

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

ESPECIALIZACAO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Ana Cristina Fecuri

CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE BENS IMÓVEIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA: PRAZOS DE VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

ESPECIALIZACAO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Ana Cristina Fecuri

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Levin.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Levin, pelo apoio jurídico oferecido, inúmeros incentivos e demonstração de confiança incondicional em meus estudos e experiência profissional, o que tornou possível o desenvolvimento e a conclusão desta monografia.

RESUMO

A locação de bens imóveis por parte da Administração Pública junto a particulares é uma prática usual e que possibilita a satisfação dos interesses que estejam sob a tutela estatal. O administrador público, todavia, encontra grandes dificuldades na definição do regime jurídico aplicável ao contrato locativo a ser celebrado entre as partes, sobretudo porque, embora se trate de um ajuste tipicamente privado, a presença da Administração Pública atrai para a relação *ex locato* a incidência de princípios e regras legais publicistas. O presente estudo objetiva, portanto, e a partir da análise conjunta do regramento contido no artigo 62, § 1º, e inciso I, e da disciplina prevista no artigo 57, ambos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, definir o regime jurídico aplicável aos contratos locativos, oferecendo uma leitura que permita um entrosamento entre os regimes jurídicos incidentes, para, ao final, oferecer soluções jurídicas seguras para as questões relacionadas à vigência e prorrogação destes ajustes. Para tanto, e partindo de uma análise legislativa e doutrinária de contrato, retrata a sua evolução conceitual e de seus princípios basilares. Dissecando a relação jurídico-administrativa contratual, traça uma distinção entre aqueles de figuração privada e os puramente administrativos, ingressando na disciplina legal afeta à duração dos contratos administrativos. Com base nesses elementos, define o regime jurídico aplicável aos contratos que possuem a Administração Pública como locatária e adentra as peculiaridades concernentes ao prazo de vigência e prorrogação desses ajustes, trazendo discussões doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema. Ao final, conclui que os contratos de locação, embora não estejam sujeitos aos limites temporais previstos no artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, não poderão ser pactuados por prazo indeterminado, estendendo o raciocínio as suas eventuais prorrogações, que também não poderão ser automáticas e indeterminadas. Por derradeiro, sustenta a necessidade de uma delimitação temporal máxima para a vigência desses ajustes, a fim de que não se tornem perpétuos e contrários a sua própria essência, e aos princípios públicos que norteiam todas as contratações celebradas pela Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública; contratos de figuração privada; regime jurídico; locação de bens imóveis; prazo de vigência; prorrogação.

ABSTRACT

The leasing of immovable property by the Public Administration with private individuals is a usual practice and makes it possible to satisfy the interests that are under the state tutelage. The public administrator, however, finds great difficulties in defining the legal regime applicable to the lease agreement to be concluded between the parties, since, in spite of being a typically private adjustment, the presence of the Public Administration attracts to the relationship *ex locato* the incidence of legal principles and public rules. The present study is based on the joint analysis of the rule contained in article 62, paragraph 1st, item I, and of the discipline foreseen in article 57, both of Law 8.666, dated June 21, 8.666/93, and aims to define the legal regime applicable to leasing contracts, offering a perspective that provides a link between the legal systems in place, in order to ensure safe legal solutions to the issues related to the validity and extension of these adjustments. To do so, and starting from a legislative and doctrinal analysis of the contract, it portrays its conceptual evolution and its basic principles; dissecting the contractual legal-administrative relationship, and determining the boundaries between those of private figuration and the purely administrative ones, studying in which basis the legal discipline affects the duration of administrative contracts. Based on these elements, it defines the legal regime applicable to contracts that have the Public Administration as a lessee and introduces the peculiarities regarding the period of validity and extension of these adjustments, bringing doctrinal discussions and jurisprudence on the subject. Finally, it concludes that rental contracts, although not subjected to the time limits established in article 57 of Law no. 8,666, of 1993, may not be concluded for an indefinite period, extending the same reasoning to its possible extensions, which can not be automatic or indeterminate. Lastly, it maintains the need for a maximum time limit for the validity of these adjustments, so that they do not become perpetual and contrary to their own essence, and to the public principles guiding all contracts signed by the Public Administration.

Keywords: Public Administration; private figurative contracts; legal regime; rental of real estate; period of validity; extension.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO.....	9
2. DA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA CONTRATUAL	20
3. PRAZO CONTRATUAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	26
4. CONTRATOS DE FIGURAÇÃO PRIVADA.....	29
5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LOCATÁRIA DE BENS: REGIME JURÍDICO	32
6. PECULIARIDADES SOBRE A VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS LOCATIVOS	37
7. PRORROGAÇÕES AUTOMÁTICAS E POR PRAZO INDETERMINADO	47
CONCLUSÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, não raras vezes, necessita de imóveis para o atendimento dos seus anseios administrativos, encontrando na locação o instrumento adequado para atingir os seus objetivos, e, por conseguinte, o interesse público perquirido.

O contrato de locação é um contrato tipicamente privado, disciplinado pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991¹. A presença do Estado como um dos sujeitos da avença, todavia, atrai para si a obrigatoriedade da observância de princípios e regras publicistas que disciplinam toda a atividade administrativa, e que são imprescindíveis para permitir que o interesse público envolvido na contratação seja amplamente protegido, considerando-se a sua finalidade predeterminada.

Busca-se com este estudo, desta forma, analisar os contratos locativos celebrados pela Administração Pública enquanto locatária de bens imóveis, definindo o regime jurídico aplicável, e apresentando, a partir desta premissa, as soluções que possibilitem a harmonização entre os regimes jurídico-administrativo e privatista, sobretudo quanto às questões relacionadas à sua vigência e prorrogação contratual, e uma maior segurança jurídica para as partes contratantes a este respeito.

¹ Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

1. DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

O Código Civil de 2002 emprega a expressão “negócio jurídico” como uma das espécies de fato jurídico, disciplinando o instituto de forma apartada, em seu artigo 104 e seguintes, dada a sua especificidade e riqueza de conteúdo. É sempre bom rememorar, nesse sentido, que, tradicionalmente, os atos jurídicos², espécie do gênero fatos jurídicos, quando considerados em seu sentido amplo, dividem-se em (i) atos jurídicos lícitos e ilícitos; e (ii) negócio jurídico.

A grande diferença entre o ato jurídico lícito e o negócio jurídico reside justamente na existência de um ato de vontade. Enquanto o ato jurídico *strictu sensu* contempla manifestações de vontade simples e moldadas pelas normas legais, com consequências já preestabelecidas, ou mesmo ilícitas, vale dizer, contrárias ao ordenamento jurídico, o negócio jurídico agrega a esta manifestação de vontade uma finalidade específica, legal e autorregulamentar, vinculando as partes envolvidas³.

Por esta razão, o negócio jurídico, que tem como principal figurante o contrato, é considerado a grande expressão do princípio da autonomia de vontade, na medida em que possui como pressuposto básico a exteriorização de uma vontade.

A autonomia da vontade, consagrada no apogeu do liberalismo – século XIX –, considerada a espinha dorsal do negócio jurídico, e que encontrava suporte na absoluta liberdade de contratar e no ideal paritário, sofreu atenuações de ordem pública no século imediatamente seguinte, expressas no princípio da supremacia do interesse público.

² Diversas são as classificações doutrinárias existentes sobre fatos jurídicos em sentido amplo e estrito, razão pela qual não se adentrará a este pormenor neste trabalho, por não se apresentar vital para o atingimento do objetivo inicialmente predeterminado. Restringir-se-á, para tanto, a considerar a nova sistemática trazida pelo Código Civil de 2002, que, em seu Livro III, disciplina o “fato jurídico” como gênero, do qual faz parte o negócio jurídico e os atos jurídicos lícitos e ilícitos.

³ Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior esclarecem que “a distinção entre ato e negócio jurídico foi estabelecida pela doutrina alemã, a partir de cuja elaboração o negócio jurídico – *rechtsgeschäft* – é definido como um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade do sujeito ou pelas vontades dos sujeitos que dele participam, e que a ordem jurídica concebe como idôneo para produzir o efeito desejado pelos celebrantes.” NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.p. 152. Washington de Barros Monteiro salienta que “a característica primordial do negócio jurídico é ser um ato de vontade. Precisamente nesse ponto se manifesta sua frontal oposição ao fato jurídico (*stricto sensu*), que é a resultante de forças naturais em geral; no negócio jurídico, a vontade das partes atua no sentido de obter o fim pretendido, enquanto no ato jurídico lícito o efeito jurídico ocorre por determinação da lei, mesmo contra a vontade das partes”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.228.

A partir do século XX, portanto, o intervencionismo do Estado nas relações privadas expandiu-se sobremaneira, sobretudo porque o Estado liberal acarretou uma nítida desigualdade econômica, apesar do ideal paritário, exigindo de sua parte uma ação protetiva, mediante a edição de normas imperativas que acabaram por mitigar a liberdade contratual⁴. Para muitos, essa intervenção do Estado no regime jurídico contratual deu ensejo ao chamado dirigismo contratual.⁵

A figura do contrato, então fundada no idealismo liberal, passou a ser marcada por fins sociais e valores da boa-fé e da probidade, hoje claramente explicitados no novo Código Civil⁶, o que ensejou conflitos entre o tradicional binômio liberdade-igualdade e o conceito contratual moderno, dada a exigência, em última instância, do atingimento do bem comum e de uma finalidade social⁷.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que “em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram.

Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado de Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, conforme se afirmava no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmava, logo no art. 1º, que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”; a aplicação dessa norma produziria profundas desigualdades sociais. Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Um das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a **preocupação com o bem comum, com o interesse público**, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos no período do Estado Liberal” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, 11ª ed., Rio de Janeiro, forense, 2017. p. 9.

⁵ Segundo Maria Helena Diniz, “a expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade. O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública (RT, 56:150), mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse público coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse volitiva do interessado” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.p. 44.

⁶ O Código Civil de 2002, em seus artigos 421 e 422, limita a liberdade de contratar ao exigir a observância da função social do contrato e aos princípios da probidade e boa-fé.

⁷ Jessé Torres Pereira Junior, em artigo intitulado “Notas acerca das Repercussões do Novo Código Civil sobre os contratos administrativos” afirma, com propriedade, que: “O NCC elegeu a eticidade e a socialidade como os nortes da relação contratual, que sempre foram parâmetros dos negócios jurídicos contratados pela Administração Pública. Assim, ao invés de se assistir à privatização do regime jurídico dos contratos administrativos – que a alguns parecia, talvez ainda pareça, o ovo do Colombo das contratações do Estado –, o NCC aproxima da ordem jurídica o regime jurídico dos contratos em geral. Como vaticinou Caio Mário da Silva

O liberalismo cedeu espaço para o Estado social ou socializado, com a preocupação focada no bem-estar social.

Ainda assim, pode-se afirmar, com respaldo doutrinário digno de nota⁸⁹, que a essência do sistema contratual não foi afetada, mas sim aperfeiçoada, em razão da evolução do Estado de Direito, que acabou por introduzir uma nova concepção jurídico-social ao princípio da autonomia da vontade sem extirpá-lo do mundo jurídico contratual. O princípio da autonomia da vontade simplesmente avançou, dando lugar, para parte da doutrina¹⁰, ao princípio da autonomia privada, que, embora respeite a liberdade de contratar, encontra

Pereira: “O que no momento ocorre, e o jurista não pode depreender-se das ideias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a ‘publicitação do contrato’. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato e o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – 10. Ed. Forense, 1999.p.13. In. Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, 2004.

⁸ Sílvio de Salvo Venosa, ao analisar a evolução do conceito de contrato e a chamada crise do contrato, sustenta que o “o fato de o Código Civil de 2002 mencionar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421) e a açular os contraentes a portarem-se com probidade e boa-fé (art. 422) abre toda uma nova perspectiva no universo contratual, embora os princípios já fossem plenamente conhecidos no passado. Trata-se de aplicação moderna da nova dialética do Direito.

Nesse diapasão, ao contrário do que inicialmente possa parecer, o contrato, e não mais a propriedade, passa a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia. É certo que se trata de um contrato com novas roupagens, distante daquele modelo clássico, mas se trata, sem sombra de dúvida, de contrato. Por conseguinte, neste momento histórico, não podemos afirmar que o contrato esteja em crise, estritamente falando, nem que a crise seja do direito privado. A crise situa-se na própria evolução da sociedade, nas transformações sociais que exigem do jurista respostas rápidas. O sectarismo do direito das obrigações tradicional é colocado em choque. O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. Daí por que se trona importante a referência ao interesse social no contrato. E o direito das obrigações, em especial o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos. Nesse cenário, o presente Código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.p.7.

⁹ Segundo assinala Maria Helena Diniz, “a liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana (Enunciado do STJ n. 23, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal).” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p.43.

¹⁰ Flávio Tartuce “filia-se à parcela da doutrina que propõe a substituição do velho e superado princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, o que leva ao caminho sem volta da adoção do princípio da função social dos contratos.” TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie**, 12ª ed, Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.p.54.

limites, sobretudo no princípio da função social do contrato, hoje positivado no artigo 421 do Código Civil¹¹.

Neste mesmo contexto histórico e evolutivo inserem-se as diversas definições doutrinárias tradicionais e modernas para “contrato”, embora, ao final, convirjam todas para o mesmo ponto central: prática de um ato de vontade. Majoritariamente prevalece a concepção de que o contrato decorre de um ato de vontade, praticado em consonância com o ordenamento jurídico, ainda que considerada a evolução conceitual que atingiu o princípio da autonomia de vontade. Audaciosamente pode-se dizer que a ideia da existência de um “encontro de vontades” apenas fortaleceu-se.

Para dar melhor guarida ao que se está afirmando, traz-se à colação alguns conceitos doutrinários civilistas para ‘contrato’ que claramente confirmam o fortalecimento do instituto. Segundo Washington de Barros Monteiro, contrato nada mais é do que o “... acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. ...”.¹² Para Maria Helena Diniz, “... *contrato* é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”¹³

Administrativistas tradicionais e modernos de renome também seguem a mesma linha de pensamento, adotando a teoria contratual civilista para conceituar contrato administrativo, inserindo, como não poderia deixar de ser, nuances publicistas para distingui-lo dos puramente privados¹⁴.

Hely Lopes Meirelles, por exemplo, considera “*contrato*” como “todo acordo de vontades, firmado livremente entre as partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é um negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre

¹¹ “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. ”

¹² MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto; TAVARES, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.p.19.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.p. 32.

