



**By @kakashi\_copiador**

# INTRODUÇÃO

Olá, amigos!

Nesta aula iremos discorrer acerca dos contratos celebrados pelos entes públicos sob regime predominantemente de direito público, ou, simplesmente, **contratos administrativos**, com foco na **nova lei de licitações e contratos** (Lei 14.133/2021).



Inicialmente, vamos diferenciar os “contratos administrativos” dos “contratos de direito privado celebrados pela Administração”.

Na sequência, iremos conceituar os “contratos administrativos”, comentar suas principais características, as cláusulas que geralmente são previstas nestes instrumentos, sua duração e, entre outros aspectos, as formas de extinção destes contratos, sempre buscando comparar com as regras anteriores ao surgimento da Lei 14.133/2021.

Prontos? Vamos lá!

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS

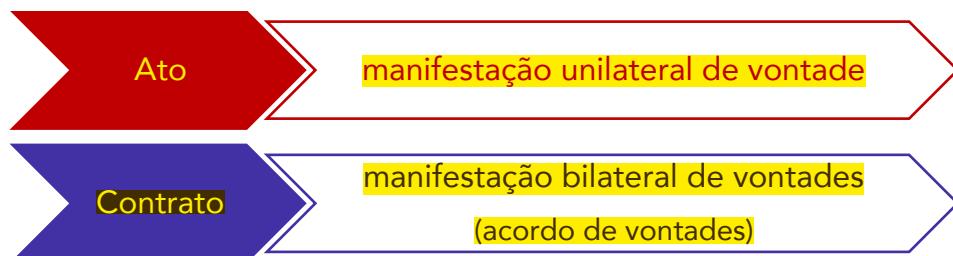
Assim como ocorre em nossa vida cotidiana (em que celebramos contratos de serviços de telefonia, contratos de serviços bancários, serviços educacionais, entre outros), a Administração também deverá celebrar contratos para conseguir desempenhar suas atividades.

Percebiam, assim, que um contrato nada mais é do que o **acordo de vontades**, pelo qual duas ou mais pessoas se comprometem a **honrar determinadas obrigações**.

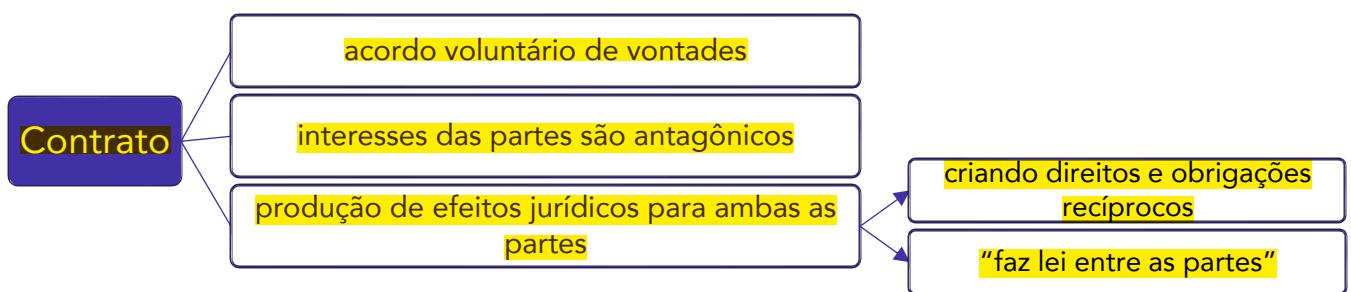
Quando se estuda o assunto “atos administrativos”, comentamos que estes representam uma **declaração unilateral** de vontade.

E aqui repousa a principal diferença entre “ato” e “contrato”: os contratos envolvem a manifestação de vontade de duas ou mais pessoas em um mesmo sentido, razão pela qual os chamamos de manifestação bilateral de vontades.

Em síntese:



De forma mais precisa, podemos considerar que um “contrato”, seja na esfera pública ou na privada, é marcado pelos seguintes elementos:



Já passando aos contratos da Administração Pública, lembro que é privativa da União a competência para legislar a respeito de **normas gerais sobre contratações** (CF, art. 22, XXVII). As normas editadas com base nesta competência obrigam todas as esferas de governo (União, Estados/DF e Municípios), a partir de onde dizemos que a União edita **normas gerais sobre contratações de aplicação nacional**.

Com fundamento nesta competência constitucional, foi editada a **Lei 14.133/2021**, que futuramente irá substituir a Lei 8.666/1993, na medida em que prevê **normas gerais** sobre contratações públicas e licitações. Portanto, a Lei 14.133 prevê normas aplicáveis a todos os entes da federação, alcançando a **Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas**.

No tocante aos “contratos administrativos”, as regras da nova lei estão concentradas nos seus **artigos 89 a 154**, os quais iremos comentar nesta aula.

CURIOSIDADE



Mas, além da Lei 14.133, existem outras normas para reger os contratos celebrados pela Administração.

Há contratos que seguirão **normas próprias**, como é o caso dos contratos celebrados por **empresas públicas e sociedades de economia mista**, aos quais se aplicarão, primariamente, as regras da **Lei 13.303/2016** (chamada de “lei das estatais”). Para estes, a Lei 14.133 não seria aplicada diretamente (art. 3º, II).

Outra situação diz respeito aos contratos que tenham por objeto **operação de crédito**, interno ou externo, e **gestão de dívida pública**, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos. Estes contratos também não seguirão a Lei 14.133, consoante dispõe seu art. 3º, I.

Além dos casos de “não aplicação” da Lei 14.133, existem situações em que ela poderia ser **aplicada de modo subsidiário** (ou seja, na inexistência de regra específica). É o que ocorrerá com os contratos de **concessão e permissão de serviços públicos**, que, primariamente, são regidos pela **Lei 8.987/1995** (chamada de “lei das concessões”). Para estes, portanto, quando não houver regulamentação específica, poderão ser adotadas as regras da Lei 14.133/2021, que é a nova lei geral de licitações e contratos.



Repare que, quando a nova lei foi publicada, já existiam milhares de contratos em vigor, regidos pela Lei 8.666/1993 ou pela Lei 12.462/2011 (que serão revogadas dentro do prazo de 2 anos). Então, o legislador cuidou de prever **regras de transição** (arts. 190-191), para definir quais regras seriam aplicáveis a eles.

Nesse sentido, se o contrato foi assinado **antes da publicação da Lei 14.133**, ele "continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada". Ou seja, para os contratos anteriores à Lei 14.133, continuam valendo as regras "antigas" (art. 190).

Além disso, se, dentro do prazo de 2 anos, a Administração optar por celebrar um contrato regido pela "lei antiga", ele continuará sendo regido por aquelas normas **durante toda sua vigência**, mesmo após a publicação da Lei 14.133 (art. 191, p.u.).



contrato foi assinado antes da publicação da Lei 14.133

continuará a ser regido de acordo com as regras da legislação revogada

contrato celebrado após a Lei 14.133, em que a Administração optou por seguir a "lei antiga"

continuará sendo regido pela "lei antiga" durante toda sua vigência

Após termos feito esta breve contextualização, iremos diferenciar os "contratos administrativos" dos demais contratos celebrados pela Administração Pública.

## Contratos da Administração

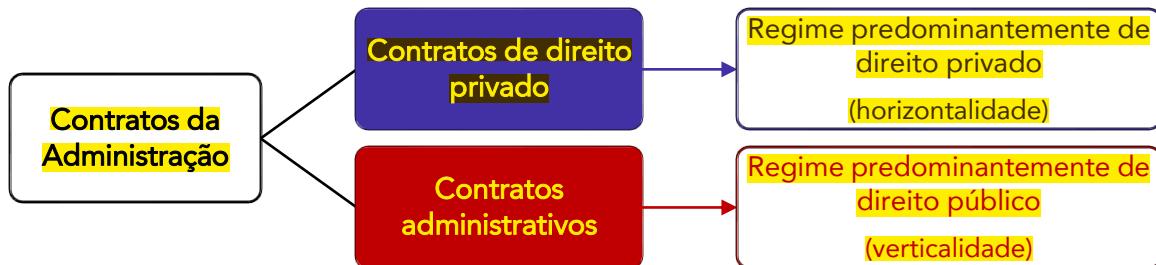
A expressão **"contrato da administração"** é empregada para designar **todo e qualquer contrato** celebrado pela Administração Pública, seja sob regime de direito público ou privado.

Já a expressão **"contrato administrativo"** é reservada para abranger apenas os ajustes em que a Administração, nesta qualidade, celebra sob o **regime jurídico de direito público**, consoante leciona Di Pietro.

É comum dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se uma relação jurídica marcada pela **horizontalidade**.

Já nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, fazendo uso de todo seu poder de império sobre o particular, sendo marcados pela **verticalidade**.

A bem da verdade, é importante registrar que os contratos celebrados pela Administração nunca serão submetidos a regime integralmente de direito privado ou integralmente de direito público. Teremos, em ambos os casos, a predominância de um regime sobre outro, da seguinte forma:



Quanto a esta diferenciação, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup> afirma que

nem o aspecto **subjetivo** nem o **objetivo** servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado **sujeito** na 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**.

## Contratos privados da Administração Pública

Tais contratos são marcados pela situação de **horizontalidade** entre o ente público e o particular contratado. A Administração Pública não se coloca em um patamar de superioridade, não fazendo uso integral de suas prerrogativas.

Adiante alguns exemplos de contratos privados celebrados pela Administração Pública:

Exemplos: contratos de seguro, de financiamento, de compra e venda, de locação (aluguel), de permuta etc.

É possível incluir, também, nesta lista os **contratos de serviço público em que a Administração Pública é a usuária**, a exemplo dos contratos de prestação do serviço de telefonia fixa para repartições públicas.

Os contratos privados celebrados pela Administração são regidos predominantemente pelo **direito privado**. Ou seja, a maior parte das regras são provenientes do direito privado. No entanto,

<sup>1</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. Atlas. P. 177

uma fração destas regras será derogada por normas de direito público, falando-se em derrogação parcial das normas de direito privado por normas de direito público.

## Contratos administrativos

---

Como se sabe, o regime jurídico-administrativo é marcado por **prerrogativas** (poderes) e **sujeições** (limitações) à atuação estatal.

O que diferencia os contratos administrativos dos demais são justamente as **prerrogativas** do poder público neles manifestadas. Isto porque as **sujeições** impostas à Administração em ambos os contratos (de direito privado ou de direito público) são as mesmas. Ou seja, como já comentamos, em ambos os regimes, os contratos obedecem a exigências de **forma**, de **procedimento**, de **competência** e de **finalidade**.

Retornando às prerrogativas, veremos que estas se materializam nas chamadas “**cláusulas exorbitantes**”, as quais efetivamente colocam a Administração Pública em posição de superioridade sobre o particular.

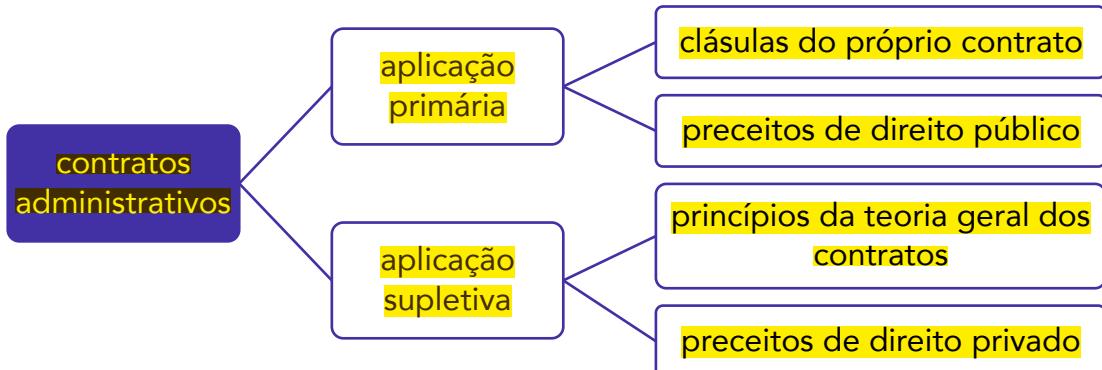
Adiante nesta aula veremos com mais detalhes o que são estas “cláusulas exorbitantes”, mas já podemos adiantar alguns exemplos, como a possibilidade de alteração e extinção unilateral e a aplicação de penalidades à empresa contratada.

Estas cláusulas **são incomuns ou até ilícitas nos contratos entre particulares**. No entanto, nos contratos celebrados pela Administração sob regime de direito público, elas constituem seu elemento mais marcante.

Tratando-se de contratos sob regime de direito público, as cláusulas exorbitantes produzirão efeitos por força das disposições legais, ou seja, mesmo se não previstas como cláusulas nos respectivos contratos administrativos.

Avançando um pouco mais, é importante destacar que, havendo lacuna na legislação, é possível a utilização de normas do direito privado também nos contratos administrativos. Ou seja, na inexistência de norma específica de direito público, poderão ser aplicados, de forma **supletiva** (ou subsidiária), preceitos do direito privado e princípios da teoria geral dos contratos:

Lei 14.133, art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas **cláusulas** e pelos **preceitos de direito público**, e a eles serão aplicados, **supletivamente**, os **princípios da teoria geral dos contratos** e as disposições de **direito privado**.



Tal regra foi objeto da seguinte questão:

FCC/ARTESP – Agente de Fiscalização à Regulação de Transporte (adaptada)

Os contratos administrativos não estão sujeitos, em qualquer hipótese, às normas de direito privado.

Gabarito (E), pois não é em qualquer hipótese. As normas de direito privado aplicam-se apenas de maneira supletiva (se não houver regra própria no direito público ou nas cláusulas contratuais).

Em ambas as espécies de contrato, a contratação deve sempre ter em vista o **interesse público**, sob pena de desvio de poder.



## ESQUEMATIZANDO

Comparando os contratos administrativos com os contratos privados da Administração, chegamos à seguinte tabela:

Contratos privados da Administração Pública	Contratos Administrativos
Presença da Administração como uma das partes	Presença da Administração como uma das partes

Finalidade de interesse público	Finalidade de interesse público
Regidos <b>predominantemente</b> pelo direito privado  (normas de direito público aplicadas <u>no que couber</u> )	Regidos <b>predominantemente</b> pelo direito público  ( <u>supletivamente</u> regidos pelos preceitos do direito privado e princípios da teoria geral dos contratos)
horizontalidade	Verticalidade

## Contratos vs. Convênios

Antes de nos aprofundarmos nos “contratos administrativos”, é importante traçar outra distinção.

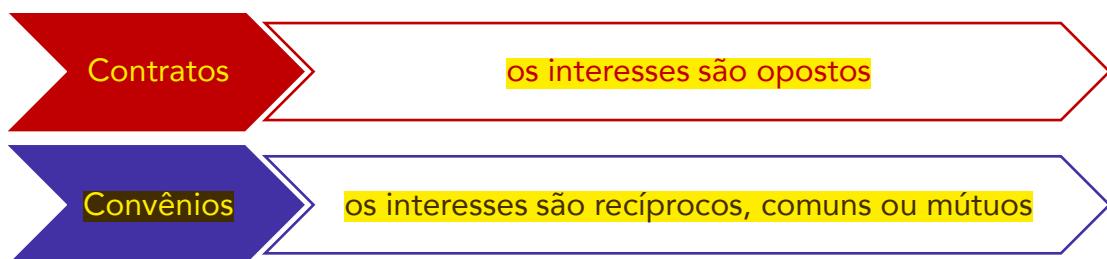
Embora o “**convênio**” também seja um **acordo de vontades**, ele não se confunde com o “contrato”.

Convênios são acordos de vontades que objetivam a **colaboração mútua** entre seus **participantes**, buscando a consecução de **interesse comuns** a eles. Ou seja, como resultado de um convênio poderemos ter um estudo, uma obra, um serviço técnico, por exemplo, que serão usufruídos por todos os participantes do acordo.

De acordo com Edmir Netto de Araújo<sup>2</sup>:

- nos **contratos**, “as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma)”
- nos **convênios**, “as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar **interesses e objetivos comuns**”.

A partir desta definição, brota a principal diferença entre estes instrumentos:



<sup>2</sup> Citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. GenMétodo. 31<sup>a</sup> ed. 2018. Item 8.11

Então, por exemplo<sup>3</sup>, no contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir pagando o menor valor (oposição de interesses).

Já no convênio, todos os participantes querem a mesma coisa.

Por exemplo, uma prefeitura celebra um convênio com a União para a realização de uma amostra cultural. Neste caso, tanto a União como a Prefeitura têm o mesmo interesse, o fomento à cultura (interesses comuns). Por este motivo, nos convênios falamos em **partícipes** (ou **participantes**), não se fala em **partes** opostas.

Para melhor apresentar os contornos dos “convênios”, Di Pietro<sup>4</sup> aponta ainda outra importante diferença com os “contratos”: a inexistência de contraprestação nos convênios.

Em um contrato, a remuneração paga ao contratado consiste em uma **contraprestação** pelos serviços prestados. Além disso, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, que poderá lhe dar a destinação que bem entender. Portanto, em um contrato, é irrelevante para o repassador a utilização que será feita daquele valor.

Já em um convênio, o ente público pode até repassar recursos ao outro participante, mas esta não terá natureza de contraprestação. O valor recebido do poder público pelo participante fica **vinculado à utilização prevista no convênio**.

Em outras palavras, se o convênio destinou recursos para a pavimentação de ruas, o particular que os recebeu não poderia dar destinação diversa a eles. Este valor recebido não perde a **natureza de dinheiro público**, podendo ser utilizado apenas para a finalidade prevista no convênio.

Antes de encerrar este paralelo, é importante destacar que, de forma geral, os convênios podem ser celebrados entre (i) dois entes públicos ou (ii) ente público e entidades privadas.

Apesar destas diferenças, prevê a Lei 14.133 que suas regras aplicam-se aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres se (i) na **ausência de norma específica** sobre convênios e (ii) no que couber - art. 184.

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. GenMétodo. 31<sup>a</sup> ed. 2018. Item 8.11

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. GenMétodo. 31<sup>a</sup> ed. 2018. Item 8.11



## Contrato

interesses antagônicos

há contraprestação

"partes"

regras da Lei 14.133 aplicáveis diretamente

## Convênio

interesses comuns

não há contraprestação (há contrapartida)

"participantes"

regras da Lei 14.133 aplicáveis no que couber e na ausência de norma específica

Mais adiante vamos detalhar algumas características dos convênios, mas é importante já avançar com esta distinção traçada.

-----

Estudadas as diferenças entre "contrato administrativo" e "ato administrativo", entre aqueles e os "contrato da administração" e os "convênios", iremos passar a detalhar o **conceito e características** dos "contratos administrativos".

## CONCEITO

Adiante veremos algumas definições de “contratos administrativos”, a partir das quais perceberemos seu elemento principal: **a regência por normas de direito público, predominantemente.**

Para Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, **agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração**

De forma semelhante, segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup>, contrato administrativo consiste no

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

De forma mais detalhada, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup> conceitua como sendo

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiantes imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado

Percebam o seguinte: os **sujeitos e o objeto** do contrato são insuficientes para se caracterizar uma avença como “contrato administrativo”. O ‘fiel da balança’ será o **regime jurídico**, necessariamente de direito público.

Assim, é possível que tenhamos um ente público como sujeito de um contrato, que não seja regido pelo direito público. No mesmo sentido, em relação ao objeto do contrato, em todos os casos a avença está destinada a perseguir o interesse público, seja regida pelo direito privado ou público.

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35<sup>a</sup> edição, p. 239.

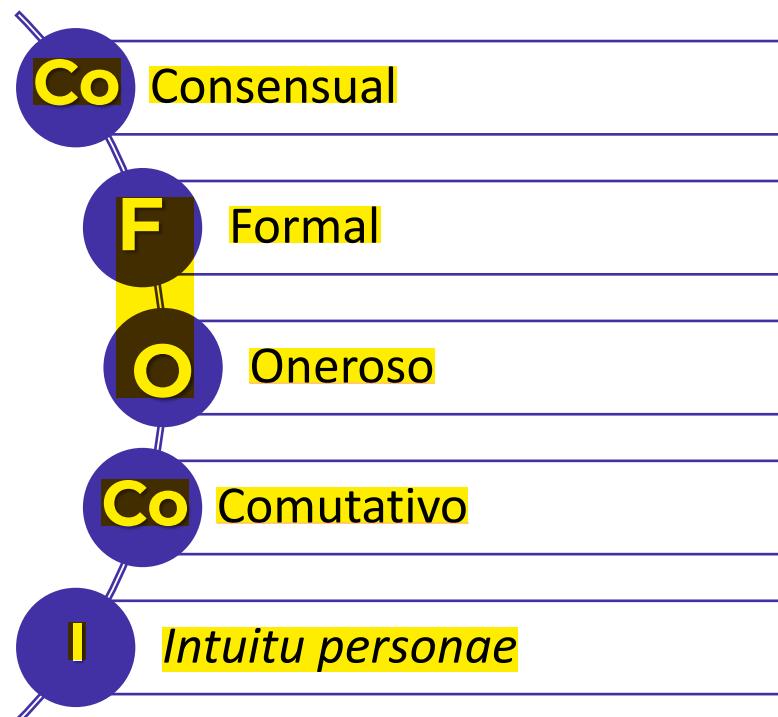
<sup>6</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. Atlas. P. 177

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros. 26<sup>a</sup> ed. P. 614-615

## CARACTERÍSTICAS

Segundo Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo é sempre **consensual** e, em regra, **formal, oneroso, comutativo** e realizado *intuitu personae*.

Assim, além de ter sempre a **Administração como parte** e buscar o alcance do **interesse público**, temos ainda as seguintes características dos contratos administrativos:



Para memorizar, a dica é usar o mnemônico **Co-F-O-Co-I**.

Além destas características, em regra os contratos administrativos devem ser **precedidos de licitação** (CF, art. 37, XXI). Excepcionalmente, a licitação será **inexigível ou dispensada/dispensável** nos casos previstos na lei.

Di Pietro acrescenta a esta lista – ainda sob a égide da Lei 8.666 – o fato de ser um **contrato de adesão**, como detalharemos mais à frente.

A questão a seguir cobrou algumas destas características:

CEBRASPE/PC-PE – Escrivão de Polícia (adaptada)

O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*.

## Gabarito (C)

Adiante passemos a detalhar estas principais características dos contratos administrativos.

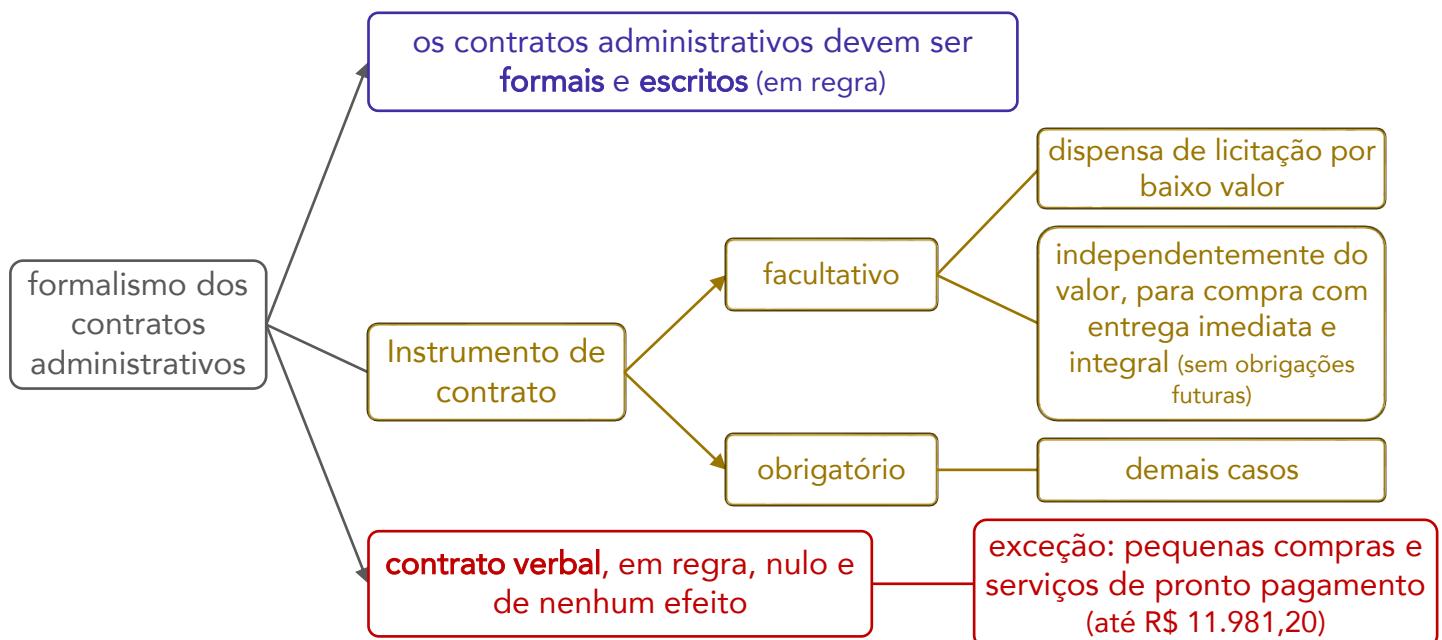
### Consensualidade

Os contratos administrativos são chamados de "consensuais" porque exigem a manifestação de vontade pelas partes contratantes. Nenhum contrato administrativo poderia ser imposto ao particular, sem que houvesse sua concordância. Em outras palavras, a partir do **consenso** entre as partes, surgirá o vínculo jurídico entre contratado e contratante.

### Formalismo

Nos contratos administrativos, apesar de o consenso ser necessário, ele não será suficiente. Ao contrário, é necessário que sejam observados também determinados **requisitos de forma**.

Vamos já adiantar que, segundo a nova lei, o formalismo dos contratos administrativos pode ser visualizado, principalmente, nas seguintes regras:



Adiante vamos detalhar cada uma destes três conjuntos de regras!



**1) Como regra geral, os contratos administrativos terão forma escrita (art. 91, caput).**

Nesse sentido, a nova lei prevê que tanto os **contratos** como seus **aditamentos**<sup>8</sup>:

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão **forma escrita** e serão **juntados ao processo** que tiver dado origem à contratação, **divulgados** e **mantidos à disposição do público** em **sítio eletrônico oficial**.

Em virtude da exigência da forma escrita, dizemos que, em regra, é necessária a existência de um **termo de contrato** (ou instrumento de contrato), o qual poderá ser em **papel** ou na **forma eletrônica** (art. 91, §3º). Este “termo de contrato”, não sendo sigiloso, deverá ser **divulgado** na internet e mantido à **disposição para consulta** do público em geral (conforme detalharemos mais adiante).

Além disso, se o contrato versar sobre **direitos reais sobre imóveis** (como o contrato de compra e venda de um prédio, por exemplo), este será formalizado por **escritura pública** (art. 91, §2º), que também deverá ser divulgada ao público em geral.

Isto nos leva à segunda regra:

**2) Como regra geral, o instrumento de contrato é obrigatório (art. 95).**

Todavia, o instrumento de contrato passa a ser **facultativo** nos casos de:

**I - dispensa de licitação por baixo valor (art. 75, I e II)**

**II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.**

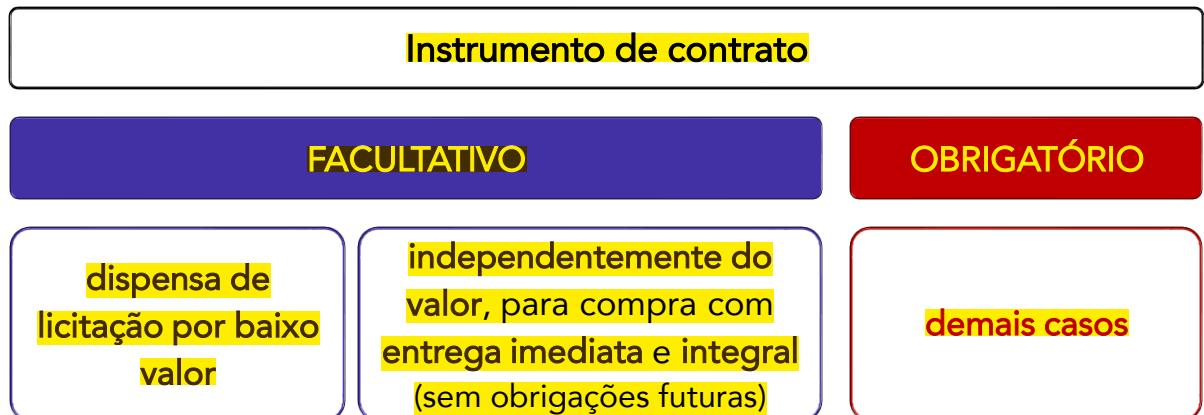
Nestas situações em que o instrumento de contrato é facultativo, não se trata de contrato verbal. Caso não utilize o instrumento de contrato, a Administração deverá substituí-lo por outros documentos hábeis, tais como **carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço**.

---

<sup>8</sup> Aditamento consiste, em síntese, naquele instrumento que alterou o contrato celebrado inicialmente.



Sintetizando este último ponto, temos o seguinte:



Agora, no 3º ponto, temos uma situação específica do contrato verbal:

**3) Em regra, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a administração.**

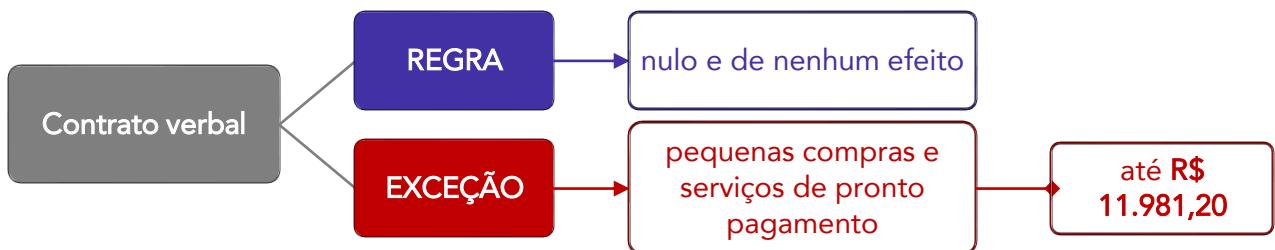
A exceção fica por conta das **pequenas compras ou serviços de pronto pagamento**, limitadas a **até R\$ 11.981,20** (Lei 14.133/2021, 95, §2º; Decreto 11.871/2023), casos em que se admite o contrato verbal.



Comparando com o regramento da Lei 8.666, observamos 3 principais alterações:

- 1)** o contrato verbal não era admitido para **serviços**, apenas para **compras**: agora alcança tanto pequenas compras como pequenos serviços
- 2)** o valor máximo era de **R\$ 8.800** (com a atualização do Decreto 9.412/2018): agora, o valor máximo passa a ser de **R\$ 11.981,20** (com a atualização do Decreto 11.871/2023)
- 3)** exigia-se expressamente que o pagamento se desse em **regime de adiantamento**, o que não mais consta da nova lei.

Em resumo, agora temos que:



## Bilateralidade

Os contratos administrativos são negócios jurídicos bilaterais, pois seu surgimento demanda a concordância de mais de uma parte e, assim, produzem efeitos para ambas as partes.

Uma destas partes será sempre um ente da Administração Pública, em geral chamada de “contratante”, sendo a outra parte chamada de “contratada”.

## Onerosidade

Em regra, os contratos administrativos têm caráter oneroso. Isto significa que o poder público se compromete a entregar uma contraprestação (em geral, financeira) à empresa contratada que cumprir suas obrigações contratuais.

Quando, por outro lado, for celebrado contrato pactuando a alienação de determinado bem por parte da Administração, o ônus financeiro será do particular. De qualquer modo, os contratos administrativos em regra não são gratuitos.

## Comutatividade

Além de serem onerosos (existência de contraprestação), os contratos administrativos, em regra, são comutativos (ou sinalagmáticos), na medida em que existe equivalência ou reciprocidade entre as obrigações a que se comprometeram as partes.

Vou abrir um parêntese aqui para adiantar que uma das características marcantes dos contratos administrativos é a existência das cláusulas exorbitantes, que colocam o poder público em um patamar de superioridade em relação ao particular contratado – verticalidade (assunto detalhado mais adiante nesta aula).

No entanto, tais cláusulas exorbitantes não desnaturam a comutatividade dos contratos administrativos, uma vez que o particular tem garantida, mesmo nos casos de alteração unilateral do contrato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (isto é, a manutenção da equivalência das obrigações). Portanto, mesmo diante das cláusulas exorbitantes, o contrato continua administrativo sendo comutativo, com prestações equivalentes e economicamente equilibradas.

## *Intuitu personae* (pessoalidade)

---

Em regra, os contratos administrativos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, isto é, são celebrados em razão das **condições pessoais** da empresa contratada, aferidas por meio do procedimento da licitação. Daí se diz que os contratos administrativos são **personalíssimos**.

Em outras palavras, se uma empresa foi selecionada para ser contratada, é aquela **própria empresa** quem deverá prestar os serviços ou fornecer as mercadorias contratadas. Portanto, se aquela empresa falir, por exemplo, e deixar de existir, o contrato deverá ser igualmente extinto (art. 137, IV).

Imaginem o seguinte: um município celebra contrato administrativo com um advogado para lhe prestar assessoria jurídica quanto a um assunto específico e, posteriormente, tal advogado falece. Nesta situação, aquele contrato fica extinto, na medida em que o advogado havia sido contratado pelas suas características pessoais (*intuitu personae*). Nesse sentido, a Lei 14.133 prevê a hipótese de falecimento como geradora de extinção contratual (art. 137, IV), que tem o efeito de declarar o fim daquele vínculo contratual.

No entanto, atendidas as **condições previstas em lei**, em caráter excepcional, é possível que ocorra a **subcontratação**.

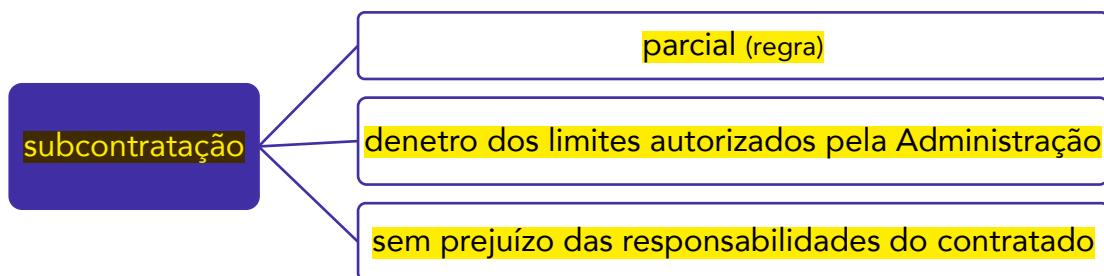
Exemplo: se a contratada foi a ‘empresa A’, atendidas determinadas condições, ela poderia “transferir” uma parte do contrato para a ‘empresa B’. Neste caso, dizemos que a ‘empresa B’ foi subcontratada.

Nesse sentido, a Lei prevê que:

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o **contratado poderá subcontratar partes** da obra, do serviço ou do fornecimento **até o limite autorizado**, em cada caso, pela Administração.

Reparam que, como regra geral, a subcontratação – quando admitida – somente será em relação a **partes do contrato** (e não de sua integralidade) atendendo ao **limite previsto pela Administração** (por exemplo, limite máximo de 25%) e à **autorização da Administração** em cada caso.

Mas, mesmo quando a empresa contratada subcontratar parte do objeto, ela **continuará responsável pelas obrigações legais ou contratuais** inicialmente assumidas (art. 122, *caput*, parte inicial c/c art. 115, *caput*).



Como detalharemos mais à frente nesta aula, uma das novidades da Lei 14.133 consiste na possibilidade de se exigir **seguro-garantia** para contratos de **obras e serviços de engenharia** (art. 99). Nestes casos, pode-se estabelecer que, caso a empresa contratada descumpra o contrato, a **seguradora** assumirá a execução e irá **concluir a obra**.

Neste cenário, uma das alternativas para a seguradora concluir a obra é a **subcontratação** daquela obra para uma empresa do ramo da construção civil e, neste caso, a lei permitiu até mesmo a subcontratação **total**, isto é, de 100% do que faltar da obra (art. 102, III).

Percebam que, embora se admita como regra a subcontratação meramente parcial, no caso do seguro para obras e serviços de engenharia, passa a ser possível a **subcontratação total**.

