1.4. O credenciamento.....	408
2.1.5. Compra ou locação de imóveis.....	409
2.2. A inexigibilidade na LEE	410
3. A dispensa de licitação	410
3.1. Dispensa de licitação para alienação de bens	411
3.2. Dispensa de licitação em relação aos demais contratos administrativos	413
4. O processo de contratação direta	421
Capítulo 6 – A LICITAÇÃO PÚBLICA.....	423
1. O processo de licitação pública: visão geral.....	423
2. A fase de divulgação do edital.....	424
2.1. A publicação do edital	424
2.2. Modificações do edital	427
2.3. Pedidos de esclarecimento e impugnações ao edital.....	428
3. Análise da garantia das propostas	429
4. O julgamento das propostas.....	430
4.1. Os modos de disputa	430
4.2. Julgamento e negociação.....	432
5. A habilitação	432
6. A fase recursal.....	432

7.	Diligências e saneamento de vícios	434
8.	O encerramento da licitação	434
Capítulo 7 – OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES		437
1.	Os “procedimentos auxiliares”	437
2.	Credenciamento.....	437
3.	Pré-qualificação	437
3.1.	Características da pré-qualificação.....	438
3.1.1.	A pré-qualificação como processo administrativo.....	438
3.1.2.	O objeto da pré-qualificação.....	439
3.1.3.	A duração da pré-qualificação.....	440
3.1.4.	A pré-qualificação total ou parcial	441
3.1.5.	A pré-qualificação por grupos ou segmentos	442
3.1.6.	A divulgação das pessoas e objetos pré-qualificados.....	442
3.1.7.	A realização de licitações restritas	442
3.2.	Requisitos da pré-qualificação subjetiva.....	444
3.3.	Requisitos da pré-qualificação objetiva.....	445
3.4.	Pré-qualificação pode levar a uma contratação direta?	445
4.	Processo de manifestação de interesse.....	446
4.1.	A previsão do PMI na LEE.....	447
4.2.	A previsão do PMI na Lei de Licitações.....	448
5.	Sistema de registro de preços	449
5.1.	Cabimento	449
5.2.	A ata de registro de preços	450
5.3.	O planejamento do registro de preços	451
5.4.	A adesão em ata de registro de preço: hipótese de contratação direta	453
Capítulo 8 – CONDIÇÕES PRECEDENTES E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL		455
1.	A fase das condições precedentes.....	455
2.	Sobre as obrigações pré-contratuais	455
3.	A convocação para assinatura.....	457
3.1.	O direito subjetivo à contratação	458
3.2.	Consequências pela não assinatura do contrato.....	459
3.3.	O tema na LEE.....	460
4.	A responsabilidade pré-contratual.....	460

PARTE III**O CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Capítulo 1 – NASCIMENTO E EFICÁCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	465
1. A “lógica” dos contratos administrativos	465
2. Sobre a validade (sistêmica e normativa) dos contratos administrativos....	467
2.1. Validade sistêmica (“existência”) e normativa	467
2.2. E os atos jurídicos?.....	469
3. A formalização dos contratos administrativos	471
3.1. A formalização escrita e formalização das modificações	472
3.2. As cláusulas obrigatórias.....	473
3.3. O “instrumento de contrato” e outras modalidades	474
4. Os efeitos dos contratos administrativos.....	475
4.1. A publicidade dos contratos administrativos: o início de sua eficácia	475
4.2. Diferentes momentos de eficácia	476
5. Garantias contratuais.....	477
5.1. Garantias de execução.....	477
5.1.1. As garantias de execução na LLC	478
5.1.1.1. As modalidades de garantia	479
5.1.1.2. O seguro-garantia com cláusula de retomada	481
5.1.1.3. A garantia adicional.....	482
5.1.1.4. Entrega e devolução da garantia de execução.....	483
5.1.2. As garantias de execução nas concessões de atividade pública.....	484
5.1.3. As garantias de execução na Lei das Empresas Estatais.....	486
5.2. Garantias públicas	487
Capítulo 2 – A DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS...	491
1. O domínio de validade temporal das normas e o prazo de vigência dos contratos administrativos	491