¹⁴ Como bem anota VENOSA, “surgem do *ius civile* os fundamentos básicos do Direito em geral. O direito administrativo vale-se de institutos dele originados e com frequência o fundamento de uma relação jurídica pública parte de um instituto típico de Direito Civil. Há institutos privados utilizados com normas adaptadas pelo direito público e há institutos privados utilizados integralmente pela Administração, porque o Estado os considera mais adequados para a realização de certos fins.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.p. 230.

pelo menos duas pessoas que se obrigam a prestação mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.”¹⁵

Carvalho Filho também segue o mesmo entendimento, esclarecendo que “o *substrato básico dos contratos é o acordo de vontades com objetivo determinado, pelas quais as pessoas se comprometem a honrar as obrigações ajustes*”¹⁶, e definindo contrato administrativo como “.... o *ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.*”¹⁷

Marçal Justen Filho também confirma a ideia de que o contrato é formado por um acordo de vontades, diferenciando-o do ato unilateral e impositivo da Administração, cuja lição vale a pena transcrever:

Quando alude a contrato administrativo, a lei indica um tipo de vínculo produzido por manifestação conjunta e concorde de vontade.

O contrato é resultado da fusão das manifestações de vontade das partes envolvidas. Por isso, o contrato não se confunde com a mera sucessão de atos jurídicos entre si autônomos, ainda quando um deles seja pressuposto do outro. Assim, não existe contrato no ato de aposentadoria voluntária. O indivíduo pratica um ato unilateral (requerimento de aposentadoria e a Administração emite o ato de aposentação (que é um ato administrativo unilateral. Num contrato, as vontades das partes se conjugam para produzir um ato jurídico único.

O exercício unilateral de competência estatal, tal como na desapropriação, na tributação, na requisição administrativa e na punição, não apresenta natureza contratual. Mesmo a chamada desapropriação consensual ou amigável não apresenta natureza contratual, eis que existem dois atos unilaterais e autônomos. Há a desapropriação e existe a aceitação pelo particular do preço ofertado.¹⁸

A esse propósito, e arrematando o pensamento externado pelo eminente jurista Justen Filho, também ensina Agustín Gordillo:

Dentro de los actos realizados em ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y outro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes conunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen um régimen próprio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, Malheiros, 2007.p. 193.

¹⁶ CARVALHO FIHO, José dos Santos. In.: **Manual de Direito Administrativo**, 30ª ed., ver. Atual. E ampl.. São Paulo. Atlas, 2016. p. 179.

¹⁷ Cf. in. ob. cit. p. 180

¹⁸ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., Revista dos Tribunais, 2016. p.302

preguntarse si no es más conveniente evita la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo”. Puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de “acto administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.¹⁹

Logo, a premissa básica que se extrai de todo o acima exposto é a de que a manifestação de vontade voltada ao atingimento de uma finalidade específica, além de se constituir em elemento estrutural do contrato, é, antes de mais nada, pressuposto do próprio negócio jurídico em sua modalidade contratual.

Intimamente ligado ao princípio da autonomia de vontade, encontra-se o princípio da obrigatoriedade contratual, obrigatoriedade das convenções ou *pacta sunt servanda*. Por ele, os contratos deverão ser rigorosamente cumpridos pelas partes contratantes enquanto permanecerem as suas condições essenciais, de modo a garantir segurança à relação jurídica constituída entre partes.²⁰

O princípio da obrigatoriedade das convenções também encontra temperamentos não só relacionados à ocorrência de casos fortuitos ou força maior, nos termos contidos no artigo 393 e parágrafo único do Código Civil, e princípios da boa fé objetiva e função social do contrato, conforme o previsto nos artigos 421 e 422 deste mandamento civil, como decorrentes da incidência do princípio do equilíbrio contratual, consubstanciado na cláusula *rebus sic stantibus*²¹, conhecida entre nós também como teoria da imprevisão²², hoje de certa forma positivada nos artigos 317 e 478 a 480 do novo Código Civil.

¹⁹ GODILHO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. 1. Tomo: Parte General, 7ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. X-7

²⁰ Como leciona Sílvio de Salvo Venosa, “um contrato válido e eficaz deve ser cumprido entre as partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica. Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante e cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.p. 17-18.

²¹ A expressão *rebus sic stantibus* “consiste basicamente em presumir, nos contratos *comutativos*, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 50.

²² “Entre nós, a teoria em tela foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de teoria da Imprevisão, em sua obra Caso fortuito e teoria da imprevisão. Em razão da forte resistência oposta à teoria

Estabelecidas as bases contratuais e essenciais para o desenvolvimento do trabalho que se propõe, é imperioso enfatizar que o Estado personificado, quando busca adquirir direitos e contrair obrigações junto a terceiros, nos termos constitucionais e legalmente autorizados²³, celebra um contrato, figurando em um dos polos da relação obrigacional. Há um ato de vontade que não somente precede, como atua concomitantemente a formação do negócio jurídico. O particular, por sua vez, quando opta por participar de uma licitação, ainda que aquiescendo às cláusulas predispostas, e formaliza ato contínuo um contrato, o faz por meio de um acordo de vontades com o Poder Público. Isto porque o ato de vontade, inerente a formação do negócio jurídico, que se traduz neste acordo de vontades, encontra-se clara, prévia e concomitantemente presente à formação do negócio, ainda que presentes prerrogativas estatais que possibilitem alterações futuras e unilaterais de seu conteúdo^{24,25}.

Somada à autonomia de vontade que também se faz presente nos contratos celebrados pela Administração Pública está a obrigatoriedade das convenções. Uma vez celebrado o contrato entre o Poder Público e o particular, as cláusulas pactuadas deverão obrigatoriamente ser cumpridas pelas partes contratantes, observados os princípios gerais dos contratos acima referidos, dentre outros de igual maneira incidentes, ainda que se trate de ajuste submetido a um regime jurídico peculiar publicista, sob pena de o descumprimento

revisão, o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também imprevisível.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 50.

²³ Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e Lei nº 8.666/93.

²⁴ “O fato de a Administração participar da relação negocial com prerrogativas de Poder Público não desnatura o contrato, nem lhe retira a natureza consensual; apenas qualifica o ajuste como contrato público regido por normas próprias de Direito Público, exatamente para atender ao interesse público na convenção que se estabelece entre as partes. Não nos parece necessário pedir-se outros elementos distintivos do contrato administrativo, pois a só presença da Administração, com supremacia estatal, infunde natureza pública ao ajuste. Daí por que disse Jêse que há contrato administrativo propriamente dito quando as partes, por uma razão expressa, pela forma dada ao ajuste, pela modalidade da prestação pedida ao contratante, ou por qualquer outra manifestação da vontade da Administração, ficam submetidas ao regime especial do Direito Administrativo.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, Malheiros, 2007.p. 196.

²⁵ O contrato administrativo, ao contrário, ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento; além disso, o contratado não é titular de mera faculdade outorgada pela Administração, como ocorre nos atos negociais, mas, ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Falta, nesse caso, às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância. Quer isto dizer que o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 300.

contratual caracterizar a inadimplência relativa ou absoluta das obrigações contratuais²⁶, propiciando a rescisão do ajuste e suas consequências civis, administrativas e contratuais.

É de bom tom ressaltar, todavia, que a doutrina brasileira trava profunda discussão jurídica sobre a natureza dos ajustes celebrados entre a Administração Pública e um particular, traduzida em correntes que ora negam veementemente a existência dos contratos ditos administrativos, por não observarem os princípios autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, alicerces do direito contratual; ora admitem somente a existência desta espécie contratual, pelo fato de Administração ocupar uns dos polos da contratação; e ora sustentam a existência tanto de contratos regidos pelo direito público, quanto de direito privado.

As críticas doutrinárias, todavia, não abalaram o legislador. A despeito da polêmica existente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993²⁷, em total consonância com o disposto no texto constitucional^{28,29}, claramente agasalhou a corrente doutrinária que defende que os ajustes celebrados pela Administração Pública têm a natureza contratual, ora assumindo a natureza de administrativos, estando sujeitos preponderantemente às normas de direito público, ora de semiprivados, por estarem regidos predominantemente pelo regime

²⁶ Diogenes Gasparini, ao tratar do tema inexecução contratual, esclarece que o “descumprimento do contrato tanto pode ser da Administração Pública contratante como do particular contrato. É errôneo entender-se que a Administração Pública não descumpra o ajuste. Ao contrário disso, é muito comum a inobservância do avençado pela contratante, principalmente no que respeita ao pagamento. Com efeito, com certa frequência os meios de comunicação têm noticiado o atraso no pagamento dos contratos que a Administração Pública, dos três níveis, celebra com a empreiteiras de obras públicas.” GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 824.

²⁷Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

²⁸Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

²⁹ “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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”.

jurídico privatista e à teoria geral dos contratos, reiterando, inclusive, e em grande parte, as disposições do antigo Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1.986³⁰.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93³¹, ao definir “contrato” para os fins de que trata esta Lei federal, alude a presença de um acordo de vontades entre a Administração Pública e os particulares quando da celebração do pacto, evidenciando a existência de um consenso entre as partes em relação ao objeto, direitos e obrigações recíprocos.

Mais adiante, o artigo 54, e § 1º, da Lei Licitatória³², tipificou os ajustes celebrados pela Administração, nominando-os de administrativos e definindo o regime jurídico incidente, de natureza publicista, delineado não somente pelos preceitos de ordem pública, como pelas disposições contidas em seu artigo 58³³, que contemplam as denominadas cláusulas exorbitantes, sem prejuízo, todavia, da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e disposições privadas.

O artigo 66 da Lei geral das Licitações acolheu o princípio da obrigatoriedade das convenções, na medida em que estabeleceu o dever de as partes cumprirem fielmente o pactuado, sem prejuízo da observância as normas legais incidentes, e atribuindo a cada uma das partes as consequências de sua inexecução.³⁴ O artigo 77³⁵ e seguintes trataram especificamente da inexecução total ou parcial e rescisão dos contratos e suas consequências,

³⁰ Dispõe sobre Licitações e Contratos da Administração Federal e dá outras providências.

³¹ “Art. 2º.(....). Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

³² “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.”

³³ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”

³⁴ “Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

³⁵ “Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

e, por fim, o artigo 81³⁶ e seguintes, das sanções administrativas que poderão ser aplicadas às partes contratantes, em caso de descumprimento das obrigações.

Ao mesmo tempo em que a Lei nº 8.666, de 1993, tipificou e disciplinou os contratos administrativos, também autorizou a celebração, pela Administração, de contratos tipicamente privados, a exemplo da compra e venda, locação, comodato, dentre outros, cujo regime jurídico é, por força do que dispõe o artigo 62, § 3º, inc. I, da Lei Licitação³⁷, o predominantemente privado, na medida em que também recebe o influxo de normas publicistas e garantidoras do interesse público.

Extraí-se, desta forma, e de uma rápida leitura dos dispositivos legais acima citados, ora transcritos em nota de rodapé para melhor clareza do leitor, as premissas que permitiram a construção do contorno legal, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema em exame, e que podem assim ser definidas: [a] os contratos administrativos são espécies do gênero contrato, embora com características próprias e peculiares do regime jurídico-administrativo; [b] nem todo contrato celebrado pela Administração Pública será necessariamente administrativo. Poderão existir contratos regidos predominantemente pelo direito privado, os quais, embora recebam o influxo de normas publicistas, não conterão cláusulas que assegurem a supremacia do Estado sobre o particular, próprias do regime jurídico-administrativo, exceto se expressamente previstas e compatíveis com o regime preponderante³⁸.

³⁶ Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.

³⁷ “Art. 62. (...) § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;”

³⁸ Nas palavras de Diogenes Gasparini: as relações jurídicas que estabelecem direitos e obrigações, ajustadas pela Administração Pública com um particular, pessoa física ou jurídica, decorrem essencialmente de atos unilaterais e de atos plurilaterais. Os primeiros são, quase sempre, atos administrativos, a exemplo da permissão de uso de bem público. Os segundos são contratos. Entre eles, a doutrina distingue os regidos pelo Direito Privado e os regulados pelo Direito Administrativo. São os chamados contratos da Administração Pública (RDP, 91:19 e 92:131). GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 751; Maria Sylvia Zanella Di Pietro também segue a mesma linha de raciocínio, ao dispor que “os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades: 1. Os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas; 2. Os contratos administrativos, dentre os quais incluem-se: a) os tipicamente administrativos, sem paralelo no direito privado, e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público; b) Os que têm paralelo no direito privado, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada. DI PIETRO,

Embora a proposta apresentada para este estudo não pretenda ingressar na controvérsia acadêmica sobre a existência ou não de contratos administrativos, todo o histórico acima apresentado é de fundamental importância para deixar pontuado que o desenvolvimento deste trabalho parte da teoria que se reputa majoritária – a qual se perfilha e vai ao encontro de uma cada vez mais Administração consensual e colaborativa –, que difunde a tese de que o contrato administrativo, embora contenha contornos específicos, é um negócio jurídico bilateral, que se aperfeiçoa pelo encontro de duas vontades que permitem o nascimento de um conjunto de direitos, obrigações e responsabilidade, com o fim de atingir a finalidade pública e produzir efeitos na esfera jurídica.

Maria Sylvia Zanella, in. **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.302. Nesta mesma linha, leciona Marçal Justen filho: A expressão contrato administrativo pode ser utilizada em acepções distintas. Em sentido amplo, consiste num 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. É um gênero que comporta várias espécies, que são os acordos de vontade da Administração Pública, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração. Por seu turno, essas espécies comportam subespécies. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1074.

2. DA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA CONTRATUAL

Sabe-se que toda a atividade pública deve ser pautada pela busca do atendimento aos interesses da coletividade. Conforme lecionava o Diogenes Gasparini, “*a atividade administrativa é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum.*”³⁹

A ação administrativa, por sua vez, desenvolve-se no âmbito de uma relação jurídico-administrativa, que se constitui em um conjunto de normas que garante à Administração Pública uma situação privilegiada em relação aos particulares, ao mesmo tempo em que também impõe restrições, limitando a atividade pública, de modo a assegurar a prática de atos voltados exclusivamente ao atendimento do interesse público.

O regime jurídico administrativo é, portanto, composto de prerrogativas e sujeições, que se sustentam nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração, respectivamente, os quais se apresentam como pedras angulares do Direito Administrativo⁴⁰⁴¹.

³⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.107.

⁴⁰ Como bem ressalta Alice Gonzales, em artigo intitulado “Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou Reconstrução?”: “... todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público. Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas prerrogativas de potestade pública e, de outro, as sujeições de potestade pública, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa.