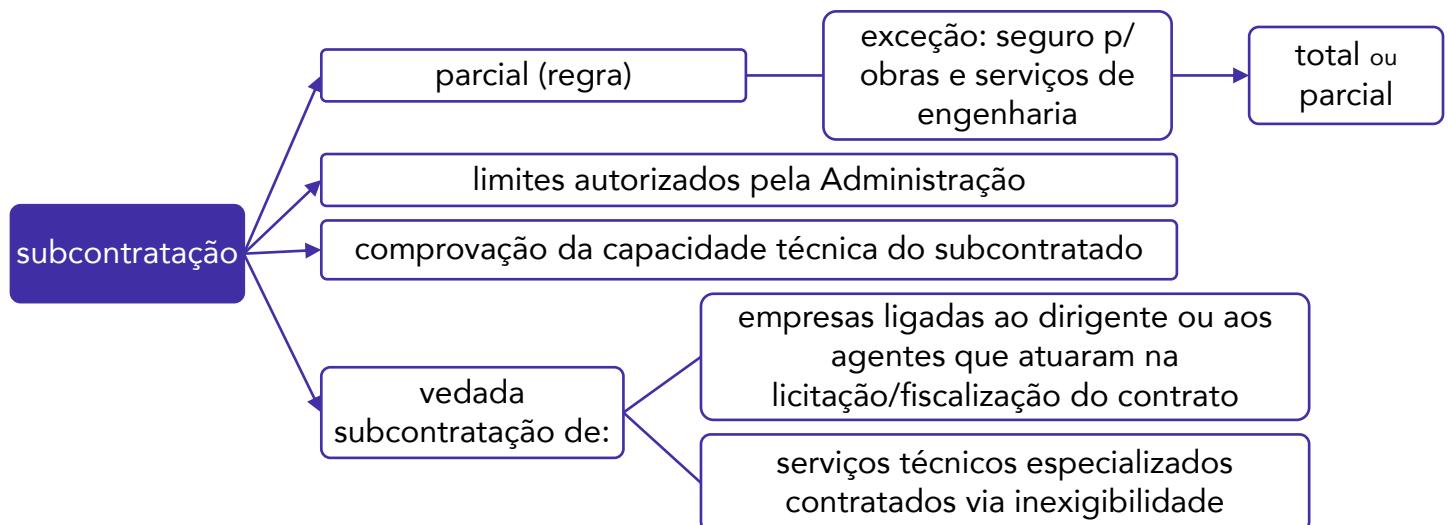


A título de aprofundamento, lembro que o edital da licitação poderá vedar, restringir ou estabelecer condições adicionais para a subcontratação (art. 122, §2º) e o contratado deverá apresentar à Administração **documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado**, que será avaliada pela Administração (art. 122, § 1º).

**Por fim, a lei veda a subcontratação em dois casos:**

**1)** Em razão do princípio da impessoalidade, a legislação veda o “**nepotismo na subcontratação**”, ou seja, a subcontratação de empresas que tenham laços próximos aos dirigentes ou servidores do órgão que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato (art. 122, §3º).

2) É também **vedada** a subcontratação nas contratações decorrentes de **inexigibilidade de licitação** para contratação de **serviços técnicos especializados** (art. 74, III e §4º).



## Contrato de adesão

Consoante leciona Di Pietro, todas as **cláusulas** dos contratos administrativos são **fixadas unilateralmente** pela Administração.

Pense da seguinte forma: a Administração publica o edital de uma licitação, fixando condições em que pretende contratar. Quando uma empresa envia sua proposta, em atendimento àquele edital, isto significa que ela aceitou tais condições e está de acordo com a oferta feita pela Administração.

Portanto, em geral a empresa contratada não goza de liberdade para discutir e convencionar cláusulas contratuais com o poder público. Ou a empresa adere àqueles termos ou não celebra o contrato. A partir desta noção, dizemos que o contrato administrativo é de adesão.

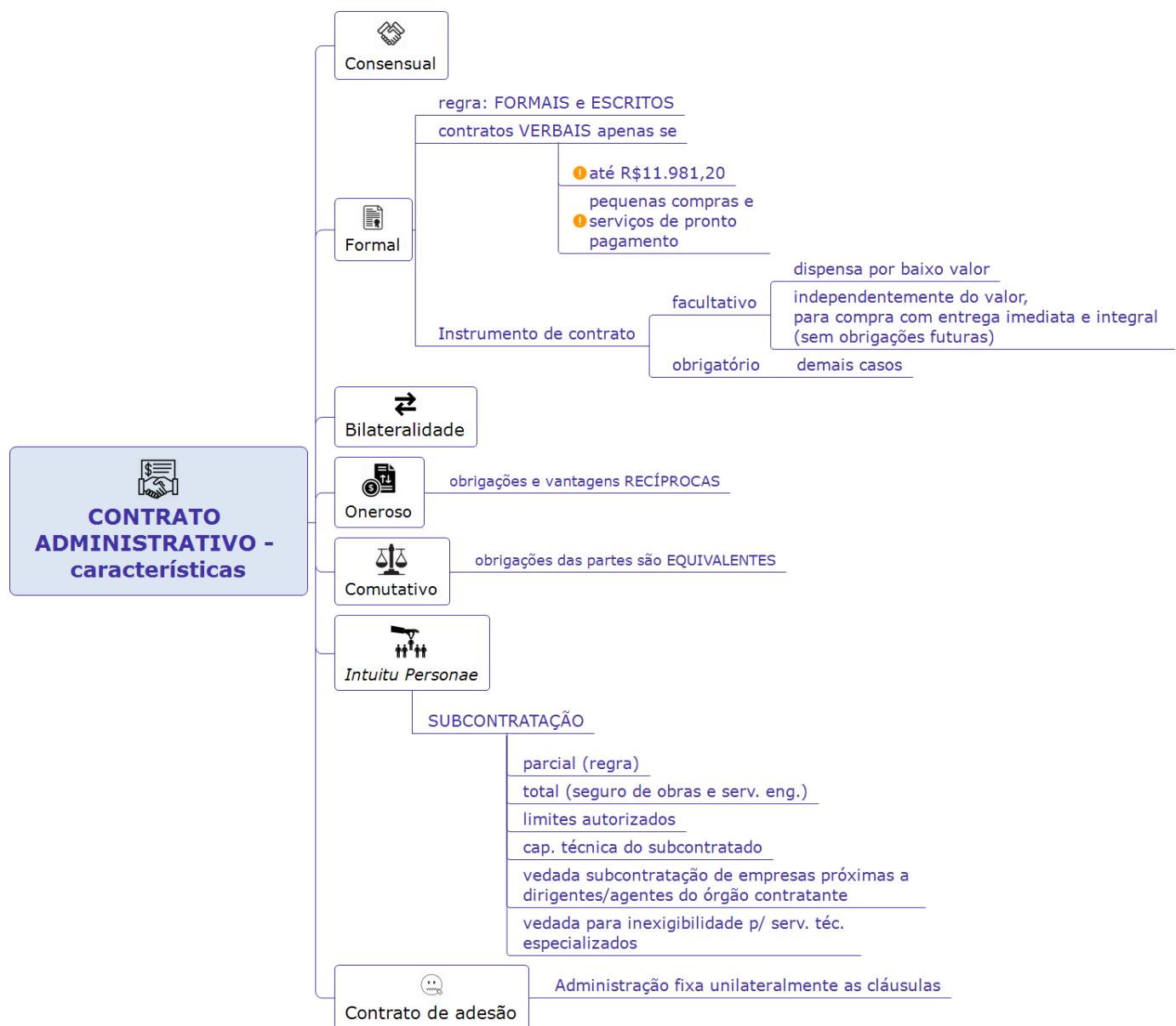
Nesse sentido, destaco que a Lei 14.133/2021 prevê a **minuta do contrato** a ser celebrado como **anexo edital da licitação** (art. 18, VI), como regra geral.

Além disso, mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, a Administração é quem estabelece, previamente, as cláusulas contratuais.

Antes, porém, de concluir, destaco que a **tipicidade** não é característica dos contratos administrativos. Diferentemente dos “atos administrativos” (que devem corresponder a **figuras previamente definidas e nominadas pela Lei**), quanto aos “contratos administrativos”, é possível que as partes celebrem um **contrato inominado** (não tipificado), desde que alinhado ao interesse público e ao particular.



Resumindo as principais características dos contratos administrativos, temos o seguinte:



## PUBLICIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Vimos acima que, em regra, os contratos deverão ser formalizados por escrito. Agora, é importante percebermos que o “instrumento de contrato” em regra é público, sendo admitido o contrato sigiloso quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação (art. 91, §1º).

E, não sendo caso de contratação sigilosa, a Administração fica obrigada a **divulgar** o contrato **no Portal Nacional de Contratações PÚBLICAS** (art. 94). Esta obrigatoriedade vale tanto para o contrato, como para suas alterações, os chamados “aditamentos”.



Portanto, qualquer que seja seu valor, o ente público contratante deve **divulgar o contrato e seus aditamentos no Portal Nacional de Contratações PÚBLICAS** (art. 94).

Este é uma condição para que o contrato possa **produzir efeitos**, de onde se diz que a “divulgação (...) é **condição indispensável à eficácia do contrato**” (art. 94). Caso o contrato assinado não seja divulgado, ainda que seja válido, ele não poderia produzir efeitos, como regra.

Em relação aos prazos para divulgação, a nova lei ajustou a redação que constava da Lei 8.666, passando a prever que a divulgação deve ocorrer dentro dos seguintes períodos (contados de sua assinatura):



De toda forma, vejam a questão abaixo quanto à exigência de publicação oficial:

FCC/TST – Técnico Judiciário – Área Administrativa (adaptada)

As contratações realizadas pela Administração pública demandam divulgação no Portal Nacional como condição, nos termos da Lei nº 14.133/2021,

- de validade e expressão do princípio da legalidade, que exige da Administração que pratique os atos expressamente previstos em lei.

- b) de validade e expressão dos princípios da publicidade e transparência, para fins de dar conhecimento não só aos órgãos de controle, mas também a todos os administrados sobre os atos praticados pela Administração pública.
- c) de eficácia e expressão do princípio da publicidade, dando início à produção de efeitos, salvo, por exemplo, previsão de alguma condição suspensiva, permitindo a todos os administrados o conhecimento do negócio jurídico celebrado.
- d) suspensiva de eficácia e expressão do princípio da eficiência, posto que enquanto não publicado o extrato do contrato não há produção de efeitos, bem como porque permite a análise da opção da Administração pública pelo negócio jurídico realizado.
- e) de validade e eficácia do negócio jurídico, a partir de quando o mesmo está apto a produzir efeitos e, como tal, é possível aferir o cumprimento do princípio da eficiência, com análise da economicidade da escolha.

Gabarito (C). A publicação do extrato do contrato é condição de eficácia – não de validade.



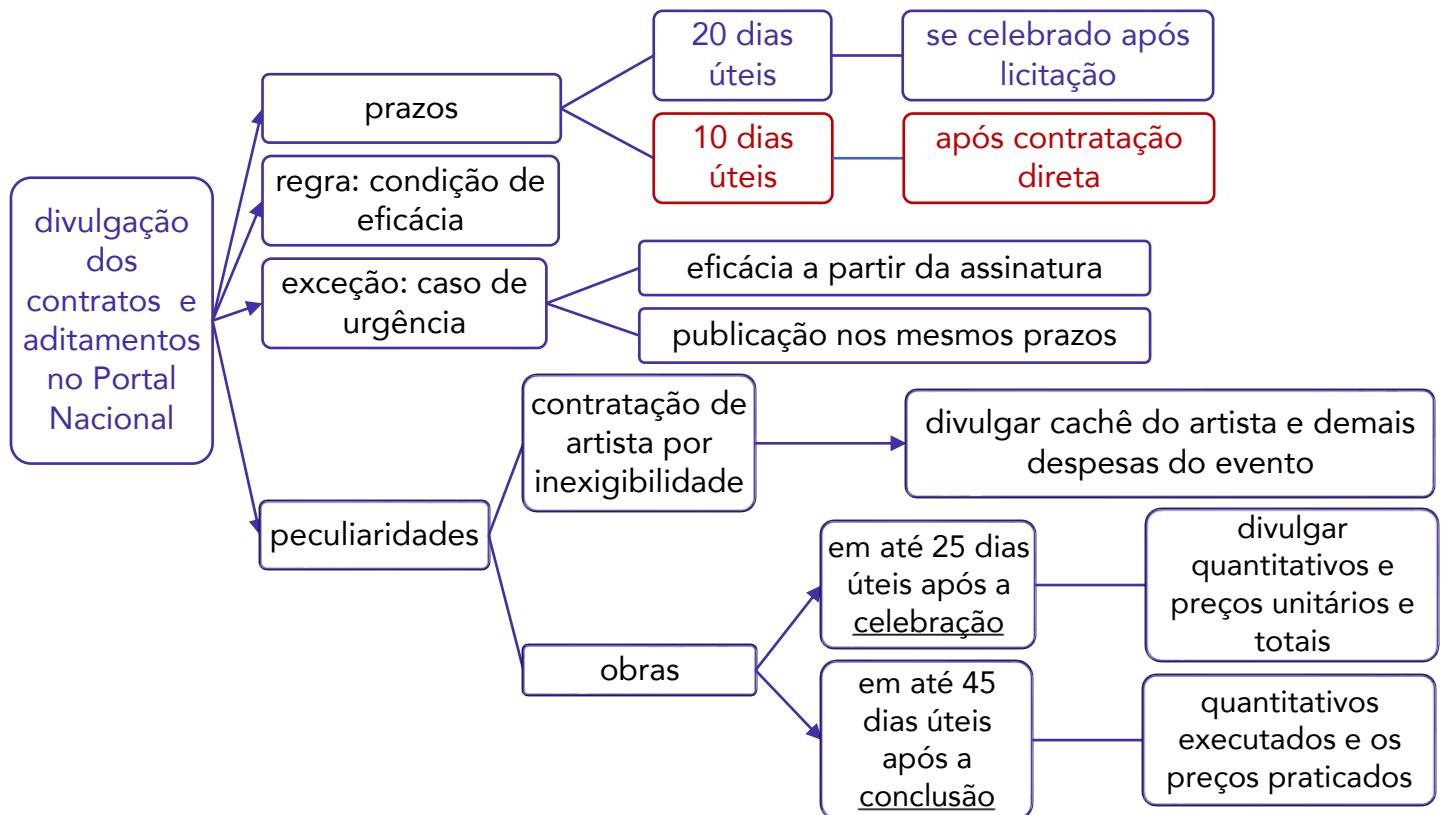
A lei prevê, ainda, regra específica para os contratos celebrados em caso de **urgência**. Estes terão **eficácia imediata**, a partir de sua assinatura (e não a partir da divulgação no Portal, como os demais), mas deverão ser **publicados nos prazos** acima destacados, sob pena de nulidade (art. 94, §1º).

Tratando-se da **contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade**, a divulgação no Portal deverá **identificar** os custos do **cachê do artista**, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística e das demais **despesas específicas do evento** (art. 94, §2º).

Por fim, no caso de **obras**, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até **25 dias úteis** após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratará e, em até **45 dias úteis** após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados (art. 94, §3º).



Esquematizando as principais regras quanto à divulgação dos contratos, temos que:

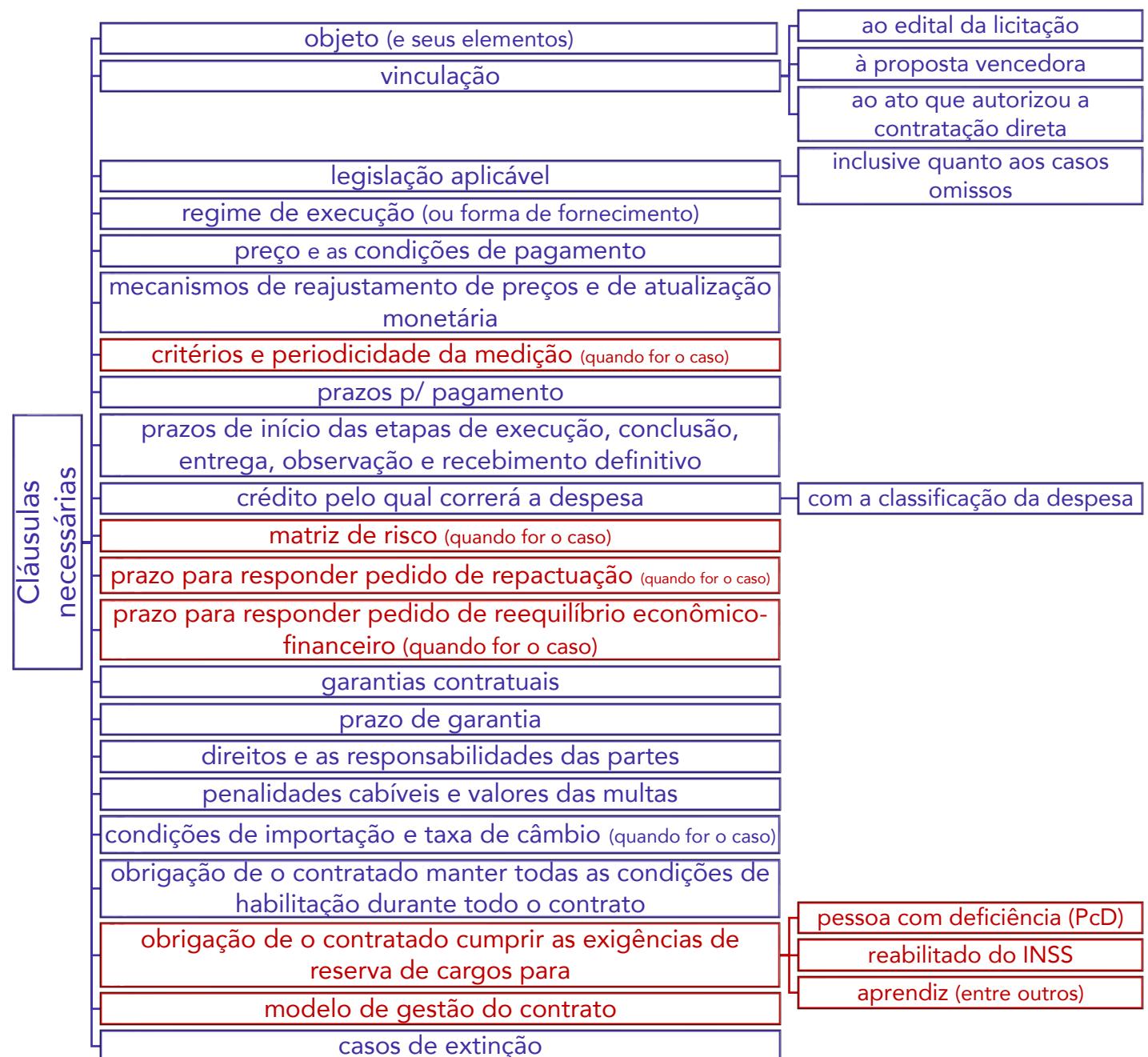


Tomando por base a regra geral no sentido de que os contratos sejam formalizados em um "instrumento de contrato", a Lei 14.133 prevê o conteúdo mínimo deste contrato, ou seja as "cláusulas necessárias" do contrato, o que será detalhado a seguir.

# CLÁUSULAS NECESSÁRIAS ou ESSENCIAIS

O contrato administrativo possui **cláusulas necessárias** (ou essenciais) e, de outro lado, **cláusulas acessórias** (ou secundárias), que podem ou não estarem previstas. No nosso curso, iremos destacar as necessárias, que devem figurar em todo contrato regido pela nova lei de licitações.

As **cláusulas necessárias** dos contratos administrativos são estabelecidas no art. 92 da Lei 14.133/2021, o qual pode ser sintetizado da seguinte forma:



Ressaltamos, na **cor vermelha**, as cláusulas necessárias que não constavam do art. 55 da Lei 8.666, que passaram a ser previstas pela nova lei, as quais possuem maior tendência a serem exploradas nas próximas provas.

Dois detalhes deste rol do art. 92 foram cobrados nas questões abaixo:

FCC/ARTESP – Agente de Fiscalização à Regulação de Transporte (adaptada)

Nos termos da Lei nº 14.133/2021, os contratos administrativos têm, como uma de suas cláusulas necessárias, o crédito pelo qual correrá a despesa, sendo prescindível a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.

Gabarito (E), ao destoar do que dispõe o inciso VIII do art. 92 da nova lei. Ambas as informações devem constar do termo do contrato: tanto o crédito orçamentário quanto sua classificação funcional programática e da categoria econômica. Portanto, ambas são imprescindíveis.

FCC/ARTESP – Agente de Fiscalização à Regulação de Transporte (adaptada)

Nos termos da Lei nº 14.133/2021, os contratos administrativos têm, como uma de suas cláusulas necessárias, a legislação aplicável à execução do contrato, exceto a legislação aos casos omissos.

Gabarito (E), pois incluem-se os casos omissos (art. 92, III)

Além das cláusulas comentadas acima<sup>9</sup>, os contratos devem conter, em regra, cláusula que declare competente o foro da **sede da Administração** para dirimir qualquer **conflito decorrente do contrato** (art. 92, § 1º).

Os contratos deixam, no entanto, de prever tal foro competente nas seguintes hipóteses:

I - **licitação internacional** para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de **financiamento concedido por organismo financeiro internacional** de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

II - contratação com **empresa estrangeira** para a compra de equipamentos fabricados e **entregues no exterior** precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

III - **aquisição** de bens e serviços realizada por unidades administrativas **com sede no exterior**.

---

<sup>9</sup> E além dos elementos “básicos” mencionados no art. 89, §§1º e 2º, da Lei 14.133/2021.



Relacionado a este tema, adianto que a nova lei previu expressamente a possibilidade de se utilizarem meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos, como a **conciliação, a mediação, a arbitragem e o comitê de resolução de disputas** (art. 151). Estes temas serão detalhados mais à frente nesta aula.

Ademais, quando necessário, os contratos devem conter cláusula que preveja **período antecedente** à expedição da ordem de serviço **para verificação de pendências**, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução (art. 92, § 2º). Assim, quando a ordem para início do contrato for expedida, todas estas questões já estariam solucionadas, para efetivamente ser iniciada a execução do contrato.

Vale destacar, ainda, o disposto no artigo 150 da Lei, que prevê que todo contrato deve conter:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a **caracterização adequada** de **seu objeto** e sem a indicação dos **créditos orçamentários** para pagamento das **parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação**, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

-----

Seguindo adiante, lembro que Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup> lecionava, ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, em todo contrato administrativo estão presentes também as denominadas **cláusulas implícitas**, que se consideram **existentes mesmo que não escritas**.

Nesse sentido, mesmo que o instrumento do contrato não preveja, por exemplo, a possibilidade de extinção unilateral por interesse público, esta seria uma cláusula implícita daquele contrato.

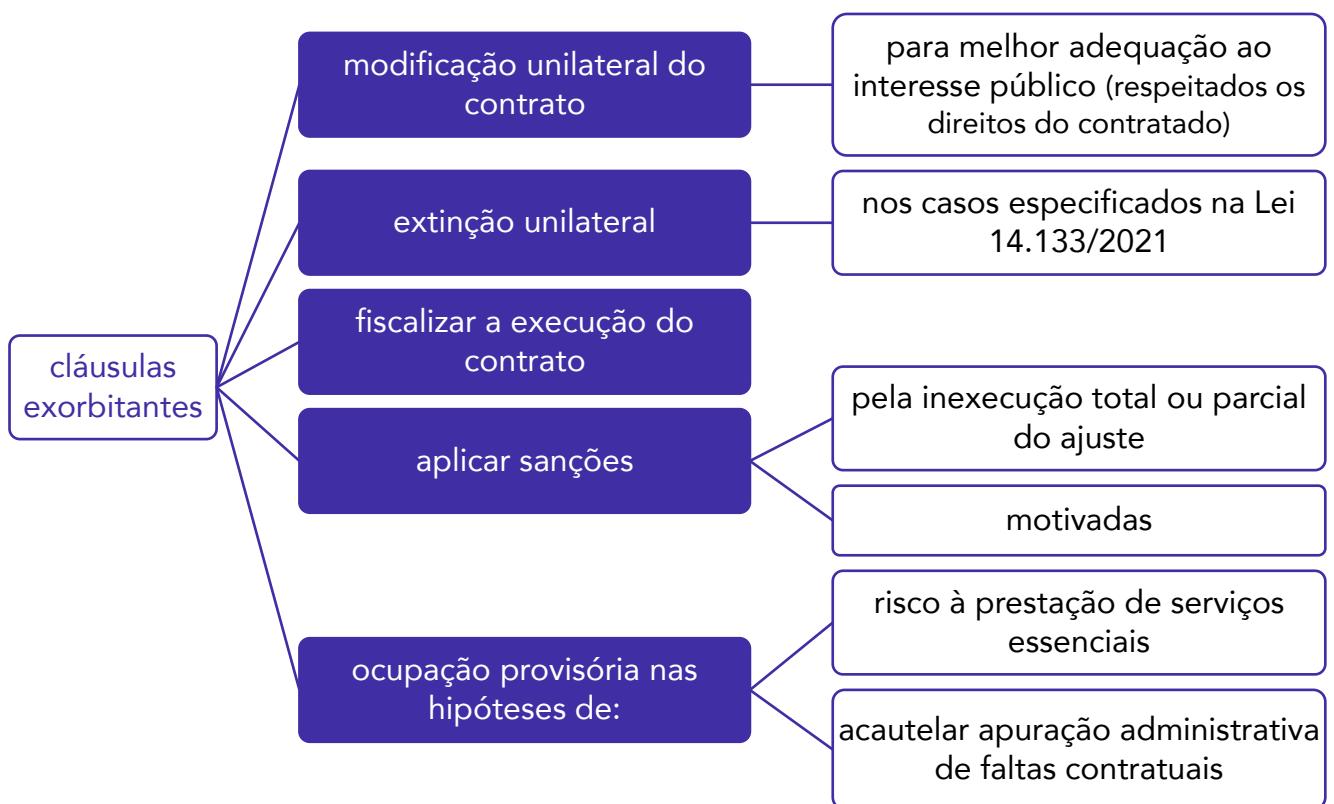
O mesmo ocorre em relação às cláusulas que autorizam redução ou ampliação do objeto do contrato, dentro dos limites regulamentares; a que facilita a assunção dos trabalhos paralisados, para evitar a descontinuidade do serviço público, e outras que constituam privilégios irrenunciáveis do poder público em suas contratações.

---

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, p. 251-252.

# CLÁUSULAS EXORBITANTES

**Cláusulas exorbitantes**, pelo próprio nome, são aquelas que **exorbitam do direito comum**. Elas seriam consideradas “leoninas”, ilícitas, em um contrato privado, que está sujeito à equivalência jurídica entre as partes contratantes (horizontalidade). Mas, nos contratos administrativos (marcados pela verticalidade), elas representam sua **principal característica**. Estas cláusulas consistem em **poderes, prerrogativas**, conferidos à Administração a fim de que o **interesse público possa prevalecer** sobre o interesse privado. Neste sentido, o art. 104 da Lei 14.133/2021 enumera as seguintes cláusulas exorbitantes:



Além destas, poderíamos considerar também como cláusulas exorbitantes<sup>11</sup> (art. 96 e art. 137, §2º, IV, respectivamente):

exigência de garantias  
pela Administração

restrições à exceção do  
contrato não cumprido

<sup>11</sup> Parte da doutrina considera, ainda, como cláusula exorbitante a possibilidade de exigência das “medidas de compensação” a que se refere o art. 26, §6º, da Lei 14.133/2021.

Aproveito para lembrar que a grande maioria destas cláusulas exorbitantes **não** estão presentes no regime de contratações estabelecido pela Lei das Estatais.

Dito isto, vamos detalhar cada uma destas sete cláusulas!

## Alteração unilateral do contrato

Como já ocorria sob o regramento da Lei 8.666, as cláusulas de um contrato, em geral, dividem-se em **cláusulas econômicas** (ou financeiras) e **cláusulas regulamentares** (ou de serviço).

As **cláusulas econômicas** (ou financeiras) versam sobre o preço, a remuneração devida ao contratado. Já as **cláusulas regulamentares** (ou de serviço) são aquelas que disciplinam sobre o objeto do contrato e a forma de sua execução, sem afetar a remuneração da empresa contratada.

A remuneração (por vezes chamada de “equação financeira do contrato”) deve ser preservada durante toda sua vigência, não sendo passível de ser alterada unilateralmente.



Nesse sentido, o poder da Administração de alterar unilateralmente o contrato administrativo incide **apenas sobre as cláusulas regulamentares** (ou de serviço). Não se pode promover alterações diretas, de forma unilateral, em cláusulas econômicas dos contratos administrativos. Para estas, há que se ter concordância prévia do contratado:

Art. 104, § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos **não poderão ser alteradas sem prévia concordância** do contratado.



Vejam, portanto, que **nem toda cláusula do contrato administrativo comporta alteração unilateral**. Há algumas que, dada a característica da consensualidade do contrato e seus efeitos financeiros, exigem consentimento da empresa contratada (alteração bilateral).

Nesse sentido, o art. 124 elenca dois conjuntos de situações: (I) aquelas que podem ser realizadas unilateralmente e (II) que exigem alteração bilateral. Comparando, lado a lado, estas cláusulas temos o seguinte:

Admite alteração unilateral (art. 124, inc. I)	Exigem acordo entre as partes (inciso II)
<p><b>Qualitativas</b></p> <p>(isto é, modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos)</p>	substituição da garantia de execução
<p><b>Quantitativas</b></p> <p>(isto é, modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela Lei)</p>	modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários
-	modificação da forma de pagamento, mantido o valor inicial atualizado
-	restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado.

Uma das cláusulas infensas à alteração unilateral foi cobrada na seguinte questão:

CEBRASPE/PGE-PE – Procurador do Estado (adaptada)

A modificação do regime de execução da obra para melhor adequação técnica constitui hipótese de alteração unilateral do contrato.

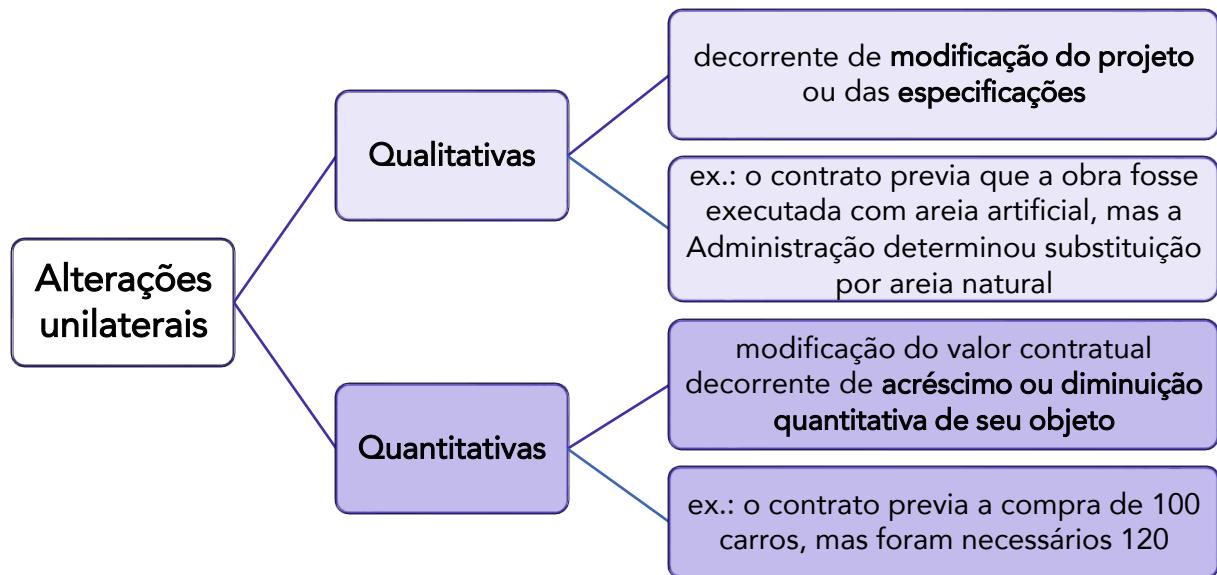
Gabarito (E), nos termos do art. 124, II, ‘b’

Feita esta diferenciação, percebam a grande prerrogativa atribuída ao poder público: a Administração poderá impor ao contratado uma modificação e este é obrigado a acatar tal alteração. É claro que, em todas estas alterações, deve-se buscar o interesse público, mas em um contrato privado uma parte não é obrigada a alterar a modificação proposta pela outra: as alterações devem ser bilaterais.

A este respeito, Hely Lopes Meirelles ressalta que “nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução”. Caso o particular não se submeta às alterações impostas, será considerado descumpridor do contrato, dando azo a que a Administração extinga o contrato por culpa do contratado.

Portanto, tratando-se de cláusula regulamentar, o poder público detém a **prerrogativa de alterá-las sem a concordância do contratado**.

A partir do art. 124, inciso I, da Lei 14.133/2021, poderemos ter duas possibilidades de alteração unilateral:



A Lei estabelece **limites** para as alterações, sejam **qualitativas ou quantitativas**, da seguinte forma:

Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, **acréscimos ou supressões de até 25%** (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de **reforma de edifício** ou de equipamento, o limite para os **acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)**.



Reparam que foram estipulados dois limites para alterações quantitativas:

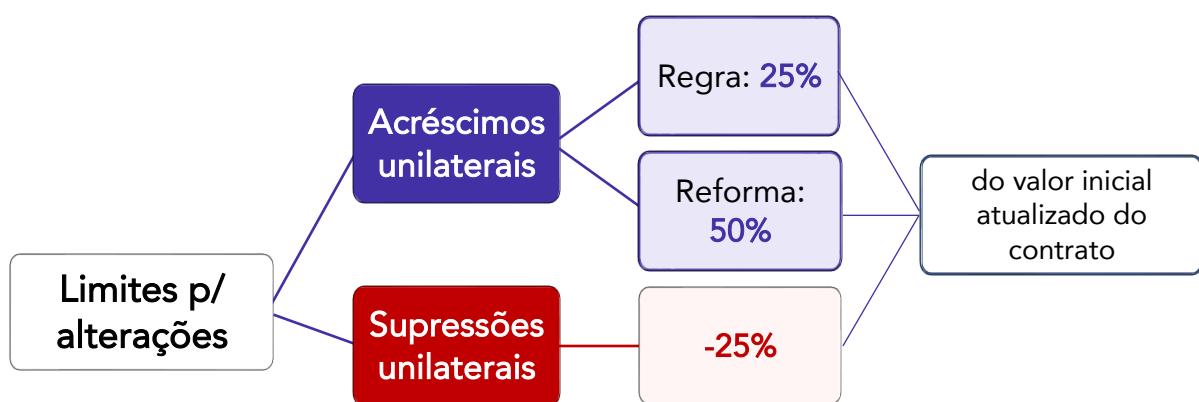
- limite de **25% para acréscimo ou supressão** unilaterais
- limite de **50% só para acréscimo** unilateral no caso de **reforma**

Em virtude da alteração redacional promovida pela nova lei, agora não há mais dúvidas de que tais limites aplicam-se também para as alterações qualitativas.

Em qualquer dos casos, a alteração unilateral do contrato **não poderá transfigurar o objeto da contratação** (art. 126).

Além disso, tratando-se de **supressão** de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, a Administração deverá pagá-lo pelos custos de aquisição, regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, cabendo também indenização por danos sofridos pela empresa contratada (art. 129).

Em síntese:



A questão a seguir cobrou a principal regra quanto às alterações unilaterais:

FCC/Câmara Legislativa do Distrito Federal – Consultor Técnico Legislativo (adaptada)

Em contrato de construção de uma unidade prisional, assistem às partes, Administração pública e contratada, direitos e obrigações pertinentes ao objeto da avença, tais como:

A possibilidade de a contratada recusar alterações contratuais quantitativas que impliquem supressão do objeto superior a 25% do valor do contrato.

Gabarito (C)

Já a questão a seguir cobrou a aplicação de um destes percentuais:

CEBRASPE/TCE-PA – Auditor de Controle Externo – Área Administrativa

Se a obra de reforma de uma escola pública for orçada inicialmente em R\$ 150.000, o contrato poderá ser aditado, por acréscimo de serviços já existentes contratualmente em até R\$ 90.000, desde que não haja fato anterior que repercuta no seu equilíbrio econômico-financeiro.

Gabarito (E). Como se trata de reforma, o acréscimo poderia ser de até R\$ 75.000,00 (isto é, 50%).



## ➤ Equilíbrio econômico-financeiro

Caso seja promovida a alteração unilateral, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (art. 104, § 2º). Portanto, caso a alteração unilateral aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (art. 130).

