

Rafael Alves de Menezes

**DIREITO
CONTRATUAL
DAS OBRAS
PÚBLICAS**

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

TEMAS INICIAIS

1.1. Considerações gerais acerca dos contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Contrato de adesão

O contrato administrativo é um ato jurídico bilateral, que gera um vínculo jurídico e dá base a uma prestação e a uma contraprestação, criando, modificando ou extinguindo direitos (comutativo), sujeito ao regime público, com limitações de conteúdo e requisitos formais.

Para Hely Lopes Meirelles, “contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”¹.

As características deles são: a) bilateral; b) formal (em regra), pois é exigida a formalização, que seja por escrito e requisitos especiais; c) oneroso; d) comutativo, pois há obrigações recíprocas para ambas as partes; e) *intuitu personae*, tendo em vista que demanda a execução da pessoa do contratado; f) publicidade; g) mutabilidade.

Há, necessariamente, participação da Administração direta ou indireta, e de um terceiro, que estará sujeito, por imposição da lei, a cláusulas pactuadas e imposições determinadas pela pessoa jurídica de direito público, denominadas de cláusulas exorbitantes², bem como ao regime jurídico de direito público.

1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11ª Ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 156.
2. Segundo o TCU, “nos contratos celebrados entre entidades pertencentes à Administração Pública, são inaplicáveis as cláusulas exorbitantes, previstas nos arts. 58 e 59 da Lei 8.666/1993, porquanto se trata de avenças acordadas por entidades detentoras de

As cláusulas exorbitantes são as prerrogativas especiais conferidas pela lei à Administração Pública na relação do contrato administrativo, em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada³. Decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que preconiza que “o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”⁴.

Elas conferem, basicamente, o poder de alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral do contrato, poder-dever de fiscalizar o contrato, aplicação de penalidades e poder de ocupação temporária.

Fala-se também que os contratos administrativos são de adesão, pois todas as cláusulas são impostas unilateralmente pela Administração Pública, não sendo possível negociá-las ou discuti-las, em razão da imposição legal.

Quanto à necessidade de previsão expressa das cláusulas exorbitantes, entendo que as prerrogativas administrativas decorrem da lei e do ordenamento jurídico aplicável, sendo despicienda a expressa previsão legal para aplicação dos poderes conferidos à Administração.

Existe posição doutrinária em contrário, a qual sustenta a flexibilização das cláusulas exorbitantes, que deveriam ser inseridas discricionariamente em cada contrato administrativo, à luz das especificidades contratuais, de modo a dar maior legitimidade e segurança jurídica ao particular.

prerrogativas de Poder Público, onde há situação de igualdade entre as partes. Assim, qualquer alteração em contratos da espécie somente pode ocorrer por acordo das partes, não havendo espaço, ainda, para anulação ou rescisão pela via administrativa” (TCU, Acórdão n.º 1953/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.). Em semelhante sentido, a doutrina de Jessé Torres Pereira Junior entende que o contrato entre pessoas administrativas não possui caráter contratual (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 616).

3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 32ª Edição, São Paulo: Atlas, 2018, p. 191.
4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2013, pag. 60-61.

Esta parcela minoritária da doutrina sustenta a necessidade da dupla motivação para inserção de cláusulas exorbitantes, que passou a ser nominada de “teoria da dupla motivação”. Para ela, a Administração Pública deve, inicialmente, justificar a presença ou afastamento, em tese, da cláusula exorbitante nos contratos administrativos e, posteriormente, expor as razões da utilização da cláusula que escolheu inserir em concreto⁵.

Além disso, sustenta que a inserção desmedida de cláusulas exorbitantes acarreta o aumento dos custos do contrato em razão da majoração do risco, pois é certo que todo arcabouço de prerrogativas será arcado pelos cofres públicos, podendo gerar gastos despiciendos a título de interesse público, muitas vezes sem justificativa plausível.

Por fim, é importante distinguir os contratos administrativos dos contratos da administração, que são aqueles cuja administração pública, em princípio, encontra-se em posição de igualdade perante o particular, regido predominantemente pelo direito privado, não figurando a Administração na qualidade e dotada de prerrogativas típicas do regime de direito público.

1.1.1 Requisitos dos contratos de obras públicas

O art. 55, da Lei n.º 8.666/93, estabelece as cláusulas obrigatórias que devem constar em todos os contratos, quais sejam:

a) o objeto e seus elementos característicos;

A Súmula n.º 177, do Tribunal de Contas da União (TCU)⁶, estabelece a necessidade da “definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é

5. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 581-582 e 586.

6. Em relação às decisões do TCU, é importante citar a Súmula n.º 222 da sua jurisprudência, a qual estabelece que “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação. Na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada é essencial à definição do objeto do pregão”. No Acórdão n.º 717/2005, a mesma Corte de Contas determinou que o órgão “abstenha-se de firmar contrato com objeto amplo e indefinido, do tipo guarda-chuva, em desconformidade com o ou em observância aos termos do art. 54, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993”.