Tais prerrogativas e sujeições só encontram sua única razão de ser em face do interesse público que as justifica. Sem sua existência, perderiam qualquer significado, em um Estado Democrático de Direito. Mais ainda: na enunciação das regras fundamentais que constituem o conteúdo do regime de direito administrativo, umas e outras, prerrogativas e sujeições, são indissociáveis, duas faces da mesma vinculação da Administração ao interesse público. BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 12 de Mar de 2018.

⁴¹ Também oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade. Juridicamente essa caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos;” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55-56; De acordo com Carvalho Filho, “... não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State* (Estado/bem estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem

O interesse público cuja supremacia alicerça o regime jurídico-administrativo é o que interessa indistintamente a todos. É o interesse dito primário. É o interesse que atende aos anseios de toda a sociedade e garante o cumprimento dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Difere daquele conhecido doutrinariamente como secundário e que deve ser veementemente repellido, exceto quando estiver em consonância com o interesse público primário.⁴²

A posição de supremacia concedida ao Estado sobre os interesses privados, exercida por meio de prerrogativas públicas, é o que garante o cumprimento do seu dever de zelar pelo interesse público, mas decerto que não é absoluta, sobretudo porque não cabe à Administração e aos agentes públicos administrar os bens, direitos e interesses públicos como se seus fossem. Administram em nome de interesse de terceiro – o da coletividade.

Correlacionado ao princípio da supremacia do interesse público está o princípio da indisponibilidade do interesse público, que funciona como um freio administrativo, exigindo da Administração a total observância da finalidade pública proposta, assim como aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, como garantia da preservação do Estado Democrático de Direito. Tal se deve, como dito acima, pelo fato de o interesse protegido pertencer à coletividade e não à Administração Pública, cabendo ao Estado simplesmente curá-lo. Trata-se de um bem indisponível.

Pode-se dizer, desta forma, que a Administração Pública e seus agentes não possuem a autonomia de vontade própria do direito privado, embora possam agir com certa discricionariedade em determinados casos, sempre observados os valores e princípios constitucionais e limites legais. O agente público exerce uma função administrativa com a missão pré-definida, qual seja, a de atender a uma finalidade pública, e, em último grau,

algumas restrições às atividades individuais.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo e Administração Pública**. 30 ed.. São Paulo: Atlas, 2016. p. 34.

⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello também traça claramente esta distinção entre interesse público primário e secundário, tendo por base a acepção concebida pelos autores italianos, dentre os quais Renato Alessi, conforme se extrai da rápida leitura do trecho a seguir transcrito: “Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo ode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo**, 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.p.102.

proteger o interesse público, nos termos constitucionais e legalmente definidos, cujo curador é o Estado⁴³.

A Administração Pública, no exercício dessa atividade administrativa, e como afirmado no tópico imediatamente anterior, também celebra ajustes que, quando submetidos ao regime jurídico-administrativo contratual disciplinado pela Lei nº 8.666/93, são intitulados “administrativos” e assumem, quando presentes as características intrínsecas contratuais, uma espécie do gênero contrato.⁴⁴

No âmbito contratual, todavia, o regime jurídico administrativo, que encontra um dos seus pilares no princípio da supremacia do interesse público, expressasse substancialmente pelas denominadas cláusulas exorbitantes⁴⁶, que nada mais representam do

⁴³ Como ressalva Marçal Justen Filho, “... a autonomia de vontade própria do direito subjetivo significa a liberdade para escolher os fins e atingir os meios adequados a tanto. No direito público, poderia variar a margem de liberdade quantos aos meios, mas a liberdade quantos aos fins é extremamente reduzida.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.50.

⁴⁴ Perfilha-se, portanto, da tese doutrinária que sustenta a necessidade da presença de dois elementos essenciais, além do interesse público que permeia a contratação, para que um contrato seja considerado “administrativo”: a um, ter a Administração Pública como uma das partes da relação contratual, nos termos do artigo 1º, c.c. o artigo 6º, inciso XIV, da Lei de Licitações; a dois, o ajuste estar submetido ao regime jurídico publicista, conforme disposto no artigo 58 do mandamento licitatório. Carvalho Filho defende-a, com a clareza que lhe é peculiar, ao explicitar o seu entendimento a respeito da questão, afirmando que “... só o fato de ser o Estado sujeito da 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 administrativos.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo e Administração Pública**. 30 ed.. São Paulo: Atlas, 2016, p. 181.

⁴⁵ Os contratos administrativos podem ser de colaboração ou de atribuição. “Contrato de colaboração é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes para a execução de obras, serviços ou fornecimento; contrato de atribuição é o em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial de bem público. No primeiro tipo (contrato de colaboração) o contrato é firmado no interesse precípua da Administração; no segundo (contrato de atribuição) é realizado no interesse precípua do particular, desde que não contrarie o interesse público. Exemplificando, de acordo com essa classificação, o contrato de concessão de serviço público é de colaboração, ao passo que o contrato de concessão de uso de bem público é de atribuição.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 14ª ed., Malheiros, 2007. p. 197.

⁴⁶ Bandeira de Mello, ao conceituar cláusula exorbitante, apoia-se, em nota de rodapé, nas palavras de Waline a respeito do tema, que anota: “a jurisprudência, que emprega frequentemente a expressão ‘cláusula exorbitante’ ou ‘derrogatória de Direito Comum’ e que lhe atribui consequências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedel é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado.

“Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringir a ‘ordem pública’. E efetivamente pode-se citar neste sentido algumas decisões jurisprudenciais (Paris, 12 de março D., 1959, Som. 85).

“Parece-me, todavia, mais exato dizer que a cláusula exorbitante é aquela que não se encontra normalmente no contrato de Direito Privado, seja porque nele seria nula por contrária à ordem pública, seja ainda porque foi inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de Direito Privado quando tratam entre si”(ob. cit., p. 572, n. 963).” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014. p. 631.

que competências especiais legalmente atribuídas aos agentes públicos, para que possam gerir e fiscalizar o contrato, de modo a atender a finalidade pública que o envolve, previstas no artigo 58 da Lei de Licitações. A posição privilegiada da Administração na relação contratual tipifica o contrato administrativo⁴⁷.

O artigo 58 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cuja transcrição realizou-se no início deste estudo, enumera as prerrogativas especiais atribuídas ao Estado, colocando-o em uma situação de “superioridade” frente ao particular e reafirmando à preponderância do interesse público sobre o particular, as quais, de forma bastante resumida, podem ser assim traduzidas:

- i. Alteração unilateral dos contratos, seja qualitativa⁴⁸, seja quantitativamente⁴⁹, restrita às cláusulas regulamentares ou de serviços⁵⁰, observado o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, e mediante prévia justificativa por parte da autoridade competente⁵¹

⁴⁷ Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam estabelecer prerrogativas em favor de um das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque Du Droit Public*, pois, como observa Laubadère: “C’est en effet la présence de Telles clauses dans un contrat que est Le critère par excellence de son caractère administratif”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 14ª ed., Malheiros, 2007.p. 203.

⁴⁸ Sob a ótica do Eg. Tribunal de Contas da União (Decisão nº 215/99 – *leading-case sobre este assunto*), os limites percentuais previstos no art. 65, §1º, da Lei de Licitações e Contratos, também alcançam as alterações qualitativas do objeto, cuja superação somente é admitida em situações excepcionais e consensuais, observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, e as condições que enumera no v. acórdão (cf. Fecuri, Ana Cristina, Orientação preventiva, intitulada “aplicabilidade do limite legal previsto no art 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 às alterações decorrentes de agravações ou sujeições imprevistas, veiculada em 2012, pela Editora NDJ Ltda.)

⁴⁹ Em se tratando de mudança quantitativa do objeto contratado, duas condições deverão estar presentes para que a alteração visada seja considerada legítima: *uma*, tratar-se de modificação meramente quantitativa do objeto contratado, seja para suprimi-lo, seja para acrescentá-lo, o que implicará, via de consequência, um ajustamento no preço pactuado, para nele incluir o acrescido ou excluir o suprimido; *duas*, o acréscimo ou a supressão deverá obedecer ao limite legal previsto no artigo 65, § 1º, do Estatuto Licitatório, de 25% do valor inicial atualizado do contrato para os casos de obras, serviços ou compras, e de 50% para o caso de reforma de edifício ou de equipamento.

⁵⁰ “(...) em todo contrato administrativo coexistem duas ordens de cláusulas: as econômicas e as regulamentares do serviço, da obra ou do fornecimento. Aquelas são inalteráveis unilateralmente, porque fixam a remuneração e os direitos do contrato perante a Administração e estabelecem a equação financeira a ser mantida durante toda a execução do contrato; estas – as regulamentares ou de serviço – são alteráveis unilateralmente pela Administração segundo as exigências do interesse público que o contrato visa a atender. A variação do interesse público é que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 205.

⁵¹ Vale anotar que as alterações unilaterais eventualmente promovidas nos contratos administrativos são medidas excepcionais, que devem decorrer de fatos supervenientes à contratação, a fim de afastar futuras alegações de

exarada nos autos do competente processo administrativo, nos moldes autorizados pelo artigo 65, inciso I, alíneas “a” e “b”, e §§ 1º, 2º e 6º da Lei de Licitações;

- ii. Rescisão unilateral dos contratos, por meio de prévia e fundamentada decisão da autoridade competente, nas hipóteses previstas no artigo 78, combinadas com o artigo 79, inciso I, e § 1º, e artigo 80, todos da Lei de Licitações, mediante a instauração de prévio processo administrativo rescisório, onde estejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.
- iii. Fiscalização contratual, que pressupõe o dever-poder de a Administração contratante supervisionar, acompanhar, fiscalizar e, se necessário, intervir na execução contratual, de modo a garantir a regularização de falhas ou defeitos detectados e a adimplência do contrato por parte do contratado.⁵²
- iv. Aplicação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 e 87 da Lei de Licitações aos contratados infratores, desde que editalícia e contratualmente previstas, no bojo de processo administrativo punitivo, onde restem garantidos o contraditório e a ampla defesa ao contratado⁵³;
- v. Possibilidade de ocupação provisória dos bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto licitado, em caso de apuração

ilegalidades na condução dos trabalhos licitatórios, falta de planejamento administrativo, ou mesmo uma inadequada eleição da modalidade licitatória ou enquadramento em hipótese de dispensa em razão do pequeno valor.

⁵² Na lição do saudoso Gasparini, “não basta uma licitação bem-feita ou promovida como toda a atenção devida, assim como não basta um contrato bem celebrado, se o ajuste não for bem executado pelo contratado. Assim, é dever-poder da Administração Pública contratante promover a gestão administrativa do contrato e, ao mesmo tempo, fiscalizar a sua execução física. Esse poder-dever é-lhe outorgado pelo inciso III do referido artigo 58. Aquela acontece no interior na própria Administração Pública contratante e tem por objetivo administrar os eventos administrativos (aplicação de sanção, controle de prazo, reequilíbrio econômico-financeiro, controles das exigências para fins de prorrogação, controles das exigências para fins de pagamento das faturas etc.). Esta realiza-se no local onde o contrato está sendo executado e tem por objetivo acompanhar a execução do contrato, tendo em vista os projetos, o memorial e outros documentos anexos ao instrumento convocatório. Também lhe cabe verificar o cumprimento das normas técnicas de execução, de segurança e higiene do trabalho.” GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 753-754.

⁵³ “A Administração, contrariamente ao que se verifica nos contratos privados, tem o poder de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual. Essa prerrogativa deriva da autoexecutoriedade dos atos administrativos. (...) A imposição de sanções será sempre precedida da indicação da motivação e sempre será assegurado o recurso do interessado ao Poder Judiciário.” JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1130-1131.

de faltas contratuais praticadas pelo contrato ou de rescisão do contrato administrativo, com o intuito de preservar o interesse público envolto na contratação, observado o disposto no artigo 80, inciso II, da Lei Licitatória.

Na tentativa de harmonizar essa posição de supremacia da Administração contratante em face do particular, a Lei garante ao contratado a possibilidade de lançar mão de medidas que coíbam a Administração de práticas abusivas, dando reforço ao princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado, e que se traduzem essencialmente no direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantido pelos §§ 1º e 2º do artigo 58, artigo 40, inciso XI, artigo 55, inciso III, artigo 57, *caput*, artigo 65, inciso II, alínea “d” e §§ 4º e 6º, todos da Lei de Licitações.

3. PRAZO CONTRATUAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por força do disposto no artigo 57, *caput*, da Lei de Licitações, que está em total consonância com a previsão contida no artigo 167, inciso II⁵⁴, da Constituição Federal, os contratos administrativos deverão ser celebrados em função do orçamento existente e vigente, admitindo excepcionalmente a sua superação em quatro hipóteses taxativas, previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, quais sejam: a) contratos que contemplem projetos cujos produtos estejam computados nas metas estabelecidas para o Plano Plurianual; b) os que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos; c) os que tenham por objeto o aluguel de equipamentos de informática e a utilização de programas de informática; d) os que se enquadrem na hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24.

Em regra, portanto, o prazo de duração desses ajustes não somente estará obrigatoriamente adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, que é anual⁵⁵ e coincidente com o ano civil⁵⁶, vigorando até o final do exercício financeiro, como não poderá ser dimensionado para além do exercício financeiro em que foram firmados, sob pena de ser considerado por ilegal.⁵⁷⁵⁸

É importante destacar, ainda, que o § 3º do artigo 57 da Lei de Licitações expressamente veda a celebração de contrato com prazo de duração indeterminado. Esta disposição, como não poderia deixar de ser, está intimamente ligada ao disposto *caput* deste

⁵⁴ “Art. 167. São vedados: (...) II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

⁵⁵ A anualidade orçamentária encontra previsão no artigo 165, inciso III, e artigos 2º e 34 da Lei nº 4.320, de 1964.

⁵⁶ “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.”

⁵⁷ Disto resulta que, em regra, crédito aberto em 1º de abril vigorará até 31 de dezembro do ano em que foi constituído, assim como o seu respectivo contrato, sob pena de ilegalidade.