## ➤ Contratações integrada e semi-integrada

Apesar de ser possível, em geral, a alteração dos valores totais contratados (atendidos os limites comentados acima), isto não se aplica aos regimes de **contratação integrada e semi-integrada** (art. 133). Isto porque, nestes dois regimes, a empresa contratada participa da licitação já sabendo que os contornos da obra ainda não estão totalmente definidos. Portanto, é da essência destes contratos a contratada assumir alguns riscos relacionados à precificação da obra, não podendo posteriormente reclamar ajustes no valor contratado, como regra geral.

Mas, apesar de serem vedadas em regra alterações dos valores das contratações integrada e semi-integrada, a lei chega a admitir excepcionalmente nos seguintes casos:

I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de **caso fortuito ou força maior**;

II - por necessidade de **alteração do projeto** ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei [25%];

III - por necessidade de alteração do projeto **nas contratações semi-integradas**, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei [**alteração do projeto básico**];

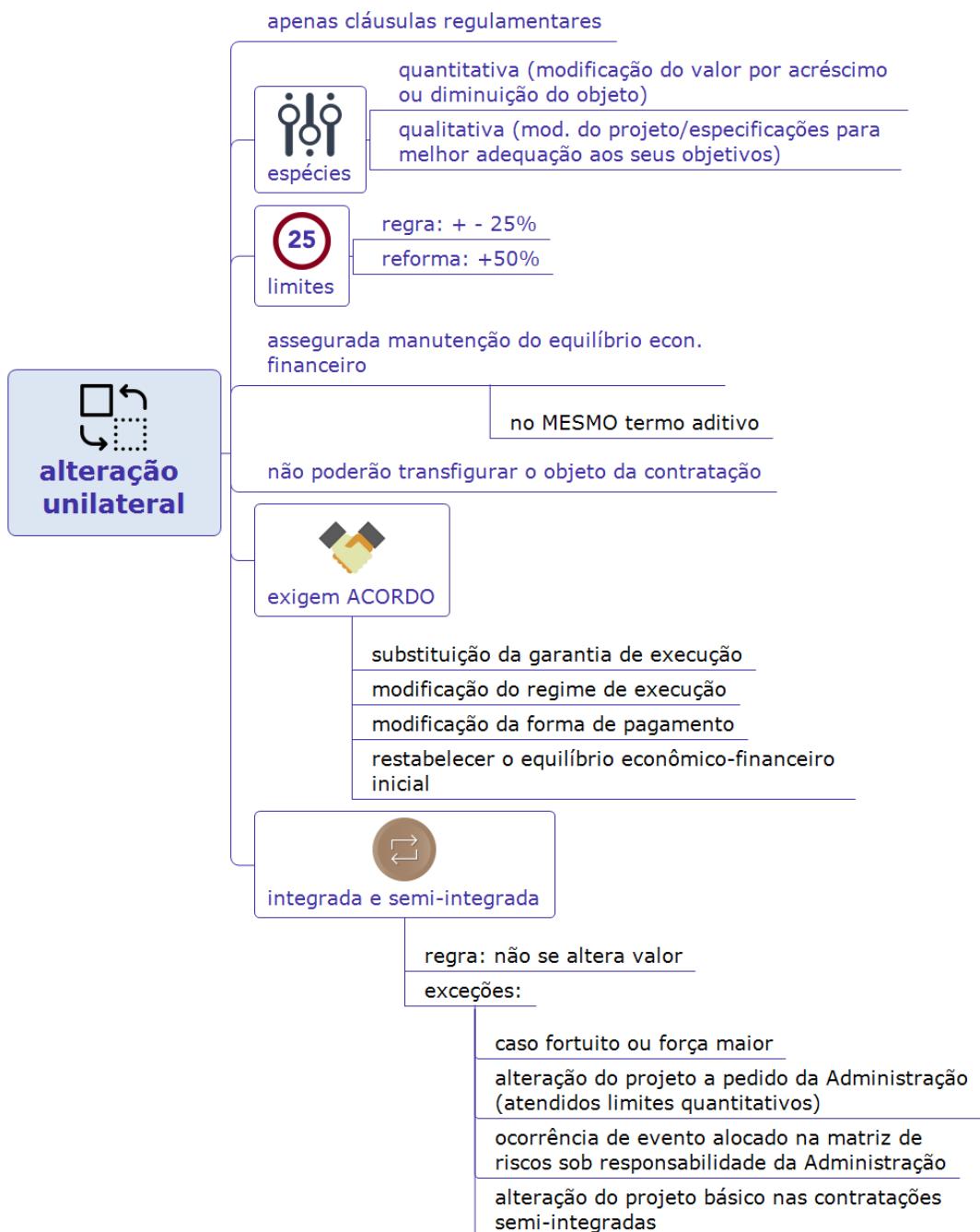
IV - por ocorrência de **evento superveniente** alocado na matriz de riscos como de **responsabilidade da Administração**.

## ➤ Outras particularidades de contratos de obras e serviços de engenharia

Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, os valores unitários serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os

valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento (art. 127), respeitados os limites de 25% (ou 50% no caso de reforma).

Além disso, para prevenir “jogos de planilha”, nos contratos de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária (art. 128).



---

Por fim, vale ressaltar que a **Lei das Estatais** (aplicável aos contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias) **não admite** a alteração unilateral do contrato<sup>12</sup>.

## Extinção unilateral do contrato

No direito privado, em geral não existe a figura da extinção unilateral de um contrato. Já nos contratos administrativos, a **supremacia do interesse público** garante à Administração a possibilidade de **extinguir unilateralmente** um contrato administrativo.

**Em outras palavras:** em determinadas situações, o **particular é obrigado a aceitar o fim do contrato administrativo.**

Além de não depender da concordância da empresa contratada, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para extinguir a avença. **Como tal extinção é autoexecutória, poderá a Administração declarar, diretamente, que o contrato foi extinto.**

Aqui temos outro grande exemplo da **desigualdade jurídica** entre as partes em um contrato administrativo.

Quando tratarmos das formas de extinção do contrato administrativo iremos nos aprofundar neste tema, que encontra-se previsto no art. 138, I, da Lei 14.133/2021.

**É importante destacar que apenas a Administração** detém a prerrogativa de extinguir o contrato unilateralmente. O particular nunca poderá extinguí-lo unilateralmente.

Além disso, como o regime de contratações imposto pela **Lei das Estatais** é regido prioritariamente por normas direito privado, em que a superioridade da Administração foi significativamente reduzida, **não se admite a extinção unilateral** dos contratos regidos pela **Lei 13.303/2016.**

---

<sup>12</sup> Lei 13.303/2016, art. 72. Os contratos regidos por esta Lei **somente** poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

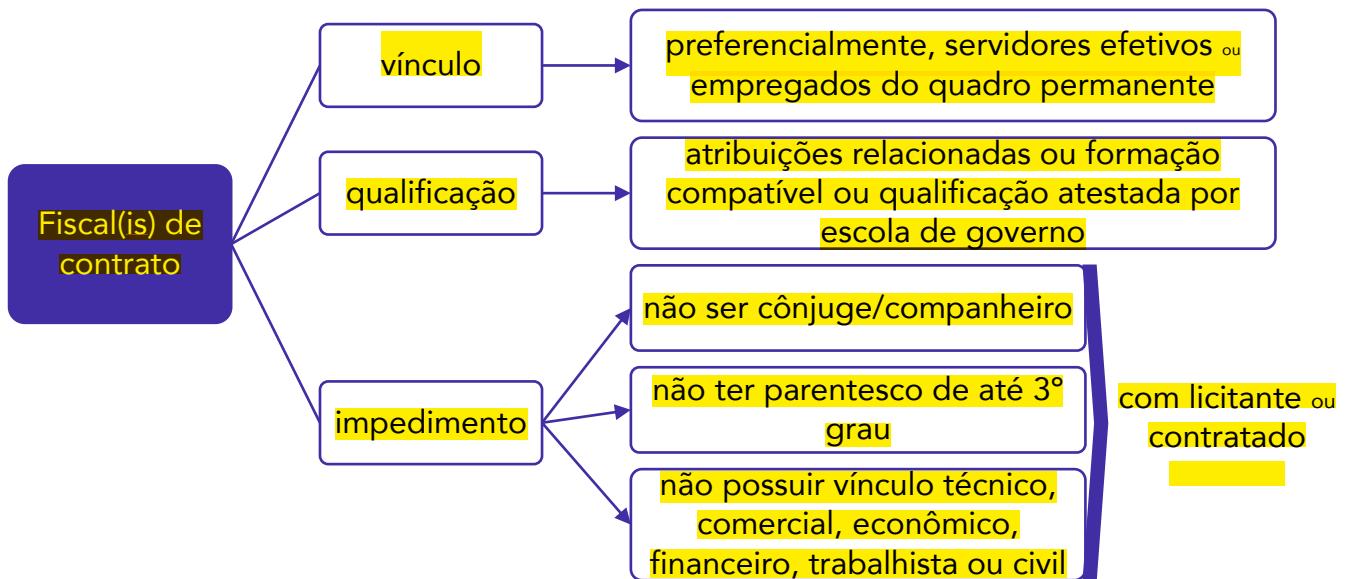
## Fiscalização do contrato

A Administração contratante tem o poder-dever de **acompanhar e fiscalizar** a execução do contrato administrativo. **Tal acompanhamento e fiscalização ocorre de modo permanente**, durante todo o período de execução do contrato.

Para esta atividade, é especialmente designado um ou mais **representantes da administração**, normalmente chamado(s) de “**fiscal(is) de contrato**” (art. 117). Assim, na atividade fiscalizatória este representante deverá verificar se o contratado está obedecendo às regras previstas no contrato e na legislação.

Por exemplo: o fiscal de contrato irá checar se os empregados estão utilizando uniformes (conforme ‘cláusula X’ do contrato administrativo), se a empresa contratada está pagando em dia a remuneração de seus empregados (fiscalização sob o prisma trabalhista), se os tributos estão sendo recolhidos adequadamente pela contratada etc.

Ao(s) fiscal(is), aplicam-se os requisitos estabelecidos no art. 7º da nova lei, de sorte que o fiscal de contrato deverá atender aos seguintes requisitos:



Além disso, como o fiscal de contrato muitas vezes tem dúvidas sobre a melhor forma de agir, ele poderá dirimi-las junto ao **departamento jurídico** e ao **controle interno** (art. 117, § 3º). O propósito do legislador é, afinal, prevenir riscos na execução do contrato, por meio da orientação ao fiscal de contrato.

É importante destacar, também, que, como são diversas e complexas as atribuições deste fiscal de contrato, a legislação possibilita a **contratação de terceiros** para auxiliá-lo (art. 117). Neste caso,

o profissional que vier a ser contratado para auxiliar o fiscal deverá atender ao seguinte (art. 117, § 4º):

- ❑ o terceiro contratado para auxiliar o fiscal não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato (mas apenas auxiliá-lo)
- ❑ o contratado assumirá a **responsabilidade civil objetiva** pela veracidade e pela precisão das informações prestadas
- ❑ o contratado firmará **termo de confidencialidade**

Além disso, a contratação destes terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações que ele possuía (art. 117, § 4º, II). Ou seja, caso seja praticada uma irregularidade durante a fiscalização, em regra o fiscal continuaria ser responsável por esta conduta, mesmo que seja auxiliado por terceiros.



Do lado da empresa, para interagir com o fiscal de contrato e outros 'atores' da fiscalização contratual, é designado um **preposto**, que nada mais é do que um representante da empresa perante a organização pública contratante. Este preposto deve ser aceito pela Administração, consoante prevê o art. 118 da nova lei.

Em síntese:

<b>Fiscal de contrato</b>	→ representante da Administração
<b>Preposto</b>	→ representante do contratado

Para finalizar este item, é importante já adiantar que a fiscalização desempenhada pela Administração **não** exclui ou reduz a responsabilidade da empresa contratada pelos danos que a execução do contrato venha a causar (art. 120).

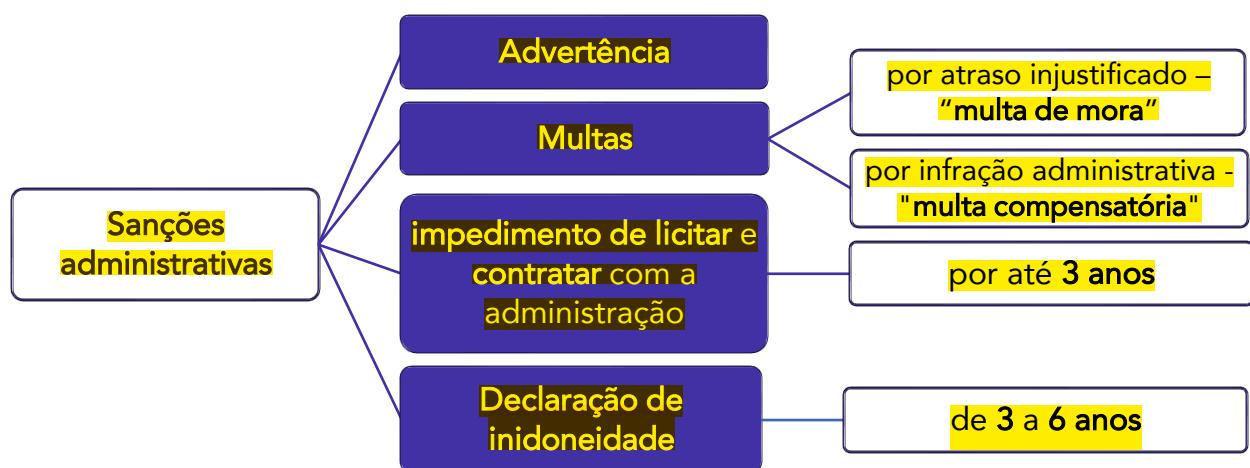
## Aplicação direta de sanções administrativas

A legislação confere à Administração o poder-dever de aplicar **sanções de natureza administrativa** à empresa contratada que cometer faltas.

Estas penalidades são **impostas diretamente** pela Administração Pública, ou seja, sua aplicação **não** depende de manifestação prévia do Poder Judiciário.

São penalidades que decorrem do **poder disciplinar** da Administração Pública. Não decorrem, portanto, do poder de polícia, na medida em que existe vínculo específico que liga o poder público àquele particular: o vínculo contratual.

Antes de detalharmos cada uma delas, vamos listar as sanções administrativas aplicáveis aos contratados (Lei 14.133/2021, art. 156)<sup>13</sup>:



<sup>13</sup> Comparando com a Lei das Estatais (aplicável aos contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias), destaco que aquela lei deixou de prever a possibilidade de aplicação da pena de declaração de inidoneidade e o prazo máximo do impedimento é de 2 anos (Lei 13.303/2016, art. 83).

Adiante vamos examinar alguns aspectos importantes da aplicação de sanções diretamente pelo ente público contratante.

## Sanções administrativas aplicáveis

---

A seguir cada uma das sanções aplicáveis pela Administração Pública.

### A) Advertência

A advertência é a sanção mais branda que pode ser aplicada no bojo dos contratos administrativos. Será aplicável nas hipóteses de **inexecução parcial do contrato**, quando não se justificar a **imposição de penalidade mais grave** (art. 156, §2º).

Destina-se a advertir, alertar, o contratado quanto a desvios cometidos durante a execução do contrato, a fim de que não ocorram novamente. Apesar de a lei não ter previsto o processo para aplicação da advertência, não se poderia conceber sua aplicação sem prévio contraditório, na medida em, embora seja mais branda, igualmente consiste em uma sanção (art. 156, caput, parte final).

### B) Multas

Como adiantado acima, a Lei 14.133 prevê **duas espécies de multas**:

i) **multa por atraso injustificado** – chamada de “multa de mora”

Art. 162. O **atraso** injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a **multa de mora**, na forma prevista em edital ou em contrato.

Esta multa de mora tem lugar, por exemplo, nos contratos de obras públicas em que a empreiteira descumpe o **cronograma contratual**, atrasando de entrega de parcelas da obra, com prejuízos ao poder público.

A respeito desta sanção, a lei deixa claro que a aplicação da multa de mora não impede que a Administração a converta em “multa compensatória” (decorrente de infração administrativa) e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções (art. 162, parágrafo único).

ii) **multa por infração administrativa**

Esta multa poderá ser aplicada se o contratado (ou licitante) praticar **qualquer das infrações administrativas** previstas no art. 155 da Lei 14.133. Além disso, a nova lei chega a prever **limites**

de valor para a multa, a qual não poderá ser inferior a **0,5%** e nem superior a **30%** do valor do contrato (art. 156, §3º).

-----

Em geral, uma conduta pode dar azo a uma única penalidade, sob pena de ocorrer o chamado bis in idem (ou seja, dupla punição por um mesmo fato). No entanto, as multas podem ser **cumuladas com outras sanções** (art. 156, §7º). Então é possível que uma mesma conduta do particular seja penalizada com multa de inexecução contratual e, ao mesmo tempo, com a suspensão de licitar, por exemplo.

Além disso, todas as sanções podem ser **cumuladas** com a obrigação de **reparação integral do dano** causado à Administração Pública (art. 156, §9º).

Exemplo: suponha que a empresa privada DesviaTudo S/A tenha fraudado a execução de um contrato administrativo, com o auxílio de um servidor público, o que acabou resultando na celebração de contrato desvantajoso para a Administração. Em razão da fraude, a órgão deixou de assinar um contrato de R\$ 10 milhões e adquiriu o mesmo produto por R\$ 15 milhões.

Esta diferença de R\$ 5 milhões (ou seja, R\$ 15 – R\$ 10 milhões) representa um **dano** causado aos cofres da estatal.

Neste caso, mesmo que a empresa DesviaTudo receba uma multa por aquela infração, poderá ser obrigada a “devolver” a diferença de R\$ 5 milhões.

Além disso, para quem considera a “extinção unilateral” como espécie de sanção, estaríamos diante de outra possibilidade de cumulação de sanção. Tal entendimento decorre da possibilidade de se aplicar, por uma mesma conduta, a “extinção unilateral” + outra sanção.

-----

Diferentemente das demais sanções administrativas e cláusulas exorbitantes, a multa por inexecução contratual somente pode ser aplicada se houver previsão no edital da licitação ou no contrato, consoante previsto no §3º do art. 156 da nova lei. Do contrário, não haveria como calcular o valor da multa a ser aplicada. Não por outro motivo, o valor das multas é cláusula obrigatória de todo contrato (art. 92, XIV).

-----

Além disso, dada a natureza pecuniária da multa, a Administração poderá **abater seu valor dos pagamentos** que seriam devidos à empresa contratada ou, no caso de extinção, da garantia que

havia sido prestada pela empresa (art. 156, §8º). Se a garantia for insuficiente, o poder público irá cobrar do particular sancionado apenas a diferença.

Nesta situação, caso o particular não pague voluntariamente o valor devido a título de multa, a cobrança deverá se dar por intermédio do Poder Judiciário. **Em outras palavras, caso superior às garantias prestadas, a multa não é considerada autoexecutória.**

### C) Impedimento de licitar e contratar

Esta é a sanção aplicável a condutas de gravidade média. Caso o particular receba esta sanção, ficará impedido de **participar em licitações** ou de **ser contratado** pela Administração Pública pelo prazo de até **3 anos** (art. 156, §4º, parte final).



Friso que aqui temos outra novidade da Lei 14.133! O prazo previsto na Lei 8.666 era de apenas **2 anos** e o da Lei 10.520 era de **5 anos**.



Seguindo adiante, surge uma dúvida:

Esta sanção impede o particular de ser contratado/licitar apenas com aquela organização? Com toda a Administração Pública daquele esfera? Em todo o país?

Para colocar um fim nas discussões a este respeito, a nova lei previu expressamente o **alcance** das sanções de impedimento temporário de licitar e contratar, deixando claro que esta sanção alcança toda a **administração pública daquele ente federativo** (direta e indireta). Portanto, o impedimento alcança a administração pública do ente federativo no qual a sanção foi aplicada.

Exemplo: se a empresa QuêBrada recebe esta sanção de impedimento por parte de um órgão do município de Araguari/MG, ela não poderia ser contratada por qualquer outra organização pública daquele município, durante a vigência da sanção. Isto não impediria

que ela fosse contratada por um órgão do Estado de Minas Gerais ou por uma entidade federal.

Adianto que, apesar do prazo máximo de 3 anos, esta sanção admite **reabilitação** do condenado após o prazo de **1 ano** (art. 163), consoante detalhado mais à frente.

Além disso, a lei chegou a prever as situações específicas em que poderá ser aplicado o **impedimento** (art. 156, §4º c/c art. 155):

- inexecução parcial** do contrato que cause **grave dano** à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- inexecução total** do contrato;
- deixar de entregar a documentação** exigida para o certame;
- não manter a proposta**, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- não celebrar o contrato** ou **não entregar a documentação exigida** para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- ensejar o retardamento da execução** ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

Ocorre que, mesmo nestas hipóteses, se a Administração entender que o caso indica a imposição de penalidade mais grave, poderá aplicar a “declaração de inidoneidade”, o que nos leva ao próximo tópico.

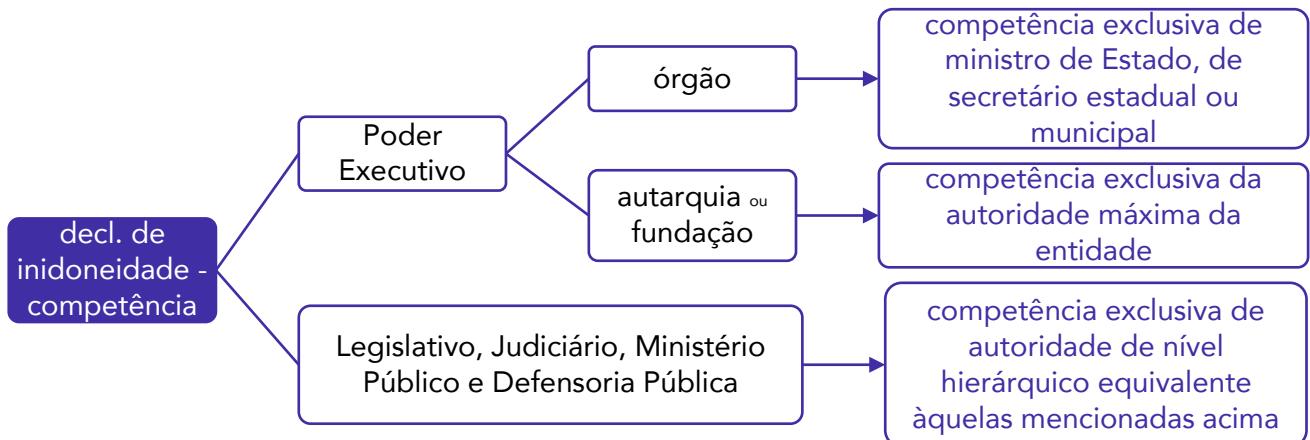
#### D) Declaração de Inidoneidade

A declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração consiste na sanção administrativa mais dura, destinada às condutas mais graves. A declaração de inidoneidade, pela nova lei, não pode ter duração inferior a **3 anos** e nem superior a **6 anos**.

Além dos prazos de duração, a inidoneidade ainda diferencia-se do impedimento para contratar quanto a outros dois aspectos: (a) seu alcance e (b) a competência para sua aplicação.

Isto porque a declaração de inidoneidade alcança **toda a administração pública brasileira** (não apenas do ente federativo no qual a sanção foi aplicada) – art. 156, §5º, parte final.

Além disso, a competência para sua aplicação foi confiada, **com exclusividade**, a autoridades do nível de ministro de estado ou, na administração indireta, à máxima autoridade da entidade (art. 156, § 6º) – não tendo sido especificada a competência para o impedimento para licitar e contratar.



Por fim, adianto que a declaração de inidoneidade também admite **reabilitação** do condenado, após o prazo de 3 anos (art. 163) – o prazo mínimo para reabilitação da Lei 8.666 era de 2 anos.

Em outro giro, o legislador previu as condutas que podem dar azo à inidoneidade (art. 156, §5º):

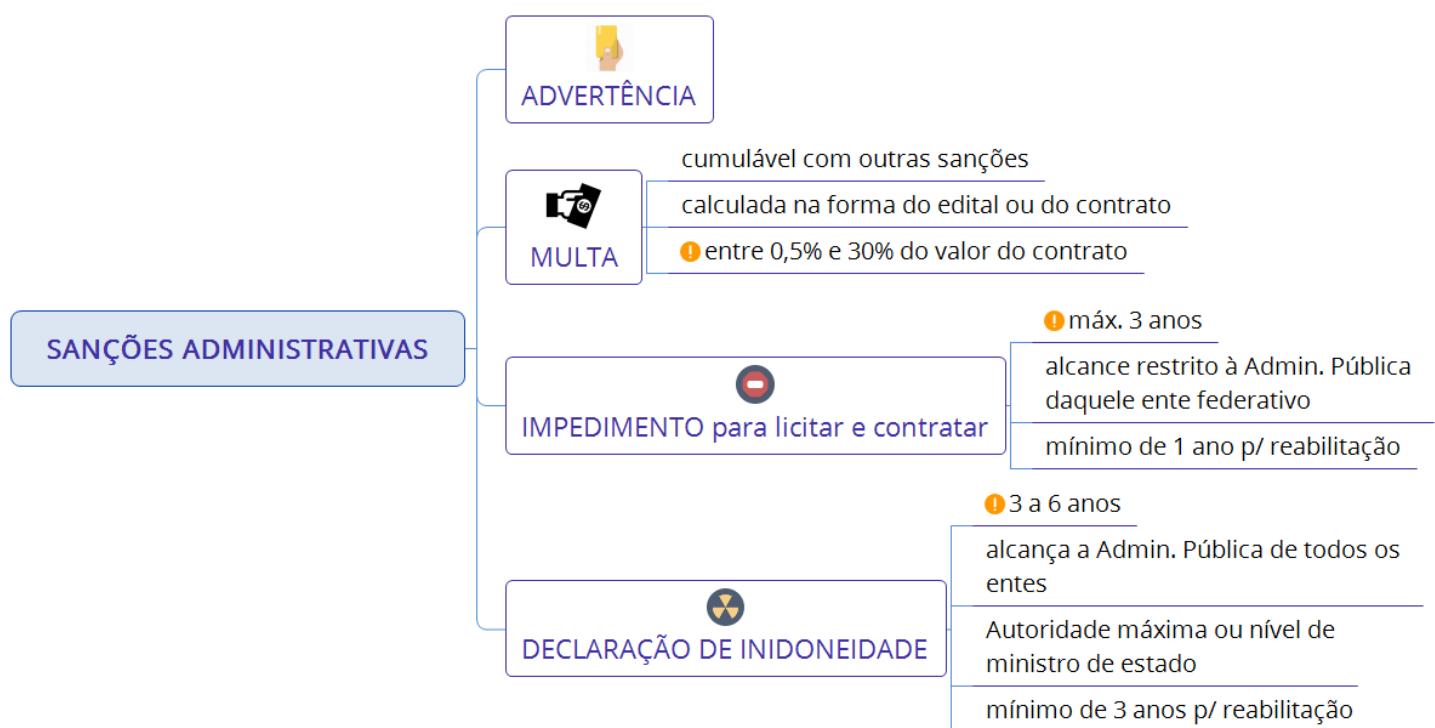
- Nas hipóteses ensejadoras do impedimento, quando se justificar imposição de penalidade mais grave
- apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- praticar ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013, art. 5º).



Comparando algumas características do impedimento para licitar e contratar com a declaração de inidoneidade, temos o seguinte:

Suspensão temporária para licitar e contratar		Declaração de Inidoneidade
<b>Prazo</b>	Máx. 3 anos	De 3 a 6 anos
<b>Alance</b>	Restrito à administração pública do ente federativo	Administração pública de todos os entes federativos
<b>Competência para aplicação</b>		Autoridade máxima ou nível de ministro de estado

Sintetizando as sanções administrativas previstas na nova lei, temos o seguinte:



Aproveito para sistematizar, também, as sanções aplicáveis a depender da conduta praticada:

Advertência	Multa por infração	Impedimento	Inidoneidade
inexequção parcial do contrato, quando não justificar penalidade mais grave	todas as infrações administrativas previstas no art. 155	<ul style="list-style-type: none"> <li>- inexequção parcial que cause <b>grave dano</b></li> <li>- inexequção <b>total</b></li> <li>- deixar de entregar a <b>documentação exigida para a licitação</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nas hipóteses ensejadoras do impedimento, quando se justificar imposição de penalidade mais grave</li> <li>- declaração ou <b>documentação falsa</b></li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>- não manter a proposta, salvo fato superveniente justificado</li> <li>- não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado</li> <li>- ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato</li> <li>- comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza</li> <li>- praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;</li> <li>- praticar ato lesivo previsto na <b>Lei Anticorrupção</b></li> </ul>
--	--	--	--



A título de aprofundamento, adiante, vamos comentar as regras procedimentais para aplicação destas sanções.

## Devido processo administrativo

Neste tópico, estudaremos principalmente as garantias do contratado, relacionadas ao “processo de responsabilização” para aplicação de sanções contratuais, tratadas nos artigos 157-158 da Lei 14.133/2021.

Primeiramente, destaco que o legislador exigiu, expressamente, a instauração do processo “processo de responsabilização” apenas para o **impedimento e a inidoneidade** (art. 158, caput), mas não para a **advertência e multa**.

### ➤ Defesa prévia

Em decorrência do mandamento constitucional do **contraditório e da ampla defesa**, é necessário que o contratado seja “ouvido”, **antes** da aplicação da sanção. Sem o contraditório, a sanção poderá ser anulada.

Para a aplicação de (i) multa<sup>14</sup>, (ii) impedimento para licitar e contratar e (iii) declaração de inidoneidade, a lei estabelece a defesa prévia do interessado no prazo de **15 dias úteis**, contado da data de sua intimação (arts. 157 e 158, *caput*). Tratando-se, por outro lado, da **advertência**, a lei não chegou a prever expressamente o prazo para a defesa prévia, embora não se admita a imposição de sanções sem prévio contraditório e ampla defesa.

### ➤ Particularidades das sanções de impedimento e inidoneidade

Pela gravidade das situações envolvendo o (i) impedimento para licitar e contratar e (ii) a declaração de inidoneidade, o legislador previu no artigo 158 uma série de requisitos adicionais para aplicação das sanções, adiante sintetizados:

- Processo conduzido por **comissão composta de 2 ou mais servidores** estáveis<sup>15</sup>
- Dentro do prazo para defesa, a empresa poderá também solicitar a produção de provas adicionais
- Caso o pedido de provas adicionais seja deferido, o contratado poderá apresentar **alegações finais** no prazo de **15 dias úteis**, contado da data da intimação.

Por razões de segurança jurídica, a Administração tem o **prazo prescricional de 5 anos** para apurar a infração, sob pena de se operar a prescrição (art. 158, §4º). Este prazo:

- É contado da ciência da infração pela Administração
- É interrompido pela instauração do processo de responsabilização
- Fica suspenso pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)
- Fica suspenso por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

### ➤ Recursos após a aplicação da sanção

Caso a defesa prévia não seja acolhida e a situação não seja alcançada pela prescrição de 5 anos, a sanção será aplicada. **No entanto, ainda caberá recurso** em face da decisão administrativa que aplicar a penalidade.

---

<sup>14</sup> Neste caso, o legislador previu o prazo de defesa prévia, embora não tenha exigido expressamente a instauração de processo de responsabilização.

<sup>15</sup> Em órgão cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão será composta de 2 ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 anos de tempo de serviço no órgão ou entidade (art. 158, §1º).

Em relação às penalidades de “advertência”, “multa” e “impedimento para licitar e contratar” cabe recurso, no prazo de 15 dias úteis, contado da data da intimação (art. 166, *caput*), dirigido à autoridade que tiver aplicado a sanção. A autoridade que aplicou a sanção tem 5 dias úteis para reconsiderar a sua decisão ou, em igual prazo, “subir” o recurso ao seu superior, o qual deverá decidir dentro de 20 dias úteis (art. 166, parágrafo único).

Tratando-se, por outro lado, da “declaração de inidoneidade”, como esta é aplicada por autoridades do nível de Ministro de Estado, Secretário estadual ou municipal (ou autoridade máxima do órgão), não caberá “recurso” propriamente dito. Aqui caberá apenas “pedido de reconsideração”, que também deverá ser apresentado no prazo de 15 dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 dias úteis, contado do seu recebimento (art. 167).

Ao contrário do que ocorria pela Lei 8.666/1993, aqui os recursos e os pedidos de reconsideração terão efeito suspensivo (art. 168).

## Outros aspectos importantes

---

Reunimos, neste tópico, comentários quanto a outros aspectos importantes que gravitam em torno da aplicação de sanções administrativas.

### ➤ Desconsideração da personalidade jurídica

Sabemos que, em regra, as sanções aplicadas a uma empresa atingirão somente ela. Ocorre que a nova lei, fazendo uso da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, autoriza que os efeitos de uma sanção alcancem terceiros.

Assim, o artigo 160 prevê a possibilidade de a personalidade jurídica ser desconsiderada sempre que for utilizada com abuso do direito para:

- facilitar, dissimular ou encobrir a prática dos atos ilícitos previstos na Lei 14.133 ou
- provocar confusão patrimonial

Nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos a:

- administradores
- sócios com poderes de administração
- pessoa jurídica sucessora
- empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com a pessoa jurídica sancionada.

### ➤ Reabilitação

Tratando-se das sanções de “impedimento para licitar/contratar” e “declaração de inidoneidade”, a lei autoriza que a empresa se reabilite perante a autoridade que aplicou a sanção. O objetivo

aqui é permitir que a empresa possa ser contratada e volte a participar de licitações antes do fim do prazo da sanção. Trata-se, portanto, de uma forma de **antecipar o fim dos efeitos** da pena.

Para tanto, exige-se o atendimento aos seguintes requisitos cumulativos (art. 163):

- reparação integral do dano causado à Administração Pública;**
- pagamento da multa;**
- transcurso dos prazos mínimos de:**
  - 1 ano** da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar
  - 3 anos** da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade
- cumprimento das condições de reabilitação** definidas no ato punitivo
- análise jurídica prévia**, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos listados acima.

Além disso, tratando-se especificamente de sanções aplicadas pela prática de (i) apresentar declaração ou documentação falsa ou (ii) ato previsto na Lei Anticorrupção, a Lei exige um requisito adicional para a reabilitação, qual seja a implantação ou aperfeiçoamento de **programa de integridade** pela empresa – art. 163, parágrafo único.

### ➤ Registro das penalidades em cadastros públicos

Os órgãos deverão informar as sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis)<sup>16</sup> e no Cadastro Nacional de Empresas Punitidas (Cnep) – art. 161.

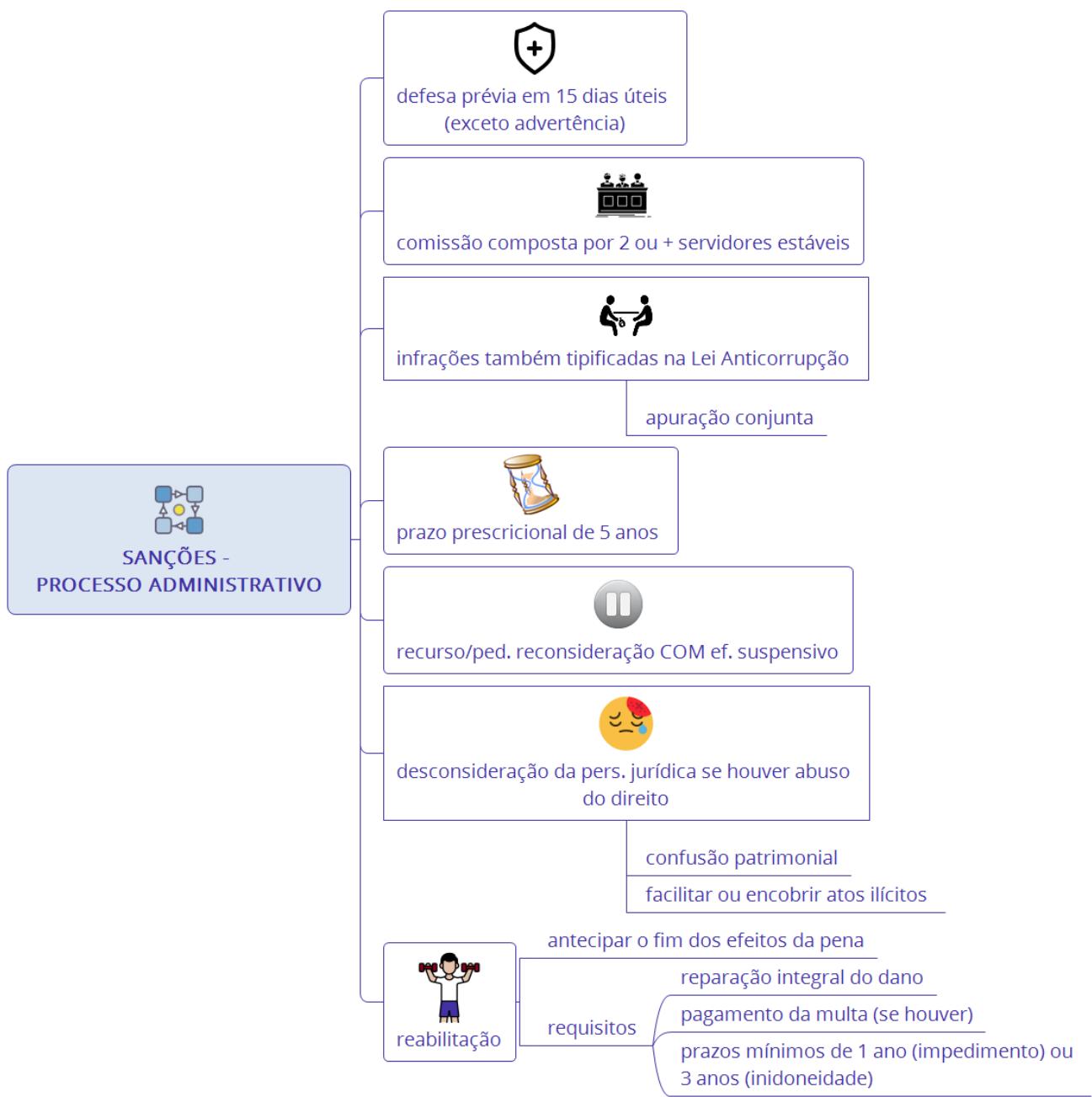
Esta divulgação deve ocorrer no prazo máximo **15 dias úteis**, contado da data de aplicação da sanção.