O art. 7º, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 8.666/93, dispõe que não poderão ser incluídos no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para execução de obras e serviços, qualquer que seja a origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, bem como veda a compra de materiais e contratação de serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

- b) o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- c) o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- d) os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- e) o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- f) as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- g) os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- h) os casos de rescisão;
- i) o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei n.º

- 8.666/93 (rescisão por inexecução total ou parcial do contrato);
- j) as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
 - k) a vinculação ao edital de licitação⁷ ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
 - l) a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
 - m) 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 licitação.

Especificamente em relação aos contratos de obras públicas, exigem-se, adicionalmente, os seguintes requisitos: a) projetos básicos e executivos com ARTs, aprovados pela autoridade competente (art. 7º da Lei n.º 8.666/93); b) indicação do fiscal do contrato (arts. 58 e 67 da Lei n.º 8.666/93); c) designação do fiscal da obra, habilitado e credenciado junto ao CREA (arts. 58 e 67 da Lei n.º 8.666/93 e Resolução CONFEA n.º 345/90); d) ARTs de execução da obra (art. 1º da Lei n.º 6.496/1977); e) ordem de início da obra (art. 55 da Lei n.º 8.666/93); f) matrícula da obra junto ao INSS – Cadastro Nacional de Obras (CNO) (IN RFB n.º 1.845/18); g) alvará de construção.

Por fim, a Portaria Interministerial n.º 424/16, que estabelece normas para execução do estabelecido no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, o qual trata sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, prevê a inserção de cláusulas obrigatórias para os contratos firmados com recursos da União, das quais destaco a seguinte:

7. Consagra, em conjunto com o art. 41 da Lei n. 8.666/93, o importante princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual impõe que a Administração e os licitantes não podem descumprir as condições e disposições estabelecidas no edital. Tal princípio decorre também da autovinculação administrativa, decorrente do princípio da boa-fé objetiva (proibição de ir contra atos próprios – *venire contra factum proprium*) e da confiança legítima.

Art. 27. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam:

[...]

XX – a obrigação de o conveniente inserir cláusula nos contratos celebrados para execução do instrumento que permitam o livre acesso dos servidores do órgão ou entidade pública concedente, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis das empresas contratadas, na forma dos arts. 45 e 49 a 51 desta Portaria; [...].

O TCU também possui entendimento neste sentido:

[...]

1.8. determinar ao Cismel - Consórcio Intermunicipal de Segurança Pública e Cidadania de Londrina e Região, que:

1.8.1. em atenção ao estabelecido no artigo 44 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008, faça constar, em futuros contratos com recursos oriundos de convênios, cláusula que obrigue o contratado a conceder livre acesso aos documentos e registros contábeis da empresa referentes ao objeto contratado aos servidores dos órgãos e entidades públicas concedentes e dos órgãos de controle interno e externo; [...]

(ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 2902/2011 - PLENÁRIO, Relator: ANA ARRAES, Processo 004.681/2011-8, Tipo de processo: RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA), Data da sessão: 09/11/2011, Número da ata: 49/2011 - Plenário).

Assim sendo, na hipótese de transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, é imprescindível também que constem todas as cláusulas contratuais previstas no art. 27, da Portaria Interministerial n.º 424/16.

1.1.2. Publicação dos contratos

O art. 61, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93, dispõe que a publicação resumida do instrumento de contrato e dos seus aditamentos é condição indispensável para sua eficácia:

Art. 61. [...] Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial,

que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

A ressalva constante no final do dispositivo, referente ao art. 26, ocorre em razão do procedimento especial que circunda a contratação por dispensa de licitação, tendo em vista a previsão de que o próprio ato autorizador da contratação direta será publicado, não sendo necessária, portanto, nova publicação.

Sobre o tema, destaco a Orientação Normativa nº 33/11, da AGU: “O ato administrativo que autoriza a contratação direta (art. 17, §§ 2º e 4º, art. 24, inc. III e seguintes, e art. 25 da Lei n.º 8.666, de 1993) deve ser publicado na imprensa oficial, sendo desnecessária a publicação do extrato contratual”.

1.2. Obras Públicas. Serviços de Engenharia. Distinção. Consequências

A obra pública, nos termos do art. 6º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta, quando é implementada pela própria Administração Pública, ou de forma indireta, na hipótese de contratação de terceiros para a execução.

A Orientação Técnica n.º 002/2009, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), conceitua os seguintes atos legalmente caracterizados como obras públicas:

- Ampliar: produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.
- Construir: consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.
- Fabricar: produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.
- Recuperar: tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

- Reformar: consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

No caso da execução indireta, que ocorre quando a Administração contrata terceiros para execução, a Lei n.º 8.666/93 prevê os seguintes regimes para a realização das obras públicas:

- empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- contratação por tarefa;
- empreitada integral.

A empreitada por preço global (EPG) ocorre quando a contratação é referente à execução da obra ou do serviço por preço certo e total, na qualidade de uma unidade, como um todo. Por sua vez, a empreitada por preço unitário (EPU) é caracterizada pela contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas.

