



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Novo regime jurídico dos contratos das empresas estatais

*New legal arrangements for state companies contracts*

Vladimir da Rocha França; Catarina Cardoso Souza França

**Resumo:** O objetivo do presente ensaio é descrever e analisar as normas jurídicas veiculadas pela Lei Federal nº 13.303/2016, pertinentes aos contratos celebrados por empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias), com o emprego da metodologia preconizada pela dogmática jurídica (ou Ciência do Direito em sentido estrito). Pode-se identificar as seguintes derogações de Direito Público no regime jurídico dos contratos disciplinados pela Lei Federal nº 13.303/2016: (i) a exigência de prévio processo administrativo para a celebração do negócio jurídico; (ii) o direito da empresa estatal de exigir garantias do contratado e (iii) a competência da empresa estatal para aplicar sanções administrativas ao contratado. No mais, esses contratos das empresas estatais estão sujeitos ao regime jurídico de Direito Privado. Portanto, o contratante tem os mesmos direitos do particular, ressalvadas aquelas prerrogativas especiais que a lei ainda lhe reconhece – direitos estes que não perdem o seu caráter instrumental em face do interesse público, até mesmo por injunção do princípio da função social do contrato.

**Palavras-chave:** Administração Pública; empresas estatais; empresas públicas; sociedades de economia mista; contratos administrativos.

**Abstract:** The objective of this essay is to describe and analyze the legal norms published by Federal Law 13,303/2016, pertinent to contracts entered into by state-owned companies (public companies, mixed-capital companies and their subsidiaries), using the methodology recommended by the Legal Dogmatic (or Law Science in the strict sense). The following Public Law exemptions can be identified in the legal regime of contracts governed by Federal Law 13,303/2016: (i) the requirement of prior administrative proceedings to conclude the legal transaction; (ii) the right of the state-owned company to demand guarantees from the contractor; and, (iii) the state-owned company's ability to apply administrative sanctions to the contractor. In addition, these contracts of state-owned enterprises are subject to the legal regime of Private Law. Therefore, the contractor has the same rights as the individual, except for those special prerogatives that the law still recognizes. These rights do not lose their instrumental character in the face of public interest, even by injunction of the principle of the social function of the contract.

**Keywords:** Public administration; State-owned companies; public companies; mixed-capital companies; administrative contracts.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i1p72-93>

**Artigo submetido em:** novembro de 2018 / **Aprovado em:** janeiro de 2019.

## NOVO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

Vladimir da Rocha FRANÇA\*

Catarina Cardoso Souza FRANÇA\*\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 As empresas estatais no sistema do Direito Positivo; 3 Sobre os contratos da Administração Pública; 4 Regime jurídico dos contratos das empresas estatais; 4.1 Âmbito de incidência do regime jurídico contratual da Lei Federal nº 13.303/2016; 4.2 Requisitos procedimentais e formalização do contrato; 4.3 Sobre a alteração do contrato; 4.4 Sanções administrativas; 4.5 Subcontratação; 4.6 As responsabilidades do contratado em face de terceiros e da contratante; 4.7 Sobre a extinção do contrato; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.*

### 1. Introdução

Com a finalidade de cumprir o disposto no art. 173, § 1º,<sup>1</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil – Constituição Federal –, foi promulgada e publicada a Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016<sup>2</sup>. Esse diploma legal trouxe uma profunda reformulação no regime jurídico das empresas constituídas pelo Estado no sistema do Direito Positivo brasileiro<sup>3</sup>.

Dentre as inovações promovidas pela Lei Federal nº 13.303/2016, merece destaque a nova disciplina que ela institui para os contratos celebrados por essas entidades administrativas.

---

\* Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

\*\* Advogada. Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professora dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Potiguar, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte.

<sup>1</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 173. (...) § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

<sup>2</sup> “Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

<sup>3</sup> Entenda-se por *sistema do Direito Positivo* como o conjunto de normas jurídicas postas ou reconhecidas pelo Estado, que têm por fundamento último de validade a Constituição em vigor (cf. KELSEN, 1991; KELSEN, 1992; VILANOVA, 1997; e VILANOVA, 2000). Mas não se perca de vista que a norma jurídica é resultante da irradiação dos valores sobre os fatos (cf. REALE, 1996; e REALE, 1999)

O objetivo do presente ensaio é descrever e analisar as normas jurídicas<sup>4</sup> veiculadas pela Lei Federal nº 13.303/2016, pertinentes aos contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Doravante, essas entidades serão denominadas em conjunto de *empresas estatais*. Nesse escopo, emprega-se a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica<sup>5</sup>.

## 2. As empresas estatais no sistema do Direito Positivo

Na Constituição Federal, prevê-se a possibilidade de o Estado criar *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, bem como *empresas subsidiárias* dessas entidades, na forma da lei.<sup>6</sup> Destinam-se à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviços públicos, observada a esfera de competência federativa do ente instituidor<sup>7</sup>.

Todas elas são pessoas jurídicas de Direito Privado de natureza empresarial que integram a Administração Indireta do ente federativo instituidor e, portanto, sujeitas à tutela administrativa do órgão competente da Administração Direta (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; CARVALHO FILHO, 2017)<sup>8</sup>. Como são sociedades empresariais, essas entidades somente assumem personalidade jurídica quando há o registro dos respectivos atos constitutivos no órgão notarial competente (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; CARVALHO FILHO, 2017; e LÔBO, 2013)<sup>9</sup>.