### ➤ Apuração conjunta de atos previstos na Lei Anticorrupção

Para assegurar a coerência entre as várias esferas de apuração, a nova lei previu que os atos previstos como infrações administrativas em seu texto que também sejam tipificados como atos lesivos na **Lei Anticorrupção** (Lei 12.846/2013) serão apurados e julgados conjuntamente, **nos mesmos autos**, observados o rito procedural e a autoridade competente definidos na Lei Anticorrupção (art. 159).

---

<sup>16</sup> Em reforço à disposição que consta da Lei 12.846/2013, art. 23.



Uma vez encerrados os comentários quanto à aplicação de sanções, vamos a mais uma cláusula exorbitante.

## Ocupação provisória ou temporária

A Lei 14.133 prevê que a administração poderá **ocupar provisoriamente bens** (móveis e imóveis) e utilizar **pessoal** e **serviços** vinculados ao objeto do contrato, inclusive após sua extinção, nas hipóteses de:

Art. 104, V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

- a) **risco à prestação de serviços essenciais;**
- b) necessidade de acautelar **apuração administrativa de faltas** contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

A primeira hipótese se fundamenta no princípio da **continuidade dos serviços públicos**. Portanto, quando se estiver diante de um serviço essencial com risco de paralisação, a Administração poderia assumir aquela prestação.

Na segunda hipótese, a ocupação provisória consiste em **medida acautelatória**, lançada para **viabilizar a apuração de irregularidade** ocorrida na execução do contrato. Assim, o contrato está em execução e a ocupação provisória visa a preservar sua continuidade, enquanto são apuradas as faltas da empresa contratada. Ao final da apuração, poderá ou não se encaminhar para a extinção do contrato. **Aqui o legislador permitiu, até mesmo, a ocupação após a extinção do contrato.**



Ocupação provisória

evitar descontinuidade na prestação de serviços essenciais

como medida acautelatória, durante a apuração de faltas administrativas

inclusive após o fim do contrato

## Exigência de garantias



Desde logo, adianto as 3 principais alterações promovidas pela Lei 14.133 em relação às regras da Lei 8.666 quanto à exigência de garantias:

**1)** Em relação ao limite da garantia, a Lei 8.666 permitia, além da regra geral de 5%, o máximo de 10% para grande vulto, complexidade e riscos financeiros. Na nova lei, segregou-se "complexidade e riscos financeiros" dos projetos de "grande vulto", admitindo-se até 10% para os primeiros e 30% para os objetos de grande vulto.

**2)** Tratando-se de **obras e serviços de engenharia**, o edital poderá exigir a prestação de garantia na forma de **seguro**, fazendo até mesmo que a seguradora assuma a obra, caso esta não seja concluída pelo contratado (mecanismo denominado "*step in*").

**3)** Portanto, pela nova lei, nem sempre o contratado poderá **escolher a modalidade da garantia**, como era possível anteriormente.

Seguindo adiante, destaco que a legislação autoriza ao poder público **exigir garantias** das empresas licitantes ou contratadas, as quais buscam **minimizar riscos** do contrato e da licitação. Caso o particular descumpra obrigações legais ou contratuais, a administração poderia reter a garantia, até mesmo para facilitar o recebimento do valor das multas e o ressarcimento dos prejuízos sofridos.

Mas antes de prosseguir um alerta: o gestor **não está obrigado** a exigir garantias. Sua exigência encontra-se dentro da **discrição** do gestor público. Caso decida por exigi-la, deverá constar do edital da licitação (art. 96, *caput*).

Tal aspecto foi objeto da seguinte questão:

FGV/CODEBA – Analista Portuário – Engenheiro Civil (adaptada)

A exigência de prestação de garantias ao contratado na contratação de obras é obrigatória.

Gabarito (E), pois serão exigidas "a critério da autoridade competente" (art. 96)

As garantias das empresas podem ser exigidas pela Administração em duas situações:



No primeiro caso, chamada de **garantia de proposta** (ou "garantia por participação"), caso o gestor opte por exigi-la, **todas as empresas licitantes** deverão prestar a garantia ao ente público que está promovendo a licitação. Tal exigência busca primordialmente garantir que a proposta da empresa licitante será honrada, ou seja, que ela irá assinar o contrato caso seja convocada.

Nesta situação, a exigência da garantia faz parte do processo licitatório, no momento da **apresentação da proposta**:

Art. 58. Poderá ser exigida, **no momento da apresentação da proposta**, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

§ 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a **1% (um por cento) do valor estimado para a contratação**.

Vejam que, neste caso, a garantia prestada pelos licitantes é limitada a 1% do valor estimado da contratação.

Já no segundo caso, denominada **garantia de execução contratual** (ou simplesmente “garantia contratual”), a garantia é exigida imediatamente antes da assinatura do contrato (no caso de contrato precedido de licitação, será sempre **após fim do processo licitatório**).

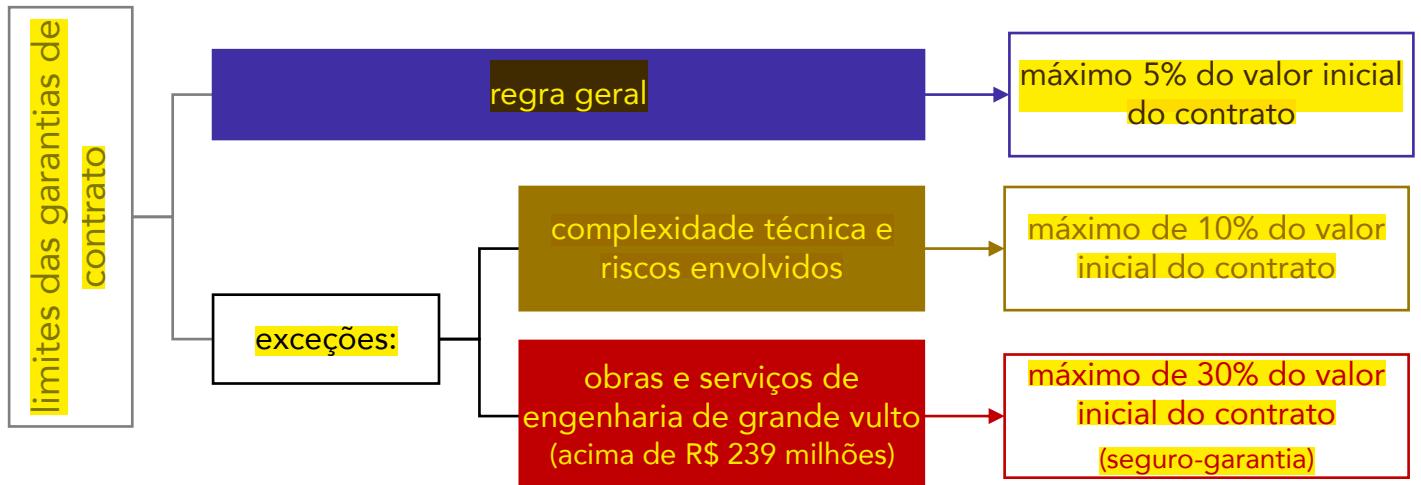
Além disso, nesta situação, a garantia é exigida **apenas da empresa que será contratada**.

Neste caso, a garantia se presta a assegurar o cumprimento integral do contrato administrativo (art. 97), em regra sendo devolvida à empresa após o fim do contrato (art. 100).

Mas relembro que a garantia somente pode ser exigida pelo poder público quando **previsto no instrumento convocatório** da licitação.



Em relação aos limites máximos, a Lei 14.133/2021 inova ao estabelecer 3 situações distintas (arts. 98 e 99):



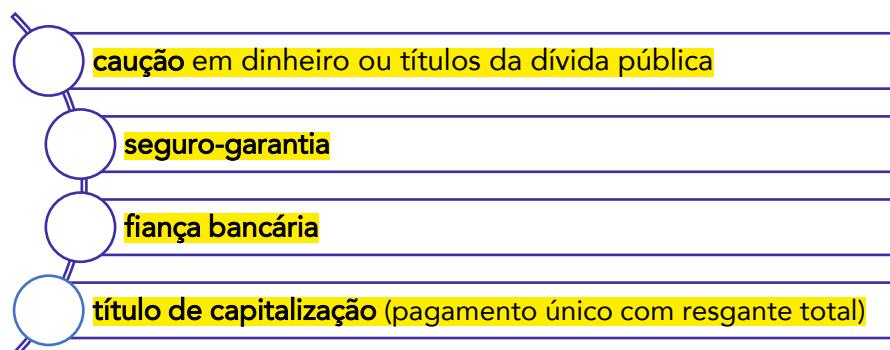
Vejam que a regra geral continua sendo a mesma que constava da Lei 8.666/1993: a garantia contratual será de no máximo **5% do valor inicial do contrato**.

Mas, excepcionalmente, em razão da **complexidade técnica** e dos **riscos envolvidos**, devidamente justificados, poderá ser exigida garantia de até 10% do valor inicial do contrato (art. 98). Por outro lado, tratando-se de obras e serviços de **engenharia de grande vulto** (acima de cerca de R\$ 239 milhões), a garantia poderá chegar até a **30% do valor inicial do contrato** (art. 99). Neste caso, a garantia será na modalidade **seguro** e irá prever “cláusula de retomada” do contrato pela seguradora.

---

Além disso, nos contratos que importem na **entrega de bens pela administração**, dos quais o contratado ficará depositário, deve-se somar o valor desses bens ao valor da garantia (art. 101).

Mas não é só isso! Em regra, tanto na garantia de proposta como na contratual, o particular é quem escolherá a **modalidade da garantia** (art. 96, §1º), dentre as seguintes:



No entanto, como adiantado acima, existe uma exceção importante, que foi trazida pela nova lei!



Como já adiantado, em contratos de obras e serviços de engenharia (art. 102), inclusive de grande vulto (art. 99), o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade **seguro-garantia**. Ou seja, neste caso, o contratado não mais poderá decidir a modalidade de garantia a ser prestada.



Reforçando: salvo no caso de obras e serviços de engenharia, a Administração **não** pode impor a escolha de uma modalidade específica de garantia! É o contratado quem escolhe, como regra geral, entre as opções previstas em lei.



Dito isto, passemos aos comentários sobre cada modalidade de garantia mencionada na Lei 14.133/2021.

### ➤ Caução em dinheiro ou títulos da dívida pública

Nesta modalidade, o particular entrega ao poder público uma determinada quantia, a título de **caução**.

Sendo **em dinheiro**, a quantia será atualizada monetariamente (art. 100, *caput*, parte final), de sorte que, ao final do contrato, não tendo causado prejuízos, o particular receberá o valor inicial corrigido monetariamente.

Sendo em **títulos da dívida pública**, deverá ser emitida “sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos” (art. 96, §1º, I).

### ➤ Seguro-garantia

Nesta situação, uma **empresa seguradora** emite **apólice de seguro**, que tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento (art. 97).

Como é necessário um trâmite burocrático perante a seguradora, o edital fixará prazo mínimo de 1 mês (contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato), para a prestação da garantia pelo contratado.

Nesta modalidade, o **prazo de vigência** da apólice será **igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato administrativo** e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora. Além disso, o seguro-garantia **continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas**.

Além disso, nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a **substituição da apólice** de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, salvo se houver suspensão do contrato (art. 97, parágrafo único).

Seguindo adiante, como já adiantado, lembro que, em contratos de **obras e serviços de engenharia**, edital poderá **exigir a prestação na modalidade "seguro" e prever a obrigação de a seguradora assumir a execução e concluir o objeto do contrato**. Ou seja, a seguradora "pularia" para dentro do contrato, caso a empresa descumpra suas obrigações (mechanismo chamado de *step in*).

Nos casos em que se fizer uso desta possibilidade, o **contrato**, além de ser celebrado entre a Administração e a empresa contratada, teria também que ser **assinado pela seguradora**, na condição de **interveniente** (art. 102, I).

Legal, não é mesmo?!

E tem mais. Para que tal seguro funcione adequadamente, o legislador previu algumas prerrogativas à seguradora, que poderá (art. 102, I): a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; e d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento.

Além disso, para viabilizar a conclusão do contrato, caso assuma a obra, a seguradora poderá **subcontratar, total ou parcialmente, o objeto do contrato assumido**.

Aqui, em virtude do *step in*, é possível até mesmo que a emissão do empenho (para futuro pagamento) ocorra em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato.

Por fim, vale registrar que, caso a empresa que havia sido contratada descumpra o contrato e deixe de concluir a obra, teremos duas possíveis situações (art. 102, parágrafo único):

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará **isenta da obrigação de pagar a importância segurada** indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, **pagará a integralidade da importância segurada** indicada na apólice.

## ➤ **Fiança bancária**

Já nesta modalidade um **banco** é quem se responsabilizará a pagar um determinado valor à administração na hipótese de inadimplemento do contratado.

## ➤ **Título de capitalização**

Após a Lei 14.770, de dezembro de 2023, a NLL passou a admitir como modalidade de garantia o título de capitalização, desde que seja custeado por pagamento único e o resgate se dê pelo valor total.

- - - -

Reforço que, em todos os casos, a garantia prestada pelo contratado é **liberada ou restituída** após a execução do contrato, caso a empresa não deixe “pendências” decorrentes do contrato. Além disso, na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração (art. 96, §2º).

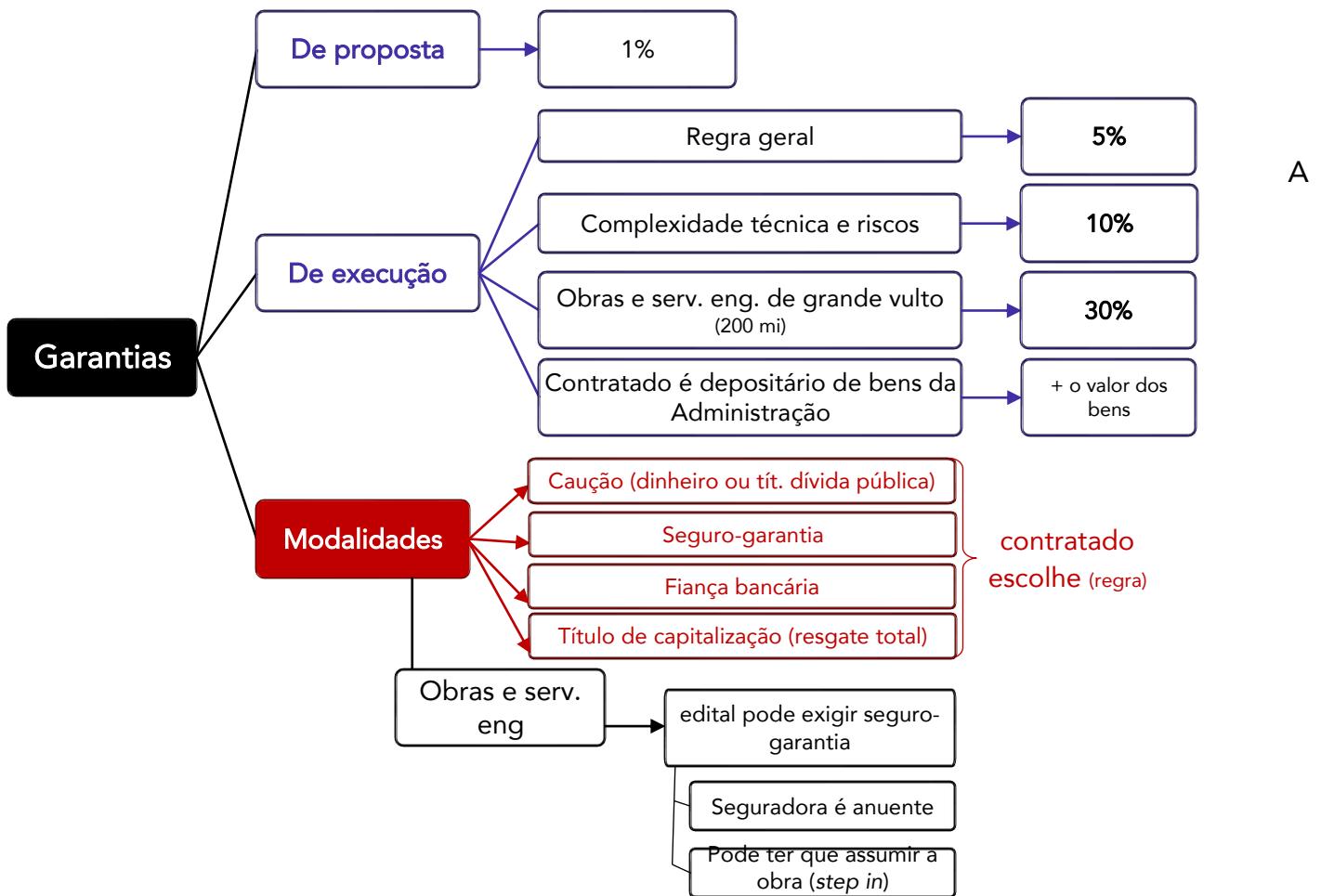
- - - -

Por fim, lembro que a **alteração da garantia** prestada exige acordo entre as partes, não podendo ser realizada unilateralmente (art. 124, II, 'a').



ESQUEMATIZANDO

Sintetizando os principais aspectos das garantias, temos o seguinte quadro-esquemático:



questão a seguir cobrou aspectos gerais relacionados às garantias contratuais:

FCC/SABESP – Analista de Gestão – Administração (adaptada)

Em um contrato de prestação de serviços, a exigência de garantia contratual

- somente pode ser cumprida mediante caução em dinheiro ou títulos públicos, vedadas outras modalidades.
- é incabível, somente sendo admissível em contratos de obras, dado o potencial de prejuízo que a inexecução ou atraso enseja à Administração.
- será obrigatória se o contrato em questão tiver por objeto serviços de engenharia, limitando-se a 10% do valor correspondente.
- limita-se a 5% do valor do contrato, podendo chegar a 10% se envolver complexidades técnicas e riscos ou a 30% se forem obras ou serviços de engenharia de grande vulto.
- constitui condição de habilitação dos licitantes, devendo ser depositada antes do oferecimento da proposta, limitada a 1% do seu montante, e liberada apenas após entrega total do objeto.

Gabarito (D), com fundamento na regra geral e nas duas exceções comentadas acima (arts. 98 e 99).

A letra (A) se equivoca pois esqueceu-se da fiança bancária e do seguro-garantia (e mais recentemente do título de capitalização).

A letra (B), incorreta, visto ser possível a exigência de garantias em contratos de obras, serviços e fornecimentos (art. 96, *caput*).

Quanto à letra (C), incorreta, visto que a exigência de garantias é uma faculdade da Administração.

Por fim, a letra (E) confunde “garantia contratual”, mencionada no enunciado, com “garantia de proposta”.

Por fim, destaco que a Lei das Estatais (aplicável aos contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias) prevê as mesmas modalidades de garantia, à exceção da caução em títulos da dívida pública e do título de capitalização<sup>17</sup>.

## Restrições à exceção do contrato não cumprido

Em contratos privados, se uma das partes descumprir o contrato, em geral a outra parte também poderá descumpri-lo, fazendo uso da **exceção do contrato não cumprido** (*exceptio non adimplenti contractus*). Esta é uma decorrência do art. 477 do Código Civil<sup>18</sup>.

Portanto, na esfera privada, se uma empresa é contratada por outra para prestar serviços de limpeza, por exemplo, e esta deixa de pagar a remuneração prometida, aquela pode suspender a prestação de serviços até que o pagamento seja regularizado. Tal suspensão é consequência justamente da **exceção do contrato não cumprido**.

Já nos contratos administrativos não é bem assim.

A doutrina clássica defendia que, se a Administração Pública descumprisse o contrato, o particular não poderia automaticamente interromper a execução do contrato, por imposição dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público. Falava-se, então, na inoponibilidade da **exceção do contrato não cumprido** perante a Administração Pública.

Assim, ao particular caberia tão-somente requerer a extinção do contrato, mas **continuar cumprindo** e executando o contrato, até o deslinde do seu requerimento. Reparem o quanto rigoroso era tal entendimento para o particular contratado.

Posteriormente, tal rigor foi abrandado, de sorte que, atualmente, fala-se apenas em **restrição temporal** quanto à oposição da exceção do contrato não cumprido perante a Administração.

---

<sup>17</sup> Lei 13.303/2016, art. 70, § 1º.

<sup>18</sup> CCB, art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra **recusar-se à prestação que lhe incumbe**, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

De toda forma, é importante perceber que tal garantia opera apenas em favor da Administração, não se cogitando sua oposição quando o descumprimento for proveniente da empresa contratada.

Nesse sentido, a nova lei conferiu à Administração a **tolerância de 2 meses** de atraso nos pagamentos (contados da emissão da nota). A partir do 2º mês de atraso, permanecendo a mora quanto ao pagamento, como regra geral a empresa contratada poderá (i) **suspender automaticamente a execução do contrato** ou, ainda, (ii) pleitear a **extinção do contrato**. É isto que depreendemos a partir dos seguintes dispositivos legais:

art. 137, § 2º O contratado terá direito à **extinção do contrato** nas seguintes hipóteses: (..)

IV - **atraso superior a 2 (dois) meses**, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

Art. 137, § 3º As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV [atraso nos pagamentos superior a 2 meses] do § 2º deste artigo observarão as seguintes disposições: (..)

II - assegurarão ao contratado o direito de **optar** pela **suspensão do cumprimento das obrigações assumidas** até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea “d” do inciso II do caput do art. 124 desta Lei.

Reparam que, no caso de o contratado optar pela suspensão da execução do contrato, esta suspensão ocorrerá até a **normalização dos pagamentos** pela Administração (art. 137, §3º, II).

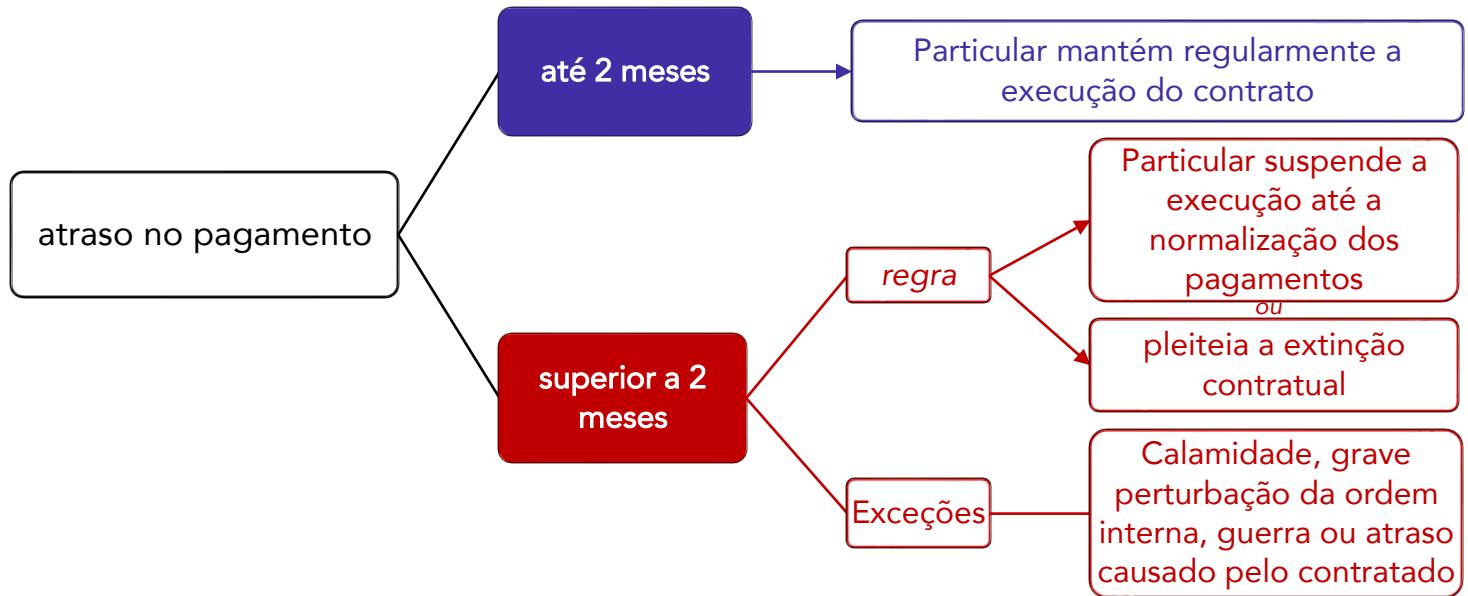


Reparam que, pelo regramento da Lei 8.666, tolerava-se o atraso de até **90 dias** como regra. Agora este prazo foi reduzido para **2 meses**!

Destaco, também, que a regra dos 2 meses não se aplica em quatro situações excepcionais (art. 137, §3º, I): (i) **calamidade pública**, (ii) **grave perturbação da ordem interna**, (iii) **guerra** ou (iv) quando o atraso decorrer de **ato ou fato que o contratado tenha praticado**, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído.

Nestes casos excepcionais, em tese o contratado teria que suportar o atraso, sem ter direito a suspender a execução ou requerer a extinção contratual.

Em síntese:

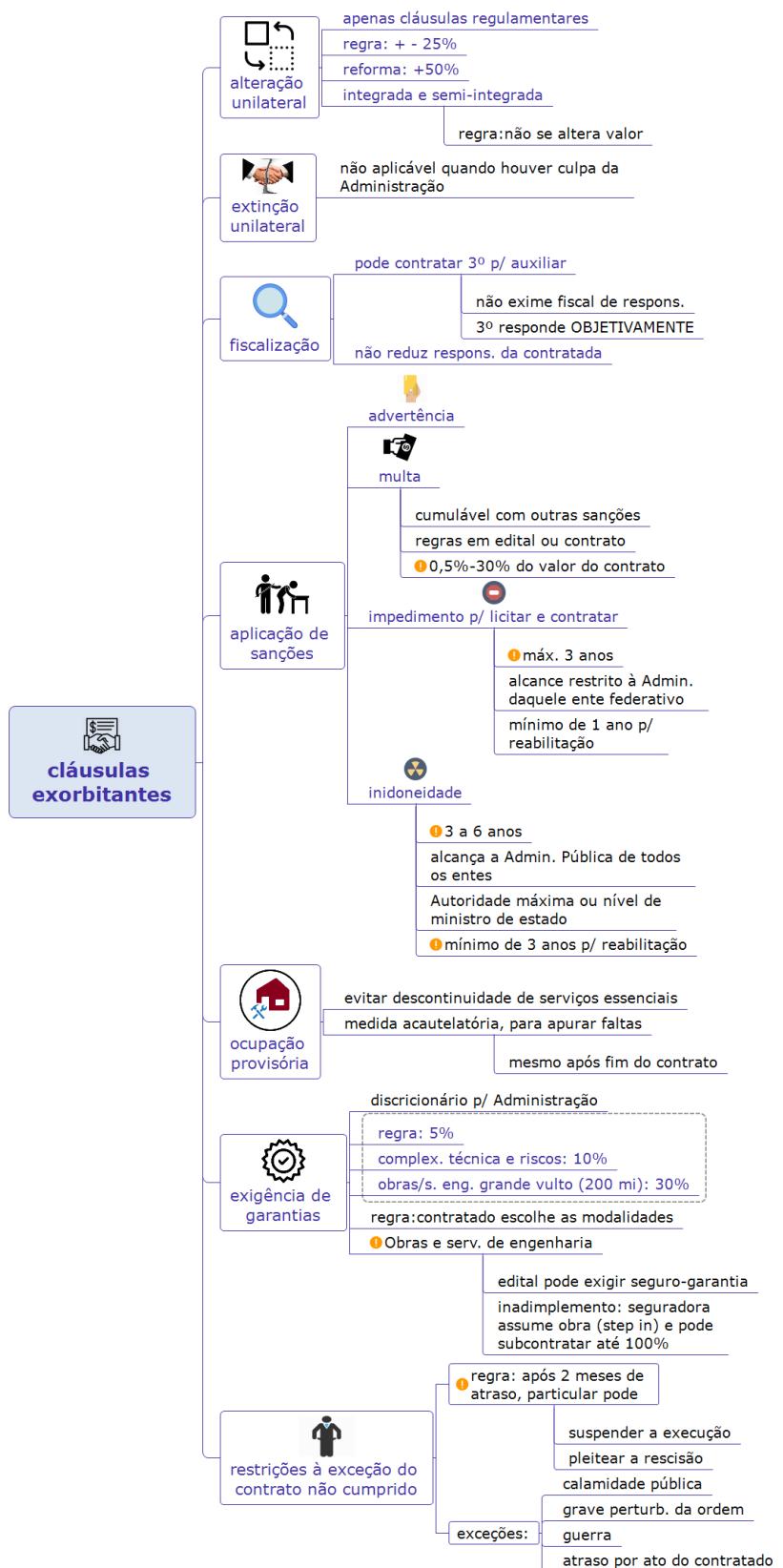


Por fim, friso que falamos até agora no descumprimento contratual da parte da Administração. No caso de inadimplemento do particular, a Administração poderá opor normalmente a exceção do contrato não cumprido e, automaticamente, deixar de honrar suas obrigações perante o particular.



ESQUEMATIZANDO

Resumindo as principais informações estudadas sobre as cláusulas exorbitantes, chegamos no seguinte diagrama:



# DURAÇÃO DOS CONTRATOS

Primeiramente é importante destacar que, em regra, os contratos administrativos devem ser celebrados por **prazo determinado**.



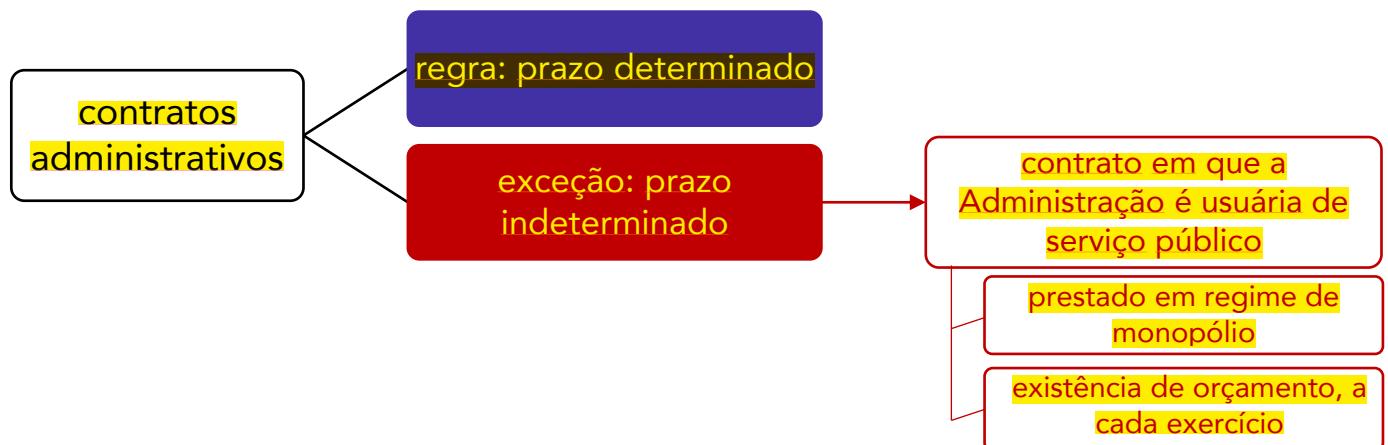
No entanto, uma das novidades da Lei 14.133 é a possibilidade de serem celebrados contratos por **prazo indeterminado**:

Art. 109. A Administração poderá estabelecer a **vigência por prazo indeterminado** nos contratos em que seja **usuária de serviço público** oferecido em **regime de monopólio**, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.



Exemplo: imagine que uma repartição pública vá contratar o fornecimento de energia elétrica e que, naquela localidade, exista um único concessionário daquele serviço. Assim, como a Administração é usuária do serviço e este é prestado em regime de monopólio, tal contrato poderia ser por prazo indeterminado.

Reparam que a Lei 8.666 vedava, em caráter absoluto, a celebração de contratos por prazo indeterminado, sendo que, agora, é possível que isto ocorra, na restrita hipótese destacada acima (usuária de serviço público em regime de monopólio)<sup>19</sup>. Portanto, em relação à predeterminação do prazo contratual temos que:



<sup>19</sup> A rigor, este caso nem diria respeito a um “contrato administrativo” propriamente dito, podendo ser considerado um contrato privado da Administração, a qual será usuária do serviço público.

Partindo, então, da regra geral de que o contrato administrativo terá um prazo, adiante veremos a duração máxima destes contratos<sup>20</sup>.

## Regra geral

A nova lei simplesmente prevê que a duração dos contratos será aquela [prevista no edital](#) da licitação que deu origem ao contrato (art. 105).



Pela Lei 8.666, a regra geral era que a duração dos contratos estaria [limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários](#) (anuais). Assim, mesmo nos contratos de serviços continuados, ainda que - pela Lei 8.666 - fosse possível a prorrogação por até 60 meses, a celebração inicial do contrato precisava respeitar o período de um ano.

Esta regra não mais se encontra prevista na Lei 14.133, que simplesmente remete ao [edital](#) a duração dos contratos. Apesar de a Administração continuar tendo que observar a previsão orçamentária, a vigência dos contratos não está mais ligada ao exercício orçamentário<sup>21</sup>.

Nesse sentido, o legislador previu que:

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a [prevista em edital](#), e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a [disponibilidade de créditos orçamentários](#), bem como a [previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 \(um\) exercício financeiro](#).

Portanto, embora a duração seja dada pelo edital, sua execução deverá observar a [disponibilidade de orçamento](#) e, caso a duração ultrapasse 1 exercício financeiro, deverá observar também o [Plano Plurianual \(PPA - que tem duração de 4 anos\)](#), o que nos leva ao seguinte diagrama:

<sup>20</sup> Lembrando que os prazos da Lei 14.133 são gerais, os quais não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em leis especiais (art. 112). Por exemplo, as parcerias público-privadas continuam tendo prazos variando de 5 a 35 anos (Lei 11.079/2004, art. 5º, I).

<sup>21</sup> QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed., Ed. Zenite. Capítulo 12.

## duração dos contratos - regra geral

prazo previsto no edital

disponibilidade de  
créditos orçamentários  
em cada exercício

previsão no PPA  
(se ultrapassar um  
exercício financeiro)

Adiante vamos conhecer os prazos máximos que podem ser previstos no edital, para cada tipo de contrato.

### Duração máxima de 5 anos

A lei prevê que tanto os serviços e fornecimentos contínuos como o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática terão contratos com duração de até **5 anos** (art. 106, *caput* e §2º).

Nos “serviços e fornecimentos contínuos” encontram-se, por exemplo, os contratos de limpeza e vigilância das repartições públicas e de fornecimento contínuos de suprimentos de escritório (papel, caneta, marca texto etc), que representam **necessidades permanentes do poder público**. Assim, como os respectivos contratos visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por vários exercícios seguidos, poderiam ser celebrados desde logo com duração máxima de 5 anos.