⁵⁸ Carvalho Filho, entretanto, manifesta entendimento distinto, sustentando a “... a plena admissibilidade em que o contrato tenha início no ano corrente e termo final no ano seguinte. O art. 57 do Estatuto, por falta de clareza, deixou dúvida sobre tal possibilidade, e isso porque o contrato, estando atrelado a determinado crédito orçamentário, só poderia iniciar-se e findar num mesmo período anual. Alguns intérpretes adotaram esse entendimento. No entanto, com a vênua devida, a lei não pretendeu dificultar nem inviabilizar a variadíssima e complexa atividade administrativa. Por esse motivo, parece-nos melhor o pensamento segundo o qual nada impede que um contrato tenha início, por exemplo, em setembro de um ano e término em março do ano subsequente, desde que no contrato conste a rubrica orçamentária de onde serão oriundos os recursos e a referência de que parte do pagamento será feita com um crédito orçamentário e a outra com o crédito relativo ao exercício financeiro seguinte. Neste caso, exigir-se-á apenas que a Administração fixe o devido cronograma da obra, serviço ou compra, com a indicação dos pagamentos correspondentes ao ano corrente e ao ano subsequente. CARVALHO FILHO, José dos Santos. In.: **Manual de Direito Administrativo**, 30ª ed., ver. Atual. E ampl.. São Paulo. Atlas, 2016.p. 211-212.

mesmo dispositivo legal, que traz regras consonantes com os princípios e normas orçamentárias públicas.

Eventual e excepcional prorrogação do prazo contratual dos ajustes desta natureza somente será admitida, desta forma, se a situação concreta com a qual se deparar a Administração contratante subsumir-se a uma das hipóteses previstas no § 1º⁵⁹ deste mesmo dispositivo legal, o que deverá ser amplamente justificado por escrito e previamente autorizado pela autoridade competente para celebrar o contrato, conforme exigência contida em seu §2º.⁶⁰⁶¹

Infere-se da análise do artigo 57 da Lei de Licitações, portanto, que este dispositivo legal veicula, na maioria de suas disposições, normas de caráter geral⁶², as quais possuem um vínculo bastante estreito com o direito financeiro⁶³, e que objetivam uniformizar

⁵⁹ § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

⁶⁰ § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

⁶¹ Entende-se que, uma vez preenchidos os requisitos legais para a prorrogação do contrato, o prazo de duração contratual poderá eventualmente ultrapassar o prazo de vigência dos créditos orçamentários, em face da existência de uma autorização legal implícita, extraída da análise conjunto de regras contidas no bojo do artigo 57 da Lei de Licitações.

⁶² Como bem esclarece Marçal Justen Filho, “a Lei 8.666/1993 veicula normas gerais e normas não gerais (especiais) sobre licitações e contratos administrativos. As normas gerais são aquelas que vinculam a todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas na órbita da União.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 15.

⁶³ Jessé Torres Pereira Junior, ao iniciar os seus comentários ao artigo 57 da Lei de Licitações, esclarece que “os créditos orçamentários são anuais; em cada contrato é obrigatória a inserção de cláusula que identifique o crédito orçamentário que responderá pelas respectivas despesas (art. 55, V); logo, como regra geral, a duração dos contratos também será anual. O princípio da anualidade do orçamento público é dos mais antigos do direito financeiro. Na Constituição Federal de 1988 encontra-se, implicitamente, nos arts. 48, II, 165, III e § 5º, e 166, todos referindo-se a orçamentos anuais. A Lei Federal nº 4.320/64, que consolida as normas gerais do direito financeiro brasileiro, estabelece, em seu art. 34, que o ‘exercício financeiro coincidirá com o ano civil’. Por conseguinte, os contratos da Administração Pública brasileira devem acomodar-se a tais termos inicial e final do exercício financeiro, que são os mesmos do ano civil (1º de janeiro a 31 de dezembro). Tampouco os planos ou orçamentos plurianuais escapam do princípio da anualidade, porque a respectiva execução se dá ano a ano” PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; in **Comentários à Lei de Licitações e Contratações com a Administração Pública**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 649. O mesmo entendimento é manifestado por Di Pietro: “Quanto aos

a atuação administrativa, impor à Administração Pública a obrigação de realização de planejamento administrativo de suas necessidades de forma consentânea com as suas disponibilidades orçamentárias, e permitir um controle efetivo das contratações públicas por parte dos órgãos de controle interno do próprio órgão, externo e da própria sociedade.

recursos orçamentários, embora a sua indicação deva constar do contrato, dentre as cláusulas necessárias (art. 55, V, da Lei nº 8666/93), na realidade a verificação de sua existência deve preceder qualquer providência da Administração, até mesmo a licitação, pois não é viável que se cogite de celebrar contrato e se inicie qualquer procedimento, sem a prévia verificação da existência de verbas para atender à despesa. Aliás, a Constituição do Estado de São Paulo de 1967 já continha norma salutar nesse sentido, ao estabelecer, no artigo 75, que “nenhuma despesa será ordenada ou realizada sem que existam recursos orçamentários ou crédito votado pela Assembleia”. E a Constituição Federal, no artigo 167, II, veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações dietas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. A mesma exigência se contém no artigo 176, II, da Constituição Paulista de 1989. Dessa forma não destoa o artigo 57 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos; isto porque, se a duração do contrato ultrapassar a vigência do crédito orçamentário, já implicará a realização de despesa sem o crédito aprovado no orçamento; as exceções são apenas as que constam dos incisos I, II, IV e V (analisados no item 8.6.3). Pela mesma razão que impede a duração do contrato que ultrapasse o período de vigência do crédito, a Lei Federal nº 4.320, de 17-3-64, no artigo 60, veda a realização de despesa sem prévio empenho e, no artigo 59, o empenho de despesa que exceda o limite dos créditos orçamentários. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00) veio reforçar essa ideia, com as normas dos artigos 15 e 16. ...”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 312-313.

4. CONTRATOS DE FIGURAÇÃO PRIVADA

Extraí-se de tudo o que acima se expôs que o que marca o contrato administrativo e o diferencia daquele de figuração privada é justamente o regime jurídico-administrativo que lhe é atribuído. Sem as prerrogativas legais que colocam a Administração em uma posição de supremacia em relação à outra parte contratante, ela se nivela ao particular⁶⁴⁶⁵.

Não se pode perder de vista, todavia, que um dos princípios que regem a atividade administrativa desempenhada pela Administração Pública é o da indisponibilidade do interesse público. Quer-se com isto dizer que a Administração, mesmo quando celebra ajustes de natureza eminentemente privada, não poderá se descurar do interesse público que norteia a contratação.

Acredita-se que neste ponto resida justamente o fundamento que conduziu o legislador a disciplinar os contratos de direito privado celebrados pela Administração por meio do artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações, submetendo-os ao disposto no artigo 55 e artigos 58⁶⁶ a 61, todos desta Lei, e demais normas gerais, no que couber.

⁶⁴ ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO. INDENIZAÇÃO. 1. Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público. 2. Os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado (...) REsp 737.741/RJ, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, Julgamento: 03.10.2006, DJ: 01.12.2006.

⁶⁵ As peculiaridades dos contratos administrativos residem grandemente nas prerrogativas unilaterais asseguradas à Administração Pública. Em se tratando de contratos típicos do direito privado, deve-se assegurar ao particular a opção entre o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a rescisão do contrato. Assim, por exemplo, uma seguradora particular não pode ser constrangida a manter um contrato de seguro se a Administração deliberar ampliar o objeto segurado ou os riscos incidentes. Por decorrência, deve reputar-se que os particulares, em contratações disciplinadas preponderantemente pelo direito privado, não se encontram assujeitados aos poderes excepcionais garantidos à Administração Pública. Ser-lhe-á facultado atender ou não ao pleito da entidade administrativa. Em caso de recusa, a contratação poderá ser extinta.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Lei 8.666/1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 1159-1160.

⁶⁶ Para Di Pietro, “quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que se expressamente previstas, com base em lei que derogue o direito comum.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 303. Jacintho Arruda Câmara, seguindo esta mesma linha de pensamento, em artigo intitulado “Contratos administrativos no Direito Brasileiro”, esclarece que “... a lei 8.666/93, no seu art. 62, § 3º, I apenas admitiu que os contratos regidos predominantemente pelo direito privado também tivessem prerrogativas especiais. Mas a aplicação não seria automática, imposta abstratamente pela lei. A aplicação se dá, “quando couber”, o que se verifica em cada caso concreto, a partir do regime contratualmente assumido pelas partes.

Para Jessé Torres Pereira Júnior,

A norma é um dos pilares da renovada dogmática dos contratos públicos. Estabelece que a Administração mantém certas prerrogativas mesmo quando contrata sob o regime predominantemente de direito privado. A simbiose impressiona, parece inevitável e surpreende.⁶⁷

Referidos contratos, portanto, embora disciplinados substancialmente pelo direito privado, sobretudo quanto ao seu conteúdo e efeitos, sofrem o influxo de normas publicistas que exigem o respeito aos princípios que regem a atividade administrativa, às condições e formalidades reguladas pelo Direito Administrativo, sem que, com isto, haja uma desnaturação de sua essência privada⁶⁸⁶⁹. E estas limitações legalmente impostas à

Assim, caso considere cabível, a Administração poderá lançar edital de licitação para locação de imóveis, com minuta de contrato que adote uma ou todas as prerrogativas dispostas no art. 58. A adesão, se ocorrer, não será ilegal, pois lastreada no art. 62, § 3º, I. Todavia, também seria legítimo que a Administração, não considerando cabível tal regime de prerrogativas diante de certo contrato, firmasse locação sem cláusulas excepcionais. A aplicabilidade das prerrogativas aos chamados contratos regidos predominantemente pelo direito privado seria opcional e decorreria do contrato em si e não imediatamente da lei. Esta é a interpretação que, desde a edição da lei 8.666/93, reflete de maneira mais fiel o modo de aplicação desse regime jurídico especial. Não se tem notícia de discussões concretas nas quais o Poder Público, como parte em contratos regidos predominantemente pelo direito privado (como os de financiamento, seguro, etc.), tenha exigido a aplicação de prerrogativas especiais não dispostas previamente em contrato. Tal conduta não viola a lei 8.666/93. Tampouco representa uma mitigação da busca pela melhor maneira de atender ao interesse público. Apenas indica que, para esses casos, a Administração não considerou cabível tal regime de prerrogativas, firmando validamente contratos de direito privado, sem prever tais cláusulas exorbitantes.” CÂMARA, Jacintho Arruda. **Os contratos administrativos no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/download/1594/7>>acesso 05/03/2018.

⁶⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações com a Administração Pública**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 694.

⁶⁸ Bandeira de Mello, ao traçar a distinção entre “contratos de Direito Privado da Administração” e “contratos administrativos”, esclarece que “uns e outros estão parificados pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo, do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo. 4. Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos suprarreferidos –, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios, hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014. p.628. Na visão de Jessé Torres Pereira Junior, ainda tratando das disposições contidas no artigo 62, § 3º, da Lei de Licitações, acrescenta que “Isto significa que, nesses contratos, sujeitos a regime de direito privado, embora à Administração são garantidas prerrogativas que laboram em favor da prevalência do interesse público, e que devem estar previstas no ato convocatório (se houver licitação) e no contrato. Por conseguinte, mesmo nesses contratos, haverá: – o conteúdo mínimo definido no art. 55; – o dever-poder, reconhecido à Administração, de modificá-los unilateralmente, com o fim de, sem toldar os direitos do coobrigado privado, melhor ajustar a prestação contratada aos interesses do serviço, recompondo-se por consenso o equilíbrio econômico-financeiro acaso rompido pelas modificações (art. 58); – o efeito retroativo da declaração de nulidade do contrato e o dever de ressarcir o contratado inocente (art. 59); – a sede administrativa da lavratura do contrato e a admissão da forma verbal nos contratos de pequenas compras a serem pagas em regime de adiantamento (art. 60); – a sede processual-administrativa do contrato e a eficácia contida deste à falta de publicação do respectivo resumo na imprensa oficial (art. 61). Tais características básicas acompanham todos os contratos públicos, sejam os administrativos, os de figuração privada, ou, ainda, aqueles

Administração quando da celebração de ajustes de natureza privada nada mais fazem do que lembrá-la de que o interesse público é indisponível, cabendo a ela o dever-poder de curá-lo.

Não se tem como afirmar, desta forma, que os ajustes firmados pela Administração que estejam submetidos à disciplina contida no artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações, são puramente privados. Da mesma forma, não se pode dizer que se revestem das características que definem os públicos. Na realidade, são contratos regidos predominantemente pelo direito privado, já que devem, ainda que em menor escala, cumprir requisitos e formalidades publicistas para que sejam considerados válidos, e, por conseguinte, em consonância com o ordenamento jurídico.

em que a Administração é a usuária do serviço público. O que não significa que a Lei nº 8.666/93 haja exonerado a Administração das obrigações que lhe couberem segundo o contrato e o seu regime de predominância privada” PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações com a Administração Pública**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.633.

⁶⁹ Agustín Gordillo, em pese considerar ‘administrativos’ todos os contratos celebrados pela Administração Pública, registra que estes ajustes podem, conforme a natureza do objeto contrato, sofrer uma gradação na intensidade da incidência do regime jurídico peculiar, que ora os deixa mais próximos do direito público, ora do direito privado: “ la conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto (y aun así sin excluir principios como la razoabilidad), pero lo dominante sigue siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato em su totalidad como un contrato de derecho civil”, concluyendo mais adiante que “En suma, los contratos que celebra la administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser denominados “contratos administrativos,” sin perjuicio de que existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público. Si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos, hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes matices susceptibles de agrupación en tres grandes conjuntos. Dentro de esa zona cubierta por los contratos administrativos corresponde ubicar como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente, a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, el contrato de empréstito público interno y en menor medida la concesión de obra pública. Es la aplicación más intensa del derecho público. Un segundo grupo se integra con el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del Estado; en menor grado, los contratos de suministros y obra pública. Más cerca del derecho privado encontramos el contrato de compraventa de inmuebles, el de locación y luego los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen siempre con sus típicos caracteres civilistas.” GORDILLO, Agustín; in. **Tratado de Derecho Administrativo**, 1. Tomo: Parte General, 7ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. X-34, X-35/X-36.

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LOCATÁRIA DE BENS: REGIME JURÍDICO

O atual Código Civil de 2002 disciplina a locação de coisas no artigo 565 e seguintes, conceituando-a como o contrato onde “... *uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição*”⁷⁰, e distinguindo-a da antiga locação de serviços, atualmente denominada prestação de serviços e tratada em seus artigos 593 a 609, e da locação de obra ou empreitada – hoje somente empreitada, disciplinada nos artigos 610 a 626. A locação imobiliária urbana⁷¹, por sua vez, está submetida à disciplina contida na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991⁷², com as alterações promovidas pela Lei nº 12.112/2009, aplicando-lhe subsidiariamente a disciplina contida no Código Civil.

A Administração Pública, quando usa e goza temporariamente de um bem infungível, móvel ou imóvel, de propriedade de um terceiro, mediante o pagamento de certa remuneração, e buscando o atendimento de suas finalidades precípuas, celebra um contrato de locação. Assumi, portanto, a qualidade de locatária. A parte que transfere o uso e o gozo da

⁷⁰ Segundo GOMES, Orlando. Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não-fungível.” GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro. 2008. p. 332. O mestre contratualista ainda salienta que “atualmente, *locação* é só a de coisas. Não é questão apenas de rigor terminológico, pois as outras espécies tradicionais de *locação* não se ajustavam perfeitamente ao conceito único a que se pretendeu reduzi-las. Para se verificar o artificialismo da pretensa unidade, basta considerar a chamada *locação de serviço*, hoje desdobrada nas figuras independentes do *contrato de trabalho* e do *contrato de prestação de serviços*.”, in. ob. cit. p. 330. Para Carlos Roberto Gonçalves, “*locação de coisas* é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a conceder à outra o uso e gozo de uma coisa não fungível, temporariamente, e mediante remuneração.” GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307 VENOSA, por sua vez, anota que “de forma geral, a locação, dentro do conceito romano tradicional, é contrato pelo qual um sujeito se compromete, mediante remuneração, a facultar a outro, por certo tempo, o uso e gozo de uma coisa (locação de coisas); a prestação de um serviço (locação de serviço); ou a execução uma obra (empreitada). VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**, 17ª ed.. São Paulo: Atlas, 2017, p. 414.

⁷¹ “O contrato de locação imobiliária situa-se logo em seguida à compra e venda quanto à utilização e importância no mundo negocial. Cuida-se do regramento da função social da propriedade. Exige, portanto, permanente atenção do legislador e do jurista, tendo em vista as implicações sociais referentes à moradia dos que não possuem casa própria e à produção e fornecimento de serviços e bens de consumo na locação com finalidade mercantil ou não residencial. in. ob. cit. p 414. Acrescenta Carlos Roberto, todavia, que, “embora a locação de imóveis tenha merecido maior atenção do legislador, que a tem disciplinado em leis especiais, a locação de bens móveis vem ganhando, hodiernamente, bastante espaço e importância, sendo comum a locação de filmes cinematográficos, bicicletas, livros, roupas (especialmente para festas de casamento), regendo-se por lei especial o arrendamento mercantil de bens móveis ou *leasing*. in. ob, cit. p. 310.

⁷² “Os imóveis rurais regem-se pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-1964), que regula o arrendamento rural, aplicando-se supletivamente o Código Civil, segundo dispõe o § 9º do art. 92 do aludido Estatuto.” in. ob.cit. p. 310.

⁷³ “Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.”

coisa infungível, seja esta móvel ou imóvel, será o seu locador ou senhorio⁷⁴. A retribuição que pagará pelo uso e gozo do bem será o seu aluguel ou *aluguere*.

Sob as locações em que a Administração figura como locatária de bem imóvel, todavia, incidirão as normas previstas na Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245/91 – principalmente aquelas que conferem certa proteção especial aos locatários, e, em se tratando de bens móveis, as disposições contidas no Código Civil – artigos 565 a 578 –, bem como, e subsidiariamente para ambos os casos, as normas previstas no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações.

Note-se que a Lei de Licitações trata mais especificamente da locação de bens quando a Administração assume a qualidade de locatária de bens particulares. Isto se deve especialmente pelo fato de os trespasses de uso de bens públicos, seja oneroso ou gratuito, encontrarem-se sujeitos às normas de direito público⁷⁵. Não é por demais lembrar, neste aspecto, que o parágrafo único do artigo 121⁷⁶, da Lei de Licitações, expressamente afasta a sua disciplina aos contratos de imóveis pertencentes à União, os quais se mantêm regidos pelo Decreto-lei 9.760, de 1946. Corrobora o raciocínio a própria Lei do Inquilinato, que expressamente exclui de sua incidência, logo em seu art. 1º, os bens imóveis de propriedade

⁷⁴ “A coisa não precisa ser necessariamente de propriedade do locador, uma vez que a locação não acarreta transferência de domínio, malgrado em geral as duas posições, de propriedade e senhorio, coincidam.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. volume 3: contratos e atos unilaterais, 14ª ed., São Paulo: 2017, p. 307.

⁷⁵ Embora não haja qualquer vedação legal expressa para a utilização o instituto da locação para o trespasses de uso e gozo de bens públicos para terceiros, para Diogenes Gasparini “(...) esses instrumentos, instituídos pelo Direito Privado, não devem ser utilizados pelo Poder Público. Na verdade não há qualquer vedação nesse sentido, e a própria Constituição prevê a utilização do aforamento para terrenos de marinha e acrescidos (art. 49, § 3º, do ADCT), mas é possível extrair-se tal proibição de alguns princípios, como é o caso do princípio da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos. A razão dessa cautela é simples, pois a Administração Pública ao se valer desses contratos equipara-se ao particular e abre mão de suas prerrogativas. Nesses ajustes inexistente a supremacia do interesse público que permite à Administração Pública contratante alterá-los e rescindi-los unilateralmente. Tais instrumentos são, portanto, inadequados à formalização de negócios entre a Administração e os administrados, nos quais deve prevalecer, sempre, o interesse da coletividade sobre o do particular. Em tal linha de entendimento, e a esse respeito já falamos, a concessão substitui com vantagem a locação, o comodato e a enfiteuse. A impropriedade da utilização desses institutos foi observada pelo Tribunal de Contas da União no Processo TC-275.208/94-0” GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 984.

^{76cc} Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1o, 2o e 8o do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no "caput" do art. 5o, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Parágrafo único. Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei no 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber.”

da União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas, estabelecendo que o trespasse desses bens continue a ser regido pelo Código Civil e por leis especiais⁷⁷.

A locação de bens é, portanto, um contrato tipicamente privado, que recebe o influxo de normas publicistas, em decorrência de expressa disposição legal e sem que tal a descaracterize, quando a Administração Pública estiver presente no polo passivo da contratação.

Disto resulta, como já esclarecido neste estudo, que a Administração deverá observar as regras e formalidades publicistas visando à celebração de contratos desse jaez. O procedimento de contratação necessariamente terá início com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo, dentre outros documentos, autorização da autoridade competente para a respectiva locação do bem, indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa, conforme exigido pelo artigo 38, *caput*, da Lei de Licitações.

A locação de bens por parte da Administração deverá, em regra, e considerando a existência de viabilidade de competição no mercado entre diversos interessados em contratar com o Poder Público, ser precedida de licitação, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.666/93, combinados com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Não se pode deixar de trazer à colação, nesse sentido, a sempre atual lição do saudoso mestre Diogenes Gasparini, tantas e tantas vezes repetida com o intuito de fazer gravar:

Tudo o que as pessoas públicas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações) e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou que, se por elas oferecido, interessar a mais de um dos administrados, há de ser, pelo menos em tese, por proposta escolhida em processo licitatório como a mais vantajosa.⁷⁸

Em se tratando propriamente de bens imóveis, a licitação poderá ser dispensada caso exista um único imóvel cujas características (localização, instalação etc.) satisfaçam as

⁷⁷ “Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei. Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; (...)”. O Decreto-lei nº 9.760/46, por sua vez, “Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências”, e a Lei 9.636, de 15 de maio de 1998, “dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.”

⁷⁸ GASPARINI, Diogenes. in. **Direito Administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 546.

finalidades precípua da Administração. É o que se extrai da leitura do inciso X do artigo 24 da Lei de Licitações, desde que, por certo, sejam preenchidos os demais requisitos exigidos para a validade da contratação, inclusive os estabelecidos no seu artigo 26.⁷⁹⁸⁰

O contrato locativo propriamente dito deverá observar o conteúdo mínimo estabelecido no artigo 55⁸¹ da Lei de Licitações, que contempla as cláusulas necessárias ou essenciais a todos os contratos da Administração, assim como as formalidades indispensáveis contidas em seu artigo 60⁸², e elementos nucleares de todo acordo de vontades a que alude o artigo 61⁸³.

⁷⁹ “A situação prevista no inc. X configura, mais propriamente, um caso de inviabilidade de competição. O caso se encontra na disciplina do art. 25, ainda que tenha sido disciplinado formalmente como hipótese de dispensa de licitação.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 508. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes partilha do mesmo entendimento: “Trata-se, em verdade, de hipótese de inexigibilidade de licitação, visto que, uma vez existindo apenas um imóvel que satisfaça ao interesse da Administração, estará caracterizada a inviabilidade de competição. Neste caso, se tão-somente um imóvel é que atende às necessidades, não haverá licitação, tendo o legislador preferido colocar a hipótese entre os casos de dispensa, embora isso seja doutrinariamente condenável. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**, 10 ed., Ed. Fórum, 2016. p. 324.

⁸⁰ A esse respeito, todavia, cabe um alerta. O administrador público, para deliberar pelo afastamento da instauração de um processo licitatório visando à escolha da melhor proposta, deverá cercar-se de todas as cautelas necessárias, sobretudo porque dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses legais ou mesmo deixar de observar as suas formalidades poderá tipificar a conduta criminosa prevista no artigo 8980 da Lei de Licitações. Logo, o agente público deverá demonstrar, nos autos do competente processo administrativo, que a localização do imóvel e as suas características intrínsecas são fatores essenciais para o atendimento do interesse público buscado com esta contratação (compra ou locação), o que poderá ser corroborado por pareceres/documentos da área de engenharia, assim como a compatibilidade do preço exigido com o valor praticado no mercado, segundo avaliação prévia, de modo a deixar clara a viabilidade da contratação direta.

⁸¹ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- 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, 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;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- 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;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- 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 licitação.

⁸²⁸² Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Logo, deverá conter o nome das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação ou da dispensa, a sujeição dos contratantes às normas públicas e privatistas incidentes e as suas cláusulas contratuais. Haverá de ser lavrado por escrito na repartição interessada, e regularmente publicado na imprensa oficial, em cumprimento as exigências contidas no artigo 60, *caput*, e parágrafo único, e artigo 61, e parágrafo único, ambos da Lei Licitatória em estudo.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

⁸³ Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

6. PECULIARIDADES SOBRE A VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS LOCATIVOS

A Lei inquilinária divide a locação de imóvel em três espécies distintas e atreladas a regimes jurídicos específicos: locação residencial (artigos 46 e 47); locação para temporada (artigos 48 a 50); e locação não residencial (artigo 51 a 57).

Regra geral, e por força do que estabelece o artigo 3º, da Lei nº 8.245/91, o contrato locativo de bens imóveis poderá ser estipulado por qualquer prazo, nada obstando, inclusive, que o seu prazo de duração seja indeterminado, estabelecendo como única condicionante a obtenção da vênua conjugal, caso seja celebrado por um período igual ou superior a 10 anos,^{84 85} malgrado haja regra específica para a locação para temporada, que não poderá ter prazo superior a 90 (noventa) dias, por força de sua natureza transitória e sob pena de deixar ser considerada temporária⁸⁶.

Os contratos de locação para fins residenciais, que sejam ajustados por escrito e com prazo igual ou superior a 36 meses, serão considerados extintos na data aprazada e independentemente de notificação. Caso o locatário permanecer no imóvel por prazo superior a 36 meses, o contrato será considerado prorrogado por prazo indeterminado. É o dispõe o artigo 46 da Lei nº 8.245/91⁸⁷. Já o ajuste celebrado por prazo inferior a 36 meses será

⁸⁴ Art. 3º O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos.

⁸⁵ “Realmente, a locação poderá ser convencionada por tempo determinado ou não, sendo incompatível com a sua natureza a estipulação de sua perpetuidade, por ser um contrato temporário. Não há qualquer limite de prazo locativo, exceto no que se refere aos bens das pessoas jurídicas de direito público interno. Deveras, imóveis da União não poderão ser locados por prazo superior a dez anos (Dec.-lei nº 9.760/46, art. 96, parágrafo único); os do Estado de São Paulo, por prazo superior a dois anos (Dec.-lei estadual nº 11.800/40, art. 81; Constituição Estadual de São Paulo/89, art. 19, V; Decs. nº 22.578/84, 24.167/85, 30.453/89 e 33.703/91. O contrato de locação predial urbana poderá ser estipulado por qualquer prazo, mas, se o for por dez anos ou mais, dependerá de vênua conjugal, se um dos consortes for locador (Lei nº 8.245/91, art. 3º). Se não houver prazo, a locação será por tempo indeterminado” DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, vol. 2, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 109.

⁸⁶ Art. 48. Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

⁸⁷ Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

considerado automaticamente prorrogado com a chegada de seu termo final, podendo ser retomado nas hipóteses específicas previstas nos incisos do artigo 47 da Lei de Locações⁸⁸.

As locações não residenciais, objeto do estudo proposto, poderão ser celebradas por qualquer prazo. O contrato locativo por prazo determinado cessará, de pleno direito, no dia estipulado para o seu fim, independente de qualquer aviso. Permanecendo o locatário no imóvel locado por período superior a 30 dias e sem qualquer oposição do locador, o ajuste será considerado prorrogado⁸⁹. Em se tratando de contrato com prazo indeterminado, o locador deverá notificar o locatário para que desocupe o imóvel no prazo máximo de 30 dias, sob pena de ser proposta a competente ação judicial competente. Para que a relação locatícia propicie o direito à ação renovatória, a locação deverá ter fins comerciais, ser ajustada por escrito e com prazo de 5 anos⁹⁰.

Questões como a definição de um prazo contratual ou a autorização para uma prorrogação contratual, que se apresentavam simples em face da disciplina apresentada no campo civil, todavia, passaram a compor um quadro difícilimo para a Administração Pública, justamente por exigir-lhe não somente a análise pontual do caso concreto, da legislação

⁸⁸ Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

I - Nos casos do art. 9º;

II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego;

III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento;

V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

§ 1º Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se:

a) O retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado na mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente;

b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

⁸⁹ Segundo Venosa, “mantém, portanto a lei a denominada denúncia vazia para os imóveis não residenciais, como regra geral. Terminado o prazo do contrato, cumpre ao locador promover a ação de despejo nos 30 dias seguintes; caso contrário, terá que notificar previamente”. VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: contratos**, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 434.

⁹⁰ “Art. 56. Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado. Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação”.

pública e princípios correlatos, como o seu cotejo com as normas privadas, predominantemente incidentes.

Legislação privada esta que, diga-se, contém viés social e que busca a todo tempo equilibrar a relação *ex locato*, em razão de este último encontrar-se em uma situação de hipossuficiência em relação ao proprietário do bem, seja por meio de dispositivos que buscam a estabilização dos valores locativos, seja pela inserção de regras que garantem a permanência do locatário no imóvel locado, protegendo-o de eventuais abusos.

A discussão jurídica ganhou força, e passou a exigir um juízo de ponderação, direcionado justamente para uma reflexão sobre a viabilidade ou não de aplicação da disciplina legal afeta às locações não residenciais, contida na Lei nº 8.245/1991, aos ajustes em que tivessem a Administração Pública no polo passivo da contratação, não somente em razão do fato de o artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações, afastar dos contratos de figuração privada a incidência da disciplina contida no artigo 57, que, como visto, trata especificamente dos prazos de duração e hipóteses de prorrogação dos contratos administrativos, mas em face da regra contida no § 3º deste último dispositivo legal, que veda taxativamente a celebração de “contratos” com prazos indeterminados.

Concretamente, entretanto, a Administração Pública, algumas vezes alheia a esta polêmica, outras temendo contestações por parte dos órgãos de controle, passou a equiparar, com fundamento nos artigos 1º⁹¹ e 6º, inciso II⁹², da Lei Licitação, os contratos de locação de bens imóveis àqueles de execução continuada, aludidos no artigo 57, inciso II⁹³, da Lei de Licitações, celebrando os seus ajustes locativos por um prazo máximo de 60 meses, e aplicando a estes o regime jurídico afeto aos contratos administrativos, inclusive quanto à regra prevista no § 4º⁹⁴.

A controvérsia instaurada foi crescendo no campo doutrinário. Ao analisar a questão afeta ao prazo de duração dos contratos de locação de bens celebrados pela

⁹¹ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

⁹² “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”

⁹³ “II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)”.

⁹⁴ “§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.”

Administração Pública, Alice Maria Gonzalez Borges, em exposição realizada durante o XXI Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado em Belo Horizonte – MG, em 1995, entendeu pelo afastamento da incidência das disposições contidas no artigo 57 a estes ajustes, sob o argumento de não havia remissão expressa de sua aplicação pelo artigo 62, § 3, da Lei de Licitações, *in verbis*:

Na parte relativa à duração do contrato (inc. VI) e das garantias oferecidas pelo locatário (inc. VII), há de prevalecer a legislação civil aplicável às locações, já que tais dispositivos não foram expressamente destacados pelo art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93, e, evidentemente, não se adaptariam às peculiaridades do contrato de locação.⁹⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seguindo o mesmo raciocínio, também sustentou a manutenção das regras privatistas para a hipótese, ao discorrer sobre a questão em sua obra clássica, intitulada “Direito Administrativo”⁹⁶, tendo reiterado o seu entendimento ao tecer comentários específicos ao artigo 62, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, em capítulo específico contido na obra coletiva “Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos”:

O dispositivo também faz expressa referência aos” arts. 55 e 58 a 61 da lei e demais normas gerais, no que couber”. Deixou de fora o art. 56 (que trata das garantias contratuais) e o art. 57 (que estabelece normas sobre prazos contratuais e sua prorrogação). Com tais referências, pode-se afirmar que, nos contratos de direito privado firmados pela Administração, não são exigíveis garantias do contrato nem têm aplicação as limitações pertinentes aos prazos contratuais. Os demais dispositivos da lei aplicam-se, no que couber, dependendo de interpretação em cada caso concreto.⁹⁷

No mesmo caminho, Jacoby Fernandes:

Cabe optemperar, divergindo, *data venia*, de ambas as exegeses expostas, que as prorrogações desse contrato são regulares, simplesmente porque a Lei nº 8.666/1993 expressamente afasta a norma do art. 57 nos casos de contratos de locação em que o Poder Público é locatário.⁹⁸

⁹⁵ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **A Administração Pública como Locatária**. BLC, Janeiro/1996. p.7.

⁹⁶ “E não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o artigo 62, § 3º, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, in. **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 312.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. Coordenação Jessé Torres Pereira Junior, São Paulo, Editora NDJ, 2016, p. 346.

⁹⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**, 10 ed. Ed. Fórum, 2016. p.329.

A polêmica sobre a questão também chegou ao Tribunal de Contas União no ano de 1996, embora de forma simplória. Ao analisar o contrato de locação de bem imóvel celebrado pelo Banco Meridional, apesar de sua Unidade Técnica ter suscitado a violação do ajuste ao disposto no inciso II do artigo 57, da Lei Licitatória, por lhe entender aplicável, a Egrégia Corte de Contas, sem adentrar a sua natureza jurídica e disciplina legal incidente, considerou regulares as sucessivas prorrogações efetuadas pelas partes contratantes, dando a entender que o simples fato de a contratação ter sido efetuada diretamente já servia de fundamento para a legalidade de sua longa extensão, nos seguintes termos:

Em referência ao fato do contrato de locação da agência do Meridional de Alvorada/RS vir sendo prorrogado desde 1985, esclareço que o art. 24 da Lei nº 8.666/93, no seu inciso X, prevê a dispensa de licitação para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia. Dessa maneira não me parece que haja óbice legal às prorrogações sucessivas do referido contrato, uma vez que a lei permite a sua celebração através de dispensa do processo licitatório.⁹⁹

O Plenário da Corte de Contas Federal, no ano de 2004, deparou-se novamente com o tema, determinando que o prazo de duração de contratos cujo objeto fosse a locação de bens imóveis ficasse restrito aos 60 (sessenta) meses estipulados no inciso II do artigo 57 da Lei de Licitações. A decisão administrativa, todavia, e mais uma vez, não adentrou a natureza jurídica do contrato de locação e definição de seu prazo de vigência, em face do que dispunha o artigo 62, § 3º, da Lei de Licitações:

9.9.1. cumpra, nos casos de dispensa de licitação para a compra e locação de imóvel, o disposto nos arts. 24, inciso X, e 26 da Lei 8.666/93, efetuando os procedimentos de dispensa previamente à assinatura do contrato, bem como restrinja o prazo dos contratos firmados (seja por dispensa ou procedimento licitatório) ao período de um ano, com a possibilidade de sucessivas prorrogações até o limite de sessenta meses, nos termos do art. 57, inciso II, da mesma lei;¹⁰⁰

Em 2005, todavia, e em resposta à consulta formulada pelo Ministro da Previdência Social, Senhor Amir Lando, a respeito de questões envolvendo a gestão do patrimônio imobiliário do INSS, o Egrégio Tribunal de Contas da União acolheu o entendimento manifestado pela Unidade Técnica, já no sentido de que os prazos contidos no

⁹⁹ TCU, TC nº 625.062/1996-5, Decisão 503/1996 - Plenário. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto

¹⁰⁰ TCU, TC nº 004.690/2000-9, Acórdão 1512/2004 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman

artigo 57 não alcançariam os contratos de locação, em razão da disciplina contida no artigo 62, § 3º, e inciso I, da Lei de Licitações, acordando que:

9.2.2 os prazos estabelecidos no art. 57 da Lei nº 8.666/93 não se aplicam aos contratos de locação, por força do que dispõe o art. 62, §3º, inciso I, da mesma lei. É possível a cobrança de taxa de ocupação sem contrato, como medida de caráter temporário, até a conclusão dos procedimentos de venda do imóvel (caso em que o ocupante tem o direito de preferência e aceita adquiri-lo pelo preço mínimo - arts. 2º e 3º da Lei nº 9.702/98), de desocupação (caso ele não tenha o direito de preferência ou não deseje exercê-lo - arts. 2º e 7º da Lei nº 9.702/98) ou até o encerramento de eventuais demandas judiciais em que se discutam questões envolvendo a posse dos imóveis;¹⁰¹

Para melhor entendimento do posicionamento adotado por esta Corte de Contas à época, transcreve-se a seguir a manifestação da Unidade Técnica, acolhida integralmente pelo Ministro Relator Ubiratan Aguiar:

Nos autos, a instrução usa como analogia para casos da espécie as disposições do art. 62, que trata de contratos de locação em que a administração atua como locatária. No entanto, em sua argumentação, considera o artigo 57, que fixa prazos limites para duração dos contratos, amparado pelo § 3º do referido artigo, o que não é o caso, senão vejamos:

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

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Como visto, o dispositivo não inclui a limitação de prazo prevista no artigo 57 como norma a reger os contratos citados. Depreende-se assim que a lei entendeu que os contratos ali referenciados, nos quais incluímos os contratos de locação em que a União atua como locadora, não poderiam ficar adstritos a tal restrição legal, uma vez que desta forma poderia haver ofensa ao interesse público.

A Administração Pública, como parte de uma avença que segue algumas regras do direito privado, tais como, por exemplo, a do reajuste, suportaria ônus desnecessário se, como locatária, findo o prazo de 5 anos ali previsto, tivesse que buscar outro imóvel para se alojar (a permanência no mesmo imóvel não seria garantida), com todos os ônus daí decorrentes, ou se, como locadora, tivesse que promover procedimento licitatório para substituir ou renovar contrato, cujo inquilino viesse arcando com todas as obrigações de forma tempestiva, e a preços de mercado, para buscar novos possíveis interessados que, ao final, arcarão com o mesmo preço já praticado.

Registro que não cabe neste momento argumentar no sentido que a administração pode não administrar bem tais contratos, tendo prejuízos quando não suportados por preços de mercado ou por outros motivos; este é um problema de má gestão, que poderia acarretar ao gestor responsável a aplicação de multa, pelo descumprimento de normas legais, ou mesmo débito, se identificado dano injustificável ao erário; ou seja, refoge ao cerne da questão legal aqui tratada.

Da mesma forma, não cabe argumentar que outros princípios estariam sendo inobservados, tais como isonomia, publicidade, e impessoalidade, todos inerentes

¹⁰¹ TCU, TC nº 019.491/2004-4, Acórdão 170/2005 - Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar

aos direitos preservados aos entes que objetivam contratar com a Administração Pública. O princípio da supremacia do interesse público, em conjunto com o da legalidade, são os que prevalecem.

Lembro, ainda, que a Administração Pública, em qualquer tempo, bem como o particular, podem rescindir o contrato de locação, desde que observados, por lógico, o requisitos legais para tal ato.

Ademais, o INSS tem o dever de, objetivando melhor resguardar os recursos públicos, regulamentar e padronizar todo o processo que envolve a locação de seus imóveis, observando, no que couber, dentre outros normativos julgados pertinentes, a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 9.636/98 e a Lei nº 9.702/98, observando as considerações tecidas acima.

Assim, finalizando, entendo que esta Corte de Contas, atenta aos prejuízos que poderiam advir à autarquia, caso fosse impossibilitada de locar os imóveis enquanto não for concretizada a sua alienação ou efetivada a utilização nas suas atividades, tendo em vista todas as dificuldades operacionais e judiciais que envolvem tais ações, de forma alguma manifestou-se contrária, até porque o regime de locação não é incompatível com a alienação: nada impede que imóvel locado seja submetido a processo de alienação.

Isto posto, entendo que devam ser alteradas as redações dos seguintes itens:

(...)

- a Lei nº 8.666/93 não impõe aos contratos de locação em que a Administração Pública atua como locatária ou locadora a observância aos limites de prazos estipulados em seu art. 57; a vinculação está adstrita, segundo disposto em seu artigo 62, aos artigos 55 e 58 a 61, no que couber, e às demais normas gerais; (...)¹⁰²

A posição sobre a não aplicação dos prazos previstos no artigo 57 da Lei de Licitações aos contratos locativos consolidou-se no âmbito federal, por meio da decisão plenária exarada pela Corte de Contas, na sessão de 27 de maio de 2009, nos autos do TC nº 002.210/2009-0, em resposta a uma consulta formulada pelo Advogado Geral da União, Senhor Doutor José Antônio dias Toffoli, que questionava a possibilidade ou não de os contratos de locação serem prorrogados por prazo superior a 60 (sessenta) meses, quando celebrados de forma direta, por dispensa de licitação, contemplando a seguinte orientação:

9.1.1 pelo disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não se aplicam as restrições constantes do art. 57 da mesma Lei;

(...)

9.1.3. a vigência e prorrogação deve ser analisada caso a caso, sempre de acordo com a legislação que se lhe impõe e conforme os princípios que regem a Administração Pública, em especial quanto à verificação da vantajosidade da proposta em confronto com outras opções, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93;¹⁰³

¹⁰² TCU, TC nº 019.491/2004-4, Acórdão 170/2005 - Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar

¹⁰³ TCU, TC nº 002.210/2009-0, Acórdão 1127/2009 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. O Acórdão 2337/2012 – Segunda Câmara, de Relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, exarado nos autos do TC nº 005.709/2010-5, embora tenha versado sob a análise de cláusula contratual indenizatória diversa das hipóteses previstas no artigo 79 da Lei de Licitações, reproduz parte do voto do Ministro Relatário Benjamin Zymler, quando da prolação do Acórdão 1127/2009, como fundamento para afastar a irregularidade do contrato locativo, em razão da prevalência da Lei nº 8.245/91.

A decisão externada pelo Tribunal de Contas da União acabou por ratificar a Orientação Normativa nº 6, de 1º de abril de 2009, expedida pela Advocacia Geral da União - AGU, que permanece em vigor e possui o seguinte conteúdo:

A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS, NO QUAL A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É LOCATÁRIA, REGE-SE PELO ART. 51 DA LEI Nº 8.245, DE 1991, NÃO ESTANDO SUJEITA AO LIMITE MÁXIMO DE SESSENTA MESES, ESTIPULADO PELO INC. II DO ART. 57, DA LEI Nº 8.666, DE 1993¹⁰⁴.

Seja no campo doutrinário, seja no campo processual administrativo, portanto, há a prevalência do entendimento de que os ajustes locativos de bens imóveis, quando celebrados pela Administração Pública, poderão ser estipulados por qualquer prazo, cabendo ao gestor público defini-lo de acordo com o interesse público que o norteava na contratação. Como decorrência lógica deste entendimento, o prazo de duração destes ajustes também poderá ser estendido para além do exercício financeiro, assim como poderá ser objeto de sucessivas prorrogações¹⁰⁵, desde que sejam observadas as regras pertinentes ao Direito Privado.

A título de contribuição ao posicionamento acima explanado, do qual se compactua em sua quase totalidade, acresça-se o argumento de que os contratos locativos, embora classificados como de duração continuada¹⁰⁶, não objetivam a prestação de um serviço, mas sim o trespasse de uso e gozo de um bem privado. Têm por objeto a cessão temporária da utilização e gozo de um bem. Sob esta ótica, portanto, a locação de bens constitui-se em uma obrigação de dar ou entregar coisa certa, sendo assim tratada, inclusive, para fins tributários¹⁰⁷. Diferenciam-se, desta forma, dos contratos de prestação de serviços,

¹⁰⁴ AGU. **Orientação Normativa**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189167>> acesso 05/03/2018.

¹⁰⁵ Como bem assinalou o Ministro/relator Benjamim Zymler em seu voto, “..., não atende ao interesse público que os órgãos/entidades que necessitem locar imóveis para seu funcionamento tenham que periodicamente submeter-se a mudanças, como todos os transtornos que isso acarreta.” (TCU, Acórdão nº 1127/2009 – Plenário)

¹⁰⁶ Contratos de *duração*, segundo Venosa, são os que se protraem, se alongam no tempo. A doutrina fixa várias espécies nessa categoria, não estando plenamente de acordo. Os contratos são de *execução sucessiva* quando as relações das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação. É o que sucede com o contrato de locação, de trabalho, de mútuo, comodato, sociedade, seguro, etc. Também será de trato sucessivo o contrato que assim se torna pela vontade das partes, como, por exemplo, numa compra e venda com pagamento a prazo.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 73. Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, esclarece, ao tratar especificamente dos contratos de locação, que “é, por fim, de *trato sucessivo* ou de *execução continuada* porque se prolonga no tempo. As prestações são periódicas e, assim, não se extingue com o pagamento. Este em apenas o efeito de solver o débito relativo a cada período. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais**, 2017, 14ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, p. 309.

¹⁰⁷ STF. Súmula Vinculante 31. “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.”

que objetivam o oferecimento de uma atividade, mediante certa remuneração,¹⁰⁸ e têm em seu âmago uma obrigação de fazer.¹⁰⁹

A distinção entre os objetos contratuais da locação e da prestação de serviços é de fundamental importância para reforçar o deslinde da questão proposta, sobretudo porque tem a força de afastar, de forma clara e objetiva, o entendimento insistente e frágil, baseado única e exclusivamente na definição de “serviço” constante no artigo 6º, inciso II¹¹⁰, da Lei de Licitações, e sem considerar as concepções civilistas sobre o assunto, de que disciplina jurídica contida no inciso II do artigo 57 da Lei de Licitações teria aplicabilidade aos contratos locativos, quando evidentemente voltada para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços, embora estejam os que assim prelecionam imbuídos de boa-fé e de nítida preservação do interesse público.

Por tudo o que já se expôs, desta forma, é forçoso reconhecer que os limites temporais contidos no *caput* do artigo 57, e em seus incisos, a toda evidência, e à exceção da regra contida em seu inciso IV, específica para locação de equipamentos de informática¹¹¹,

¹⁰⁸ Como observa Caio Mário, “(...) vem-nos do Direito Romano a técnica de abranger numa categoria contratual a locação de coisas (*locatio-conductio rerum*), a locação de serviços (*locatio-conductio operarum*) e a empreitada (*locatio-conductio operis*). O direito moderno não mais considera o trabalho humano uma coisa suscetível de dar-se em locação e tem procurado dissociar a prestação de serviços das outras espécies de locações. Assim fez o Código Civil de 2002, que abandonou a nomenclatura do Código de 1916 e passou a denominar o contrato “prestação de serviço”, ao invés de “locação de serviços”, além de, como vínhamos defendendo agrupar todos os contratos em que ocorre uma prestação de atividade pessoal (prestação de serviços, corretagem, mandato, depósito, sociedade, etc.), com exceção da gestão de negócios, diante do seu caráter unilateral.” SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Contratos**, Volume III, 16ª ed., Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345.

¹⁰⁹ Marçal Justen Filho, como a clareza de sempre, esclarece que “a diferenciação não é própria do Direito Administrativo, mas retrata concepções tradicionais do Direito Civil. Em termos vulgares, é claro que o dar é uma modalidade de fazer. Juridicamente, porém, as duas categorias não se confundem. Há obrigação de dar quando o devedor se obriga a transferir a posse ou o domínio de um bem. Já a obrigação de fazer envolve uma atividade de outra ordem, podendo traduzir-se ou não em atividade pessoal do devedor. Sob um certo ângulo, o conceito de obrigação de fazer encontra-se por exclusão, a partir do conceito de obrigação de dar. Todas as prestações positivas impostas a um sujeito, que não tenham por objeto a transferência do domínio ou da posse de um bem, caracterizam uma obrigação de fazer.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.190

¹¹⁰ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

¹¹¹ Segundo Diogenes Gasparini, “(...) O dispositivo (art. 57, inc. IV) só prestigia essas operações (locação e utilização) se se tratar de equipamentos e programas de informática. (...) Equipamento, no caso, significa todo e qualquer bem necessário à execução de serviços de informática, a exemplo da impressora e do *scanner*. Não é, assim, qualquer equipamento. O anexo do Dec. Federal nº 1.070, de 2/3/94, arrola os bens considerados como de informática, ou seja, os equipamentos de informática. Nada além desses pode ser objeto da locação prevista e regulada no inciso que vimos comentando” GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 770.

não os alcançam, já que claramente incompatíveis com o regime privatista que lhes é imputado.

7. PRORROGAÇÕES AUTOMÁTICAS E POR PRAZO INDETERMINADO

Neste contexto, ganha relevo uma questão fulcral sobre o tema: prorrogações automáticas e prazos indeterminados poderão, de fato, ser perpetrados pela Administração, com fundamento no parágrafo único do artigo 56¹¹², da Lei nº 8.245/1991?

Certamente que não. Cabe relembrar que a prorrogação contratual representa tão-somente um aumento do prazo inicialmente estabelecido entre as partes para a vigência do pacto, vale dizer, todos os termos e condições anteriormente ajustados permanecem intactos, inclusive em relação ao preço nele praticado, exceto se, por evidente, este for objeto de reajustamento ou de eventual revisão, desde que preenchidos os requisitos legais pertinentes.

Não se pode perder de vista, ainda, que o § 3º do artigo 62 da Lei de 8.666/1993 estende expressamente as regras contidas nos artigos 55, 60 e 61 aos contratos regidos predominantemente pelo direito privado, e o seu artigo 57 veicula normas de caráter geral, as quais também foram implicitamente estendidas aos contratos de figuração privada, por força do disposto na parte final do estudado § 3º do artigo 62, desde que compatíveis com a modelagem legal e jurídica contratual privatista adotada.

O fundamento lógico da norma reside, por evidente, na proteção ao interesse público envolvido em toda a contratação celebrada pela Administração Pública.

Resta claro, portanto, que, em razão do regramento contido na Lei de Licitações, especialmente o § 2º¹¹³ do artigo 57, e o inciso XIII¹¹⁴ do artigo 55 – expressamente estendidos aos contratos da seara privada, por contemplarem normas gerais –, a dilação do prazo contratual em sede de contratos locativos dependerá não somente do interesse público a ser atingido com a medida, que deverá ser prévia e amplamente demonstrado nos autos do respectivo processo administrativo pela autoridade competente, como também da comprovação da manutenção de todas as condições iniciais exigidas no procedimento de contratação para a locação do bem, sejam estas afetas ao próprio locador, sejam relacionadas ao bem locado, inclusive quanto a vantajosidade do valor locativo praticado. Haverá de existir, outrossim, e no bojo do competente processo administrativo, a indicação do lapso

¹¹² Art. 56. (...) Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

¹¹³ § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

¹¹⁴ 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 licitação.

temporal pretendido para a extensão do ajuste e o suporte orçamentário para a cobertura das referidas despesas.

Pode-se afirmar, desta forma, que somente após a reunião de todos estes elementos e de sua análise criteriosa, é que a autoridade competente estará apta a autorizar a prorrogação do contrato de locação firmado entre partes, pelo período de tempo que se fizer necessário, observadas, por evidente, as regras contratuais preestabelecidas a este respeito. E mais. A prorrogação do ajuste propriamente dita, uma vez autorizada, também deverá ser regularmente formalizada por meio de um termo aditivo ou de prorrogação, lavrada na repartição interessada e publicada na imprensa oficial, conforme prelecionado pelos artigos 60 e 61 da Lei de Licitações.

Logo, as eventuais prorrogações automáticas e, por conseguinte, tácitas destes ajustes locativos, ainda que regidos preponderante pela Lei nº 8.245/93, deverão ser consideradas nulas de pleno direito, por força da incidência das normas gerais contidas no §§2º e 3º do artigo 57, combinado com o parágrafo único do artigo 60, ambos da Lei de Licitações, e levarão à necessária apuração de responsabilidades dos agentes públicos envolvidos no ato faltoso, nos termos previstos no artigo 82 do Estatuto Licitatório.

O raciocínio acima exposto também alcançará os contratos locativos ou prorrogações que sejam formalizados por prazo indeterminado, na medida em que, em razão da disposição contida no inciso IV do artigo 55, que exige a definição dos prazos contratuais, a depender, por evidente, das circunstâncias da contratação, e da norma geral e proibitória contida no §3º do artigo 57, ambos da Lei de Licitações, estarão eivados de ilegalidade.

Em suma: adota-se o posicionamento de que os contratos locativos haverão de ter um prazo de vigência inicial e determinado, fixado de acordo o caso concreto e interesse público envolto na contratação. Eventuais e sucessivas prorrogações, embora possíveis, deverão ser precedidas de ampla justificativa – o que decerto demandará a realização de pesquisas mercadológicas para aferir a compatibilidade do preço contratado com os preços praticados –, prévia autorização pela autoridade competente, prazo específico e delimitado, e formalização por escrito.

Vale ressaltar que Diogenes Gasparini compartilhava deste mesmo entendimento, sustentando que a celebração de um contrato por prazo indeterminado, ainda que este fosse regido predominantemente por regras de direito privado, violaria o disposto no § 3º do art. 57 da Lei de Licitação, justamente por entender que a norma explicitada neste parágrafo não

somente era geral, como compatível com a disciplina locativa. O seu raciocínio é claramente extraído do comentário que lançou ao tratar dos contratos de locação de equipamentos, a que se refere o art. 57, inc. IV, da Lei de Licitações, a seguir transcrito:

A locação de outros equipamentos, em termos de prazo, escapa dessa regra, consoante regulado pelo art. 62, § 3º, inc. I, da Lei federal de Licitações e Contratos da Administração Pública. Com efeito, por força desse dispositivo, a Administração Pública pode receber em locação qualquer bem pelo prazo que melhor atenda ao interesse público.

Anote-se, por fim, que é vedada a celebração de contrato sem prazo de vigência ou, na dicção dessa lei, com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3º)¹¹⁵ (grifos do original).

O Egrégio Tribunal de Contas da União também teve a oportunidade de abordar este tópico quando da apreciação de alguns poucos casos que analisou, reafirmando a sua posição na resposta que deu à consulta formulada pela AGU, que concluiu pela obrigatoriedade da observância do disposto no artigo 57, §§ 2º e 3º, da Lei de Licitações, ainda que o objeto do contrato fosse a locação de um bem imóvel pela Administração Pública, nos seguintes termos:

9.1.2. não se aplica a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado, condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/91, tendo em vista que (i) o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do art. 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado;¹¹⁶

Uma reflexão um pouco mais profunda do tema faz com que se sustente, inclusive, a necessidade de existir uma delimitação temporal máxima para vigência destes contratos locativos, ainda que celebrados para longos períodos de tempo, a fim de que não se caracterize a perpetuidade da contratação. Os contratos locativos são temporários, razão pela qual a ausência de um prazo máximo para a sua vigência seria incompatível com a sua própria natureza. O raciocínio, ademais, compatibiliza-se perfeitamente o regramento contido no § 3º

¹¹⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 711.

¹¹⁶ TCU, TC nº 002.210/2009-0, Acórdão 1127/2009 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. No mesmo sentido: TCU, TC nº 650.143/1995-7, Decisão 248/1996 - Plenário. Relator: José Antônio Barreto de Macedo.

do artigo 57 da Lei de Licitações, que exige a celebração de contratos com prazos determinados por parte da Administração Pública.

A questão proposta, todavia, não é pacífica no âmbito doutrinário. Jacoby Fernandes, por exemplo, posiciona-se, de forma categórica, no sentido de “esse tipo peculiar de ajuste segue as regras gerais da locação, sem ofensa ao art. 57, § 3º, simplesmente porque não incidente na hipótese.”¹¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro também segue o mesma inteligência.¹¹⁸ A controvérsia se mantém no âmbito judicial, existindo posicionamentos que ora admitem a celebração de contratos locativos pela Administração Pública com prazo indeterminado, ora negam tal possibilidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por exemplo, entende pela impossibilidade de a Administração Pública celebrar contratos locativos por prazo indeterminado, conforme se infere da leitura da ementa abaixo transcrita:

DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS PERTENCENTES A BRASIL INDÚSTRIA MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA - IBM. PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS E ENCARGOS VENCIDOS NO PERÍODO EM QUE O LOCATÁRIO CONTINUOU NA POSSE DO IMÓVEL APÓS O TÉRMINO DO PRAZO CONVENCIONADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA. PREJUDICADOS OS APELOS À UNANIMIDADE.

1. Contrato expirado sem que houvesse novo aditamento, por inexistir interesse em sua renovação.

2. Não obstante exista a obrigação do locatário de devolver os bens locados em perfeito estado de conservação, não há qualquer disposição que assegure ao locador não pagar os meses de utilização dos bens. 3. Ausência de norma proibitiva ao Poder Público, corresponde a uma previsão negativa a sua atuação. 4. Manutenção da sentença. Homenagem ao princípio da legalidade. 5. A Lei Federal 8.666/93, art. 57, §§ 2º e 3º versa sobre a impossibilidade de contrato por prazo indeterminado no âmbito da Administração Pública. 6. Remessa não provida, prejudicadas as apelações.¹¹⁹

Já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0001620-81.2015.8.26.0144, cuja ementa transcreve-se a seguir, admite essa possibilidade, *in verbis*:

¹¹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**, 10 ed., Ed. Fórum, 2016. p.329.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Contratos – Regime jurídico e Formalização Arts. 54 a 64 da Lei nº 8.666/1993. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Coord. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016.p.346.

¹¹⁹ Apelação Cível: AC 79141 PE 9800218382.

Locação de imóvel. Ação de despejo por falta de pagamento. C.C. Cobrança. Contrato firmado pela Administração Pública que se submete fundamentalmente aos preceitos de direito privado. Prorrogação da locação por prazo indeterminado. Dicção do parágrafo único do art. 56 da Lei 8.245/91. Obrigação de pagamento de aluguéis vencidos que se impõe. Recurso desprovido.

No mesmo sentido manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo Legal em Apelação/Reexame nº 0002836-37.2012.4.03.6100/SP, *in verbis*:

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. LOCAÇÃO. CONTRATO. RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. EFEITOS DO CONTRATO ATÉ ENTREGA DAS CHAVES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - O fato de figurar a administração pública como locatária não descaracteriza a natureza privada do contrato de locação.

2 - Não obstante o término do prazo contratual, inexistindo expressa disposição de renovação automática, o certo é que, sem dúvida, os efeitos do contrato de locação continuaram, seja porque a locatária permaneceu na posse do imóvel e, inclusive pagando o aluguel até junho de 2011, seja porque tal obrigação se estende até a entrega das chaves ao locador.

3 - Até a data em que a ré comprovadamente disponibilizou as chaves do imóvel ao locador (27/12/2011) são devidos os encargos contratuais nos moldes do último instrumento contratual firmado pelas partes.

4 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

5 - Agravo legal desprovido.

A Secretaria de Estado da Administração e da Previdência do Estado do Paraná, com o louvável propósito de colocar uma pá de cal nessas discussões, e evitar contestações por parte dos órgãos de controle interno e externo da Administração, optou por editar o Manual de Procedimento para Locação de Imóvel, por meio do Decreto nº 12.022, de 1º de setembro de 2014¹²⁰, recentemente alterado pelo Decreto nº 8.286, de 21 de novembro de 2017, estabelecendo regras para os prazos de vigência contratual dos contratos locativos e eventual prorrogações extraídas da disciplina contida no artigo 57, inciso II, da Lei Licitatória, sem, todavia, desnaturar a sua essência, nos seguintes termos:

3.6 Do prazo de vigência contratual

3.6.1 Em regra, o prazo do contrato de locação deverá ser fixado em 12 (doze) meses, admitidas prorrogações sucessivas, por períodos iguais ou não, respeitados os itens 5.1 e 5.2 deste Manual, bem como o disposto no artigo 103 da Lei Estadual nº 15.608/2007.

¹²⁰ Altera o Anexo do Decreto nº 12.022, de 1º de setembro de 2014, que estabelece procedimentos para locação de imóveis a ser adotado pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Estado.

3.6.2 Excepcionalmente, o prazo de vigência inicial do contrato de locação poderá ser fixado em período superior a 12 (doze) meses, limitado a 60 (sessenta) meses, desde que:

3.6.2.1 o setor administrativo demonstre objetivamente a vantajosidade da fixação do prazo de vigência por período superior a 12 (doze) meses, traduzida em redução significativa do valor do aluguel mensal em comparação com o valor médio de mercado atestado em laudo de avaliação; e

3.6.2.2 seja preservada a verificação anual da vantajosidade do contrato de locação, facultando-se ao Estado renegociar o valor do aluguel à luz das novas condições do mercado ou, frustrada a negociação, rescindir o contrato sem ônus para o Erário.

(...)

5 Aditivo para prorrogação de locação de imóvel

5.1 Os contratos poderão ser prorrogados durante a sua vigência não podendo ultrapassar o prazo de sessenta meses de vigência total.

5.2 Esgotado o prazo máximo de sessenta meses de vigência, não poderá ser efetuada nova prorrogação.

Se persistir a necessidade de locação do imóvel, deverá ser SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E DA PREVIDÊNCIA COORDENADORIA DO PATRIMÔNIO DO ESTADO efetuada uma nova locação, de acordo com os documentos e trâmites exigidos neste Manual.

Em que pese o dissenso doutrinário e jurisprudencial apresentado sobre a questão posta em debate, entretanto, não se tem como negar que a vontade do legislador ordinário ao buscar a extensão destas regras publicistas aos contratos da seara privada foi, sem laivo de dúvidas, o de assegurar a observância aos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público na celebração destes negócios jurídicos pela Administração Pública, assim como os ínsitos à própria licitação – isonomia, economicidade, impessoalidade e obrigatoriedade de licitar. Objetivou cumprir o Texto Constitucional, devendo ser assim compreendido o seu real sentido e alcance.

Como lecionava Celso Bastos:

(...), não pode o legislador ignorar as normas constitucionais, sob pena de produzir regra jurídica inconstitucional e, por isso, inválida. O sistema a repele como um elemento que lhe é estranho. Por isso, quando vai editar uma lei, o legislador ordinário tem de proceder a uma verdadeira interpretação do dispositivo constitucional, que lhe traça os limites válidos de atuação. Se extrapoladas essas balizas, ou ignoradas outras determinações constitucionais, inclusive as principiológicas, a lei se tornará passível de uma fulminação pelo Poder Judiciário.¹²¹

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro, in.: **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**; 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 68.

Assim sendo, não se tem como sustentar a possibilidade de celebração de contratos locativos, ou mesma a extensão destes, por prazo indeterminado, quando se tem no polo passivo da contratação a Administração Pública.

Rechaça-se, inclusive, e com o devido respeito àqueles que assim lecionam, o argumento de que os contratos de locação imobiliária celebrados pela Administração Pública, por serem em sua maioria celebrados diretamente, com fundamento no artigo 24, inciso X, da Lei de Licitações – típica hipótese de inexigibilidade de licitação –, possibilitam a sua prorrogação por prazo indeterminado, desde que previamente demonstrada a vantajosidade do preço praticado frente a outras opções. A solução apresentada, com a devida vênia, é puramente mecanicista.

Mesmo que a celebração do contrato locativo pela Administração tenha partido da premissa de que inexistia, à época devida, outros imóveis capazes de atender as suas necessidades vitais, a Administração deverá, como já alertado acima, confirmar a presença desta circunstância durante toda a vigência contratual, nesta computadas as eventuais prorrogações.

Quer-se dizer com isto que a presença dos requisitos que possibilitaram a celebração da contratação direta, e que não se resumem a vantajosidade do preço praticado, deverão ser periodicamente confirmados, a fim de se garantir que os termos pactuados estão em consonância com os princípios que regem a atividade administrativa. E isto somente será possível se as prorrogações contratuais forem pactuadas por prazos determinados.

Acresça-se, ainda, que situações similares não poderão ser tratadas de forma distinta¹²². Não se tem como sustentar a possibilidade de prorrogação por prazo indeterminado de contratos locativos, quando forem estes celebrados diretamente, e a sua vedação, quando decorrentes de licitação. Qual seria a razão do *discrímen*, se o interesse público é indisponível para ambas as hipóteses, cabendo ao administrador público unicamente curá-lo? Parece clara a improcedência do raciocínio, dada a ausência de correlação lógica entre o critério eleito para a discriminação e o sistema legal e constitucional vigente.¹²³

¹²² “Não carregueis convosco dois pesos, um pesado e o outro leve, nem tenhais à mão duas medidas, uma longa e uma curta. Usai apenas um peso, um peso honesto e franco, e uma medida, uma medida honesta e franca, para que vivais longamente na terra que Deus vosso Senhor vos deu. Pesos desonestos e medidas desonestas são uma abominação para Deus vosso Senhor”. in. **Bíblia sagrada, livro de Deuteronômio** (25:13-16), que deu origem ao uso da expressão “dois pesos e duas medidas”.

¹²³ “Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade

Portanto, ao se admitir entendimentos desse jaez, estar-se-á não somente permitindo a perpetuação da contratação para estas situações, assim como a violação aos princípios publicistas que norteiam todas as contratações celebradas pela Administração Pública.

O Ministro Benjamin Zymler, ao exarar o seu voto nos autos do TC 013.012/2006-8, embora analisando uma contratação sob a égide do antigo Decreto 2.300/86, que tinha por objeto a prestação de serviços contínuos firmada por prazo indeterminado, seguiu uma linha de raciocínio similar à que ora se adota, como se depreende do trecho abaixo transcrito:

7. Ora, consoante o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. Ou seja, a regra é que administração pública somente efetue contratações depois da realização do prévio procedimento licitatório.

8. É inerente a esse comando constitucional que as contratações públicas devem ter um determinado prazo de vigência, pois, em decorrência de excessivo transcurso de tempo, não há como se garantir que os termos pactuados ainda sejam compatíveis com os princípios ínsitos à realização de licitação – isonomia, economicidade e impessoalidade, dentre outros. Em outras palavras, o passar do tempo impõe a confirmação, mediante nova licitação, de que estão sendo atendidos os preceitos constitucionais referentes às contratações públicas.

(...)

10. Esse raciocínio, destaco, aplica-se mesmo que a contratação original tenha sido realizada sem licitação, pois o passar do tempo impõe a reanálise dos fundamentos que motivaram a contratação direta, inclusive quanto ao preço praticado.¹²⁴

Nestes termos, acredita-se que a inserção de cláusulas editalícias e contratuais que prevejam os prazos de vigência iniciais de referidos ajustes, a possibilidade ou não de eventuais prorrogações, e as respectivas limitações temporárias periódicas e máximas, sempre circunscritas ao interesse público perquirido e, por evidente, a prévia indicação da reserva orçamentária que sustente tal conduta, não somente se perfaz obrigatória, como atende aos princípios constitucionais e legais norteadores da Administração Pública, dentre os quais se

proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correção lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constitucional.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017, p. 22.

¹²⁴ TCU, Acórdão 1.375/2013, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler.

destaca os da legalidade, moralidade, economicidade, impessoalidade e obrigatoriedade de licitar.

CONCLUSÕES FINAIS

Da breve incursão histórica e legislativa realizada inicialmente neste trabalho extraíram-se duas premissas básicas que nortearam todo o seu desenvolvimento e conclusão.

Observou-se, primeiramente, que os contratos locativos de bens imóveis firmados pela Administração estavam longe de serem considerados contratos administrativos, com características próprias e peculiares do regime jurídico-administrativo. Ao contrário. Caracterizavam-se como privados, por sofrerem a incidência de uma disciplina estritamente privada e específica, com viés social e protetivo.

O aprofundamento dos estudos revelou, ainda, que estes mesmos ajustes receberiam, por força de disposição legal expressa, o influxo de normas publicistas, que o afastariam de suas características típicas.

Assentou-se, todavia, que a influência publicista que se encontrava presente nestes contratos não teria o condão de desnaturados, embora acabasse por retirá-los da zona de conforto privatista que os revestia, na medida em que a sua celebração com a Administração Pública imporia o cumprimento de formalidades, regras e princípios públicos, com o objetivo único de preservar o interesse público primário do Estado.

Após serem tecidas rápidas linhas sobre o procedimento administrativo a ser observado pela Administração para a celebração de contratos desse jaez, adentrou-se às peculiaridades que permeiam a vigência e prorrogação dos contratos locativos regidos predominantemente pelo direito privado, identificando os seus pontos vulneráveis e posicionamentos doutrinários e processuais existentes.

Ao cabo desta exposição se chegou as seguintes conclusões:

- a) Os contratos locativos de bens imóveis em que a Administração Pública figurar como locatária, embora regidos predominantemente pelas normas contidas na Lei nº 8.241/91, sofrerão a incidência subsidiária de princípios e regras publicistas, por força do disposto no artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações;
- b) Em razão de o § 3º do artigo 62 da Lei Licitatória não estender a disciplina contida no seu artigo 57 aos contratos locativos, os limites temporais contidos em seu *caput*, que vincula a vigência dos contratos administrativos à

vigência dos respectivos créditos orçamentários, e em seus demais incisos, não os alcançará;

c) Por esta mesma razão, os contratos locativos, embora possuam natureza continuada, não se encontraram submetidos à disciplina contida no inciso II do artigo 57, da Lei de Licitações, que limita a vigência dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos a 60 (sessenta) meses;

d) Como decorrência lógica, a locação de um bem imóvel pelo Poder Público junto a um particular poderá ser estipulada por qualquer prazo, nada obstando que se estenda para além do exercício financeiro, e seja objeto de sucessivas prorrogações, desde que prevista tal possibilidade no ajuste firmado entre as partes contratantes;

e) Prorrogações automáticas e, por conseguinte, tácitas, não serão admissíveis. Toda e qualquer prorrogação contratual dependerá de prévia e ampla justificativa por escrito, autorização da autoridade competente, formalização por termo aditivo ou termo de prorrogação, lavratura na repartição interessada e publicação na imprensa oficial;

f) Os contratos locativos ou eventuais prorrogações contratuais não poderão ser pactuados por prazo indeterminado, em razão da norma geral e proibitória contida no §3º do artigo 57, ambos da Lei de Licitações, também aplicável à espécie contratual.

g) Haverá de existir uma delimitação temporal máxima para a vigência dos contratos locativos, ainda que celebrados para longos períodos de tempo, a fim de não descaracterize a natureza temporária do ajuste, levando a perpetuidade da contratação.

REFERÊNCIAS

AGU. **Orientação Normativa**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189167>> acesso 05/03/2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro, in.: **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**; 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BÍBLIA SAGRADA. **Livro de Deuteronômio**.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **A Administração Pública como Locatária**. BLC, Janeiro/1996.

_____. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 12 de Mar de 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Os contratos administrativos no direito brasileiro**. Disponível em: < <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/download/1594/7>> acesso 05/03/2018.

CARVALHO FIHO, José dos Santos. In.: **Manual de Direito Administrativo**, 30ª ed., ver. Atual. E ampl.. São Paulo. Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Parcerias na Administração Pública**, 11ª ed., Rio de Janeiro, forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, vol. 2, Saraiva, São Paulo, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**, 10 ed., Ed. Fórum, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 15ª ed., Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODILHO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. 1. Tomo: Parte General, 7ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Lei 8.666/1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros França. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; MALUF, Carlos Alberto; TAVARES, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações com a Administração Pública**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Coord. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**, Volume III, 16ª ed., Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Instituições de Direito Civil** – 10. Ed. Forense, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie**, 12ª ed, Revista, atualizada e ampliada, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil contratos**. São Paulo: Atlas, 2017.

ARTIGOS CONSULTADOS

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Interesse público: um conceito a determinar**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-116, jul. 1996. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46803/46180>>. Acesso em: 12 Mar. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Duração dos contratos administrativos: novos paradigmas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 112, p. 23-28, abr. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

PONTES, Larissa de Barros. **A duração dos contratos de locação de imóveis firmados pela Administração Pública**. BLC, Março/2016.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; HADDAD, Luis Gustavo. **Locação, Concessão de uso e Concessão de Direito Real de Uso**. BDA, Fevereiro/2001.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. **Locação de imóveis pela Administração Pública**. BDA, Maio/1999.