Para a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, exige-se que a lei autorize o Estado a fazê-lo, indicando-se também o interesse público que justifica tal providência<sup>10</sup>. Em se tratando da criação de empresa subsidiária ou de par-

---

<sup>4</sup> A *norma jurídica* é uma proposição identificada a partir de enunciado(s) do sistema do Direito Positivo, dotada da seguinte estrutura lógica: (i) hipótese ou antecedente, no qual há a descrição de um evento ou conduta de possível ocorrência na realidade – o *suporte fático*; (ii) e mandamento ou consequente, em que há a prescrição de um efeito jurídico, que se realizará nesse sistema normativo caso todos os elementos do suporte fático se configurem concretamente (cf. MELLO, 2014a; VILANOVA, 1997; e VILANOVA, 2000). Uma vez concretizado o suporte fático delineado na hipótese, há a incidência da norma jurídica, aquele se converte em *fato jurídico* e, concomitantemente, surge no sistema do Direito Positivo o efeito jurídico prescrito no mandamento (cf. MELLO, 2014a; e VILANOVA, 2000). O *efeito jurídico* pode ser uma situação jurídica ou uma relação jurídica. Naquela, atribui-se uma qualidade ou atributo a algo ou alguém; nesta, uma conduta é qualificada como obrigatória, proibida ou permitida entre pelo menos dois sujeitos de direito (cf. MELLO, 2014c; e VILANOVA, 2000).

<sup>5</sup> Na Dogmática Jurídica, há a ênfase na dimensão normativa do sistema do Direito Positivo, partindo-se da premissa de que este ordenamento normativo é legítimo e socialmente reconhecido como uma ordem jurídica (cf. REALE, 1996; VILANOVA, 1997; e VILANOVA, 2000).

<sup>6</sup> Vide o art. 37, *caput*, XIX e XX, e o art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal. Vide o art. 2º da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>7</sup> Vide o art. 21, X, XI, XII e XXIII, o art. 25, §§ 1º e 2º, o art. 30, V, art. 173, art. 175, e art. 177, todos da Constituição Federal. Vide os arts. 1º a 4º da Lei Federal nº 13.303/2016. Sobre a matéria, consultar: GRAU, 2015; e MARTINS, 2017.

<sup>8</sup> Vide o art. 37, *caput*, XIX e XX, e o art. 173, §§ 1º e 2º, ambos da Constituição Federal. Vide o art. 44, II, os arts. 966 e 967, e os arts. 981 a 985, todos da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Institui o Código Civil”). Vide os arts. 3º e 4º da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>9</sup> Vide o art. 967 do Código Civil.

<sup>10</sup> Vide art. 37, XIX, da Constituição Federal. Vide art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

ticipação da empresa estatal em empresa privada, também se demanda autorização em lei, sem prejuízo da demonstração dessa medida<sup>11</sup>.

O capital social da empresa pública deve ser integralmente estatal, com controle acionário do ente instituidor, nos termos do art. 3º<sup>12</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016. Já a sociedade de economia mista somente pode assumir a forma de sociedade anônima, sendo o seu capital social formado pela conjugação de recursos públicos com recursos privados, com controle societário do ente instituidor, conforme o art. 4º<sup>13</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016.

A atuação da empresa estatal deve conciliar os princípios constitucionais da Administração Pública<sup>14</sup> com a realidade do mercado e os princípios básicos da Economia. Além disso, a empresa estatal tem uma função social a cumprir, consubstanciada no art. 27<sup>15</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016.

---

<sup>11</sup> Vide o art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>12</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

<sup>13</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

<sup>14</sup> Vide o art. 5º, LIV, § 2º, o art. 37, *caput*, e § 6º, todos da Constituição Federal.

<sup>15</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte: I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, es-

Não se deve perder de vista que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica são instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico, que devem ser voltados naturalmente à execução de políticas públicas previamente estabelecidas em lei (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; GRAU, 2015; MARTINS, 2011; e MARTINS 2017).

As empresas estatais prestadoras de serviços públicos também se justificam para a concretização de políticas públicas, com a ponderação de que elas atuam em campo que a Constituição Federal já reserva ao Estado (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; GROTTI, 2003; e MARTINS, 2011). Nesse sentido, a opção pela empresa estatal deve ser a melhor no atendimento das necessidades dos usuários desses serviços, à luz do princípio da eficiência administrativa<sup>16</sup>.

### 3. Sobre os contratos da Administração Pública

O contrato é um fato jurídico cujo suporte fático é constituído pelo encontro de uma exteriorização consciente de vontade – a oferta – com outra – a aceitação, perfazendo uma nova exteriorização volitiva, mediante o qual se viabiliza a determinação de uma relação jurídica em intensidade e extensão determinada livremente pelas partes em ajuste, dentro dos limites estabelecidos em lei, inviolável pelo Estado e pela sociedade, cuja efetividade é assegurada pela tutela jurisdicional (cf. MELLO, 2014a; 2014c; e LÔBO, 2014). Em rigor, trata-se de um *negócio jurídico*<sup>17</sup> que nasce da conjugação de dois negócios jurídicos unilaterais.

A Constituição Federal admite a possibilidade da celebração de contratos pela Administração Pública<sup>18</sup>, reforçada pela edição de diplomas legais que disciplinam o exercício da capacidade negocial do Estado<sup>19</sup>.

---

portivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

<sup>16</sup> Vide o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>17</sup> Adota-se aqui a seguinte definição de negócio jurídico:

“(...) *negócio jurídico* é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico” (MELLO, 2014a, p. 245) (grifo no original).

<sup>18</sup> Vide o art. 22, XXVII, o art. 37, *caput*, XXI, § 8º, o art. 39, § 2º, o art. 54, I, “a”, e II, “a”, o art. 71, § 1º, o art. 109, III, o art. 175, o art. 199, § 1º, da Constituição Federal. Vide o art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>19</sup> Vide o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (“Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências”). Vide a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”). Vide a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”). Vide a Lei Federal nº 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 providên-

Convém anotar que deve se entender por Administração Pública as pessoas jurídicas de Direito Público<sup>20</sup> e as pessoas jurídicas de Direito Privado instituídas por aquelas<sup>21</sup> ou que exercem atividade administrativa<sup>22</sup> que lhes foi delegada (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; DI PIETRO, 2015; e CARVALHO FILHO, 2017)<sup>23</sup>.

A simples presença da Administração Pública como uma das partes do contrato naturalmente traz a incidência dos princípios do regime jurídico-administrativo, ainda que estes tenham que conviver e sejam redimensionados para garantir sua harmonia com os princípios do regime jurídico civil, empresarial ou trabalhista, conforme o caso. Trata-se de injunção dos interesses públicos, que justificam a própria existência da Administração Pública e devem orientar a ação desta.

Tem-se reconhecido duas modalidades de contratos da Administração Pública: (i) os *contratos de Direito Privado da Administração Pública*; e, (ii) os *contratos administrativos* (cf. DI PIETRO, 2015; e CARVALHO FILHO, 2017).

O contrato de Direito Privado da Administração está sujeito predominantemente ao regime jurídico civil, empresarial ou trabalhista, naquilo que ele seja compatível com os princípios do regime jurídico-administrativo (cf. DI PIETRO, 2015; CARVALHO FILHO, 2017).

Por sua vez, o contrato administrativo está submetido integralmente ao regime jurídico-administrativo, havendo a incidência de normas de Direito Privado quando aquele for omissivo (cf. DI PIETRO, 2015; e CARVALHO FILHO, 2017)<sup>24</sup>.

Os contratos da Administração Pública devem ser precedidos de licitação, ressalvados os casos nos quais a lei permite a contratação direta sem processo concorrencial<sup>25</sup>. Por conseguinte, todos esses negócios jurídicos têm em comum o fato de que devem ser precedidos de processo administrativo para serem validamente celebrados.

---

cias"). Vide a Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Institui o Código Civil"). Vide a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 ("Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública"). Vide a Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005 ("Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências"). Sobre a matéria, consultar: GUIMARÃES, 2017; e SAAD, 2017.

<sup>20</sup> Vide o art. 1º, o art. 18 e o art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Vide o art. 41 do Código Civil.

<sup>21</sup> Vide o art. 37, *caput*, e XIX, da Constituição Federal. Recorde-se que as empresas subsidiárias, embora instituídas por empresas estatais, não devem ser afastadas do conceito de Administração Pública, haja vista o seu regime jurídico.

<sup>22</sup> A função administrativa é a atividade do Estado (ou de quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), desenvolvida numa posição de autoridade, que compreende a expedição de atos jurídicos complementares à lei (ou excepcionalmente à própria Constituição Federal), destinados à concretização dos interesses públicos, e sujeitos ao controle jurisdicional (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; e FRANÇA, 2007).

<sup>23</sup> Vide o art. 175 da Constituição Federal. Há também a possibilidade de pessoas naturais atuarem como delegados do Poder Público, nos termos do art. 236 da Constituição Federal.

<sup>24</sup> Vide o art. 54 da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>25</sup> Vide o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Enquanto nos contratos de Direito Privado a Administração Pública tem as mesmas prerrogativas do administrado, colocando-se em igualdade formal com a outra parte, nos contratos administrativos, reconhecem-se, àquela, prerrogativas que jamais seriam ordinariamente admitidas num contrato privado a uma das partes. Essas prerrogativas são tradicionalmente denominadas *cláusulas exorbitantes* ou *cláusulas de privilégio* (cf. CARVALHO FILHO, 2017; DI PIETRO, 2015; e GUIMARÃES, 2017).

As referidas prerrogativas são, como todo e qualquer poder conferido à Administração Pública, instrumentais à luz dos interesses públicos (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014). Devem ser instituídas por lei e constituem cláusulas obrigatórias do contrato administrativo, sob pena de nulidade.

No sistema do Direito Positivo, costuma-se outorgar as seguintes prerrogativas para a Administração Pública no contrato administrativo: (i) a modificação unilateral do negócio para adequá-lo a fatos supervenientes à celebração, respeitada a garantia do equilíbrio econômico-financeiro<sup>26</sup>; (ii) a extinção unilateral do negócio jurídico, fundada no inadimplemento voluntário ou involuntário do contratado<sup>27</sup>, em razões de conveniência<sup>28</sup> ou na presença de invalidade<sup>29</sup>; (iii) a disciplina e a fiscalização da execução do negócio<sup>30</sup>; (iv) a aplicação de sanções administrativas<sup>31</sup>; (v) a exigência de garantia do contratado<sup>32</sup>; (vi) a intervenção ou a retomada do objeto negociado, para garantir a continuidade de serviço público<sup>33</sup>.

Em todos esses casos, a Administração Pública deve observar os princípios da motivação<sup>34</sup> e do devido processo legal<sup>35</sup>, para a proteção do contratado contra o arbí-

---

<sup>26</sup> Vide o art. 58, I, §§ 1º e 2º, e art. 65, I, e §§ 1º a 6º, todos da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 9º, e o art. 23, IV e V, ambos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>27</sup> Vide o art. 55, VIII e IX, o art. 58, II, o art. 77, o art. 78, I a XI, o art. 79, I, § 1º, e o art. 80, da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 23, IX, art. 29, IV, e o art. 35, III e VI, e o art. 37, todos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>28</sup> Vide o art. 55, VIII e IX, o art. 58, II, o art. 78, XII, o art. 79, I, § 2º, e art. 80, todos da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 23, IX, o art. 29, IV, o art. 35, II, e o art. 37, todos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>29</sup> Vide o art. 59 da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 35, V, da Lei Federal nº 8.987/1995. Vide os arts. 53 a 55 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”). Vide a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>30</sup> Vide o art. 58, III, da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 29, I, VI e VII, e art. 30, ambos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>31</sup> Vide o art. 55, VII, e o art. 58, IV, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 23, VIII, e o art. 29, II, ambos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>32</sup> Vide o art. 56 da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 35, parágrafo único, II, da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>33</sup> Vide o art. 58, V, da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide o art. 23, VII e X, o art. 29, III, os arts. 32 a 34, e o art. 35, §§ 1º a 4º, todos da Lei Federal nº 8.987/1995.

<sup>34</sup> Vide o art. 1º, *caput*, II, o art. 5º, LIV e LV, § 2º, e o art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal. Vide o art. 78, parágrafo único, da Constituição Federal. Vide o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, e o art. 50, todos da Lei Federal nº 9.784/1999.

<sup>35</sup> Vide o art. 5º, LIII a LVII, e § 2º, da Constituição Federal. Vide o art. 78, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993. Vide a Lei Federal nº 9.784/1999.

trio estatal. Recorde-se que o exercício dessas competências se realiza mediante *ato administrativo*<sup>36</sup>.

#### 4. Regime jurídico dos contratos das empresas estatais

##### 4.1. Âmbito de incidência do regime jurídico contratual da Lei Federal nº 13.303/2016

Levando-se em consideração o disposto no art. 173, § 1º, II e III, da Constituição Federal, e o art. 28<sup>37</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016, o regime instituído por este diploma legal não tem incidência sobre os contratos de consumo e contratos de trabalho que envolvam as empresas estatais. Esses negócios jurídicos, por sua vez,

---

<sup>36</sup> O *ato administrativo* constitui o ato jurídico complementar à lei (ou excepcionalmente à própria Constituição), expedido pelo Estado (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas públicas, que se destina à concretização de interesse público e se encontra sujeito ao controle jurisdicional (cf. FRANÇA, 2007; FRANÇA, 2017). Há duas modalidades de ato administrativo: (i) o ato jurídico administrativo em sentido estrito, no qual os efeitos jurídicos já estão previamente prescritos em lei; e, (ii) o negócio jurídico administrativo, em que a lei confere ao emissor a possibilidade de redimensionar o surgimento, a intensidade e a extensão dos efeitos jurídicos que o ato deflagra no sistema do Direito Positivo, observados os limites estabelecidos em lei (cf. FRANÇA, 2017). O suporte fático de todas elas têm em comum no seu cerne a presença de exteriorização consciente de vontade da Administração Pública, ordenada à produção de efeitos jurídicos. No ato jurídico administrativo em sentido estrito, os efeitos jurídicos já se encontram exaustivamente determinados em lei. Já no negócio jurídico administrativo, assegura-se ao emissor a liberdade de escolha quanto ao surgimento, à intensidade ou à extensão do efeito jurídico, observados os limites estabelecidos em lei.

<sup>37</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

continuam sujeitos, respectivamente, ao regime jurídico consumerista<sup>38</sup> e ao regime jurídico trabalhista<sup>39</sup>.

Ao se examinar o art. 68<sup>40</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016, é plenamente justificável a tendência em identificarem-se os contratos referidos no art. 28 do mesmo diploma legal como contratos de Direito Privado da Administração Pública. No caso, seriam contratos civis dependendo do objeto.

Entretanto, para se concluir nesse sentido, é preciso aferir em que grau houve a derrogação das normas de Direito Privado por parte da Lei Federal nº 13.303/2016 para afastar esses negócios jurídicos do regime jurídico dos contratos administrativos.

Nesses contratos, a empresa estatal está na posição de *contratante* e o administrado, de *contratado*.

#### 4.2. Requisitos procedimentais e formalização do contrato

A celebração dos contratos regidos pela Lei Federal nº 13.303/2016 deve ser precedida de processo administrativo, sob pena de nulidade<sup>41</sup>. Este pode ser o processo de licitação<sup>42</sup>, o processo de dispensa de licitação<sup>43</sup> ou o processo de inexigibilidade de licitação<sup>44</sup>. Nos dois últimos casos, há uma inequívoca vinculação entre o negócio jurídico e o ato administrativo que determinou sua realização<sup>45</sup>.

Expedido o ato administrativo que autoriza a contratação, o futuro contratado deve ser convocado pela empresa estatal para celebrar o negócio jurídico autorizado no prazo e condições estabelecidos naquele ato jurídico e, conforme o caso, no edital da licitação<sup>46</sup>.

O prazo para que o escolhido pela Administração Pública atenda à referida convocação é prorrogável uma vez por igual período<sup>47</sup>. Caso não o faça dentro desse lap-

---

<sup>38</sup> Vide o art. 5º, XXXII, e o art. 170, V, ambos da Constituição Federal. Vide o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vide a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (“Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”).

<sup>39</sup> Vide os arts. 6º a 11 da Constituição Federal. Vide o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (“Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho”).

<sup>40</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.