Em relação aos contratos de (i) aluguel de equipamentos e (ii) utilização de programas de informática, não seria economicamente viável a celebração de contratos muito curtos, pois tal contratação acaba dependendo do tempo de depreciação destes objetos. Assim, o prazo de 48 meses previsto na Lei 8.666 para tais contratações foi ampliado para 5 anos pela nova lei.

Pois bem, mas em qualquer destes casos, para que a celebração se dê pelo prazo máximo de **5 anos**, é necessário que a Administração atenda a três diretrizes:

Art. 106, I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a **maior vantagem econômica** vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a **existência de créditos orçamentários** vinculados à contratação e a **vantagem em sua manutenção**;

III - a Administração terá a **opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários** para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem<sup>22</sup>.

Ainda que se possa criticar aparentes contradições no texto legal, pode-se dizer que, nos casos tratados neste tópico, o contrato poderia ser celebrado com **vigência inicial de até 5 anos**, sendo que sua efetiva continuidade depende de (i) disponibilidade de orçamento e (ii) da existência vantagem para a Administração. Caso se um destes dois pressupostos não seja atendido, a Administração poderia **extinguir o contrato** antes dos 5 anos, sem ônus.

Mas, especificamente em relação aos “**serviços e fornecimentos contínuos**” além de ser possível a celebração inicial com o prazo de 5 anos, a lei ainda faculta a **prorrogação até o prazo máximo de 10 anos** (por exemplo, vigência inicial de 5, prorrogada por mais 5 anos; vigência inicial de 2 anos, prorrogada sucessivamente até o máximo de 10):

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos **poderão ser prorrogados sucessivamente**, respeitada a **vigência máxima decenal**, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

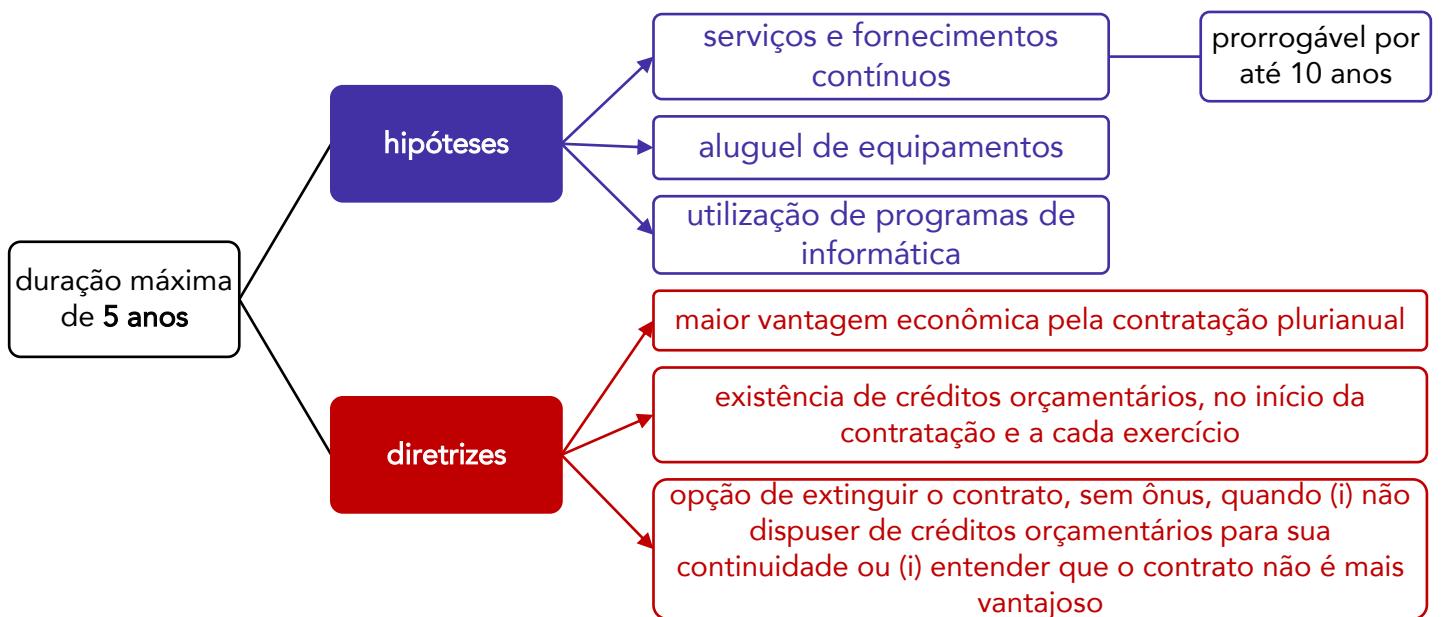
Esta prorrogação sucessiva até o máximo de 10 anos depende, como se vê, de (i) previsão em edital e (ii) comprovação da vantajosidade do contrato para a Administração.

Além disso, caso a prorrogação nos preços iniciais não se mostre vantajosa, seria possível à Administração renegociar com o contratado melhores condições, de modo a manter a continuidade do contrato.



ESQUEMATIZANDO

<sup>22</sup> Neste caso, a extinção ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 meses, contado da referida data (art. 106, § 1º).



## Duração máxima de 10 anos

Para outro grupo de contratos, o legislador estabeleceu prazo máximo de **10 anos** (art. 108). São eles:

- bens ou serviços produzidos ou prestados **no País** que envolvam, cumulativamente, **alta complexidade tecnológica e defesa nacional**;
- **materiais de uso das Forças Armadas**, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 [**Lei da Inovação**], observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
- para contratação que possa acarretar  **comprometimento da segurança nacional**, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
- para contratação em que houver **transferência de tecnologia de produtos estratégicos** para o Sistema Único de Saúde (**SUS**), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;
- para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de **insumos estratégicos para a saúde** produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput

deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.;

Note que, para os 4 primeiros casos acima, a Lei 8.666 já previa prazo de 120 meses (equivalentes aos 10 anos da nova lei), tendo sido acrescentadas as duas últimas hipóteses da lista acima. Além disso, todos estes casos representam hipóteses de dispensa de licitação, listadas no rol do art. 75 da nova lei.



ESQUEMATIZANDO



## Duração máxima de 15 anos

O artigo 114 da nova lei prevê que o contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 anos.

Repare que, embora seja um serviço contínuo (o qual normalmente atrairia o prazo máximo de 5 anos), estamos diante da operação de um sistema estruturante de TI, o que permite um contrato com vigência inicial de 15 anos.

Exemplo: suponha que uma empresa privada é contratada pela União para cuidar do funcionamento do sistema informatizado que faz a gestão de todos os convênios federais, que é utilizado por vários órgãos e entidades em todo o país. Como trata-se de sistema de TI estruturante, este contrato poderia ter a duração máxima de 15 anos.

Após termos detalhado os contratos de acordo com os prazos de 5, 10 e 15 anos, vamos comentar duas situações igualmente importantes para fins de prova.

## Contratos de eficiência ou que gerem receita para Administração

Antes de detalhar os prazos deste tópico, vale a pena contextualizar os contratos de eficiência e aqueles que geram receita para a Administração.

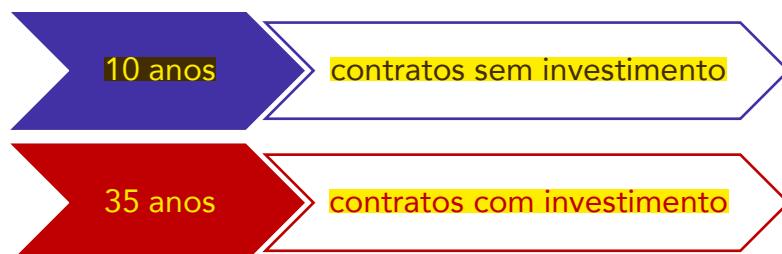
**Contrato de eficiência** consiste, em linhas gerais, à contratação de serviços que têm por objetivo proporcionar economia à Administração, na forma de redução de despesas operacionais (Lei 14.133, art. 6º, LIII).

Exemplo: a contratação, por um órgão, de sistema de geração de energia solar (fotovoltaica), objetivando a redução da conta de energia elétrica daquele órgão.

Já nos contratos que geram receita para a Administração, quem irá receber recursos financeiros a partir do contrato é a Administração.

Exemplo: um órgão público que permite a um particular utilizar uma área dentro da repartição para instalar um restaurante, que irá vender refeições aos servidores daquele órgão. Neste caso, o órgão celebra um contrato de concessão de uso de bem público e é remunerado pelo particular.

Seja para os contratos de eficiência ou para aqueles que gerem receita, os prazos serão de até (art. 110):



Para deixar clara a diferença entre estas situações, o legislador previu que são considerados contratos **com investimento** aqueles que impliquem a elaboração de **benfeitorias** permanentes, realizadas exclusivamente às **custas do contratado**, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato (art. 110, II, parte final).

Reparam que, quando há investimento por parte do contratado, é natural que o contrato tenha um prazo maior, a fim de que a empresa consiga recuperar o investimento por ela realizado de maneira diluída ao longo do tempo.

## Contratos de fornecimento e prestação de serviço associado

Nos contratos sob regime de “fornecimento e prestação de serviço associado”, o artigo 113 da Lei 14.133 prevê que:

- sua vigência máxima será definida pela **soma do prazo** relativo ao **fornecimento inicial** (ou à entrega da obra) com o prazo relativo ao **serviço de operação e manutenção**
- o prazo do **serviço de operação e manutenção** é limitado a **5 anos**, contados da data de recebimento do objeto inicial
- é possível a **prorrogação** deste contrato até o **limite de 10 anos**, na forma do art. 107, como ocorre em relação aos serviços contínuos

Lembro que, nestes contratos, existem dois momentos distintos. Em um primeiro momento, o contratado deverá fornecer um objeto para a Administração e, em um segundo, inicia-se a prestação dos serviços associados àquele objeto (art. 6º, XXXIV).

Embora o legislador tenha previsto que sua vigência máxima é dada pela soma destes dois momentos, a segunda etapa terá, assim como um serviço contínuo, vigência máxima de 5 anos, sendo possível a prorrogação por no máximo 10 anos.



## Contratos por escopo

Nos **contratos com escopo** predefinido, o contratado irá realizar uma atividade específica em período predeterminado, a exemplo de um projeto, de uma obra. Nestes casos, é natural que o foco seja deslocado da duração do contrato (em X anos) para a conclusão de 100% do escopo.

A este respeito, o legislador limitou-se a afirmar que seu **prazo de vigência será automaticamente prorrogado** quando seu objeto não for concluído no período previsto em contrato (art. 111).

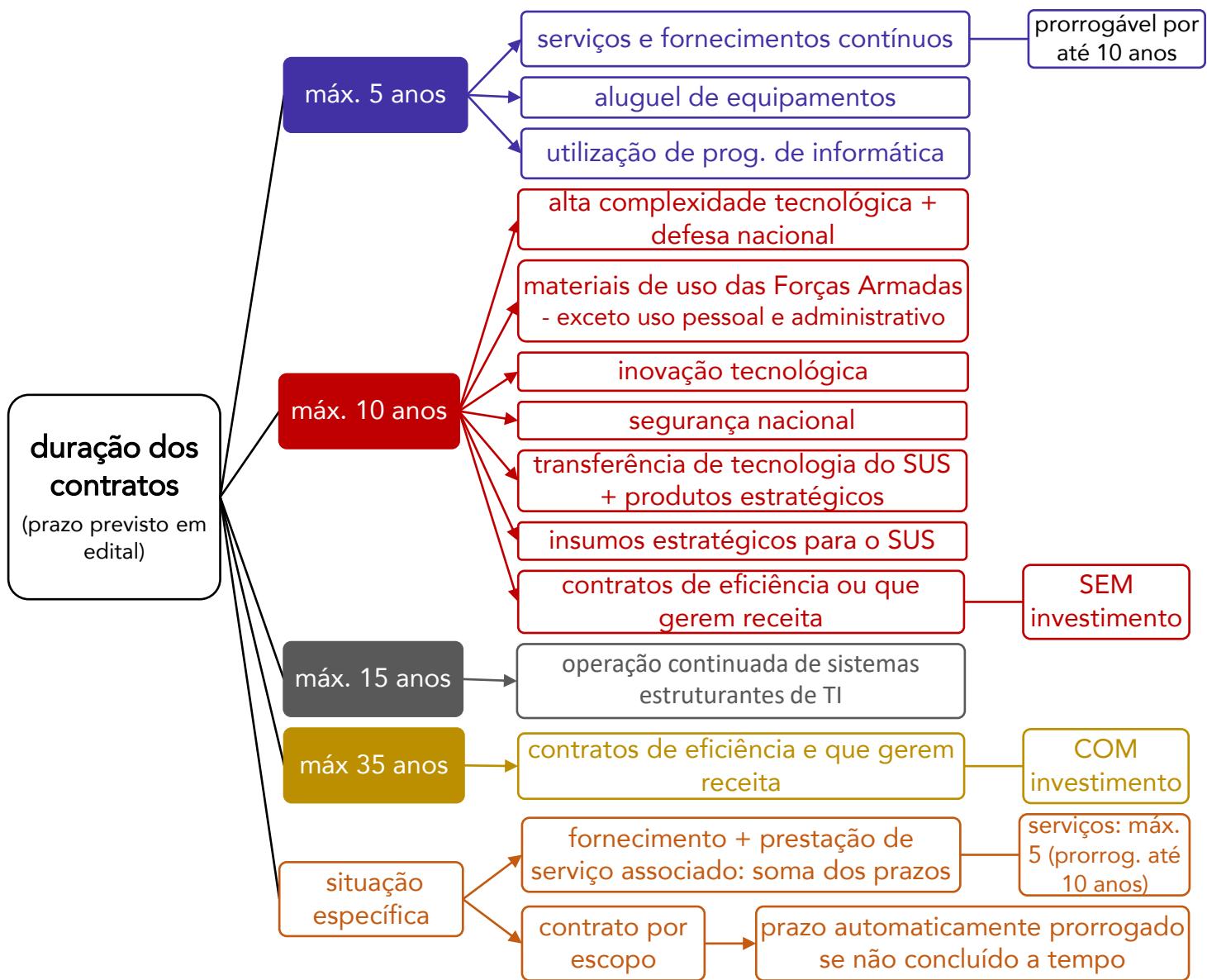
Mas, se o atraso ou a não conclusão decorrer de **culpa do contratado**:

Art. 111, parágrafo único, I - o contratado será **constituído em mora**, aplicáveis a ele as respectivas **sanções** administrativas;

II - a Administração poderá **optar pela extinção do contrato** e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.



Sintetizando os prazos comentados nesta seção (arts. 106-114), chegamos ao seguinte diagrama:



## RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Neste tópico veremos **quem responderá** por determinadas ocorrências durante a execução do contrato administrativo.

Estudaremos as situações em que (i) são detectados defeitos no trabalho realizado pelo contratado, (ii) o contratado causa danos à Administração ou a terceiros e (iii) o contratado deixa de pagar certos encargos.

## Vícios e defeitos no produto da execução do contrato

Primeiramente, é importante ressaltar que, se o contratado presta um serviço, por exemplo, e posteriormente são detectados defeitos ou incorreções resultantes dos materiais utilizados ou da forma de execução do objeto, o contratado será chamado a **reparar os defeitos** às suas custas:

Art. 119. O **contratado** será **obrigado a reparar**, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, **a suas expensas**, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem **vícios, defeitos ou incorreções** resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.

Nesta situação, **a Administração não pagará novamente ao contratado para corrigir um defeito** ocasionado por culpa dele (contratado).

Apesar de simplório, imaginem o seguinte exemplo: a empresa SistemasTop desenvolveu um sistema informatizado para o Ministério X. Após a empresa já ter recebido sua remuneração, foram identificados vários *bugs* e defeitos no software.

Nesta situação, a empresa é obrigada a corrigir tais erros às suas próprias custas e a Administração não pagará pelos reparos.

## Danos causados pela execução do objeto

Agora vamos analisar a situação em que, durante a execução do contrato, são causados danos à Administração ou a terceiros.

Nesta situação, o **contratado** também **será chamado a responder** por tais danos, desde que tenham decorrido de dolo ou culpa em sua conduta:

Art. 120. O **contratado** será **responsável pelos danos causados** **diretamente à Administração ou a terceiros** em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

Caso comparássemos a redação de tal dispositivo com o que constava no art. 70 da Lei 8.666<sup>23</sup>, observaremos principalmente a supressão do trecho que delimitava aos danos causados em decorrência de dolo ou culpa do contratado, o que, por um lado, permitiria cogitar que passa a

<sup>23</sup> Lei 8.666/1993, art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, (...).

ser **objetiva a responsabilidade do contratado**, aproximando-se tal situação da regra prevista na Lei das Estatais<sup>24</sup>.

Seguindo adiante, da parte final do art. 120 acima, é importante registrar que a fiscalização contratual desempenhada pela Administração **não exclui ou reduz a responsabilidade da empresa contratada** pelos danos que a execução do contrato venha a causar a terceiros. Portanto, a legislação exclui a chamada culpa *in vigilando* da Administração por danos causados pelo contratado.

Por fim, é oportuno observar que o **contratado responde civilmente pela solidez e segurança da obra ou do serviço prestado**. Tratando-se especificamente de obras, a nova lei fixou prazo **mínimo de 5 anos** para a "garantia" por parte do contratado, quanto à solidez e segurança dos materiais, estabelecendo expressamente sua **responsabilidade objetiva** por defeitos surgidos neste período:

Art. 140, § 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a **responsabilidade civil** pela **solidez** e pela **segurança** da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

(..)

§ 6º Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo **prazo mínimo de 5 (cinco) anos**, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da **responsabilidade objetiva** pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

## Encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais

A nova lei de licitações prevê que **somente o contratado será responsável** pelos encargos **trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais** resultantes da execução do contrato, consoante prevê o *caput* do art. 121 da nova lei.

---

<sup>24</sup> Lei 13.303/2016, art. 76. 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, e responderá 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.

Portanto, o pagamento dos salários dos empregados vinculados ao contrato, o pagamento de tributos, inclusive de natureza previdenciária, e obrigações de natureza comercial relacionadas ao contrato estão **a cargo do contratado**, somente, como regra geral.

Mas a Lei 14.133 prevê também o que ocorrerá se o contratado deixa de cumprir tais encargos, isto é, se o contratado estiver em situação de **inadimplência** em relação a estes encargos:

Art. 121, § 1º A **inadimplência** do contratado em relação aos encargos **trabalhistas, fiscais e comerciais** **não transferirá à Administração** a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo. (...)

§ 2º Exclusivamente nas contratações de **serviços contínuos** com regime de **dedicação exclusiva de mão de obra**, a **Administração responderá solidariamente** pelos **encargos previdenciários** e **subsidiariamente pelos encargos trabalhistas** se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.



Reparem que, segundo a lei, para os encargos **trabalhistas, fiscais e comerciais**, a inadimplência do contratado **não transfere à Administração Pública** a responsabilidade por seu pagamento (art. 121, §1º). A inadimplência quanto a estes encargos também **não poderá onerar** o objeto do contrato, ou seja, não poderá **impor ônus**, como impedimento à regularização ou à obtenção de alvará de funcionamento ao edifício.

No que se refere aos encargos **previdenciários** e **trabalhistas**, teremos uma exceção envolvendo os contratos de “**serviços contínuos** com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Art. 6º, XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Nestes contratos, a inadimplência do contratado pode fazer com que a Administração responde de maneira solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos encargos trabalhistas (art. 121, §2º).

Além disso, teremos outra peculiaridade envolvendo os **encargos trabalhistas** e os contratos de serviços continuados. A nova lei de licitações – seguindo entendimento do STF<sup>26</sup> – estabeleceu que a **responsabilidade da Administração não é automática**, pois depende de a Administração ter sido negligente quanto ao seu dever de fiscalizar o contrato (art. 121, §2º, parte final).



Imagine o seguinte exemplo: o Banco Central contrata a empresa Fogo Total para lhe prestar serviços de vigilância. Durante os 5 anos do contrato, os serviços eram prestados pelos vigilantes Lucas, João, Mateus e Marcos (terceirizados da empresa Fogo Total). Se a empresa deixar de pagar os encargos trabalhistas destes empregados, o Banco Central não poderá ser chamado a pagar tais encargos, como regra geral.

No entanto, se a autarquia deixou de fiscalizar a execução daquele contrato (não verificando os pagamentos dos salários dos terceirizados, não checando a concessão de férias, recolhimento de FGTS etc), considera-se que houve **negligência** do seu dever de fiscalizar (chamada culpa *in vigilando*).

Nesta situação, excepcionalmente, o Banco Central passará a responder de maneira subsidiária (e não solidária).

A **responsabilidade subsidiária** significa que há uma ordem de preferência para cobrança dos valores, devendo-se primeiramente tentar cobrar da própria empresa contratada e, somente em segundo lugar, do ente público.



A título de aprofundamento, destaco que, em relação aos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, o legislador previu outras medidas para **redução do risco trabalhista** da Administração:

Art. 121, § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado,

<sup>26</sup> A exemplo do Recurso Extraordinário (RE) 760931.

a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir **caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia** com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

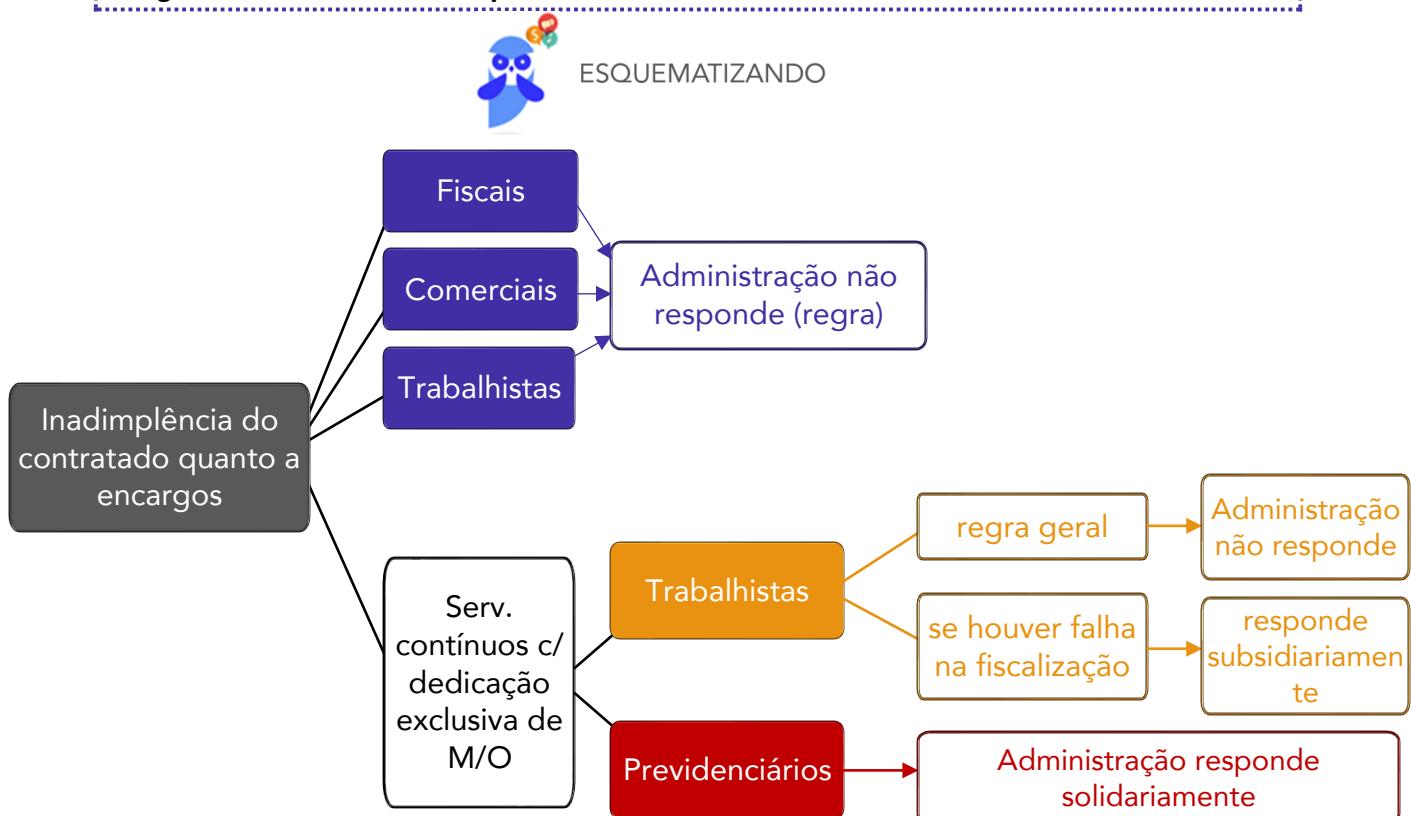
II - **condicionar o pagamento** à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; [uma espécie de retenção dos pagamentos, condicionada à comprovação de pagamento dos terceirizados]

III - efetuar o depósito de valores em **conta vinculada** [art. 142];

IV - em caso de inadimplemento, **efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas**, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; [aqui o poder público pagaria diretamente aos terceirizados]

V - estabelecer que os **valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias** dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador [art. 142].

§ 4º Os valores depositados na **conta vinculada** a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são **absolutamente impenhoráveis**.



Por fim, lembro que, mesmo quando a empresa contratada subcontratar parte do objeto, ela **continuará responsável pelas obrigações legais ou contratuais** inicialmente assumidas (art. 122).

## FORMAS DE RECEBIMENTO DO OBJETO

Após o particular ter celebrado o contrato administrativo, ter executado o contrato durante sua vigência, a Administração ter fiscalizado esta execução contratual, o particular irá entregar o objeto contratado ao ente público contratante.

Se o objeto do contrato é uma obra, por exemplo, este é o momento em que o contratado considera a obra concluída e a **entrega à Administração**. Sendo fornecimento de bens, como mesas e cadeiras para as repartições públicas, este é o momento em que o particular entrega os bens, por exemplo, no almoxarifado da repartição.

A partir daí a Administração irá realizar alguns procedimentos para **receber o objeto contratado**.

Se a Administração **recebeu** o objeto do contrato, estará confirmado que este foi executado de acordo com o contrato, o que irá permitir o **pagamento** ao contratado.

Neste tópico, estudaremos justamente os procedimentos previstos na legislação para que os agentes públicos do órgão contratante possam **receber** o objeto contratado e, assim, **atestar sua entrega**.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup>, a entrega e o recebimento do objeto do contrato constituem a **etapa final da execução** de todo ajuste administrativo para a **liberação do contratado**.

Esta “liberação”, no entanto, não significa que o contratado esteja integralmente isento de responsabilidades pelo objeto, como detalharemos adiante. Todavia, lhe permite receber a remuneração a que tiver direito.

Dada a importância do recebimento do objeto, a legislação prevê, em regra, que ocorra em duas etapas: **recebimento provisório e definitivo**.

O **recebimento provisório** é realizado, segundo já lecionava Hely Lopes Meirelles, **em caráter experimental**, dentro de um período determinado, para a verificação da perfeição do objeto do contrato, especialmente quanto aos aspectos técnicos.

---

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, p. 261.

Neste momento, a Administração submete o objeto entregue a **testes** necessários à comprovação de sua qualidade, resistência, operatividade e conformidade com o projeto e especificações.

As falhas e imperfeições identificadas no período do recebimento provisório devem ser ajustadas por conta do contratado (art. 119). Por este motivo, até que ocorra o recebimento definitivo, ficam retidas as garantias contratuais oferecidas por ele.

Já o **recebimento definitivo** é aquele realizado em **caráter permanente**, incorporando o objeto do contrato ao patrimônio do ente público contratante e considerando o ajuste regularmente executado pelo contratado.

Dessa forma, é por meio do **recebimento definitivo** que o ente público confirma que o objeto do contrato foi executado conforme suas especificações.

O recebimento definitivo exonera o contratado dos encargos contratuais, mas não da responsabilidade pela **solidez e segurança da obra**, pelo prazo mínimo de 5 anos<sup>28</sup>, nem das faltas ético-profissionais:

Art. 140, § 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a **responsabilidade civil** pela **solidez** e pela **segurança** da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

Após esta breve contextualização, passaremos a tratar das regras legais específicas quanto aos recebimentos provisório e definitivo.

Veremos que as exigências impostas pela nova lei de licitações, irão variar conforme o tipo de objeto: obra, serviço e compras de mercadorias (similar ao que já ocorria pela Lei 8.666/1993).

---

<sup>28</sup> Lei 14.133, art. 140, § 6º Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo **prazo mínimo de 5 (cinco) anos**, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

CCB, art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o **prazo irredutível de cinco anos**, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

O legislador optou por ser mais rigoroso quanto ao recebimento de obras e serviços e menos rigoroso no recebimento de compras. Assim, impôs controles mais rígidos quanto à **quantidade de servidores** em cada uma destas etapas<sup>29</sup>.



Tomem um fôlego e vamos lá!

#### A) Recebimento de obras e serviços

Art. 140, O objeto do contrato será recebido: I - em se tratando de obras e serviços:

- a) **provisoriamente**, pelo **responsável por seu acompanhamento e fiscalização**, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;
- b) **definitivamente**, por **servidor** ou **comissão** designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

Percebam que o recebimento provisório é feito pelo responsável pelo acompanhamento e fiscalização da obra ou da prestação de serviços, em geral o “**fiscal de contrato**”. Já o recebimento definitivo exigirá uma comissão ou mesmo um outro servidor que tenha sido designado pela autoridade competente para aquela missão.

Além disso, quanto ao **documento** exigido para atestar o recebimento, notem que a lei exige que se dê por meio do “**termo detalhado**”, tanto para o provisório quanto para o definitivo (a Lei 8.666 exigia o “**termo circunstaciado**”).

-----

Adiante vamos para o segundo grupo de objetos, atinente às **compras** de produtos.

#### B) Recebimento de compras

Art. 140, II - em se tratando de compras:

<sup>29</sup> Na nova lei, não houve a previsão de prazos mínimos para recebimento (como ocorria sob o regramento da Lei 8.666), pois deverão ser previstos em regulamento ou no próprio contrato. Além disso, na nova lei não foram previstas regras próprias para o recebimento de equipamentos alugados.

- a) **provisoriamente, de forma sumária**, pelo **responsável por seu acompanhamento e fiscalização**, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;
- b) **definitivamente**, por **servidor** ou **comissão** designada pela autoridade competente, mediante **termo detalhado** que comprove o atendimento das exigências contratuais.

Vejam que o recebimento provisório das compras é um pouco mais simplificado que o anterior, de sorte que ocorrerá de forma sumária (sem a emissão do “termo detalhado”). Aqui, o termo detalhado não para o recebimento provisório, apenas para o definitivo.

Sintetizando as exigências aplicáveis aos recebimentos, temos o seguinte:

	Provisório	Definitivo
Obras e Serviços	responsável por seu acompanhamento e fiscalização (Fiscal de contrato)	Servidor ou comissão
	Termo detalhado	
Compras	responsável por seu acompanhamento e fiscalização (Fiscal de contrato)	Servidor ou comissão
	Sumário	Termo detalhado

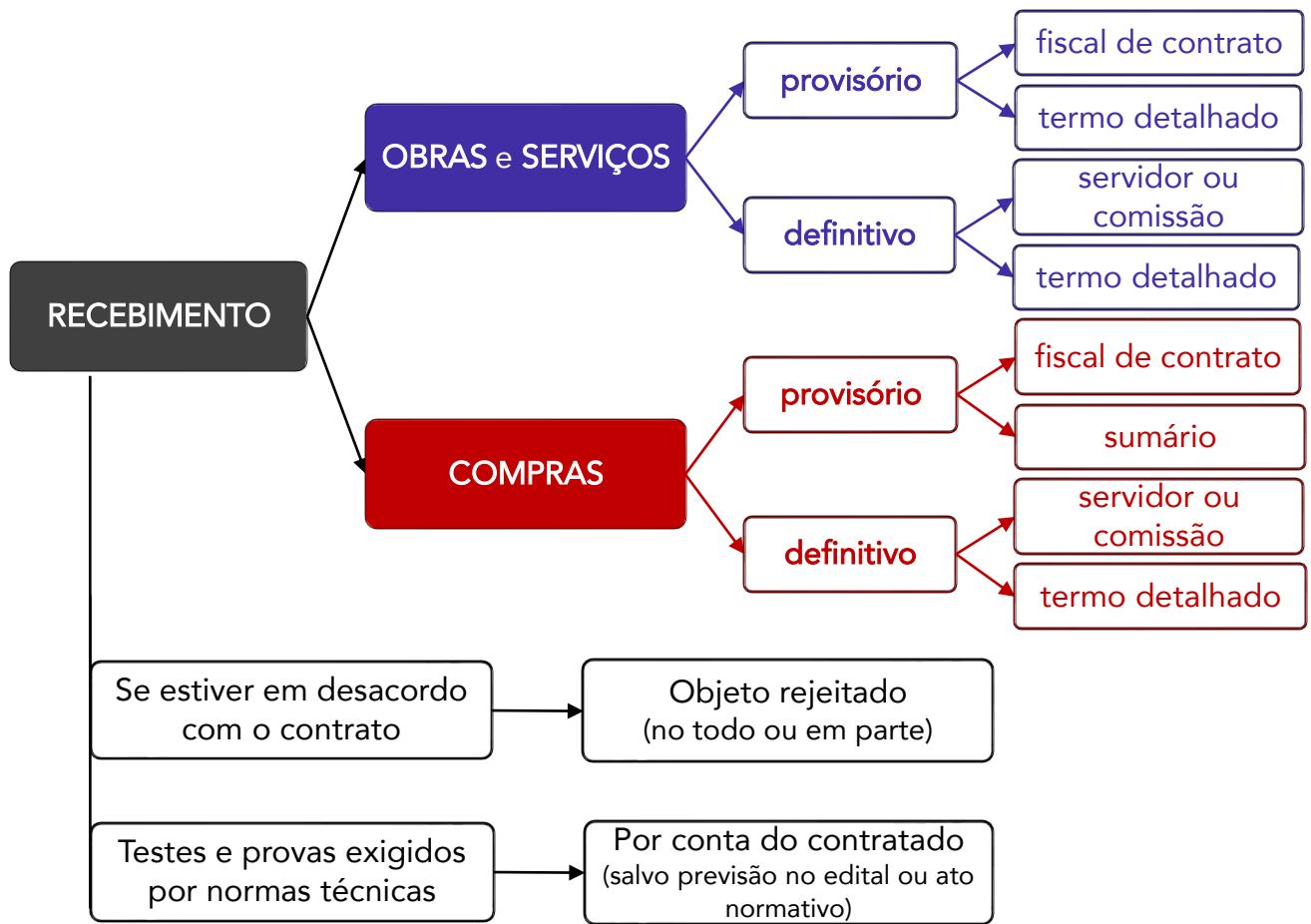
Caso, no entanto, o objeto seja entregue em **desacordo com o contrato**, ele poderá ser **rejeitado**, no todo ou em parte (art. 140, §1º).

Quanto aos **prazos e métodos** para a realização dos recebimentos, estes serão definidos em regulamento ou no próprio contrato (art. 140, §3º).

De toda forma, em regra, os **testes e provas** realizadas para aferição da boa execução do objeto contratado exigidos por normas técnicas oficiais correrão **por conta do contratado**, exceto se houver disposição em contrário no edital da licitação ou ato normativo (art. 140, § 4º).

Por fim, segue um quadro-esquemático que compila todos os detalhes que acabamos de estudar





## PAGAMENTOS ÀS EMPRESAS CONTRATADAS

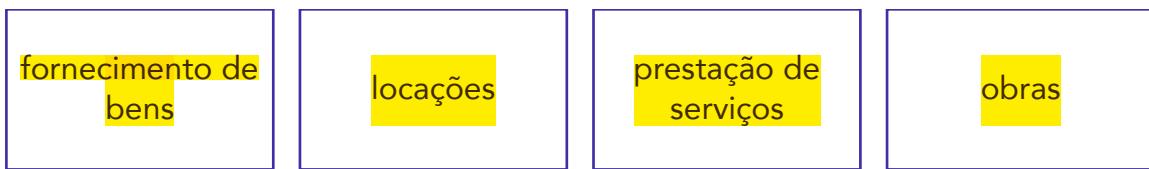
Uma vez conhecidas as principais regras quanto ao recebimento do objeto, vamos nos voltar para a etapa seguinte, que consiste no pagamento à empresa contratada.

Nesse sentido, a nova lei previu normas importantes quanto à sua realização, constantes de seus arts. 141 e 146. Aqui iremos destacar, especialmente, questões relacionadas à (i) ordem cronológica de pagamentos, (ii) antecipação do pagamento, (iii) remuneração variável e (iv) outros aspectos relevantes.

### ➤ **Ordem de pagamentos**

Para que uma empresa contratada não receba antes de outra e, assim, não ocorra preterição na ordem de pagamento, a nova lei deixa claro que, no dever de pagamento pela Administração, em

regra será observada a **ordem cronológica** para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos (art. 141, *caput*):



Percebiam, portanto, que, considerando cada fonte de recursos, teremos uma fila para cada uma destas categorias de contratos. A ideia é tornar impositivo a decisão quanto a quem deveria receber primeiro sua remuneração da Administração.

O assunto é tão importante que a inobservância imotivada desta ordem cronológica poderá (i) ensejar a **apuração de responsabilidade** do agente responsável (art. 141, §2º) e, até mesmo, a **caracterização de crime** (CP, art. 337-H, *caput*, parte final).

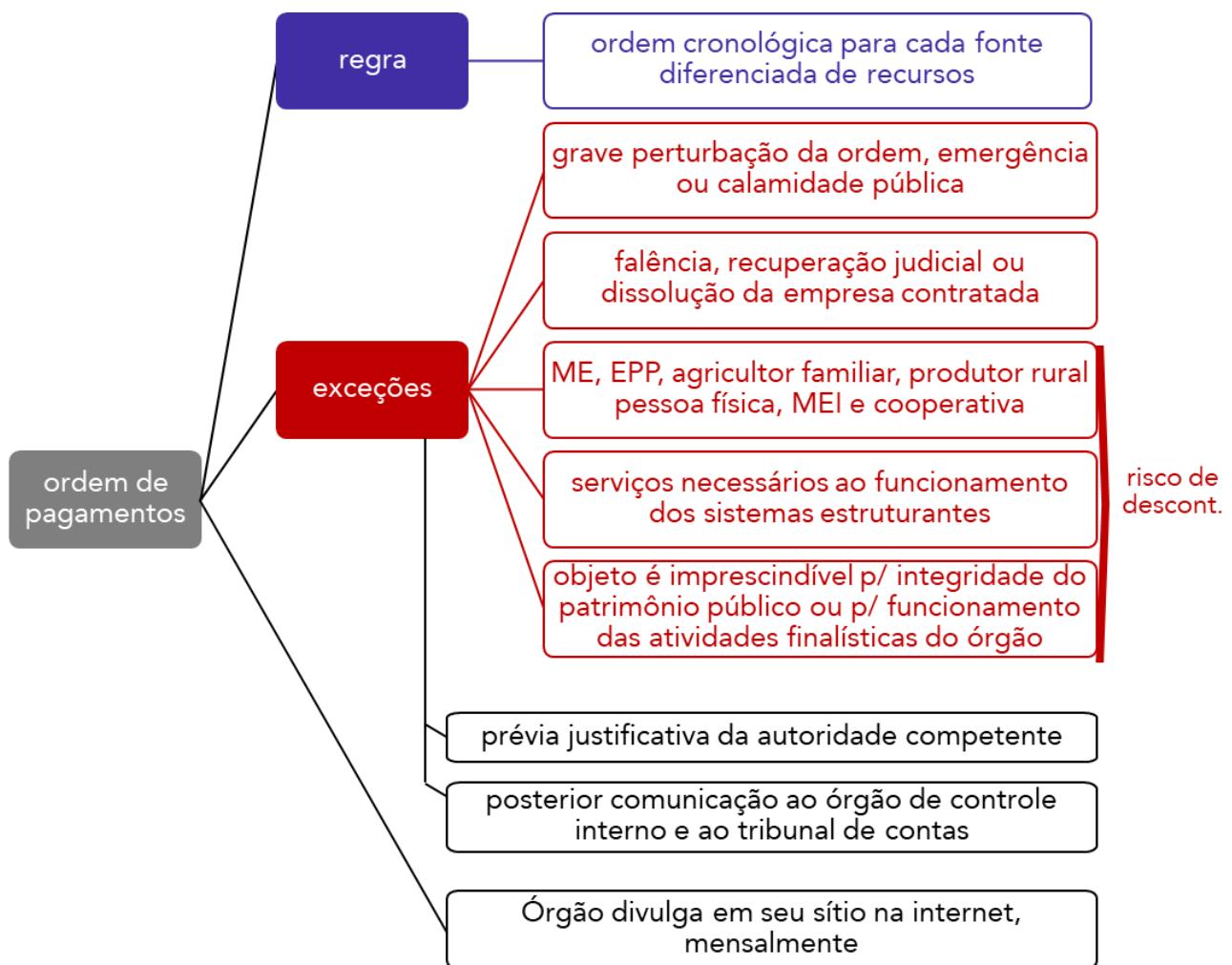
Apesar de a regra geral ser dada pela ordem cronológica, o legislador previu hipóteses de "fura fila", ou seja, situações em que a ordem de pagamento poderá ser alterada. O rol taxativo destas hipóteses encontra-se no art. 141, §1º:

- grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública**
- pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;**
- pagamento a microempresa (ME), empresa de pequeno porte (EPP), agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual (MEI) e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato**
- pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato**
- pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional**

Em qualquer destes casos, a alteração da ordem requer: (i) prévia justificativa da autoridade competente e (ii) posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente.

Por fim, vale destacar que, para fins de transparência e controle social, o órgão deverá **divulgar em seu sítio na internet, mensalmente, a ordem cronológica de seus pagamentos**, bem como as

justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem (art. 141, § 3º), sendo que tudo isto deverá ser **fiscalizado pelos órgãos de controle** (art. 141, §2º, parte final).



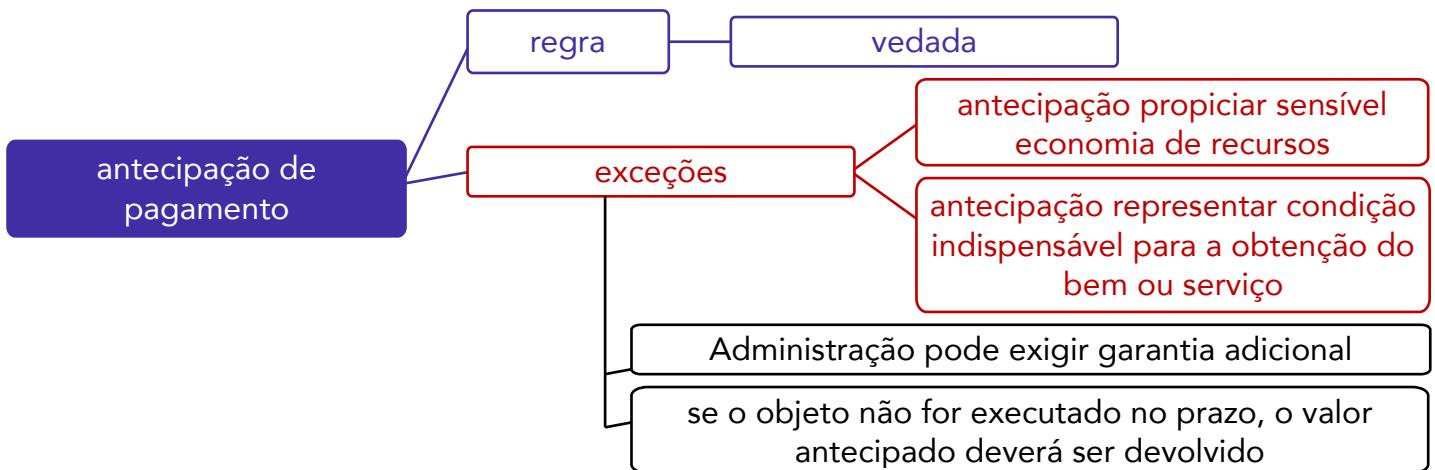
## ➤ Antecipação de pagamento

Em regra, o pagamento às empresas contratadas pela Administração deve ocorrer após a prestação do serviço, entrega do bem contratado ou execução da parcela da obra. Assim, primeiramente a empresa contratada executa sua obrigação, para depois receber. Daí dizemos que a regra geral é que seja vedada a antecipação do pagamento (art. 145, caput).

Em outras palavras, os pagamentos (isto é, a execução financeira do contrato) devem seguir o ritmo da prestação dos serviços (ou seja, sua execução física), em regra não havendo margem para que os pagamentos ocorram antes da prestação dos serviços.

Apesar de esta ser a regra geral, a nova lei de licitações – seguindo a jurisprudência do TCU – passou a admitir a antecipação do pagamento, atendidas as seguintes condições:

- se antecipação propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço
- a Administração poderá exigir garantia adicional como condição para a antecipação do pagamento
- se o objeto não for executado no prazo previsto, o valor antecipado deverá ser devolvido.



## ➤ Remuneração variável

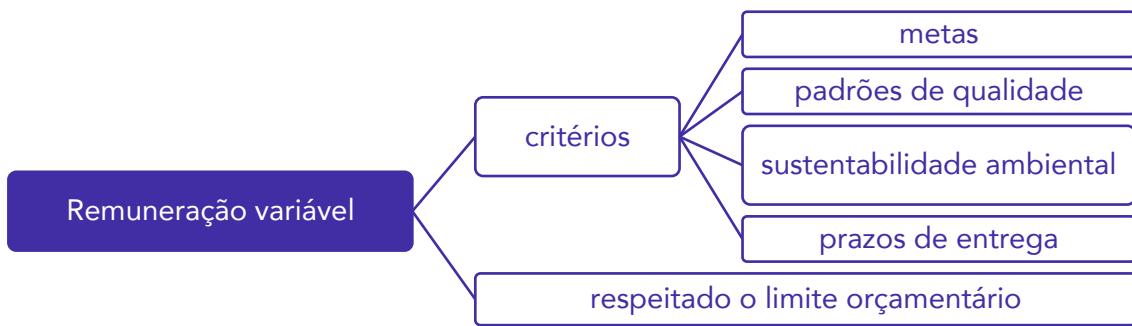
Ainda a respeito dos pagamentos contratuais, a lei autoriza<sup>30</sup> o estabelecimento de **remuneração variável** nos contratos de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, a qual seria vinculada ao alcance de **metas de desempenho, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega** (art. 144). Trata-se de um “reforço positivo” à contratada que atinge bons resultados contratuais.

A variação na remuneração ocorrerá nos termos previstos contratualmente, devendo ser **motivada** e respeitar o **limite orçamentário** fixado pela Administração para a contratação (art. 144, § 2º).

Por fim, quando o objeto do contrato visar especificamente a implantação de processo de racionalização, esta remuneração variável poderá ser ajustada em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa (art. 144, § 1º).

---

<sup>30</sup> De modo semelhante ao que já constava do RDC – Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011)



## ➤ Outras regras relacionadas ao pagamento

Neste último tópico, reunimos outras regras relacionadas ao pagamento que constam do texto legal.

Primeiramente, vale ressaltar que, havendo **controvérsia sobre a execução do objeto**, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a Administração deverá **pagar a parcela incontroversa**, no prazo previsto para pagamento (art. 143). Então, por exemplo, se após a execução de uma obra, a Administração tem dúvidas sobre a execução de uma parcela dela, mas não sobre o restante, deve-se pagar aquela parcela sobre a qual não há discussão, retendo-se o restante.

Além disso, é possível que o edital ou o contrato prevejam, em caráter excepcional, a possibilidade de ocorrer o pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador (art. 143), o que tem por objetivo assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas relacionadas ao contrato, especialmente em contratos de prestação de serviços continuados.

Por fim, no ato de liquidação da despesa (que ocorre após o recebimento do objeto), os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos da administração tributária (como a Receita Federal) as características da despesa e os valores pagos (art. 146).

# MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Tradicionalmente, quando há um conflito entre duas ou mais pessoas, que não pôde ser solucionado por elas, o caso acaba sendo levado ao **Poder Judiciário**.

Ocorre que, buscando a solução mais célere e menos dispendiosa destes conflitos, mais recentemente<sup>31</sup> têm sido utilizados – até mesmo pela Administração Pública<sup>32</sup> – os chamados “meios alternativos” de resolução de conflitos, como a **arbitragem**, a **conciliação** e a **mediação**.

Nesse sentido, a Lei 14.133 consolidou a possibilidade de utilização destes meios alternativos para resolução dos conflitos que possam surgir no bojo de contratos administrativos, prevendo que:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, **poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias**, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Vejam que a lei admite expressamente as seguintes formas:

**meios alternativos de solução de controvérsias - NLL**

**arbitragem**

**conciliação**

**mediação**

**comitê de resolução de disputas**

Estas formas de solução poderão ser aplicadas às discussões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (art. 151, parágrafo único).

Além disso, ainda que o instrumento do contrato não tenha, inicialmente, previsto esta possibilidade, é possível que os **contratos sejam aditados** para preverem a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 153).

Adiante vamos detalhar cada uma das quatro formas previstas no texto da lei.

---

<sup>31</sup> Alinhado ao que prevê o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §3º.

<sup>32</sup> A exemplo do previsto na Lei 8.987/1995, art. 23-A, e das alterações promovidas pelas Leis 13.129 e 13.140, ambas de 2015.

## ➤ Arbitragem

Trata-se de mecanismo de solução de conflitos em que um terceiro (normalmente chamado de **árbitro** ou um **colegiado de árbitros**) é chamado a solucionar o conflito de forma permanente.

Este árbitro é previamente escolhido pelas partes para solucionar eventuais conflitos que possam surgir. Como há um terceiro chamado a solucionar a lide, diz-se que a arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos (pois há alguém externo à relação jurídica conflituosa), até porque a **decisão deste árbitro será imposta às partes**.

Nesse sentido, a Lei 14.133 prevê que:

- ❑ a arbitragem será **sempre de direito** (e não por equidade) e observará o **princípio da publicidade** (art. 152).
- ❑ o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154).

## ➤ Mediação

A mediação tende a ser considerada mecanismo autocompositivo de solução dos conflitos. É, em regra, um processo informal em que um **mediador** (um terceiro imparcial) ouve ambas as partes e faz propostas a elas, com vistas a pôr fim ao processo. Assim, as partes poderão ou não acatar suas propostas e, caso as acatem, terá havido uma transação, uma negociação, para pôr fim ao conflito.

O mediador, diferentemente do árbitro, não detém poderes decisórios. Em outras palavras, juridicamente, as partes continuam autônomas para chegar a um consenso e buscar uma solução para o conflito.

Caso a mediação seja infrutífera, as partes poderão acionar o Poder Judiciário para sanar a questão.

## ➤ Conciliação

A conciliação, muito similar à mediação, diz respeito às situações em que um **conciliador** - sem poderes decisórios - é chamado para estimular às partes objetivando que elas cheguem a um consenso. A diferença é que a conciliação em geral representa um processo mais curto, destinando-se a situações menos complexas que a mediação.

Aqui também, caso a conciliação não seja aceita, as partes ainda poderão acionar o Poder Judiciário para sanar a questão.

## ➤ Comitê de resolução de disputas (*dispute board*)

O Comitê de resolução de disputas - mais conhecido como *dispute board* - é outro mecanismo alternativo de solução de conflitos, em que um conjunto de profissionais é chamado para auxiliar às partes a chegarem a um consenso.

O assunto ainda carece de regulamentação legal no país, mas internacionalmente existem comitês com poderes decisórios (como um árbitro), não decisórios (como um mediador ou conciliador) e híbridos.

Na Lei 14.133, lembro apenas que o processo de escolha dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154).



## EXTINÇÃO E ANULAÇÃO DO CONTRATO

Neste tópico trataremos do **desfazimento prematuro do contrato**, seja por sua anulação ou pelas hipóteses de extinção.

Nesta aula, iremos focar nas modalidades de desfazimento do contrato mencionadas na nova lei de licitações, deixando de detalhar aquelas que, embora mencionadas pela doutrina, não constam

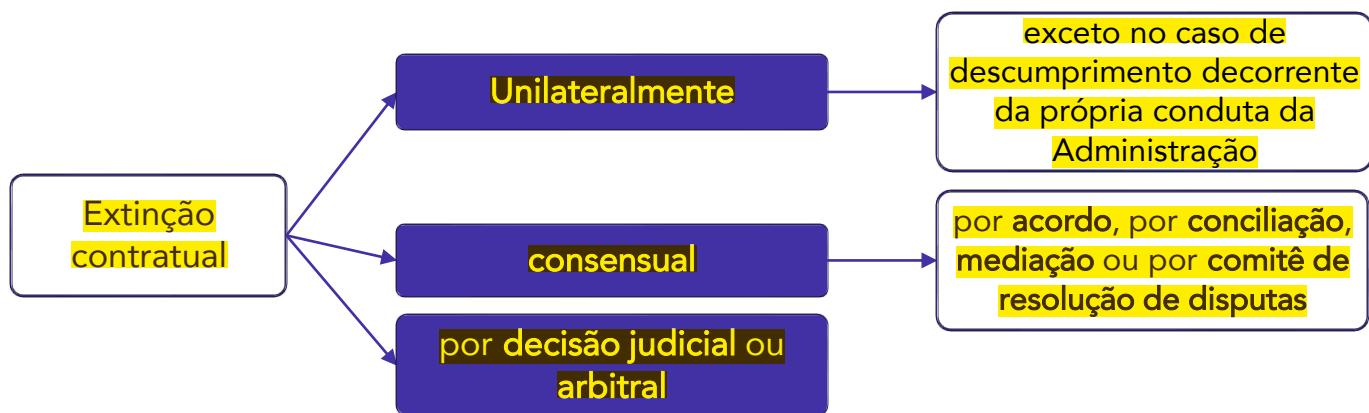
do texto legal, a exemplo do advento do termo contratual, da conclusão do escopo do contrato (extinções naturais) e da impossibilidade material ou jurídica de execução do contrato.

Antes de avançar, reparem que a **anulação** do contrato consiste no desfazimento do contrato em razão de uma **ilegalidade**.

Já na **extinção** (então chamada de “rescisão” na Lei 8.666/1993), o contrato é desfeito por causa de situações diversas, como o descumprimento do contrato, o interesse público ou situações de força maior ou caso fortuito.

## Extinção

Nos termos do art. 138 da nova lei, o contrato administrativo poderá ser **extinto** das seguintes formas:



Muito bem, conhecidas as hipóteses de extinção, vamos agora detalhar as formas pelas quais ela poderá ocorrer.

### Extinção unilateral

A Administração, diferentemente do contratado, não necessita recorrer ao Judiciário para extinguir um contrato, na medida em que o ordenamento jurídico lhe confere o **poder de extinguir unilateralmente o contrato**, em determinadas hipóteses. Trata-se, como vimos, de uma **cláusula exorbitante** dos contratos administrativos.

A partir do que prevê o art. 138, I, parte final, percebam que a extinção unilateral somente será possível quando o **inadimplemento contratual não for imputável à administração pública**. Isto porque, quando a Administração der causa ao descumprimento contratual (ou seja, nos “fatos da administração”), poderá ter lugar as outras duas espécies de extinção (consensual ou via judicial/arbitral).

Nesta hipótese, será necessária a **autorização por escrito e fundamentada da autoridade competente** (art. 138, §1º).

Em determinados casos de extinção unilateral, especialmente quando houver culpa do contratado, além da própria extinção caberá a aplicação de sanções administrativas e, eventualmente a assunção do objeto do contrato pela Administração, conforme estabelece o artigo 139.

## Extinção consensual

---

A extinção **consensual** também é feita quando houver **interesse da Administração**, mas aqui em geral exige-se a **concordância** do contratado. Segundo a nova lei, esta modalidade de extinção poderá se dar por meio de (i) acordo entre as partes, (ii) conciliação, (iii) mediação ou (iv) por comitê de resolução de disputas – art. 138, II.

Como detalhado em tópico anterior desta aula, repare que, além do simples **acordo** entre contratante e contratado, **estamos também diante de meios alternativos de solução de conflitos** (conciliação, mediação e dispute board). No entanto, note que a extinção consensual não admite a utilização da **arbitragem**, tratada no próximo tópico.

Na extinção consensual, também será necessária a **autorização por escrito e fundamentada da autoridade competente** (art. 138, §1º).

## Extinção judicial ou arbitral

---

Diferentemente das extinções unilateral e consensual (em que há interesse da Administração), aqui **estamos diante de uma extinção litigiosa, que exigirá ou (i) uma decisão judicial ou (ii) a decisão arbitral**. Nestes casos, a decisão – do juiz ou do árbitro – será imposta à Administração, independentemente de seu interesse. Segundo o legislador, trata-se de hipóteses em que o contratado “terá direito à extinção do contrato”.

A novidade da Lei 14.133 fica por conta da expressa previsão quanto à atuação de árbitros na resolução de conflitos da Administração, o que irá depender da existência de **cláusula compromissória ou compromisso arbitral**<sup>33</sup>.

---

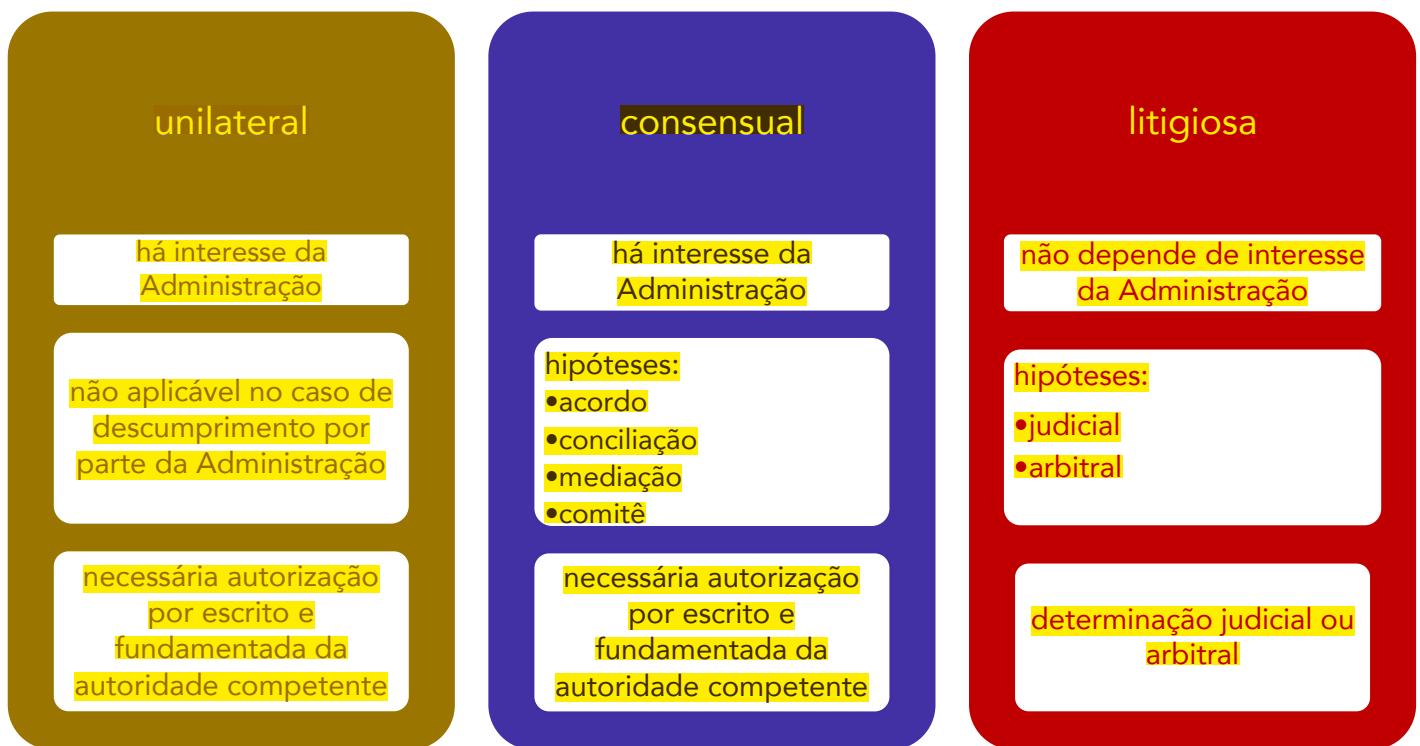
<sup>33</sup> Segundo os arts. 4º e 9º da Lei 9.307/1996, cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato; e o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

De toda forma, percebam que esta modalidade em geral é requerida pelo contratado, nos casos de inadimplemento pela Administração, já que ele, em muitos casos, não pode paralisar a execução do contrato, tampouco extinguir unilateralmente.

BIZU



Já antevendo as questões de prova sobre este assunto, percebam as principais diferenças desta categoria de extinção com as duas anteriores:



Quanto às consequências da extinção, vale pontuar as seguintes situações, a depender da causa ensejadora da extinção do contrato:

Extinção por culpa exclusiva da Administração (art. 138, §2º)	Extinção unilateral (art. 139)
Ressarcimento dos prejuízos sofridos	assunção imediata do objeto do contrato (no estado e local em que se encontrar)
devolução da garantia (caso prestada)	ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e

	do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade
pagamentos devidos pela parcela do contrato executada até a data de extinção	execução da garantia contratual (caso tenha sido prestada)
pagamento do custo da desmobilização	retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas
	sanções previstas em Lei

## Hipóteses de extinção

Após termos conhecido as formas de extinção, vale comentar as hipóteses previstas em lei que expressamente ensejam a extinção, as quais podem ser divididas em três grupos:

(a) **situações imputáveis ao particular contratado**

(b) **situações imputáveis à Administração**

(c) **por circunstâncias alheias às partes**

Ocorre que, na topologia da nova lei, tais hipóteses encontram distribuídas em apenas duas listas, sendo a primeira constante do *caput* do art. 137 (que simplesmente menciona que tais hipóteses “constituirão motivos para extinção do contrato”) e a segunda, em seu §2º (que lista as hipóteses em que “o contratado terá direito à extinção”).

Vamos iniciar com o *caput* do art. 137:

Art. 137. **Constituirão motivos para extinção do contrato**, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

I - **não cumprimento** ou **cumprimento irregular** de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II - **desatendimento das determinações regulares** emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III - **alteração social** ou modificação da finalidade ou da **estrutura da empresa** que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV - decretação de **falência** ou de **insolvência civil, dissolução da sociedade** ou **falecimento** do contratado;

V - **caso fortuito** ou **força maior**, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI - **atraso** na obtenção da **licença ambiental**, ou **impossibilidade** de obtê-la, ou **alteração substancial do anteprojeto** que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

VII - **atraso na liberação das áreas** sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

VIII - razões de **interesse público**, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

IX - **não cumprimento** das obrigações relativas à **reserva de cargos** prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para **pessoa com deficiência**, para **reabilitado da Previdência Social** ou para **aprendiz**.

Na lista acima<sup>34</sup>, os incisos I, II, III, IV e IX consistem em condutas atribuíveis ao contratado e os incisos V e VI dizem respeito a condutas que não são atribuíveis a nenhuma das partes.

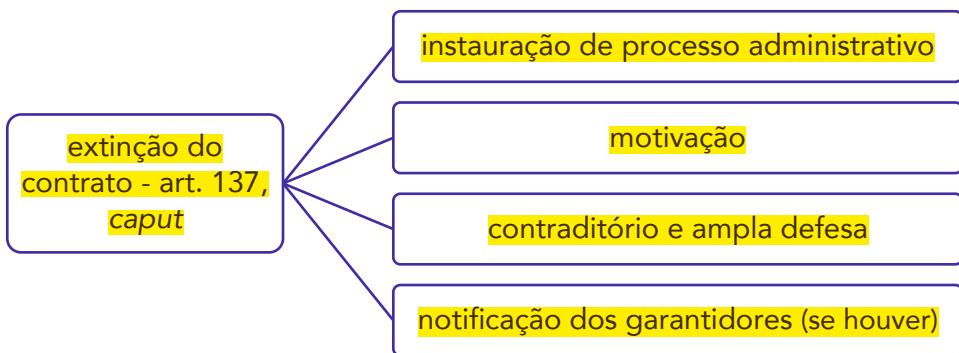
O inciso VIII (interesse público) e, a depender das circunstâncias, o inciso VII (atraso na liberação de áreas) dizem respeito a situações atribuíveis à Administração contratante.

Percebam, pela leitura do *caput* do art. 137, que, nas hipóteses acima, a extinção requer a (i) **instauração de processo administrativo**, (ii) a **devida motivação** e (iii) a **concessão de contraditório e ampla defesa na via administrativa**. Ademais, sendo promovidas pela via da extinção unilateral ou consensual, requerem ainda a (iv) **autorização por escrito** da autoridade competente – art. 138, §1º.

Além disso, se, no contrato a ser extinto, havia sido exigida garantia, os “garantidores” deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais (art. 137, §4º).

---

<sup>34</sup>DE ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed., Ed. Zenite. Capítulo 15.



Seguindo adiante, nos deparamos com as hipóteses listadas no art. 137, § 2º, sendo que todas representam faltas da Administração:

- I - **supressão**, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete **modificação do valor inicial do contrato além dos limites permitidos** [em regra de 25%]
- II - **suspensão** de execução **do contrato**, por ordem escrita da Administração, **por prazo superior a 3 (três) meses**;
- III - **repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis**, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;
- IV - **atraso superior a 2 (dois) meses**, contado da emissão da nota fiscal, **dos pagamentos** ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos; [restrição à oposição do contrato não cumprido]
- V - **não liberação pela Administração**, nos prazos contratuais, **de área, local ou objeto, para execução de obra**, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Em qualquer destes casos, o contratado terá **direito à extinção do contrato, a qual exigirá ou uma decisão judicial ou, caso tenha sido previsto no contrato, a decisão de um árbitro.**

Reparem, a partir da lista acima, a proximidade entre as seguintes hipóteses:

Suspensão do contrato continuamente por	»»»	prazo superior a 3 meses
Repetidas suspensões	»»»	totalizam 90 dias úteis
Atraso nos pagamentos	»»»	superior a 2 meses

A título de aprofundamento, destaco que estas três hipóteses destacadas acima (incisos II, III e IV) - art. 137, § 2º:

I - não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

Conhecidas as formas e hipóteses de extinção, passemos agora ao estudo da “anulação” do contrato.

## Anulação

O contrato poderá ser declarado nulo quando se concluir que ele padece de uma irregularidade insanável.

Isto porque, caso se esteja diante de uma **irregularidade sanável**, o gestor público deveria optar pela correção da irregularidade (saneamento), sem chegar ao extremo de desfazer o contrato.



A partir das regras expressas da Lei 8.666/1993, entendia-se que a existência de irregularidade em um contrato inevitavelmente levaria à sua anulação, como regra geral.

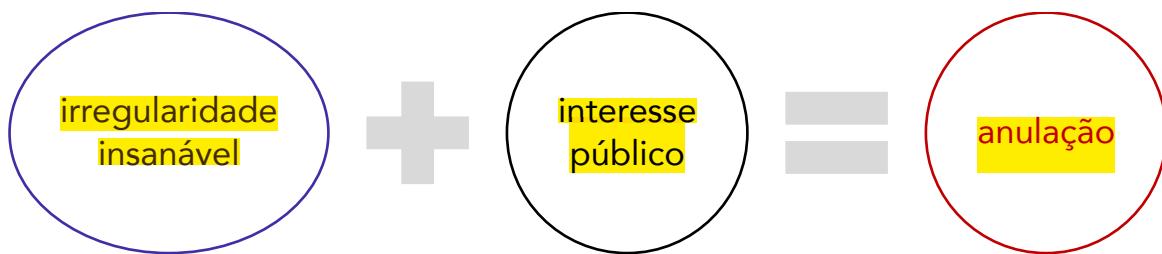
Pelas novas regras, não é qualquer ilegalidade que conduz à anulação do contrato, mas apenas aquelas para as quais **não é possível o saneamento** (chamadas de "irregularidades insanáveis").



Mas não basta o gestor estar diante de uma **irregularidade insanável**. Segundo a nova sistemática da Lei 14.133, a anulação do contrato (ou da licitação) exige, adicionalmente, que tal medida se revele de acordo com o **interesse público**. Nesse sentido, o artigo 147 prevê que:

Art. 147. Constatada **irregularidade** no procedimento licitatório ou na execução contratual, **caso não seja possível o saneamento**, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de **interesse público**, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: (...)

Detalhando um pouco mais, parte da doutrina<sup>35</sup> tem defendido que a Lei 14.133 criou um "estudo de impacto invalidatório"<sup>36</sup>, de sorte que a decisão pelo desfazimento do contrato administrativo (ou mesmo pela sua suspensão) seria adotada após a ponderação de diversos aspectos (e não mais seria um efeito "automático" da existência de irregularidade) e, assim, se demonstrar que é a medida mais consentânea ao **interesse público**:



Caso sejam ponderados determinados aspectos e a Administração entenda que a paralisação ou anulação não é do interesse público, o poder público deverá optar pela **continuidade do contrato** e pela **solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos**, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (art. 147, parágrafo único).

<sup>35</sup> Consoante leciona Marçal Justen Filho.

<sup>36</sup> Assim como consta na LINDB, art. 21, caput, e art. 22, §1º.



Exemplo 1 (anulação do contrato): comprovou-se que o contrato para execução de uma obra foi celebrado após uma licitação fraudada, em que o agente de contratação recebeu propina do licitante vencedor, sendo que a obra sequer foi iniciada.

Considerando insanável tal irregularidade e que a obra não foi iniciada, a declaração de nulidade do contrato poderia se mostrar a medida mais acertada ao interesse público.

Exemplo 2 (continuidade do contrato): um contrato administrativo, celebrado com a empresa X após um processo licitatório em que também participou a empresa Y. Suponha que, quando o contrato já se encontrava 90% concluído, surgiu uma decisão judicial reconhecendo que a empresa Y não deveria ter sido inabilitada naquela licitação.

Neste caso, considerando o estágio avançado do contrato e, por exemplo, a existência de 300 terceirizados naquele projeto, os altos custos de desmobilização, pode ser que o interesse público clame pela continuidade do contrato, de sorte que a empresa Y poderia ser beneficiária de uma indenização decorrente de sua não contratação.

Assim, para a decisão de anular ou sanear o contrato, serão avaliados os seguintes aspectos (art. 147):



De toda forma, assim como estudamos em relação aos atos administrativos, a anulação pode ser realizada **pela própria Administração Pública**, mediante provocação ou de ofício, ou pelo **Poder Judiciário**, mediante provocação.

E, assim como nos “atos administrativos”, a anulação do contrato, em regra, também produz **efeitos retroativos** (ex tunc):

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e **operará retroativamente**, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e **desconstituinte** os já produzidos.

Portanto, como regra, a anulação do contrato opera efeitos retroativos, desfazendo o vínculo entre o contratado e o ente público desde o nascimento do contrato.

Apesar de a retroação dos efeitos da anulação ser a regra geral, o legislador previu duas exceções:

Art. 148 , § 1º Caso **não seja possível o retorno à situação fática anterior**, a nulidade será resolvida pela **indenização por perdas e danos**, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Art. 148 , § 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela **só tenha eficácia em momento futuro**,

suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de **até 6 (seis) meses**, prorrogável uma única vez.

No **primeiro caso** (art. 148, §1º), os efeitos não retroagem, mas podem ser **cobradas indenizações** buscando-se reparar aqueles que foram lesionados pela irregularidade (e são apuradas as responsabilidades pela irregularidade identificada).

Já no **segundo caso** (art. 148, §2º), considerando o princípio da continuidade, a Administração poderia **modular os efeitos da anulação**, permitindo que o contrato ainda perdure pelo tempo necessário para se fazer nova contratação. Nesta hipótese, o contrato ainda poderia ser executado por mais **6 meses, prorrogáveis uma única vez**.