Cito trecho do abalizado artigo “Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico”, de autoria de Fernando Borges Mânica e Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz, o qual aponta os campos de utilização dos regimes de execução:

A empreitada por preço global, portanto, é um regime de execução de obra pública definido por um projeto básico preciso e minucioso, que especifica quantitativamente todos os serviços e materiais essenciais para a sua execução. Nele, são definidas as etapas completas, incluindo os respectivos serviços e a quantidade de materiais necessários.

[...]

A empreitada por preço unitário é utilizada, portanto, para os casos em que o objeto contratado é de difícil previsão por parte da Administração Pública. Em tais casos, diante da indefinição do objeto do contrato e seus quantitativos, o licitante formula

a sua proposta total com base na estimativa de unidades que utilizará para o cumprimento da obra.⁸

Assim sendo, adota-se o regime de empreitada por preço global quando os quantitativos dos serviços possuírem precisão na definição, demandando, portanto, um projeto básico mais detalhado e preciso. Na empreitada por preços unitários, por óbvio, o projeto básico deve ser completo, respeitando os requisitos definidos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93, porém não necessita do mesmo nível de precisão e detalhamento exigidos para a empreitada por preço global.

Há também distinção nas medições, pois, na EPU, deve-se medir cada unidade de serviço efetuado e os pagamentos serão feitos com base na multiplicação de quantidades executadas. Na EPG, todavia, a medição ocorre a partir das etapas dos serviços, conforme o cronograma físico-financeiro, o que demanda uma atuação fiscalizatória menor, pois não requer a aferição minuciosa e individual de cada quantitativo.

Quanto aos aditivos nas empreitadas por preço global, ainda que as alterações sejam mais restritas, tendo em vista o maior risco assumido pela contratada na execução da obra e melhor completude do projeto⁹, o Ministro Valmir Campelo entende que não há vedação aos aditivos, concluindo nos seguintes termos:

A regra, portanto, é: modificou-se o projeto e suas especificações; altera-se o contrato. Isso vale tanto para as empreitadas globais como para unitárias. Caso não estipulada condição contratual diversa, alterações de projeto vinculam a aplicação do art. 65 da Lei n.º 8.666/93. No fim das contas, a alteração do projeto será um ato unilateral. Havendo modificação das especificações a que foi dado conhecimento a todos os licitantes, há de se rever

-
8. MÂNICA, Fernando Borges; LAZZARI, Rodrigo Augusto. Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/contratos_de_obra.pdf.
 9. O art. 47, da Lei n.º 8.666/93, estabelece o seguinte: "Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação."

o contrato, tanto em proteção a princípios basilares como o da obtenção da melhor proposta, da isonomia e da moralidade.¹⁰

Na empreitada integral, outrossim, há a contratação de um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada¹¹. O citado regime de execução indireta é chamado pela doutrina de “turn key” e o TCU entende que a sua utilização deve ser restrita às obras complexas e de grande vulto¹².

Ademais, Hamilton Bonatto sustenta a possibilidade de utilização de dois regimes de empreitada no mesmo contrato:

[...] Nada impede que parte dos serviços de uma obra sejam medidos de uma forma e partes de outra, isto é, na parte contratada por empreitada por preço unitário mede-se cada unidade de serviço e os pagamentos far-se-ão mediante a multiplicação das quantidades executadas pelos seus respectivos preços unitários, e na parte contratada por preço global, de outro modo, medem-se as etapas de serviço de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra ou mediante as etapas objetivamente estabelecidas no instrumento convocatório.¹³

Destaco, ainda, que a Corte de Contas Federal, fundada no art. 65, inciso II, alínea ‘b’ da Lei 8.666/1993, já decidiu pela

-
10. CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras públicas: Comentários à Jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 309.
 11. “Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na área contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado.” (TCU, Acórdão 1194/2018 Plenário, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman).
 12. TCU, Acórdão n.º 711/2016-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes.
 13. BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 428.

possibilidade da alteração do regime de execução contratual, desde que com intuito de adequá-lo aos critérios de medição e pagamento definidos, a fim de adotar o melhor regime de execução específico para o objeto contratual.

Cito trechos relevantes:

[...] 9.2. determinar à Infraero que, com base no nos termos do art. 65, inciso II, alínea 'b' da Lei 8.666/1993, adote as medidas necessárias à repactuação do contrato de forma a alterar o regime de execução para empreitada por preço unitário, observadas as seguintes condições:

[...] Diante dessa situação, é importante mencionar que a escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor, visto que deve ser pautada pelo interesse público e estar sempre motivada, pois impactará as relações entre contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado. Decorre desse entendimento a constatação de que não existe, em tese, um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público.

[...]

Logo, em razão de escancarada inaplicabilidade dos termos contratuais originários, ajuízo que o mais adequado seja fixar prazo à Infraero para que tome as providências a seu cargo para promover, junto à contratada, a alteração do regime de execução do empreendimento.¹⁴

Na opção pela adoção do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que automaticamente acarreta a exclusão da adoção da sistemática da Lei n.º 8.666/93, salvo se houver previsão expressa da aplicação deste diploma legislativo¹⁵, há a possibilidade de escolha

14. TCU, Acórdão n.º 1978/2013-Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo.

15. O art. 1º, § 2º, da Lei n.º 12.462/11, prevê que "a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei".