

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO



LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



IRENE PATRÍCIA NOHARA
JACINTHO ARRUDA CÂMARA

2ª EDIÇÃO
Revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
APRESENTAÇÃO.....	9
SOBRE A COORDENADORA – MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.....	13
SOBRE OS AUTORES – IRENE PATRÍCIA NOHARA E JACINTHO ARRUDA CÂMARA.....	15
ESTRUTURA DA COLEÇÃO	17
NOTA À 2.ª EDIÇÃO	19

PARTE I LICITAÇÕES

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS – IRENE PATRÍCIA NOHARA	37
CAPÍTULO 1 – NATUREZA JURÍDICA – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....	41
Bibliografia.....	43
CAPÍTULO 2 – OBJETIVOS – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....	45
Bibliografia.....	48
CAPÍTULO 3 – COMPRAS VERDES – IRENE PATRÍCIA NOHARA	49
Bibliografia.....	54
CAPÍTULO 4 – TRATAMENTO DAS LICITAÇÕES NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....	55
1. Licitações nos Estados Unidos	56

2. Licitações na Europa	63
3. Licitações na Argentina	69
4. Licitações no Uruguai.....	72
5. Bibliografia	76

CAPÍTULO 5 – HISTÓRICO DAS TRANSFORMAÇÕES NO TRATAMENTO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL – IRENE PATRÍCIA NOHARA

1. Dec. 2.926/1862	78
2. Código de Contabilidade da União: Dec. 4.536/1922.....	80
3. Dec.-lei 200/1967.....	82
4. Dec.-lei 2.300/1986.....	84
5. Constituição de 1988 e a Lei 8.666/1993.....	85
6. Bibliografia	86

CAPÍTULO 6 – SUJEIÇÃO À DISCIPLINA DA LICITAÇÃO – IRENE PATRÍCIA NOHARA

1. Entes que devem licitar	89
2. Organizações sociais (OS).....	91
3. Organização da sociedade civil de interesse público (Oscip)	93
4. Serviços sociais autônomos.....	95
5. Corporações profissionais	97
6. Bibliografia	98

CAPÍTULO 7 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DEVER DE LICITAR – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....

Bibliografia.....	103
-------------------	-----

CAPÍTULO 8 – PRINCÍPIOS – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....

1. Legalidade	106
2. Impessoalidade.....	108
3. Moralidade	109
4. Igualdade.....	111
5. Publicidade	112
6. Proibição administrativa	115
7. Vinculação ao instrumento convocatório	117
8. Julgamento objetivo	117

CAPÍTULO 15 – MODALIDADES – IRENE PATRÍCIA NOHARA	201
1. Concorrência	201
2. Tomada de Preços.....	203
3. Convite	204
4. Concurso	205
5. Leilão	206
6. Pregão	207
6.1 Vantagens	207
6.2 Definição e características	208
6.3 Disciplina legal	212
6.4 Formas	213
6.5 Pregoeiro e equipe de apoio	215
6.6 Procedimento presencial.....	216
6.7 Procedimento eletrônico	218
6.8 Debate jurídico acerca do uso de <i>software</i> em pregão eletrônico	220
7. Bibliografia	222
 CAPÍTULO 16 – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – IRENE PATRÍCIA NOHARA	 225
Bibliografia.....	229
 CAPÍTULO 17 – TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – IRENE PATRÍCIA NOHARA.....	 231
1. Pequenas empresas e desenvolvimento nacional sustentável	231
2. Acesso aos mercados pela LC 123/2006	233
3. Inspiração no modelo norte-americano.....	234
4. Disciplina legal do tratamento favorecido.....	239
5. Licitação destinada às pequenas empresas e restrições aos favorecimentos	243
6. Bibliografia	244
 CAPÍTULO 18 – MARGEM DE PREFERÊNCIA AOS PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS – IRENE PATRÍCIA NOHARA	 245
Bibliografia.....	249

CAPÍTULO 19 – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE LICITAÇÃO – IRENE PATRÍCIA NOHARA	251
1. Licitações nas concessões comuns	251
2. Licitações nas parcerias público-privadas	254
3. Licitações para serviços de publicidade	256
4. Licitação na área de defesa	259
5. Licitação nas estatais	264
6. Bibliografia	273
 CAPÍTULO 20 – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – IRENE PATRÍCIA NOHARA	 275
1. Surgimento	275
2. Críticas materiais	276
3. Inovações	277
4. Objeto	279
5. Regime de contratação integrada	281
6. Procedimento	284
6.1 Fase preparatória	285
6.2 Instrumento convocatório	286
6.3 Propostas ou lances	289
6.4 Julgamento	290
6.5 Habilitação	292
6.6 Fase recursal	293
6.7 Encerramento	294
7. Procedimentos auxiliares	295
8. Sanções administrativas	298
9. Bibliografia	299
 CAPÍTULO 21 – CRÍTICAS AO SISTEMA DAS LICITAÇÕES BRASILEIRO E SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO EM TRÂMITE – IRENE PATRÍCIA NOHARA	 301
1. Burocratismo <i>versus</i> instrumentalidade nas contratações	301
2. Distintas correntes	306
3. Contra o uso distorcido do menor preço	310
4. Alteração em trâmite da Lei de Licitações	312
5. Bibliografia	315

PARTE II
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO 1 – UNIVERSO DOS CONTRATOS PÚBLICOS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA 319

1. Introdução..... 319

2. A celeuma sobre a existência e o conceito dos contratos administrativos 322

2.1. A dicotomia contrato administrativo e contrato privado da Administração. Sua origem e a necessidade de relativizar sua relevância no direito administrativo brasileiro..... 323

2.2. Pactos com prerrogativas especiais em favor da Administração podem ser considerados contratos? 326

2.3 A Administração pode celebrar contratos sem prerrogativas especiais?..... 329

2.4 Síntese das opções adotadas no trabalho..... 332

3. Contratos administrativos no direito positivo brasileiro..... 333

4. Bibliografia 335

CAPÍTULO 2 – ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA..... 337

1. Introdução..... 337

2. Alteração unilateral – Uma prerrogativa pública mitigada 338

2.1 Concordância do contratado para alteração das cláusulas econômico-financeiras 339

2.2 Preservação da natureza do objeto contratual..... 341

2.3 Delimitação das hipóteses sujeitas à modificação unilateral 341

3. O equilíbrio econômico-financeiro 343

3.1 Equilíbrio econômico-financeiro como condicionante de alterações contratuais 344

3.2 Equilíbrio econômico-financeiro como causa de mudanças contratuais.... 344

4. Repartição de riscos nos contratos administrativos 346

5. Variação do valor do contrato como limite às alterações contratuais..... 348

5.1 A limitação atinge alterações qualitativas e quantitativas?..... 349

5.2 Como contabilizar a variação no valor do contrato? 350

5.3 Exceções ao limite de variação no valor do contrato..... 352

6. Necessidade de preservação do desconto 352

7. Bibliografia 354

CAPÍTULO 3 – O PRAZO NOS CONTRATOS PÚBLICOS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA

CÂMARA	357
1. Introdução	357
2. A função do prazo nos diferentes tipos de contrato	358
3. Prazos na Lei 8.666/1993	359
3.1 Contratos regidos predominantemente pelo direito privado	359
3.2 Contratos que não provocam despesas orçamentárias	360
3.3 Contratos autorizados a exceder a duração dos respectivos créditos orçamentários	361
3.4 Prorrogação de prazo	362
3.5 Contratos executados além do prazo (quase-contratos)	363
4. Concessões comuns	363
4.1 Prorrogação	364
4.1.1 A prorrogação é um direito ou uma faculdade?	365
4.2 Extensão de prazo	366
5. Parcerias Público-Privadas	367
6. Modelos contratuais com regras especiais quanto a prazos	369
6.1 Concessões de radiodifusão	369
6.2 Concessões Minerárias	370
7. Conclusão	371
8. Bibliografia	371

CAPÍTULO 4 – RESCISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA

ARRUDA CÂMARA	373
1. Introdução	373
2. Espécies de rescisão	374
3. Hipóteses de rescisão unilateral	375
3.1 Motivos de rescisão provocados pelo contratado	377
3.1.1 Descumprimento do contrato	378
3.1.2 Descumprimento de requisitos subjetivos da contratação	379
3.2 Fatores alheios à atuação das partes	381
3.3 Interesse público	381
3.4 Devido processo	382
4. Hipóteses de rescisão imputadas à Administração	383
5. Consequências da rescisão contratual	385

6. A indenização ao contratado na rescisão por interesse público.....	386
7. Bibliografia	391

CAPÍTULO 5 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA.....

1. O que são contratos administrativos inválidos?.....	393
1.1 O objeto da invalidação	396
2. Competência para invalidar contratos administrativos	399
3. Efeitos da invalidação (variáveis do problema)	401
3.1 O momento da invalidação.....	402
3.2 Quem deu causa à invalidação do contrato	403
3.3 A natureza do objeto do contrato inválido	403
4. A invalidação de contratos não executados	404
4.1 Invalidade por culpa exclusiva da Administração	405
4.2 Invalidade por culpa do ex-contratado.....	406
4.3 Invalidade por culpa concorrente.....	406
5. A invalidação de contratos já executados.....	408
5.1 Invalidade por culpa exclusiva da Administração	409
5.1.1 A reversibilidade do objeto já executado	409
5.2 Invalidade por culpa do ex-contratado (incluindo a culpa concorrente).....	410
5.2.1 A culpa qualificada pela má-fé do contratado.....	413
5.2.2 A culpa desqualificada (sem caracterização de má-fé)	414
5.2.3 A reversibilidade do objeto já executado	416
5.2.4 O benefício da prestação executada.....	417
5.2.5 A subjetividade do comportamento culposos.....	418
6. O valor da indenização.....	419
6.1 A questão dos lucros cessantes.....	420
6.2 O lucro como componente da indenização pelos danos emergentes	422
6.3 O valor da indenização quando esta for devida em virtude da aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa	423
7. Bibliografia	424

CAPÍTULO 6 – CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E AFINS – JACINTHO ARRUDA CÂMARA.....

1. Introdução.....	427
2. Espécies de concessão de serviço público ou obra pública.....	428

3. Peculiaridades das PPPs	429
3.1 Requisitos mínimos para celebração dos contratos	430
3.2 Remuneração paga pelo parceiro público.....	431
3.3 Garantias oferecidas ao parceiro privado.....	431
3.4 Obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito específico	432
3.5 Regras de proteção ao financiador	433
4. Regime tarifário	434
4.1 Modos de fixação da tarifa	436
4.2 Mecanismos de alteração das tarifas	437
4.3 Reajuste	439
4.3.1 A periodicidade do reajuste	440
4.3.2 A aplicação dos reajustes.....	441
4.3.3 A fixação de índices ou fórmulas de reajuste no contrato	442
4.3.4 Alteração em índices e fórmulas de reajuste	444
4.4 Revisão	445
4.4.1 Hipóteses gerais de aplicação da revisão tarifária.....	446
4.4.1.1 A álea ordinária das concessões	446
4.4.1.2 Álea extraordinária	451
4.4.2 A regulamentação e a procedimentalização da revisão de tarifas	455
5. Responsabilidade da concessionária.....	457
6. Transferência da concessão.....	458
7. Reversibilidade dos bens	460
8. Formas de extinção.....	461
8.1 Encampação	462
8.2 Caducidade	462
8.3 Rescisão	463
8.4 Anulação	464
9. Permissões de serviços públicos	464
10. Autorizações de serviços públicos	466
10.1 A autorização na doutrina brasileira.....	467
10.2 Autorização no direito comparado contemporâneo	469
10.3 As autorizações e a teoria geral do direito administrativo	471
11. Concessão de uso de bem público	471
12. Franquias postais.....	473
12.1 O monopólio da ECT e a terceirização	473

12.2 As franquias postais violam o monopólio?.....	476
12.2.1 Os franqueados atuam em nome da ECT	480
12.2.2 A tarifa remunera os serviços da ECT e não o das franqueadas.....	481
12.2.3 A responsabilidade da ECT perante os usuários dos serviços postais	482
13. Bibliografia	483

**CAPÍTULO 7 – CONTRATAÇÕES PARA INFRAESTRUTURA PÚBLICA – JACINTHO
ARRUDA CÂMARA..... 487**

1. Introdução (análise comparativa de estruturas contratuais).....	487
2. Contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993	489
2.1 Investimento público	490
2.2 Projeto básico	491
2.3 Riscos do projeto assumidos pelo Poder Público	491
2.4 Modelos de contratação.....	492
2.5 Critério de julgamento da licitação	494
3. Regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/2011)	495
3.1 O conceito de contratação integrada e a mudança na concepção dos projetos.....	496
3.2 Transferência dos riscos inerentes ao projeto.....	498
3.3 Critério de julgamento da licitação	499
3.4 Remuneração variável.....	500
4. Concessão de serviço público (Lei 8.987/1995).....	500
4.1 Concessão de serviço interventiva	502
4.2 Concessão de serviço liberal	504
5. Parceria Público-Privada (Lei 11.079/2004).....	505
6. Consórcio público e contrato de programa (Lei 11.107/2005)	508
7. Bibliografia	509

**CAPÍTULO 8 – CONTRATOS, AJUSTES E ACORDOS ENTRE ENTES ADMINI-
STRATIVOS E ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS – JACINTHO ARRUDA
CÂMARA..... 511**

1. Introdução.....	511
2. Convênios.....	513
3. Consórcios Públicos	515
3.1 Contrato de rateio.....	517

3.2	Convênio de cooperação	517
3.3	Contrato de programa	518
4.	Contrato de gestão.....	521
5.	Termos de parceria	523
6.	Termos de colaboração e de fomento	523
7.	Bibliografia	525
OUTRAS OBRAS DOS AUTORES		527