Além disso, uma vez desfeito o contrato em razão de sua nulidade, caso o contratado já tenha comprovadamente se mobilizado para a prestação de serviços, adquirido produtos para entregar à Administração ou, até mesmo, executado parte do contrato, ele deverá ser indenizado:

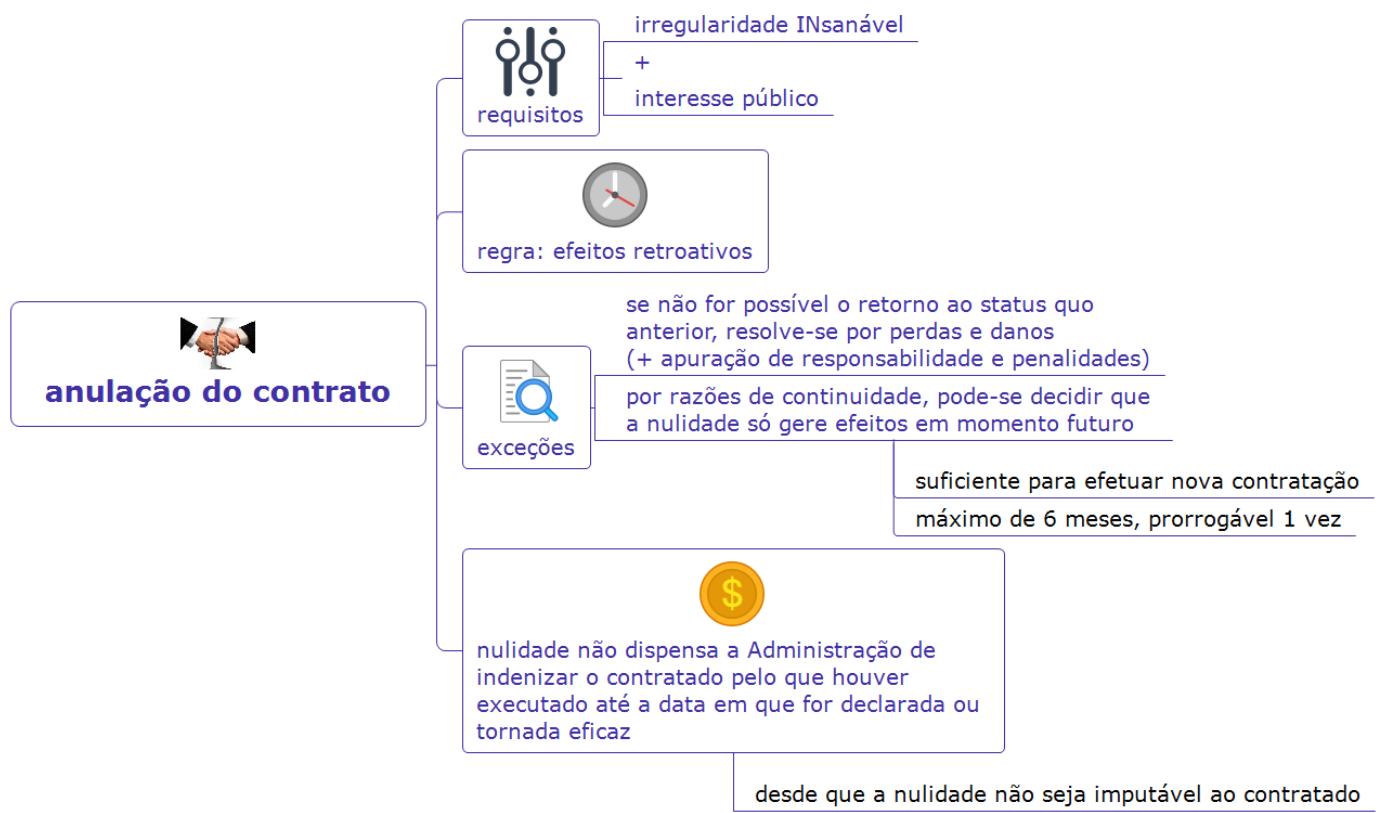
Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do **dever de indenizar o contratado pelo que houver executado** até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Percebam que a indenização pode se referir a (i) parcela do objeto executada e (ii) outros prejuízos que tenha sofrido (chamados de “danos emergentes”).

A legislação **não** prevê qualquer indenização em relação a **lucros cessantes**, que consiste na parcela de lucro que o particular deixou de auferir caso o contrato houvesse sido executado regularmente.

Além disso, não há que se falar em indenização se o prejuízo houver acontecido **por culpa do contratado**.





## MUTABILIDADE DO CONTRATO E TEORIA DA IMPREVISÃO

Anteriormente nesta aula estudamos situações que autorizam a alteração do contrato. Nesse sentido, é importante percebermos que o contrato administrativo é **mutável**. Além da alteração contratual, unilateral ou mediante acordo entre as partes, a avença pode ser modificada em razão de circunstâncias alheias à vontade das partes.

Como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>37</sup>, nos contratos administrativos

é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de **várias circunstâncias**, como a **longa duração**, o **volume grande de gastos públicos**, a **natureza da atividade**, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a **complexidade da execução** etc.

O próprio **interesse público** que à Administração compete defender **não é estável**, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Em razão desta mutabilidade, o **equilíbrio** do contrato administrativo é essencialmente **dinâmico**. Assim, para minimizar a insegurança econômica do contratado, foi elaborada a teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo, na qual são estudados mecanismos de manutenção do **equilíbrio econômico-financeiro** inicialmente pactuado, incluindo a **teoria da imprevisão**.

Em todos os casos, havendo **mudanças profundas** nas condições inicialmente pactuadas, há um rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dando azo à **alteração** do contrato para, quando possível, reestabelecer o equilíbrio original ou, quando não for possível, à promovendo-se sua **extinção**.

Sendo possível a recomposição do equilíbrio contratual, esta se dará por meio de **acordo** entre as partes (alteração bilateral):

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser **alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - **por acordo** entre as partes: (...)

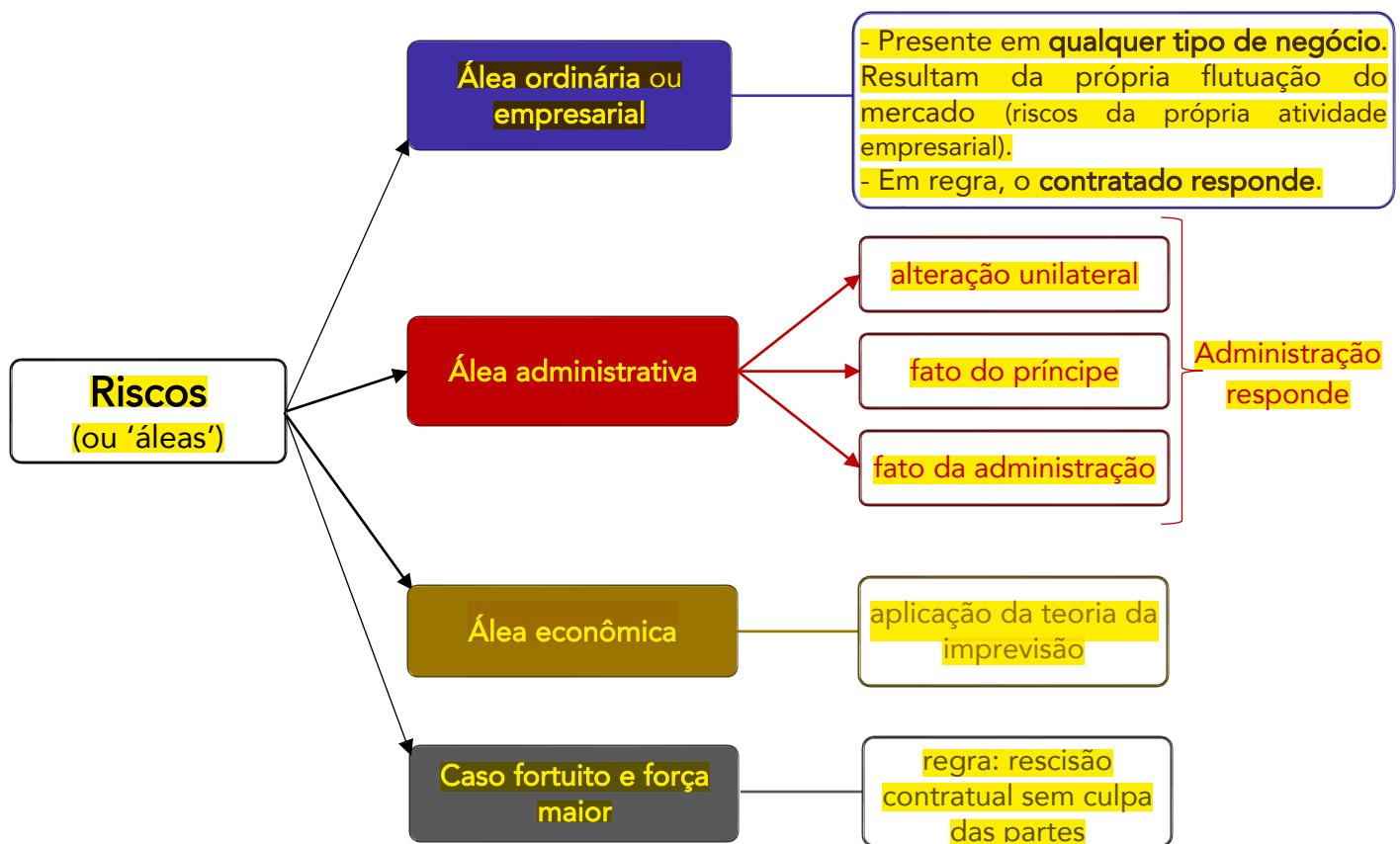
d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de **força maior**, **caso fortuito** ou **fato do princípio** ou em decorrência de **fatos imprevisíveis** ou

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. GenMétodo. 31<sup>a</sup> ed. 2018. Item 8.6.8

previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

A partir deste dispositivo, percebam que a nova lei de licitações – assim como a Lei 8.666/1993 – adotou a teoria da imprevisão, autorizando-se a **revisão** das condições contratuais para se recompor o inicial equilíbrio contratual.

A respeito das **áleas** ou **riscos** de quem contrata com o poder público, tomando por base as lições de Di Pietro, temos as seguintes situações possíveis:



Deixando de lado o 'caso fortuito e força maior' e as situações específicas envolvendo matriz de alocação de riscos (art. 22), teremos três diferentes tipos de riscos no contrato administrativo, a saber.

A **álea ordinária** (ou **empresarial**) é aquela ordinariamente assumida pelo empresário na condução das atividades empresariais, é **risco ordinário e contratual**, integralmente assumido pela empresa contratada.

Diferentemente, as **áreas administrativa e econômica** estão dentro da **área extraordinária**, já que são situações que fogem ao ordinariamente esperado de um contrato. Dentro da área econômica, estudaremos a chamada “teoria da imprevisão”, importantíssima em provas! Veremos que, diferentemente do que ocorre em relação à área ordinária, estas situações extraordinárias não são suportadas integralmente pelo contratado.

-----

Adiante iremos estudar as circunstâncias que provocam alterações nos contratos administrativos, examinando mais especificamente o **fato do princípio**, **fato da administração**, as **interferências imprevistas**, além do **caso fortuito e da força maior** e da **teoria da imprevisão** (área econômica).

Como há grande controvérsia doutrinária quanto à classificação das figuras que se seguem, iremos nos pautar pela posição esposada por Di Pietro, não deixando de enumerar outros tipos igualmente importantes para fins de prova.

## Fato do princípio

---

Segundo leciona Hely Lopes Meirelles, **fato do princípio** consiste em toda determinação estatal, geral, positiva ou negativa, imprevista e imprevisível, que **onera substancialmente** a execução do contrato administrativo.

Exemplo: a Administração contrata uma empresa para fornecer mil unidades de um medicamento importado, ao custo unitário de R\$ 1mil. Dez dias depois, sobrevém o aumento da alíquota do imposto de importação, de sorte que é impossível ao particular fornecer os medicamentos àquele valor.

Percebam que o ato de majoração do imposto tem **caráter geral**, alcançando a todos que se encontrarem importando aqueles produtos, incluindo o particular recém celebrado. Neste caso, o contrato é atingido de modo incidental (ou **reflexamente**).

Além disso, nesta majoração o Estado **não atuou como uma das partes do contrato**, mas fez uso do seu poder de império.

Quando a conduta estatal, nesta condição, desequilibra a economia do contrato ou impede sua plena execução, **deverá haver a revisão dos custos do contrato mediante acordo entre as partes**. É um exemplo do chamado “reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”:

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção

de quaisquer **tributos** ou **encargos legais** ou a **superveniência de disposições legais**, com comprovada **repercussão sobre os preços contratados**.

No mesmo exemplo acima, se a Administração, ao invés de aumentar a alíquota de importação, baixasse uma lei proibindo a importação daquele medicamento, o contrato seria rescindido (sem culpa do contratado), uma vez que o fato do princípio tornou impossível sua execução.

A este respeito, vejam a seguinte questão:

FCC/TRT - 11ª Região (AM e RR) - Técnico Judiciário (adaptada)

O fato do princípio não se preordena diretamente ao particular contratado, pois tem cunho de generalidade e apenas reflexamente incide sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste.

Gabarito (C), na medida em que o fato do princípio atinge o contrato de maneira incidental (indiretamente).

Por ser um ato geral, que desequilibra o contrato pela via reflexa (isto é, indiretamente), este não se confunde com o fato da Administração, que veremos a seguir.

## Fato da Administração

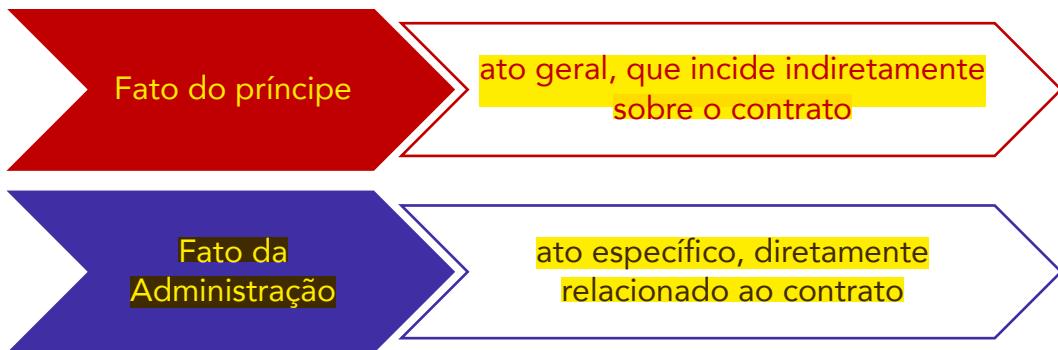
**Fato da Administração** consiste em toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução.

Exemplos<sup>38</sup>: a Administração contrata empresa para construção de um hospital, mas não lhe entrega o local da obra; a Administração não providencia as desapropriações necessárias para construção de uma rodovia; atraso nos pagamentos por longo tempo.

Percebam que o fato da Administração não se confunde com o fato do princípio:

---

<sup>38</sup> Adaptados a partir de MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, p. 270-271.



Surgindo um “fato da administração”, o contratado poderá pleitear a extinção do contrato (judicial/arbitral ou amigável) por **culpa da Administração**. O que não se permite ao particular, como regra, é a paralisação automática dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido.

Percebam, portanto, que aqui não há responsabilidade do particular pela inexecução do contrato.

Assim, caso surja um fato da Administração poderá ter lugar a (i) extinção do contrato ou sua (ii) revisão para a continuidade dos trabalhos.

No primeiro caso, o particular será indenizado pelos prejuízos causados pelo fato da administração.

No segundo, havendo desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial, as partes são obrigadas a uma nova composição de preços, destinada a compensar os prejuízos causados ao contratado.

Por fim, relembro que o artigo 137, §2º, da nova lei enumera exemplos de “fatos da administração”, os quais podem ser causa da extinção contratual:

Art. 137, § 2º O contratado terá **direito à extinção do contrato** nas seguintes hipóteses<sup>39</sup>:

I - **supressão**, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato **além do limite permitido** no art. 125 desta Lei<sup>40</sup>;

<sup>39</sup> Lembrando que as hipóteses dos incisos II, III e IV não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído (art. 137, § 3º, I);

<sup>40</sup> Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até **25%** (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de **50%** (cinquenta por cento).

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por **prazo superior a 3 (três) meses**;

III - repetidas suspensões que **totalizem 90 (noventa) dias úteis**, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Estudadas as situações que compõem a álea administrativa, adiante iremos abordar o “caso fortuito e força maior”, as “interferências imprevistas” e, na sequência, a “álea econômica”, a qual dá ensejo à teoria da imprevisão.

## Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior consistem em eventos imprevisíveis ou inevitáveis que criam ao contratado uma **impossibilidade absoluta de executar o contrato**.

Apesar do intenso debate doutrinário quanto à exata diferenciação de “força maior” e de “caso fortuito”, de acordo com o entendimento perfilhado por Hely Lopes Meirelles<sup>41</sup>, **força maior é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.**

Exemplo: greve que paralisou o transporte de um produto do qual depende a execução do contrato, desde que não exista outros meios para contornar a incidência daquele fato no contrato.

Já **caso fortuito** consiste no **evento da natureza** que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.

---

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, p. 268-269.

Exemplo: fortes chuvas que inundam o local em que a obra seria executada.

Em qualquer dos casos (causa humana ou da natureza), o que caracteriza o evento como caso fortuito ou força maior são: a **imprevisibilidade**, a **inevitabilidade** de sua ocorrência e o **absoluto impedimento de se executar o contrato**<sup>42</sup>.

Reparam que aqui não se trata de mera falta de previsão (evento imprevisto, mas previsível), mas da **impossibilidade de sua previsão**.

A força maior e o caso fortuito equiparam-se ao fato da administração quanto aos efeitos produzidos, no sentido de isentar a responsabilidade do particular pela inexecução do contrato.

Na Lei 14.133, ambas as circunstâncias autorizam (i) a **extinção do contrato sem culpa das partes** – art. 137, V – ou (ii) a **alteração bilateral do contrato** – art. 124, II, 'd'.

Além disso, nos regimes de contratação **integrada** e **semi-integrada**, embora a regra geral seja pela impossibilidade de alteração contratual, havendo força maior ou caso fortuito será possível a alteração do valor dos contratos (art. 133, I).

No próximo item, veremos situações que, embora previsíveis, deixaram de ser identificadas.

## Interferências imprevistas

As interferências imprevistas consistem em ocorrências **de ordem material** (não previstas pelas partes) que surgem na execução do contrato, de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando de modo extraordinário o prosseguimento dos trabalhos.

Exemplo<sup>43</sup>: a Administração celebra contrato de obra pública, no qual havia indicado que o terreno do local seria arenoso. No entanto, durante as obras, constata-se que, na verdade, o terreno é rochoso, o que irá onerar sobremaneira a empresa contratada.

As principais características das interferências imprevistas são as seguintes<sup>44</sup>:

- antecedem a celebração do contrato, mas não foram previstas à época

<sup>42</sup> Op. cit.

<sup>43</sup> Adaptados a partir de MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 35<sup>a</sup> edição, p. 272.

<sup>44</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. Direito Administrativo Descomplicado. 25<sup>a</sup> ed. p. 644

- se houvessem sido previstas, o contrato seria celebrado em bases diversas, com a inclusão de custos correspondentes à dificuldade imprevista.
- oneram significativamente os custos da execução do contrato

Assim, a ocorrência de interferências imprevistas **autoriza a revisão contratual** (prazos e preços), por acordo entre as partes (art. 124, II, 'd').

## Teoria da Imprevisão

Como leciona Di Pietro, a **álea econômica** (ensejadora da teoria da imprevisão) consiste em "acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado".

Neste cenário tem lugar a **teoria da imprevisão**, que busca rever o contrato para se reestabelecer o equilíbrio original.

Conforme aponta Carvalho Filho, o fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o **contrato deve ser cumprido** desde que presentes as **mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado**. Se tais condições forem profundamente alteradas, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

Não seria justo obrigar a parte prejudicada a continuar cumprindo seu encargo, tendo ciência de que ela não teria celebrado o contrato se houvesse previsto as alterações que o oneraram profundamente.

Reparam que o acontecimento deve ser **imprevisível**, seja (i) quanto à sua ocorrência ou (ii) quanto à dimensão de suas consequências. Se o fato for previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo particular contratado, caracterizando álea econômica ordinária. Nesta situação, não terá lugar a teoria da imprevisão.



Assim, reforço que a teoria da imprevisão somente terá lugar para a chamada **álea extraordinária**, isto é, aquela que extrapola o risco ordinariamente assumido pelo empresário na condução das atividades empresariais. A teoria da imprevisão não se aplica a simples alterações de preços, em proporções suportáveis pelas partes.

Nesse sentido, Carvalho Filho<sup>45</sup> leciona que, para Caio Tácito

"A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (**guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda**) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela **imprevisibilidade de suas consequências**." Assinala ainda o grande publicista que o fato gerador da imprevisão deve ser **independente da vontade do beneficiário**, o que confirma que não agiu com culpa e que ao evento não deu causa.

Não podemos confundir a teoria da imprevisão com as **interferências imprevistas**, estudados logo acima.

As interferências dizem respeito a fatos de ordem material, que já existiam no momento da celebração do contrato, mas eram **desconhecidos pelos contratantes** (eram previsíveis). Já para a teoria da imprevisão, há que se ter a impossibilidade de previsão, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto às suas consequências.

Além disso, o fato deve ser **alheio à vontade das partes**. Se o acontecimento decorrer da vontade do particular, este responderá sozinho pelas consequências de seu ato. Por outro lado, se o acontecimento decorrer da vontade da Administração, estaremos diante de um fato do princípio ou da Administração, dentro das regras relativas à álea administrativa.

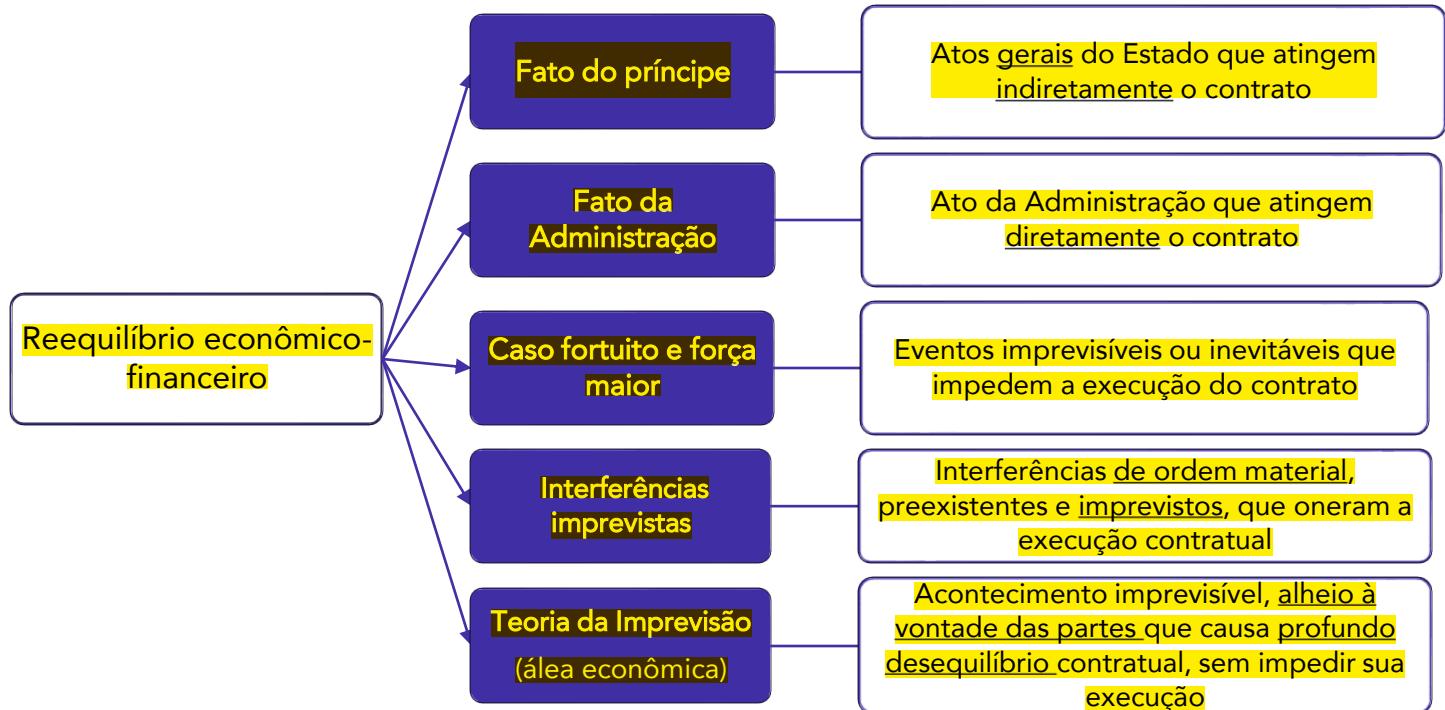


Ante o exposto, podemos perceber os seguintes requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio da aplicação da **teoria da imprevisão**:

- 1) acontecimento estranho à vontade das partes
- 2) imprevisibilidade quanto à ocorrência ou quanto à dimensão das consequências
- 3) inevitabilidade
- 4) causa de profundo desequilíbrio no contrato

---

<sup>45</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. Atlas. P. 215



## Reajuste, repactuação e revisão

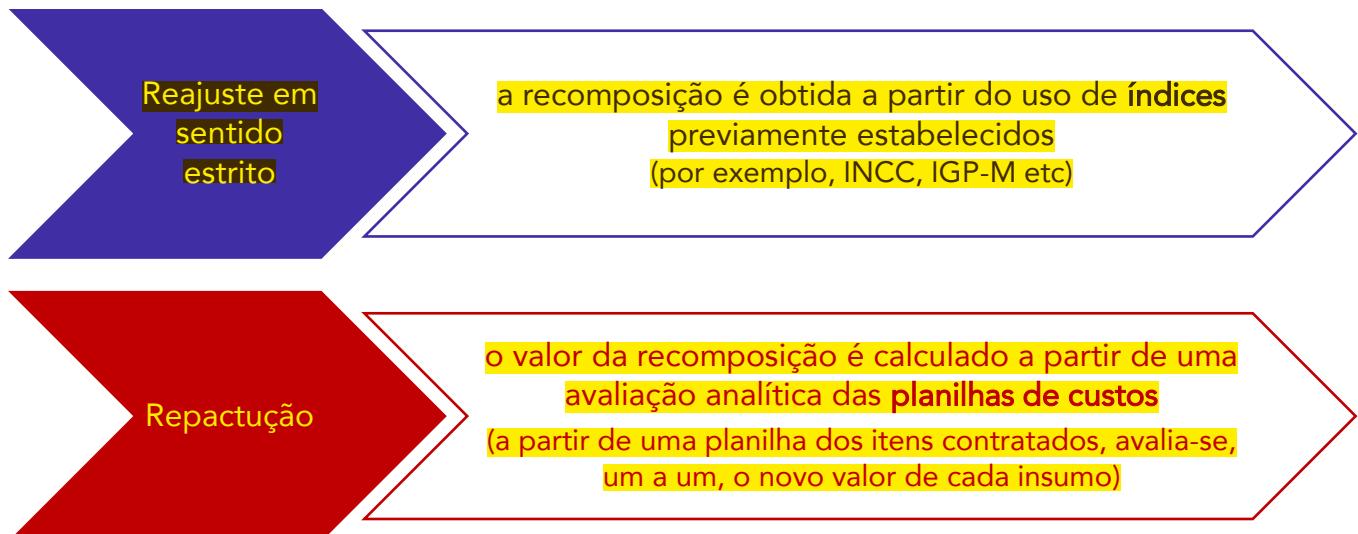
Vimos, nos tópicos anteriores, situações marcadas pela excepcionalidade ou pela imprevisibilidade, as quais dão ensejo à revisão do contrato para se obter seu reequilíbrio econômico-financeiro.

Diferentemente da “revisão” é o **reajuste**, o qual, em sentido amplo, diz respeito à recomposição dos preços contratuais decorrentes da **variação ordinária dos custos** dos insumos utilizados no contrato (especialmente da inflação), na forma prevista no edital/contrato.

É por meio do reajuste, por exemplo, que o valor do contrato poderá ser aumentado para se acomodar o aumento dos salários dos terceirizados de um ano para o outro (dissídio coletivo).

Portanto, notem que o “reajuste” em sentido amplo não se relaciona a fatos imprevistos ou imprevisíveis (como a revisão), mas a **situações ordinárias, prefixadas** pelas partes contratantes.

Nesse sentido, há duas modalidades de reajuste em sentido amplo:



Assim, um contrato de obra, por exemplo, poderia prever que os preços contratados seriam reajustados pelo INCC – Índice Nacional da Construção Civil, que é um índice setorial (reajuste em sentido estrito). Um contrato de limpeza, por exemplo, que em geral é um serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, poderia ser objeto da repactuação.

A adoção de um ou outro critério para “reajuste” deve estar indicada no edital e no contrato administrativo, sendo que a **repactuação** consiste na modalidade que deve ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de **dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra** (art. 6º, LIX).

Reparam que, **independentemente do prazo de duração do contrato**, ele deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial (art. 92, § 3º).

Tratando-se, por outro lado, especificamente dos **contratos de serviços contínuos**, o reajuste somente poderá ocorrer após o **período mínimo de 1 ano**, sendo que o critério de reajustamento de preços será (art. 92, § 4º):

- a) **reajustamento em sentido estrito**, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra;
- b) **repactuação**, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra.

## CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

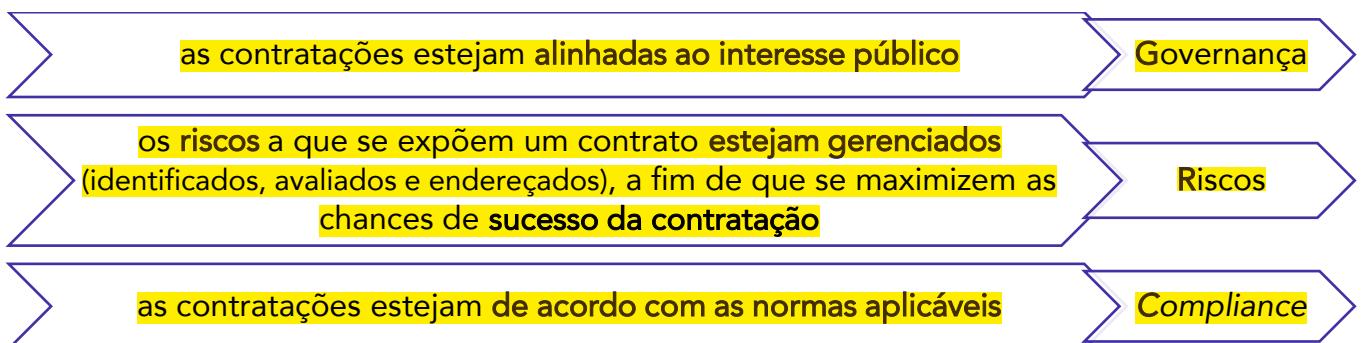
Uma das grandes novidades da Lei 14.133 diz respeito à previsão de um capítulo específico sobre o **controle** (ou fiscalização) **das contratações** (arts. 169-173). Ou seja, a partir de agora teremos

regras gerais, válidas nacionalmente, a respeito dos mecanismos de controle a que se sujeitam as licitações e os contratos administrativos regidos pela nova lei.

Reparam que esta fiscalização não se confunde com o acompanhamento e fiscalização do contrato realizados pelo “fiscal de contrato” a que se refere o art. 117 da nova lei. O acompanhamento realizado pelo fiscal de contrato tem por objetivo principal assegurar que a empresa contratada cumpra as obrigações legais e contratuais assumidas.

As regras que iremos comentar aqui, de outro lado, possuem um viés muito mais amplo, aplicando-se tanto às licitações como aos contratos, e que reforçam a preocupação do legislador com o trinômio GRC: **Governança, Riscos e Compliance<sup>46</sup>** das contratações públicas.

Ou seja, estamos diante de regras que, em síntese, buscam reforçar que



Nesse sentido, as regras deste capítulo buscam aprimorar a fiscalização, o controle, a que se sujeitam as licitações e os contratos administrativos.

Estas normas aplicam-se ao **controle administrativo** (aquele controle realizado pela própria administração pública no exercício da autotutela) e do **controle legislativo** (realizado por órgãos do Poder Legislativo, incluindo os tribunais de contas) sobre as contratações públicas.

Avante!

## Gestão de Riscos, Controle Preventivo e Linhas de defesa

A nova lei prevê que as contratações estejam submetidas, de modo contínuo e permanente, a **gestão de riscos e de controle preventivo** (art. 169) inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação.

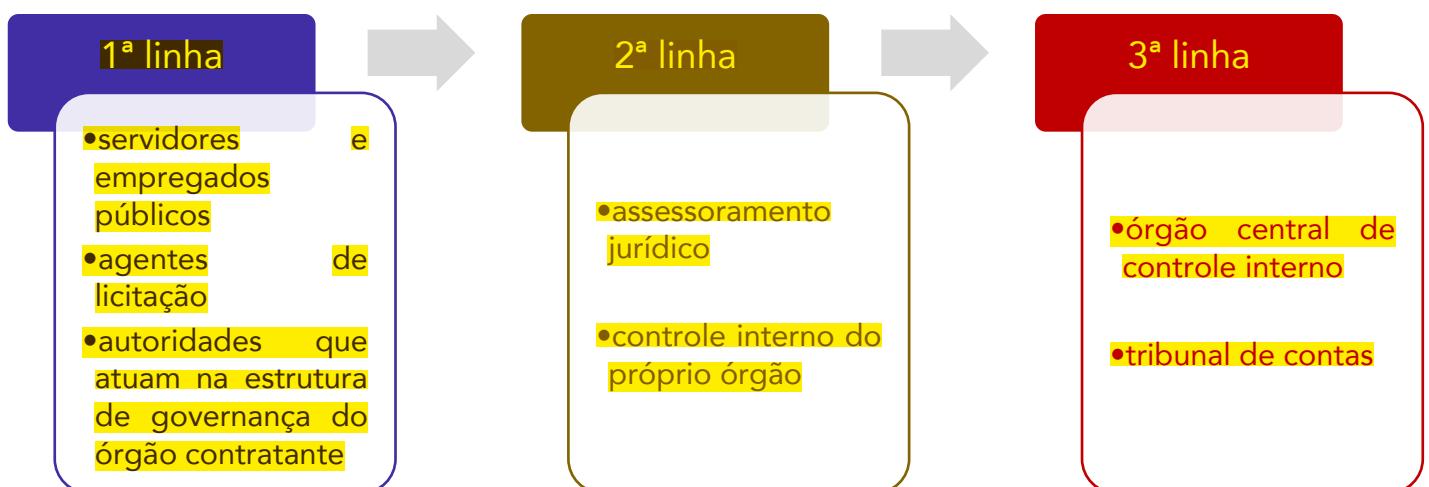
<sup>46</sup> “Compliance”, do inglês, deriva de “comply”, que significa estar em conformidade, de acordo com as normas aplicáveis.

Como riscos e controles são temas relacionados à governança, o legislador previu que a implementação destas práticas será de **responsabilidade da alta administração** do órgão ou entidade.

Além disso, obedecendo à máxima de que o custo de nenhum controle pode seu benefício potencial, o legislador previu que a adoção dos controles preventivos e da gestão de riscos e levará em consideração os **custos e os benefícios** decorrentes de sua implementação, bem como devendo-se optar pelas medidas que promovam relações **íntegras e confiáveis**, com **segurança jurídica** para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

## Três linhas de defesa

Seguindo boas práticas adotadas internacionalmente<sup>47</sup>, que já vinham sendo utilizadas por órgãos de controle<sup>48</sup>, a nova lei previu que as contratações públicas estejam submetidas a 3 linhas de defesa (art. 169, caput), assim organizadas:



Vejam que a **1ª linha** refere-se às “defesas” ou controles adotados pelos **agentes que estão mais próximos da contratação**. Ou seja, nesta 1ª linha inserem-se os controles adotados pelos agentes da contratação, servidores e empregados públicos do órgão contratante, bem como pelas autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão contratante.

Percebam que estes agentes da 1ª linha são aqueles que estão “com as mãos na massa” conduzindo a contratação. Portanto, eles devem se preocupar não apenas em concluir a

<sup>47</sup> IIA. Institute of Internal Auditors. Modelo das Três Linhas do IIA 2020: uma atualização das Três Linhas de Defesa.

<sup>48</sup> A exemplo do “Referencial de Combate a fraude e corrupção” do Tribunal de Contas da União (TCU)

contratação, mas também em se certificar de que a legislação está sendo seguida e os riscos sendo gerenciados.

Já a **2ª linha** contempla a atuação das **consultorias jurídicas** (que examinam as minutas de editais e contratos), bem como o controle exercido pelo **órgão de controle interno do próprio órgão** que está realizando a contratação. Esta diz respeito, portanto, a controles menos próximos à contratação do que aqueles da 1ª linha.

Por fim, a **3ª linha** abrange o controle exercido pelos **tribunais de contas** (que são órgãos de controle externo) e pelo **órgão central de controle interno**.



Exemplo: suponha que o Ministério da Saúde lance um edital de licitação para aquisição de agulhas e seringas para aplicação de vacinas.

Os controles aplicados pelo pregoeiro, pela equipe de apoio, pelas autoridades e servidores da área administrativa do Ministério da Saúde consistem na **1ª linha de defesa**. Quando a minuta de edital é submetida à avaliação da consultoria jurídica do Ministério ou é examinada pela assessoria de controle interno do próprio Ministério, trata-se da **2ª linha de defesa**.