<sup>41</sup> Vide o art. 166, V, do Código Civil. Vide o art. 62, §§ 2º e 4º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>42</sup> Vide os arts. 51 a 67 da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>43</sup> Vide o art. 29 da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>44</sup> Vide o art. 30 da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>45</sup> Vide o art. 69, VIII, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>46</sup> Vide o art. 31, *caput*, e o art. 75, *caput*, todos da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>47</sup> Vide o art. 75, parágrafo único, da Lei Federal nº 13.303/2016.

so, há a decadência do direito de contratação do vencedor da licitação ou do selecionado mediante processo de contratação direta<sup>48</sup>.

As *cláusulas necessárias* do contrato estão prescritas no art. 69<sup>49</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016. Caso sejam omitidas ou defeituosamente redigidas, o contrato fica passível de invalidação por nulidade<sup>50</sup>. Outras, além das já previstas nesse elenco legal, devem ser acrescidas conforme as necessidades do caso concreto (cf. GUIMARÃES; SANTOS, 2017).

Se o objeto ensejar a criação de propriedade intelectual, o instrumento negocial deve igualmente tratar da matéria, observado o art. 80<sup>51</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016.

Apresentando disciplina similar àquela prevista para os contratos administrativos<sup>52</sup>, o art. 70<sup>53</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016 assegura à contratante a possibili-

---

<sup>48</sup> Vide os arts. 207 a 211 do Código Civil. Vide o art. 75, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>49</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: 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, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento; V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68; VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas; VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos; VIII - a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor; IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório; X - matriz de riscos.

§1º (VETADO).

§ 2º Nos contratos decorrentes de licitações de obras ou serviços de engenharia em que tenha sido adotado o modo de disputa aberto, o contratado deverá reelaborar e apresentar à empresa pública ou à sociedade de economia mista e às suas respectivas subsidiárias, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo”.

<sup>50</sup> Vide o art. 104, III, o art. 107, e o art. 166, IV, todos do Código Civil.

<sup>51</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 80. Os direitos patrimoniais e autorais de projetos ou serviços técnicos especializados desenvolvidos por profissionais autônomos ou por empresas contratadas passam a ser propriedade da empresa pública ou sociedade de economia mista que os tenha contratado, sem prejuízo da preservação da identificação dos respectivos autores e da responsabilidade técnica a eles atribuída”.

<sup>52</sup> Vide o art. 56 da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>53</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo.

dade de exigir garantia do contratado nos negócios jurídicos cujo objeto envolva obra, serviço ou compra. Este, por sua vez, poderá escolher uma das garantias previstas na lei em favor do contratado.

A escolha do contratante pela exigência de garantia deve guardar pertinência com a complexidade e o vulto do objeto, haja vista seu custo para o contratado (cf. GUIMARÃES; SANTOS, 2017).

Crê-se, aqui, que as normas jurídicas veiculadas pelo art. 70 da Lei Federal nº 13.303/2016 não incidem nos contratos referidos no art. 28, § 3º, desse mesmo diploma legal. Pensar o contrário, com a devida vênia, comprometeria a eficiência da atuação da empresa estatal no mercado.

Em regra, o prazo de vigência do contrato não deve exceder cinco anos, contado de sua celebração, ressalvadas as seguintes situações: (i) negócios jurídicos associados a projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; e, (ii) nos casos em que a pactuação por prazo superior a cinco anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio<sup>54</sup>.

O contrato da empresa estatal com prazo de vigência indeterminado é vedado,<sup>55</sup> tal como se prescreve para o contrato administrativo<sup>56</sup>.

Se o contrato da empresa estatal for celebrado com prazo de vigência indeterminado, ou com prazo que exceda o limite legal, esse negócio jurídico deve ser decretado nulo<sup>57</sup>.

Os contratos das empresas estatais demandam instrumento escrito para a sua validade, ressalvadas as hipóteses de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento que não resultem em obrigação futura para a contratante<sup>58</sup>. Mas, nesse caso, exigem-se o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e recibo por parte dos respectivos destinatários<sup>59</sup>.

---

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no § 2º poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do § 1º deste artigo”.

<sup>54</sup> Vide o art. 71, I e II, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>55</sup> Vide o art. 71, parágrafo único, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>56</sup> Vide o art. 57, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>57</sup> Vide o art. 166, VII, do Código Civil.

<sup>58</sup> Vide o art. 104, III, o art. 107 e o art. 166, IV, todos do Código Civil. Vide o art. 73, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>59</sup> Vide o art. 73, parágrafo único, da Lei Federal nº 13.303/2016.

O acesso ao instrumento do contrato de empresa estatal é público, e não pode ser negado ao administrado caso seja requerido na forma da lei e este se disponha a custear as despesas indispensáveis para viabilizá-lo<sup>60</sup>.

#### 4.3. Sobre a alteração do contrato

Convém ressaltar que a modificação do contrato somente pode ocorrer validamente se houver concordância entre contratante e contratado, sem prejuízo da vinculação entre esse negócio jurídico e o ato administrativo que determinou sua celebração<sup>61</sup>. Assim, uma das prerrogativas básicas da Administração Pública no contrato administrativo – a alteração unilateral do contrato<sup>62</sup> – foi expressamente afastada do regime jurídico dos contratos das empresas estatais.

Mas o contratante e o contratado não podem ajustar entre si qualquer tipo de alteração. E, mesmo assim, esta providência deve ser disciplinada no instrumento negocial, em conformidade com os limites impostos pela lei à autonomia privada<sup>63</sup>.

Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração que a modificação do contrato não pode descaracterizar o objeto constante do edital da licitação, do termo de dispensa de licitação, ou do termo de inexigibilidade de licitação<sup>64</sup>.

Nos contratos cujo regime de execução esteja previsto no art. 43, I a V<sup>65</sup>, da Lei Federal nº 13.303/2016, a alteração negocial somente será admitida numa dentre as seguintes hipóteses: (i) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (ii) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (iii) quando conveniente a substituição da garantia de execução; (iv) quando necessária a modificação do

---

<sup>60</sup> Vide o art. 74 da Lei Federal nº 13.303/2016. Vide a Lei Federal nº 12.257, de 18 de novembro de 2011 (“Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art.37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências”).

<sup>61</sup> Vide o art. 72 da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>62</sup> Sobre a matéria, consultar: GUIMARÃES, 2003.

<sup>63</sup> Vide o art. 69, VII, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>64</sup> Vide o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Vide o art. 28, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>65</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários; II - empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; III - contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração; IV - empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata; V - contratação semi-integrada, quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias”.

regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; (v) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (vi) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual<sup>66</sup>.

O contratado tem a faculdade de aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos<sup>67</sup>.

Entretanto, nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder esses limites estabelecidos, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes<sup>68</sup>.

Havendo supressão, assegura-se ao contratado o direito de ser indenizado pelos danos comprovados que decorram dessa medida, nos termos do art. 81, § 3º<sup>69</sup>, da Lei Federal nº 13.303/2016. Como se trata de direito disponível, pode haver acordo entre as partes quanto ao redimensionamento do valor a ser pago ao contratado.

A norma veiculada pelo art. 81, § 3º, da Lei Federal nº 13.303/2016, em princípio, somente teria sentido caso o contratante pudesse impor unilateralmente a supressão negocial ao contratado. De todo modo, havendo a recusa do contratante em indenizar o contratado nas tratativas da supressão, deve-se entender que este tem o direito de solicitar a resolução do negócio jurídico, sem prejuízo de seu direito à

---

<sup>66</sup> Vide o art. 81, I a VI, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>67</sup> Vide o art. 81, § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>68</sup> Vide o art. 81, § 2º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>69</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 81. (...)

§ 3º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados”.

indenização diante de prejuízo comprovado, com amparo no art. 475<sup>70</sup> do Código Civil.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em face do art. 81, §§ 5º e 6º<sup>71</sup>, da Lei Federal nº 13.303/2016.

Pensar o contrário, com a devida vênia, significa esvaziar por completo a efetividade do art. 81, §§ 3º, 5º e 6º, da Lei Federal nº 13.303/2016. Mas em todos esses casos, não se justificam a incidência e a aplicação do art. 475 do Código Civil diante do disposto do art. 81, § 8º<sup>72</sup>, do mesmo diploma legal.

Se no instrumento do negócio jurídico não tiver ocorrido a fixação dos preços unitários para obras e serviços, esses valores devem ser fixados mediante acordo entre as partes, observado o limite quantitativo estabelecido para a modificação contratual<sup>73</sup>.

A formalização da alteração do contrato deve ser feita mediante aditamento, observada a publicidade exigida no instrumento negocial.

Não se considera alteração a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, caso em que a referida correção deve ser feita por meio de apostila, sendo dispensável o aditamento<sup>74</sup>.

#### 4.4. Sanções administrativas

As sanções administrativas são aquelas sanções de competência de autoridade administrativa e, portanto, devem ser aplicadas por meio de ato administrativo em razão da prática de ato ilícito (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; FERREIRA, 2001;

---

<sup>70</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

<sup>71</sup> Esses enunciados legais têm a seguinte redação:

Art. 81. (...)

§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

<sup>72</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 81. (...)

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada”.

<sup>73</sup> Vide o art. 81, § 3º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>74</sup> Vide o art. 81, § 7º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

MELLO, 2007; VITTA, 2003). No regime jurídico contratual instituído pela Lei Federal nº 13.303/2016, confere-se à contratante a prerrogativa de expedir esses atos jurídicos contra o contratado.

Sob pena de nulidade do negócio jurídico, deve-se prever cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou negocial<sup>75</sup>.

A multa em apreço não impede a contratante de providenciar a rescisão do contrato e a aplicação de outras sanções previstas em lei<sup>76</sup>.

É interessante anotar que essa sanção tem o atributo da executoriedade, haja vista o disposto no art. 81, §§ 2º e 3º<sup>77</sup>, da Lei Federal nº 13.303/2016.

De todo modo, deve-se observar o devido processo legal<sup>78</sup>, consoante expresso no art. 81, § 2º, desse diploma legal. Como a lei não estabelece o procedimento a ser empregado no exercício dessa competência sancionatória, incidem as normas gerais de processo administrativo instituídas pelo ente federativo ao qual a contratante se encontra vinculada<sup>79</sup>. Caso elas não existam, incidem as normas veiculadas pelo Código de Processo Civil em vigor<sup>80</sup>.

A Lei Federal nº 13.303/2016 tipifica a inexecução total ou parcial do contrato como ilícito punível com a aplicação das seguintes sanções: (i) advertência<sup>81</sup>; (ii) multa, dotada de executoriedade, na forma do instrumento convocatório ou negocial<sup>82</sup>; e, (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos<sup>83</sup>.

A multa pode ser combinada com as demais sanções previstas no art. 83, I e III, da Lei Federal nº 13.303/2016, assegurando-se o prazo de dez dias úteis para o con-

---

<sup>75</sup> Vide o art. 69, VI, e o art. 81, *caput*, ambos da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>76</sup> Vide o art. 81, § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>77</sup> Esses enunciados legais têm a seguinte redação:

“Art. 82. (...)”

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente”.

<sup>78</sup> Vide o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

<sup>79</sup> No caso da União, vide o art. 1º da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”).

<sup>80</sup> Vide o art. 15 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2016 (“Código de Processo Civil”).

<sup>81</sup> Vide o art. 83, I, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>82</sup> Vide o art. 83, II, e § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>83</sup> Vide o art. 83, III, da Lei Federal nº 13.303/2016. Outras hipóteses podem ensejar a aplicação dessa sanção administrativa, como se constata da leitura do art. 84 do mesmo diploma legal.

tratado apresentar defesa prévia<sup>84</sup>. As considerações feitas quanto ao procedimento de aplicação da multa prevista no art. 82 desse diploma legal são plenamente pertinentes aqui, ressalvado evidentemente o prazo constante de seu art. 83, § 3º.

Merece destaque que a aplicação das sanções constantes dos arts. 82 a 84 da Lei Federal nº 13.303/2016 deve ser feita mediante ato administrativo devidamente fundamentado, haja vista o princípio da motivação (cf. FERREIRA, 2001; FRANÇA, 2007; MELLO, 2007; VITTA, 2003).

No contrato precedido de procedimento licitatório que empregue o maior retorno econômico como critério de julgamento<sup>85</sup>, verifica-se que o contratado pode ser punido pelo inadimplemento de obrigação de resultado, nos termos do art. 79<sup>86</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016.

Em tese, todas as sanções constantes do art. 83 desse diploma legal seriam aplicáveis ao contratado nessa situação. Mas resta saber em que circunstâncias admitir-se-ia a sua interdição para os processos de contratação pública diante da aludida ineficiência.

#### 4.5. Subcontratação

Admite-se que o contratado, sem prejuízo de suas responsabilidades contratuais e legais, realize a subcontratação de parte do objeto durante a execução do negócio jurídico, até limite previamente estabelecido pelo contratante no instrumento convocatório<sup>87</sup>. Em se tratando de procedimento de contratação direta, deve-se presumir que tal medida deve observar o limite estabelecido no ato administrativo que o deflagrou, com amparo na analogia<sup>88</sup> e nos princípios da moralidade e da impessoalidade<sup>89</sup>.

Em ambos os casos, o subcontratado deve observar as exigências de qualificação técnica que foram dirigidas ao contratado<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Vide o art. 83, § 2º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>85</sup> Vide o art. 54, VII, e § 6º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>86</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 79. Na hipótese do § 6º do art. 54, quando não for gerada a economia prevista no lance ou proposta, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado.

Parágrafo único. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração do contratado, será aplicada a sanção prevista no contrato, nos termos do inciso VI do caput do art. 69 desta Lei.

<sup>87</sup> Vide o art. 78, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>88</sup> Vide o art. 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”).

<sup>89</sup> Vide o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>90</sup> Vide o art. 78, § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016. Vide o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Não pode ser subcontratado a empresa ou o consórcio que tenha participado: (i) do procedimento licitatório que precedeu o contrato; ou, (ii) direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo<sup>91</sup>.

Determina-se, ainda, que as empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta<sup>92</sup>.

#### *4.6. As responsabilidades do contratado em face de terceiros e da contratante*

De acordo com o art. 76 da Lei Federal nº 13.303/2016, o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. Para a efetividade dessa obrigação, cabe à contratante fiscalizar a conduta do contratado durante a vigência do negócio jurídico.

Ainda em conformidade com o mesmo dispositivo legal, o contratado deve responder por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato. Em relação aos terceiros, tem-se a responsabilidade civil extranegocial<sup>93</sup>; no que diz respeito à empresa estatal, responsabilidade civil negocial<sup>94</sup>.

Na responsabilidade civil extranegocial do contratado, decorrente de dano sofrido por terceiro e decorrente da execução do contrato, deve-se ponderar que aquele atua em nome da contratante nessa situação. Em princípio, esta deve responder diretamente pelo prejuízo em face do terceiro, cabendo ao contratado ressarcir a contratante caso ela seja judicialmente condenada. Mas como se trata de negócio jurídico de Direito Privado, aparentemente incidem, em toda sua plenitude, as normas processuais civis que dispõem sobre a denúncia da lide<sup>95</sup>.

Já no que concerne à responsabilidade civil negocial do contratado, a lei exclui a necessidade da comprovação de dolo ou culpa para amparar o direito da contratante de ser indenizada. Entretanto, não se pode excluir a possibilidade de seu afastamento quando não configurado o nexo de causalidade entre a conduta do contratado e o dano sofrido pela contratante<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Vide o art. 78, § 2º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>92</sup> Vide o art. 78, § 3º, da Lei Federal nº 13.303/2016.

<sup>93</sup> Vide o art. 186, o art. 187, e o art. 927, todos do Código Civil.

<sup>94</sup> Vide o art. 398 do Código Civil.

<sup>95</sup> Vide o art. 125, II, e os arts. 126 a 129, todos do Código de Processo Civil. Sobre a matéria, consultar: THEODORO JÚNIOR, 2015, v. 1.

<sup>96</sup> Vide o art. 393 do Código Civil.

Consoante o art. 77, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/2016, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. E, de acordo com o § 1º do mesmo dispositivo legal, determina-se que a inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Entretanto, o inadimplemento de obrigação trabalhista pelo contratado pode atingir a contratante, caso a situação sofra a incidência das normas veiculadas pela Súmula nº 331<sup>97</sup> do Tribunal Superior do Trabalho. Assertiva plena de razoabilidade, haja vista o art. 77, § 1º, da Lei Federal nº 13.303/2016 ter redação idêntica àquela constante do art. 71, § 1º<sup>98</sup>, da Lei Federal nº 8.666/1993, dispositivo reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>99</sup>.