2.	O tempo contratual como elemento integrante da equação econômico-financeira	493
3.	A duração dos contratos na LLC	495
3.1.	Objetos previstos no PPA.....	496
3.2.	Serviços e fornecimentos contínuos	497
3.2.1.	O prazo do art. 106 e as diretrizes para a fixação do prazo.....	497
3.2.2.	A possibilidade de prorrogação até 10 anos	499
3.3.	Aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática.....	499
3.4.	Contratos por dispensa de licitação	500
3.5.	Contratos não dependentes do orçamento e contratos de eficiência	501
3.6.	A prorrogação automática dos contratos por escopo	501
3.7.	Contrato de fornecimento com prestação de serviço associado.....	502
3.8.	Operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação	503
4.	A duração dos contratos na Lei das Empresas Estatais	504
5.	A duração das concessões de atividade pública	504
5.1.	“Cláusulas de eficácia” e início do prazo de vigência em contratos de PPP	505
5.2.	As diferentes formas de prorrogação dos contratos de concessão.....	506
Capítulo 3 – AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA		511
1.	As prerrogativas da Administração como competências públicas	511
2.	A competência de alteração unilateral.....	512
2.1.	A alteração unilateral na Lei de Licitações	513
2.1.1.	Modalidades de alteração unilateral	513
2.1.2.	O requisito do fato superveniente	514
2.1.3.	Os direitos do contratado, em especial, ao reequilíbrio concomitante da equação econômico-financeira	515
2.1.3.1.	Direito à preservação da identidade do objeto ou vedação à transfiguração do objeto. A questão dos limites de 25% e 50%.....	515

2.1.3.2.	Direito ao reequilíbrio concomitante da equação econômico-financeira do contrato	518
2.1.3.3.	Posições processuais ativas do contratado ...	519
2.1.3.4.	Direito à formalização por termo aditivo ...	520
2.1.4.	A distinção entre alteração unilateral e fato do príncipe...	520
2.2.	A alteração unilateral nas concessões de atividade pública.....	521
2.2.1.	O fundamento constitucional da modificação unilateral nas concessões	522
2.2.2.	Os requisitos da alteração unilateral nas concessões...	524
2.2.3.	Os meios de modificação unilateral nas concessões de atividade pública	525
3.	A competência de fiscalização	526
3.1.	Competência de direção e controle x competência de fiscalização	526
3.2.	Fiscalização e poder de polícia	529
3.3.	Os objetivos da competência de fiscalização	530
3.3.1.	A fiscalização nos contratos administrativos em geral...	530
3.3.2.	A fiscalização nas concessões de atividade pública	532
3.3.2.1.	Descentralização técnica e por colaboração e objetos diferentes de fiscalização	532
3.3.2.2.	O conteúdo da fiscalização nas concessões de atividade pública	535
4.	A ocupação temporária de bens e pessoal	537
5.	A intervenção nas concessões	538
6.	As sanções administrativas	541
7.	A extinção unilateral.....	541
Capítulo 4 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E REMUNERAÇÃO DO CONTRATADO		543
1.	A alocação de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.....	543
2.	A remuneração do contratado	545
2.1.	A remuneração do contratado nos contratos administrativos em geral.....	546
2.2.	A remuneração do contratado nas concessões de atividade pública.....	547
2.2.1.	Receitas ordinárias do concessionário.....	549

2.2.1.1.	Tarifas.....	549
2.2.1.2.	Contraprestação pública e aporte de recursos	551
2.2.2.	Receitas extraordinárias do concessionário.....	555
2.2.2.1.	Tipos de receitas extraordinárias	555
2.2.2.2.	Finalidade das receitas extraordinárias	557
2.2.2.3.	A previsão no edital e inclusão posterior de novas atividades	558
2.3.	A remuneração vinculada ao desempenho do contratado.....	558
3.	O reequilíbrio econômico-financeiro.....	560
3.1.	Teoria das áleas e alocação de riscos	560
3.1.1.	As áleas administrativa e econômica: visão tradicional....	561
3.1.2.	O advento da LPPP e a crise da teoria das áleas	562
3.1.3.	A extensão da teoria das áleas no atual direito dos contratos administrativos.....	564
3.1.3.1.	A alocação legal da álea administrativa	564
3.1.3.2.	A alocação da álea econômica extraordinária.....	565
3.1.3.3.	O tratamento do caso fortuito e da força maior	566
3.1.3.4.	A alocação dos riscos ordinários.....	567
3.1.3.5.	A teoria das áleas como ponto de partida... ..	568
3.2.	Alteração posterior das condições de celebração do contrato e a teoria da imprevisão	569
3.2.1.	Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e teorias do direito privado: pressuposição, base do contrato, imprevisão civil e onerosidade excessiva.....	569
3.2.2.	A criação da teoria da imprevisão no direito francês ...	570
3.2.3.	A recepção da teoria da imprevisão no direito administrativo brasileiro.....	571
3.3.	As formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.....	572
3.3.1.	O reajuste (em sentido amplo).....	572
3.3.1.1.	Os conceitos legais de “reajuste em sentido estrito” e “repactuação”	572
3.3.1.2.	Periodicidade do reajuste e data-base.....	573