Logo, mostra-se imperativo que a contratante fiscalize efetivamente o cumprimento das obrigações trabalhistas do contratado durante a vigência do contrato, para prevenir danos ao seu patrimônio (cf. GUIMARÃES; SANTOS, 2017).

---

<sup>97</sup> Esse enunciado jurisprudencial tem a seguinte redação:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

<sup>98</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 71. (...)”

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

<sup>99</sup> Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado no DJe de 9 de setembro de 2011. Recorde-se que a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho teve que ser revista justamente para atender à norma ditada pelo Supremo Tribunal Federal quando apreciou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

#### 4.7. Sobre a extinção do contrato

É importante anotar que a extinção do contrato da empresa estatal está integralmente subordinada às normas de Direito Privado, não havendo na Lei Federal nº 13.303/2016 qualquer derrogação delas.

Na Lei Federal nº 13.303/2016, não se outorga ao contratante a prerrogativa de extinguir administrativa unilateralmente o negócio jurídico<sup>100</sup>. Nesse sentido, o contrato poderá ser extinto, enquanto negócio jurídico de Direito Privado<sup>101</sup>, pelos seguintes atos jurídicos: (i) resilição, bilateral (distrato) ou unilateral<sup>102</sup>, (ii) resolução<sup>103</sup>, (iii) rescisão<sup>104</sup>, (iv) revogação<sup>105</sup>.

Ainda assim, as hipóteses de extinção do contrato devem ser tratadas no instrumento negocial, conforme o art. 69, VII,<sup>106</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016. E deve-se discipliná-las conforme o princípio da continuidade do serviço público, caso o objeto tenha relação direta ou indireta a atividade essencial à coletividade (cf. GUIMARÃES; SANTOS, 2017).

Ainda no regime da Lei Federal nº 13.303/2016, também carece o contratante da competência de invalidar administrativamente o negócio jurídico.<sup>107</sup> Consoante a natureza da invalidade, o contratante terá que requerer judicialmente a decretação da nulidade do contrato ou sua anulação, na forma da lei.<sup>108</sup>

## 5. Considerações finais

Podem-se identificar as seguintes derrogações de Direito Público no regime jurídico dos contratos disciplinados pela Lei Federal nº 13.303/2016: (i) a exigência de prévio processo administrativo para a celebração do negócio jurídico; (ii) o direito

---

<sup>100</sup> Tal como previsto para os contratos administrativos, nos termos do art. 58, II, e 79, I, da Lei Federal nº 8.666/1993. Sobre a matéria, consultar: CARVALHO FILHO, 2017; BANDEIRA DE MELLO, 2014; DI PIETRO, 2015; FIGUEIREDO, 1998; JUSTEN FILHO, 2004; e SUNDFELD, 1994.

<sup>101</sup> Sobre a extinção dos negócios jurídicos civis, consultar: LÔBO, 2014.

<sup>102</sup> Vide os arts. 472 e 473 do Código Civil.

<sup>103</sup> Vide os arts. 474 e 475, e os arts. 478 a 480, todos do Código Civil 13.303/2016.

<sup>104</sup> Vide os arts. 441 a 457, todos do Código Civil.

<sup>105</sup> Vide o art. 557 e o art. 682, I, do Código Civil.

<sup>106</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

(...)

VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos”.

Observe-se que a Lei Federal nº 13.303/2016 manteve a mesma falha técnica da Lei Federal nº 8.666/1993, ao rotular todas as hipóteses de extinção do contrato de *rescisão*. Ainda assim, o contrato deve disciplinar a matéria em suas cláusulas, observados os limites da legislação civil vigente.

<sup>107</sup> Vide a Súmula nº 473 da Supremo Tribunal Federal. Vide o art. 49, §§ 2º e 4º, e o art. 59, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993. Sobre a matéria, consultar: CARVALHO FILHO, 2017; BANDEIRA DE MELLO, 2014; DI PIETRO, 2015; JUSTEN FILHO, 2004; e SUNDFELD, 1994.

<sup>108</sup> Vide os arts. 166 a 184 do Código Civil. Sobre a matéria, consultar: MELLO, 2014b.

de o contratante exigir garantias do contratado, sem reciprocidade; e, (ii) a competência do contratante para aplicar sanções administrativas ao contratado.

No mais, esses contratos das empresas estatais estão sujeitos ao regime jurídico de Direito Civil. Portanto, o contratante tem os mesmos direitos do particular, ressalvadas aquelas prerrogativas especiais que a lei ainda lhe reconhece. Direitos estes que não perdem o seu caráter instrumental em face do interesse público, até mesmo por injunção do princípio da função social do contrato<sup>109</sup>.

## 6. Referências bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- \_\_\_\_\_. Princípio da motivação no direito administrativo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>109</sup> Vide o art. 3º, I, o art. 5º, XXXIII, e o art. 170, *caput*, III, todos da Constituição Federal. Vide o art. 421 do Código Civil. Sobre a matéria, consultar: LÔBO, 2014.

- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo (interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_. A reconstrução da teoria do contrato administrativo. FERRAZ, Sérgio (Coordenação). *Direito e liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito*. São Paulo: Editora IASP, 2017, pp. 259-282.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: contratos*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Liberdade econômica à luz dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. FERRAZ, Sérgio (Coordenação). *Direito e liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito*. São Paulo: Editora IASP, 2017, pp. 51-62.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014b.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014c.
- MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SAAD, Amauri Feres. Liberdade das formas nas contratações públicas. FERRAZ, Sérgio (Coordenação). *Direito e liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito*. São Paulo: Editora IASP, 2017, pp. 283-350.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.884/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil - processo de conhecimento – procedimento comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, v. 1.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.