3.3.1.3.	Obrigatoriedade de previsão do reajuste....	574
3.3.1.4.	Reajuste automático? Formalização do reajuste	575
3.3.2.	A revisão	576
3.3.2.1.	O momento da revisão. A revisão ordinária e extraordinária.....	576
3.3.2.2.	CrITÉrios e meios de recomposiÇão pela revisão	578

Capítulo 5 – EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS VICISSITUDES

1.	<i>O pacta sunt servanda</i>	579
1.1.	Força obrigatória dos contratos e legalidade	581
1.2.	<i>O pacta sunt servanda</i> � absoluto?.....	582
2.	Modalidades de obrigações e contratos administrativos.....	582
2.1.	Obrigações de dar, fazer e não fazer	583
2.1.1.	As obrigações de dar	583
2.1.1.1.	A disciplina do Código Civil das obrigações de dar	583
2.1.1.2.	Obrigações de dar no direito dos contratos administrativos. O recebimento de bens pela Administração.....	585
2.1.2.	As obrigações de fazer e não fazer	588
2.1.2.1.	A disciplina do Código Civil das obrigações de fazer e não fazer	588
2.1.2.2.	As obrigações de fazer e não fazer no direito dos contratos administrativos. A inexistência do caráter <i>intuitu personae</i> em todos os contratos administrativos	590
2.2.	Obrigações alternativas.....	591
2.3.	Obrigações divisíveis e indivisíveis.....	592
2.4.	Obrigações solidárias	593
2.5.	Obrigações líquidas e ilíquidas.....	594
2.6.	Obrigações principais e acessórias.....	595
2.7.	Obrigações puras, condicionais, a termo e modais.....	596
2.8.	Obrigações de execução instantânea, diferida e continuada	597
2.9.	Obrigações de meio e de resultado	598

3.	Adimplemento contratual.....	600
3.1.	“Adimplemento” ou “pagamento”?	601
3.2.	O adimplemento nos contratos administrativos em geral. O recebimento do objeto.....	601
4.	Execução da prestação por terceiros: subcontratação e subconcessão	604
4.1.	A subconcessão	605
4.2.	A subcontratação	607
4.2.1.	Subcontratação nos contratos administrativos em geral	607
4.2.2.	A subcontratação nas concessões de atividade pública....	610
5.	Alterações consensuais.....	611
5.1.	As alterações consensuais objetivas	612
5.1.1.	As alterações objetivas no regime dos contratos administrativos em geral (LLC e LEE).....	613
5.1.2.	A alteração consensual nas concessões de atividade pública. Contratos incompletos e revisões ordinárias....	615
5.1.2.1.	Novos investimentos em concessões	615
5.1.2.2.	Concessões em crise e alterações contratuais. O compromisso administrativo do art. 26 da LINDB	618
5.2.	As alterações consensuais subjetivas	622
5.2.1.	Modificações subjetivas nas concessões	622
5.2.1.1.	A transferência do controle.....	623
5.2.1.2.	A transferência da concessão.....	625
5.2.2.	As modificações subjetivas nos contratos administrativos	628
Capítulo 6 – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....		631
1.	O termo “responsabilidade”.....	631
2.	A diferenciação entre responsabilidades contratual e administrativa....	633
2.1.	Punição e reparação	633
2.2.	A distinção entre responsabilidade administrativa e penal	634
2.3.	As diferentes modalidades de responsabilidade civil	636
2.4.	A diferença entre responsabilidade civil do Estado e responsabilidade administrativa	637

3.	A responsabilidade contratual no direito administrativo.....	638
3.1.	A distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	638
3.2.	Panorama dos efeitos do inadimplemento no direito privado...	641
3.3.	O regime do inadimplemento nos contratos administrativos ...	642
3.3.1.	Inadimplemento	642
3.3.1.1.	Efeitos do inadimplemento relativo.....	643
3.3.1.2.	Efeitos do inadimplemento absoluto	649
3.3.2.	Responsabilidade do contratado perante terceiros	651
3.4.	A limitação de responsabilidade	653
3.5.	A violação positiva do contrato administrativo. A sustentabilidade das concessões	655
3.5.1.	A VCP no direito privado.....	656
3.5.2.	É cabível a VPC no direito administrativo? A questão da sustentabilidade das concessões	657
4.	Infrações e sanções administrativas.....	660
4.1.	Panorama das infrações e sanções administrativas na LLC	660
4.2.	A advertência	665
4.3.	As multas administrativas.....	665
4.3.1.	Regime geral das multas administrativas	666
4.3.2.	Classificação das multas administrativas	668
4.3.2.1.	Multas contratuais moratórias.....	668
4.3.2.2.	Multas contratuais não moratórias (multas compensatórias e punitivas)	668
4.4.	Impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade.....	670
4.4.1.	O efeito comum do impedimento de licitar e contratar e da declaração de inidoneidade.....	670
4.4.2.	As diferenças entre as sanções: competência, gravidade da infração, tempo de restrição e extensão subjetiva	672
4.5.	O processo sancionador.....	674
4.6.	Prazo extintivo do poder de sancionar. A “prescrição”	676
4.7.	A desconsideração da personalidade jurídica	677
4.8.	A reabilitação	680
4.9.	As sanções na Lei das Empresas Estatais	682

Capítulo 7 – A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	685
1. O fenômeno da extinção dos contratos	685
1.1. Os diversos casos em que uma norma jurídica não poderá mais surtir efeitos.....	685
1.2. A extinção de atos jurídicos.....	688
2. Os motivos e o regime jurídico da extinção dos contratos administrativos	689
3. A extinção natural dos contratos administrativos.....	691
3.1. O advento do termo contratual nas concessões.....	692
3.2. Os bens reversíveis.....	693
3.3. A indenização pelos bens reversíveis.....	696
4. A extinção antecipada por conveniência.....	697
4.1. A extinção amigável (ou consensual)	698
4.2. A extinção por interesse público	700
4.2.1. A rescisão por interesse público da LLC.....	701
4.2.2. A encampação	702
5. A extinção antecipada por fato imputável a uma das partes.....	704
5.1. Extinção unilateral por fato imputável ao contratado	705
5.1.1. A rescisão unilateral na LLC	706
5.1.2. Caducidade e falência. A questão da recuperação judicial de concessionárias.....	708
5.1.3. Empresas estatais: a resolução por inadimplemento....	711
5.2. Extinção unilateral por inadimplemento da Administração Pública	712
5.2.1. A rescisão por inadimplemento absoluto da Administração na LLC	712
5.2.2. A rescisão por decisão jurisdicional da LCSP	714
5.2.3. O regime na LEE: resolução por inadimplemento	715
6. A extinção antecipada por impossibilidade de cumprimento do contrato	715
7. A relicitação.....	716
 Capítulo 8 – A INVALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS EFEITOS.....	 723
1. A invalidade dos contratos administrativos.....	723
1.1. Os diferentes níveis de invalidade normativa	723
1.2. O regime da invalidade do contrato administrativo	724

1.3.	A busca pela manutenção do ato inválido no sistema.....	724
1.3.1.	As normas veiculadas pela LINDB.....	725
1.3.2.	O art. 147 da LLC	726
1.3.3.	Discricionariedade ou vinculação na decisão de manutenção ou retirada?	727
2.	A manutenção de contratos inválidos.....	728
2.1.	Convalidação	729
2.2.	Conversão.....	730
2.3.	Saneamento	731
3.	A retirada de contratos administrativos inválidos	733
3.1.	O conceito de invalidação	733
3.2.	Efeitos da invalidação.....	735
3.3.	O dever de indenizar	736
	Referências.....	739

ANEXOS

Índice das Definições	755
Aplicação de dispositivos do Código Civil (Direito das Obrigações e Parte Geral dos Contratos) aos contratos administrativos.....	763