Agora, se aquela contratação é examinada pela Controladoria-Geral da União (CGU) ou pelo Tribunal de Contas da União (TCU), estaríamos diante da **3ª linha de defesa**.

## Acesso a documentos sigilosos pelos órgãos de controle

Para não deixar dúvidas quanto à competência dos órgãos de controle, interno ou externo, o legislador frisou que eles poderão ter acesso a todos os documentos e informações necessárias para realizarem seus trabalhos, **inclusive àqueles sigilosos**:

Art. 169, § 2º Para a realização de suas atividades, os **órgãos de controle** deverão ter **acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos**, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á **corresponsável pela manutenção do seu sigilo**.

## Irregularidades graves vs. sanáveis

Ao exercerem a fiscalização sobre as contratações públicas, os integrantes de quaisquer das linhas de defesa, poderão se deparar com irregularidades. Neste caso, **eles deverão avaliar a gravidade daquela irregularidade. Assim, buscando distinguir bem as irregularidades de acordo com sua gravidade, a nova lei de licitações prevê que quando os integrantes das linhas de defesa constatarem (art. 169, § 3º):**



Percebam que, tratando-se de **irregularidades que gerem dano à Administração**, além do saneamento e das medidas para prevenir novas ocorrências, os agentes públicos deverão (i) apurar as responsabilidades pela infração e (ii) se for o caso, encaminhar ao Ministério Público.

Portanto, as **simples impropriedades formais**, em tese, não devem levar à apuração de responsabilidades dos agentes que derem causa a elas, mas apenas a medidas de prevenção (como ajustes nos controles e treinamentos aos envolvidos).

## Atuação dos órgãos de controle

Buscando balizar, em todo o país, a atuação dos órgãos de controle, interno e externo, o legislador cuidou de prever (i) critérios para atuação destes órgãos, (ii) limites, (iii) prazos para determinadas decisões dos tribunais de contas e (iv) questões sobre os treinamentos ministrados pelos tribunais de contas, temas adiante estudados.

## Critérios de atuação

---

Buscando estabelecer **critérios para atuação dos órgãos de controle**, interno e externo, a nova lei de licitações prevê que:

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de **oportunidade, materialidade, relevância e risco** e considerarão as **razões** apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os **resultados obtidos** com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei [irregularidades sanáveis x simples].

Além disso, é natural que a apuração das irregularidades identificadas pelos órgãos de controle seja conduzida por meio de um processo, no qual se assegure o contraditório e ampla defesa ao órgão contratante.

Nesse sentido, os esclarecimentos apresentados pelo órgão contratante – em relação à irregularidade apurada – devem ser encaminhadas aos órgãos de controle **até a conclusão da fase de instrução** do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos (art. 170, § 1º).

Agora, caso o órgão permaneça revel e opte por não prestar esclarecimentos, isto **não impede** que o órgão de controle tome as decisões e nem retarda a aplicação dos prazos aplicáveis ao processo (art. 170, § 2º).

Como não poderia deixar de ser, os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 170, § 3º).

Nesse sentido, vale destacar que – assim como previsto na Lei 8.666 – qualquer **licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica** poderá **representar** aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações (art. 170, § 4º).

## O controle do controle

---

Uma das preocupações do legislador foi coibir abusos por parte dos órgãos de controle. Nesse sentido, o artigo 171 previu três diretrizes, aplicáveis à atuação destes órgãos:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

I - viabilização de **oportunidade de manifestação aos gestores** sobre possíveis **propostas** de encaminhamento que terão **impacto significativo nas rotinas de trabalho** dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre **custo e benefício** dessas possíveis **proposições**;

II - adoção de **procedimentos objetivos e imparciais** e elaboração de **relatórios tecnicamente fundamentados**, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a **evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos** levantados;

III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as **finalidades da contratação**, devendo, ainda, ser perquirida a **conformidade do preço global** com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a **dimensão geográfica**.

Para fins de prova, destaco que, por força do princípio da imparcialidade, os órgãos de controle deverão tomar decisões que decorram das **provas contidas no processo** e na **análise objetiva e imparcial** de todos estes elementos, e não baseados em interesses pessoais ou em perseguições daqueles que tomam as decisões.

Além disso, em suas decisões, os órgãos de controle devem considerar os esclarecimentos prestados pelo órgão contratante, bem como ponderar o **custo-benefício de suas propostas** de encaminhamento, sobretudo naquelas com maior **impacto nas rotinas de trabalho** do órgão fiscalizado.

## Medidas cautelares sobre licitações

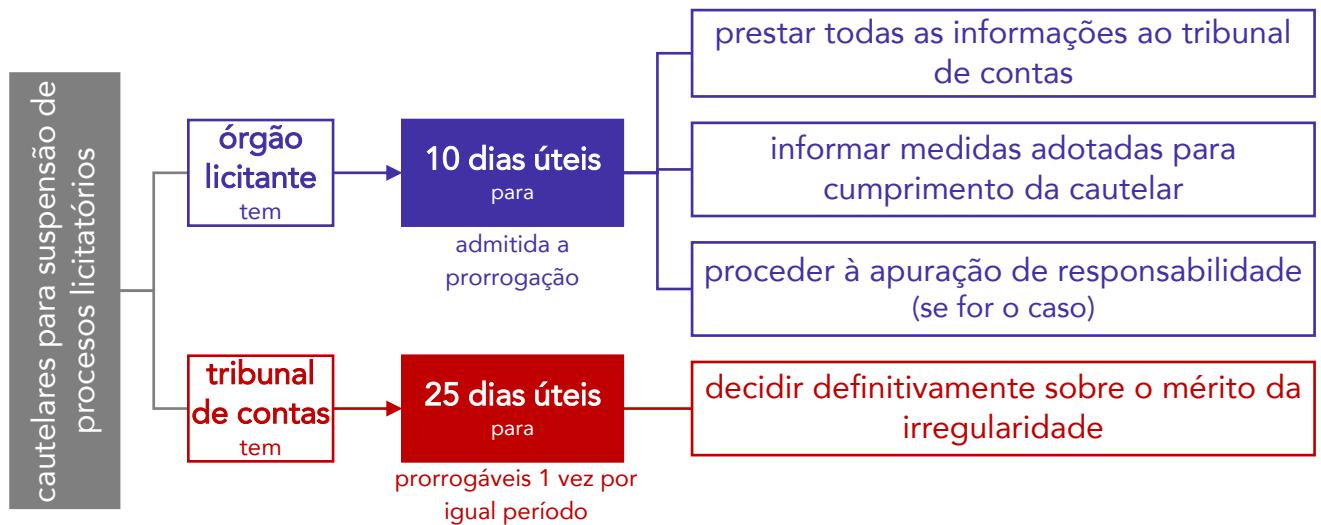
---

Um dos mais poderosos mecanismos de fiscalização das contratações públicas consiste nas **medidas cautelares** expedidas pelos tribunais de contas. Em geral, um tribunal de contas possui o poder de determinar a paralisação de uma licitação ou da execução de um contrato, temporariamente, mesmo antes de se decidir integralmente sobre aquele caso.

Nestes casos, a partir da existência de requisitos como (i) a fumaça do bom direito e (ii) o perigo da demora de sua atuação, o tribunal de contas poderá, em sede de uma cautelar, que a licitação ou a execução contratual seja suspensa, até que ele examine todos os elementos daquele caso e chegue a uma decisão definitiva.

### ➤ Prazos

Especificamente em relação às **medidas cautelares para paralisação de processos licitatórios**, o legislador previu dois importantes prazos a serem observados (art. 171, §§1º e 2º):



Percebam que o órgão licitante tem **10 dias úteis** para atender às requisições do tribunal de contas, enquanto este terá o prazo de **25 dias úteis** para examinar todas as informações prestadas pelo órgão licitante e, ao final, decidir definitivamente sobre aquela questão.

Notem, ainda, que enquanto o legislador limitou que o prazo aplicável ao tribunal de contas seja prorrogado uma única vez, para o órgão licitante a lei simplesmente assevera que é admitida sua prorrogação, sem restringir, expressamente, que isto ocorra mais de uma vez.

Caso seja descumprido o prazo imposto ao órgão licitante (em regra, 10 dias úteis), haverá a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário (art. 171, §4º).

## ➤ Demais aspectos das medidas cautelares

Naquelas situações em que o tribunal de contas determinar a paralisação de uma licitação, a medida cautelar deverá definir, também (art. 171, § 1º): a) as causas da suspensão; e b) o modo pelo qual será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

Por outro lado, ao julgar o caso em caráter definitivo, a decisão de mérito (que em regra ocorrerá dentro de 25 dias úteis) deverá definir as medidas necessárias e adequadas, **em face das**

alternativas possíveis, para o **saneamento do processo licitatório**, ou determinar a sua **anulação** (art. 171, § 3º).

Em outras palavras, de modo similar ao que comentamos em relação ao art. 147 da nova lei, nem sempre uma irregularidade levará à anulação da licitação. Pode ser que, dentre as alternativas existentes para aquele caso concreto, o tribunal de contas considere mais consentâneo ao interesse público a manutenção da licitação com a correção da irregularidade.

## **Capacitação provida pelos tribunais de contas**

---

Por fim, o legislador ressaltou a importância de os tribunais de contas realizarem eventos de capacitação sobre a nova lei, utilizando-se de seus órgãos de treinamento, chamados de “escolas de contas”:

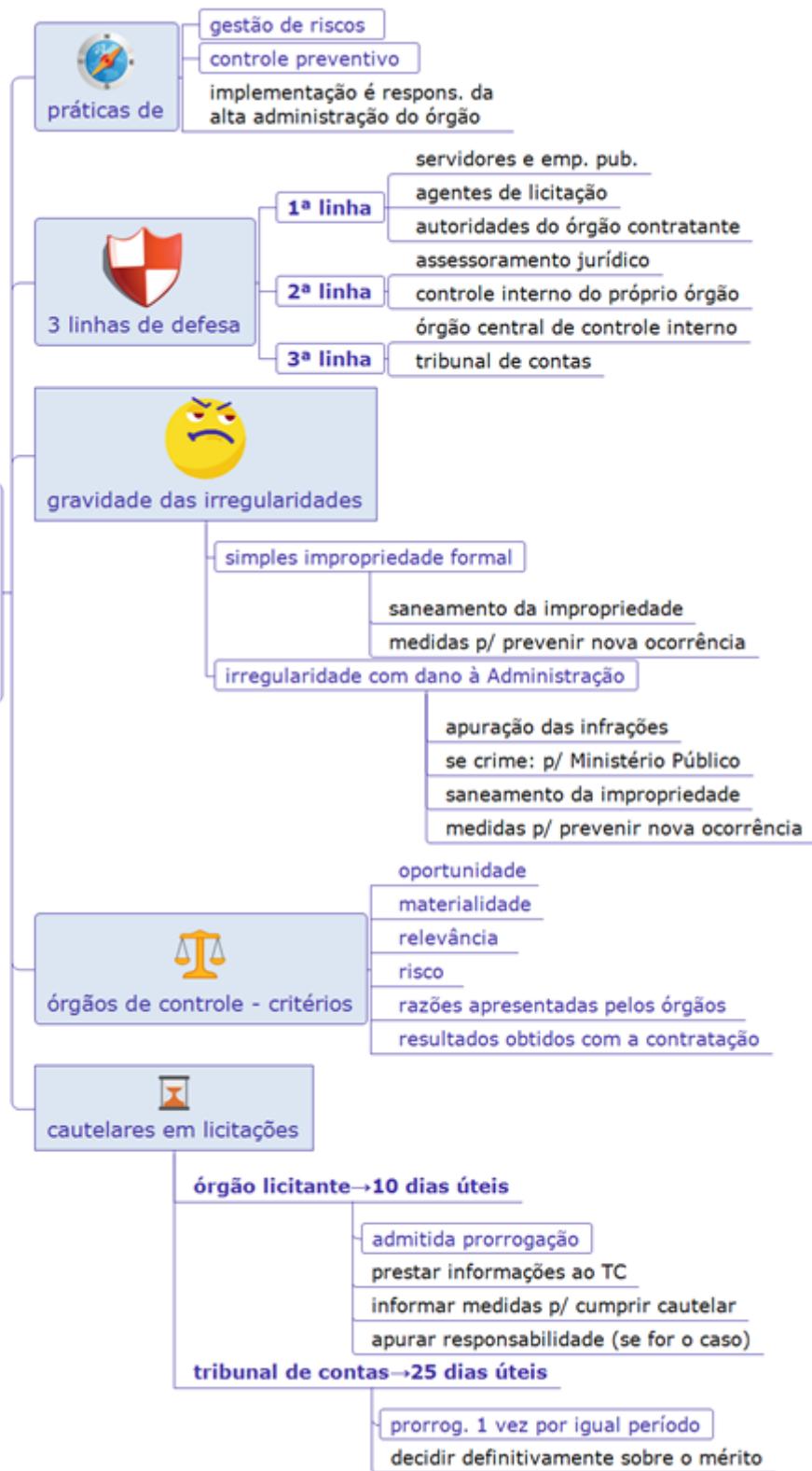
Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas **escolas de contas**, promover **eventos de capacitação** para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.



Buscando sintetizar os principais aspectos comentados neste tópico, chegamos ao seguinte diagrama:



## Fiscalização das Contratações



## CONVÊNIOS

Com a mudança promovida pela Lei 14.770, de dezembro de 2023, passou a ser importante detalharmos alguns pontos principais dos convênios.

Já sabemos que, apesar do “convênio” não ser exatamente um “contrato”, as regras da NLL poderão ser aplicadas aos convênios no que couber.

Nesse sentido, quando for ser reestabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do convênio (em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do convênio tal como pactuado), se o **valor global inicialmente pactuado demonstrar-se insuficiente** para a execução do objeto, poderão ser: (art. 184, § 2º)

**§ 2º, I - utilizados **saldos de recursos** ou rendimentos de aplicação financeira;**

**II - aportados novos recursos** pelo concedente;

**III - reduzidas as metas** e as etapas, desde que isso não comprometa a fruição ou a funcionalidade do objeto pactuado.

Além disso, **são permitidos ajustes** nos instrumentos celebrados com recursos de transferências voluntárias, para promover alterações em seu objeto, desde que: (art. 184, § 3º)

**I - isso não importe transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro;**

**II - seja apresentada justificativa objetiva** pelo convenente; e

**III - quando se tratar de obra, seja mantido o que foi pactuado quanto a suas características.**

Além disso, nos convênios (e instrumentos do gênero) envolvendo a **União**, cujo valor total é de até R\$ 1,5 milhão, deve-se aplicar o **regime simplificado** de análise e prestação de contas:

**“Art. 184-A. À celebração, à execução, ao acompanhamento e à prestação de contas dos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres em que for parte a União, com valor global de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), aplicar-se-á o seguinte regime simplificado:**

Este regime simplificado possui as seguintes características:

Art. 184-A, I - o **plano de trabalho** aprovado conterá **parâmetros objetivos para caracterizar o cumprimento do objeto**;

II - a **minuta dos instrumentos deverá ser simplificada**;

IV - a **verificação da execução do objeto** ocorrerá mediante **visita de constatação da compatibilidade com o plano de trabalho**.

Além disso:

Art. 184-A, § 1º O acompanhamento pela concedente ou mandatária será realizado pela **verificação dos boletins de medição e fotos georreferenciadas** registradas pela empresa executora e pelo convenente do Transferegov e por **vistorias in loco**, realizadas considerando o marco de execução de 100% (cem por cento) do cronograma físico, podendo ocorrer outras vistorias, quando necessárias.

Ponto importante é que este regime simplificado aplica-se aos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres celebrados após a publicação da Lei 14.770, de 22/12/2023.

# CONCLUSÃO

Bem, pessoal,

A aula de hoje também está recheada de detalhes. Espero termos 'decifrado' o linguajar e os principais mecanismos da Lei 14.133/2021, no que diz respeito aos contratos administrativos.

Atenção especial às formalidades do contrato administrativo, às cláusulas exorbitantes, à duração do contrato e aos encargos decorrentes da execução contratual.

Adiante teremos, como de costume, nosso **resumo** e as **questões comentadas** relacionadas ao tema da aula de hoje =)

Um abraço e bons estudos,

**Prof. Antonio Daud**



@professordaud

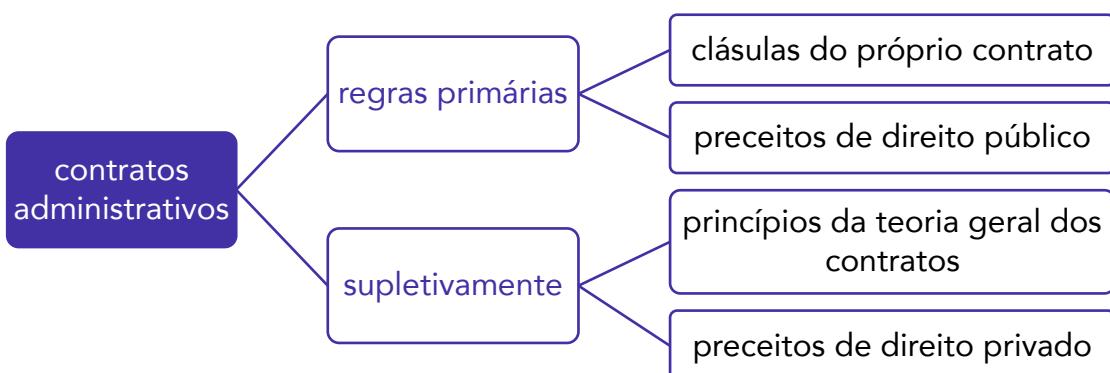


[www.facebook.com/professordaud](http://www.facebook.com/professordaud)

# RESUMO

## Aspectos iniciais

Contratos privados da Administração Pública	Contratos Administrativos
Presença da Administração como uma das partes	Presença da Administração como uma das partes
Finalidade de interesse público	Finalidade de interesse público
<i>Regidos predominantemente pelo direito privado</i>	<i>Regidos predominantemente pelo direito público</i>
<i>horizontalidade</i>	<i>Verticalidade</i>



## Contrato

interesses antagônicos

há contraprestação

"partes"

regras da Lei 14.133 aplicáveis diretamente

## Convênio

interesses comuns

não há contraprestação (há contrapartida)

"participantes"

regras da Lei 14.133 aplicáveis no que couber e na ausência de norma específica

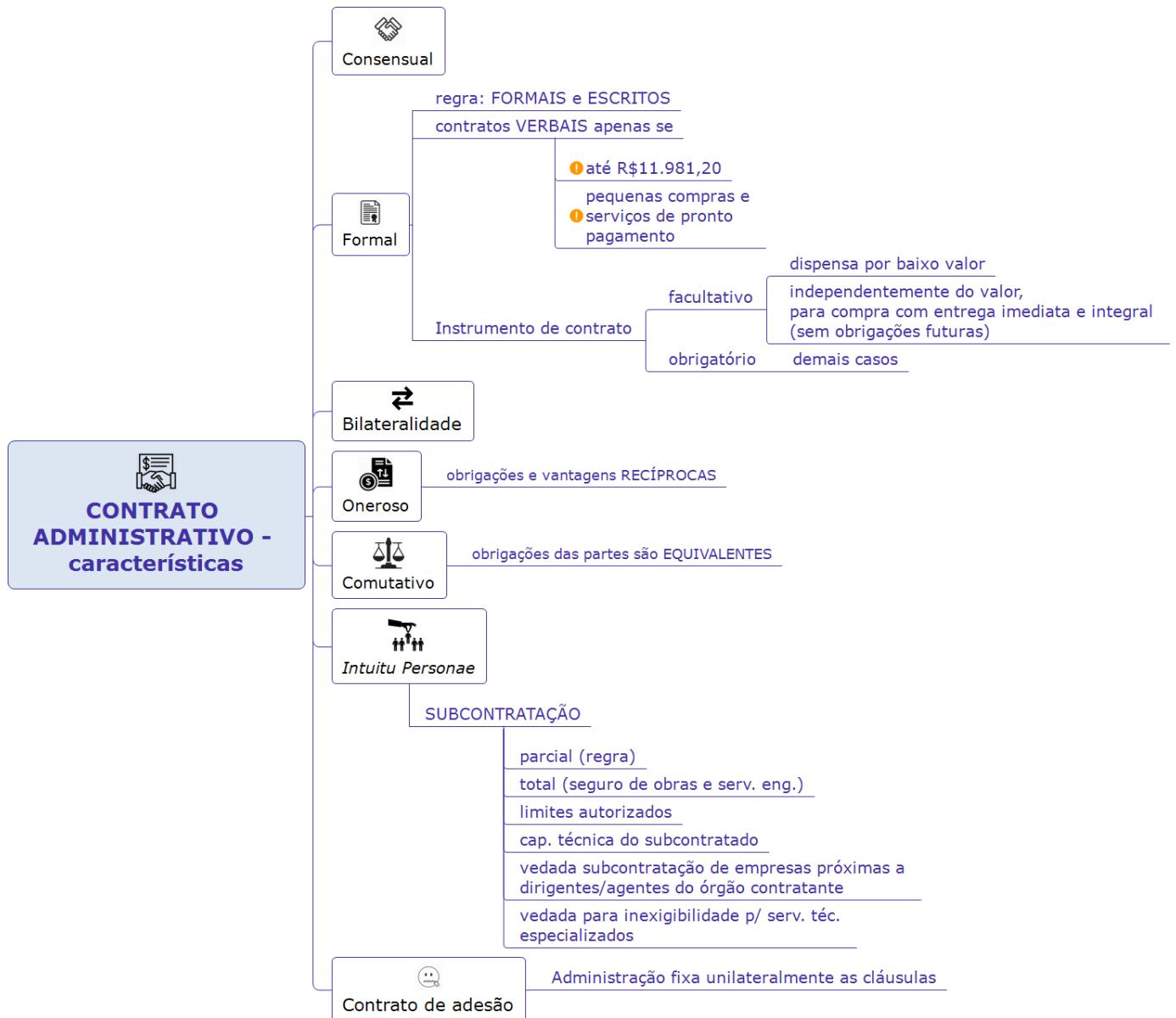
contrato foi assinado antes da publicação da Lei 14.133

continuará a ser regido de acordo com as regras da legislação revogada

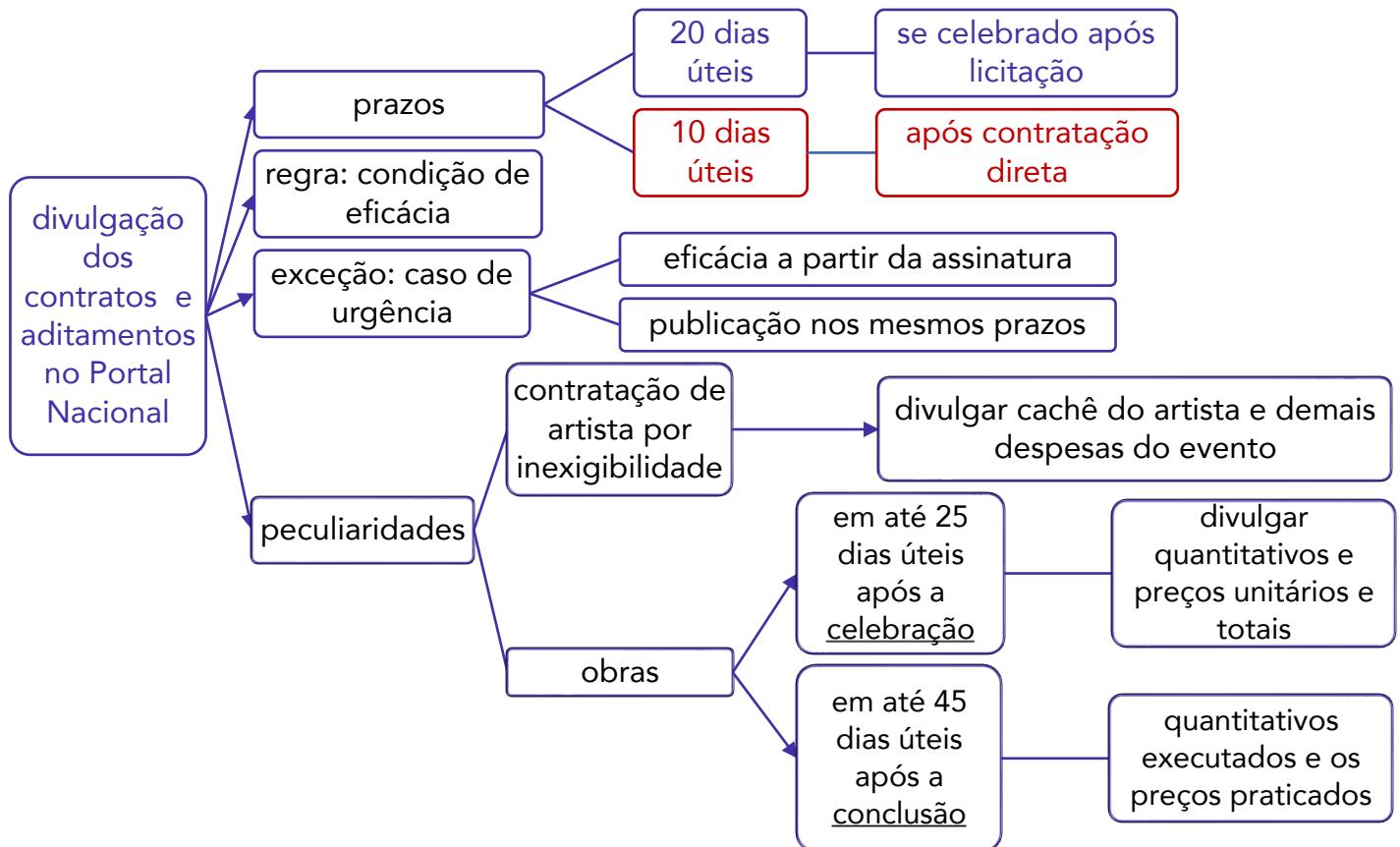
contrato celebrado após a Lei 14.133, em que a Administração optou por seguir a "lei antiga"

continuará sendo regido pela "lei antiga" durante toda sua vigência

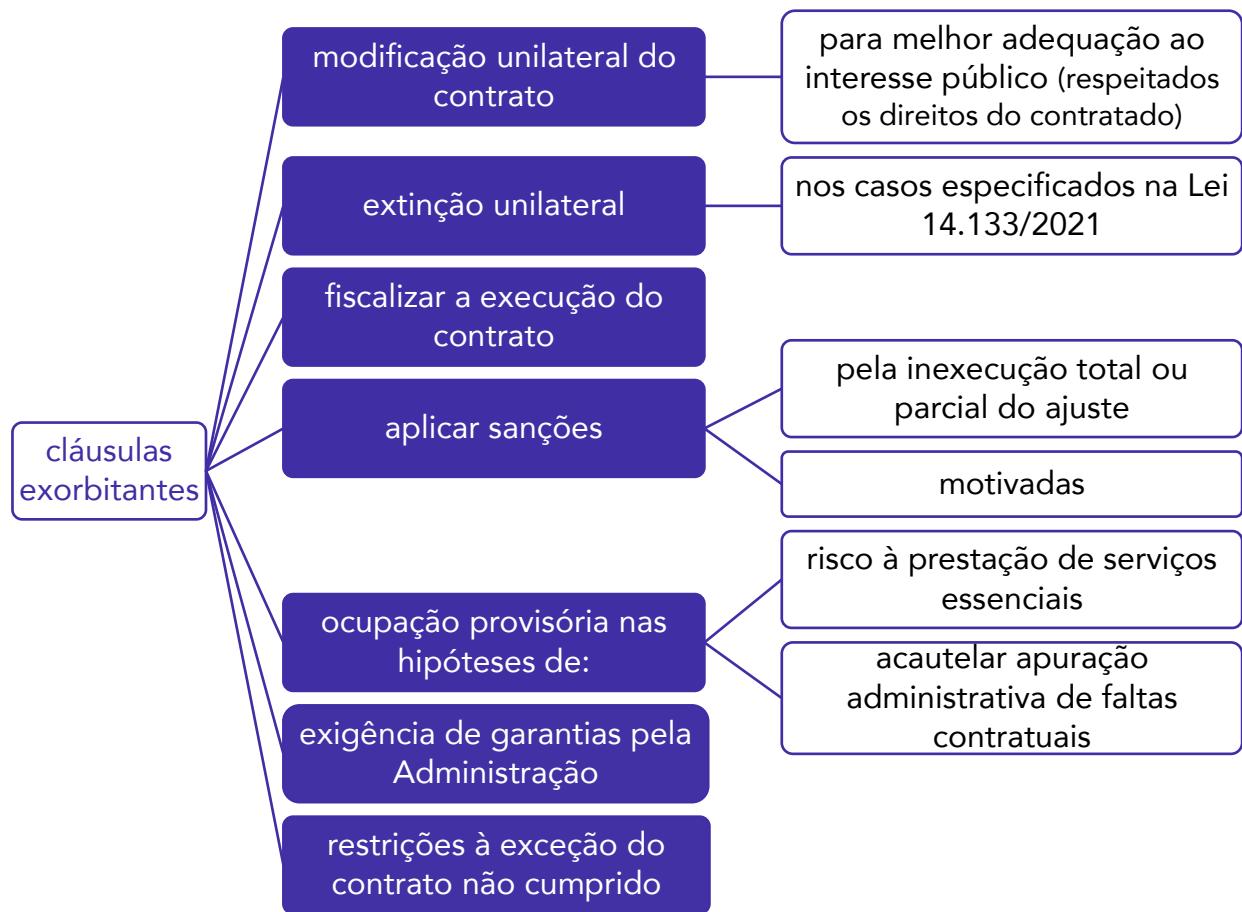
## Características dos contratos administrativos



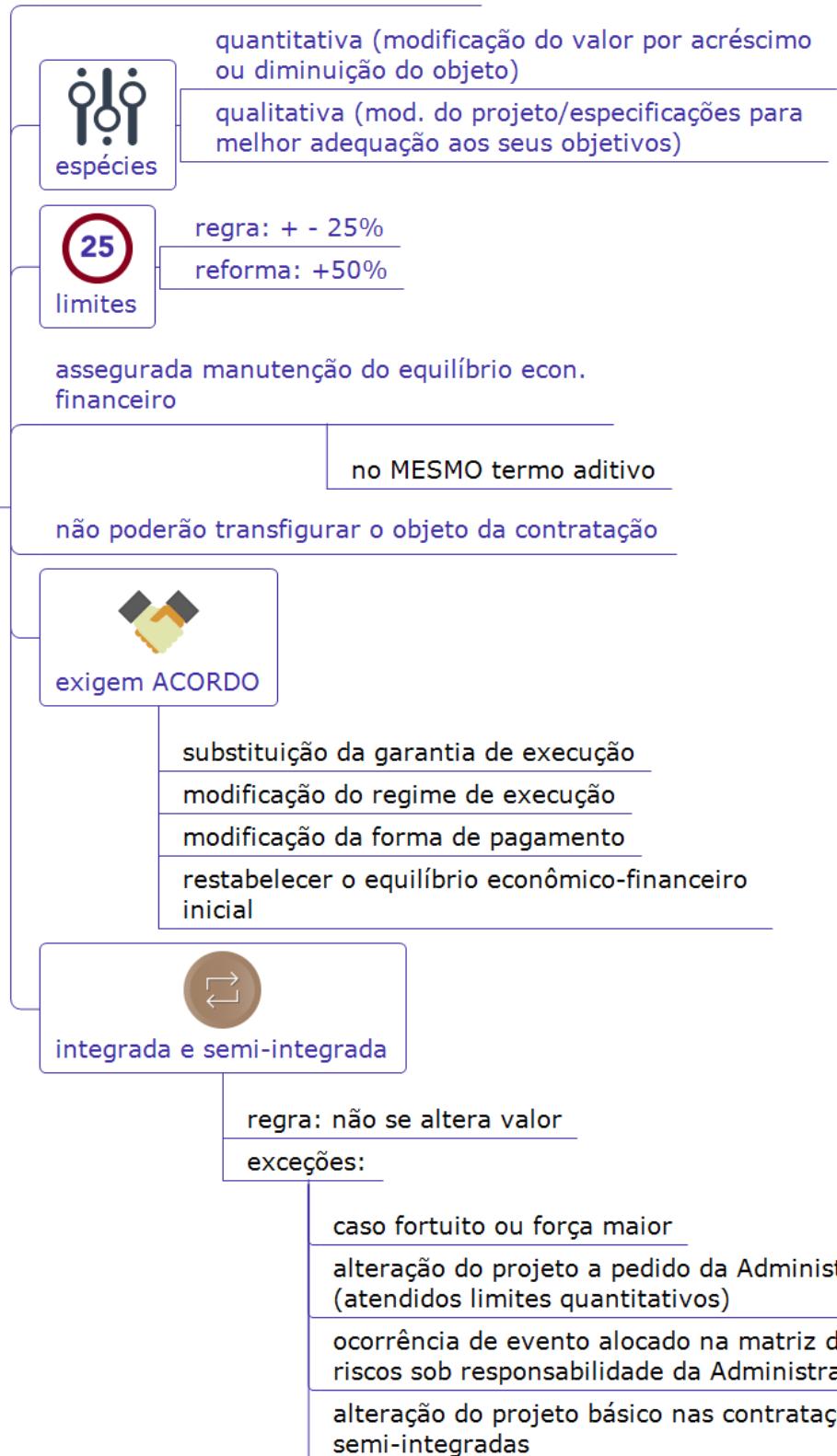
## Divulgação dos contratos administrativos

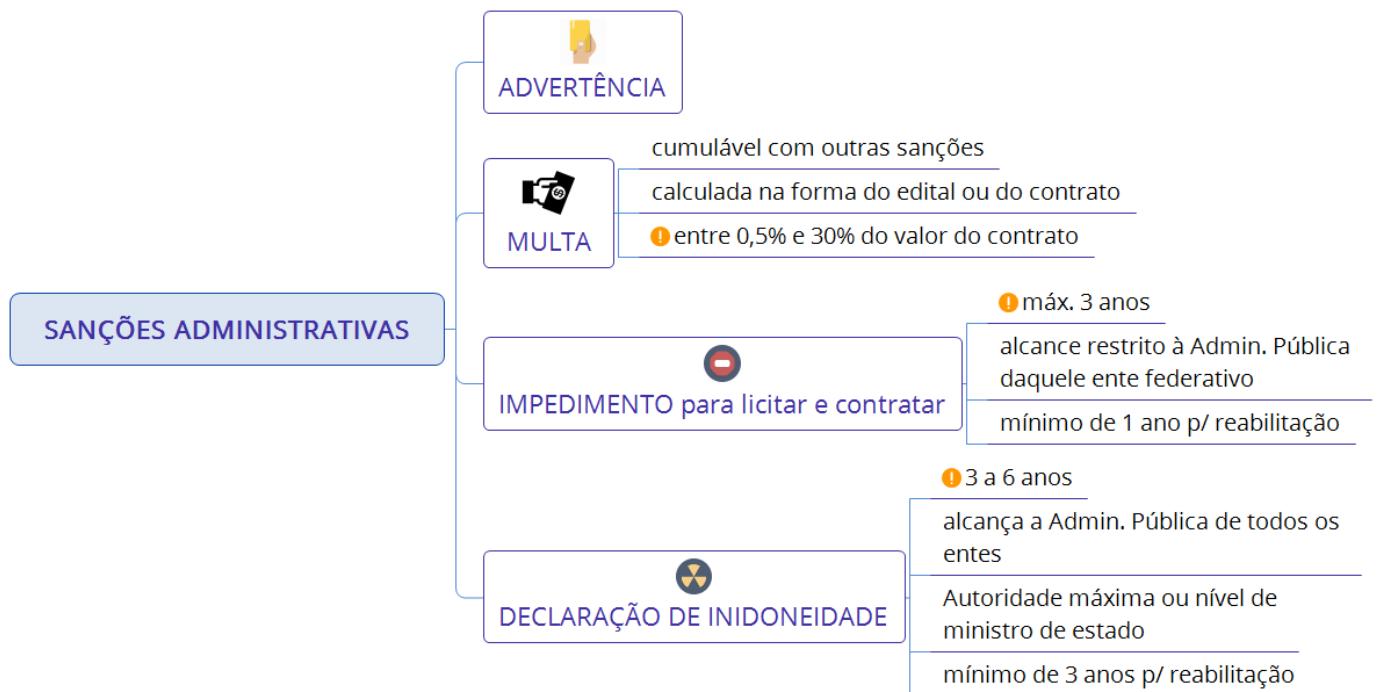


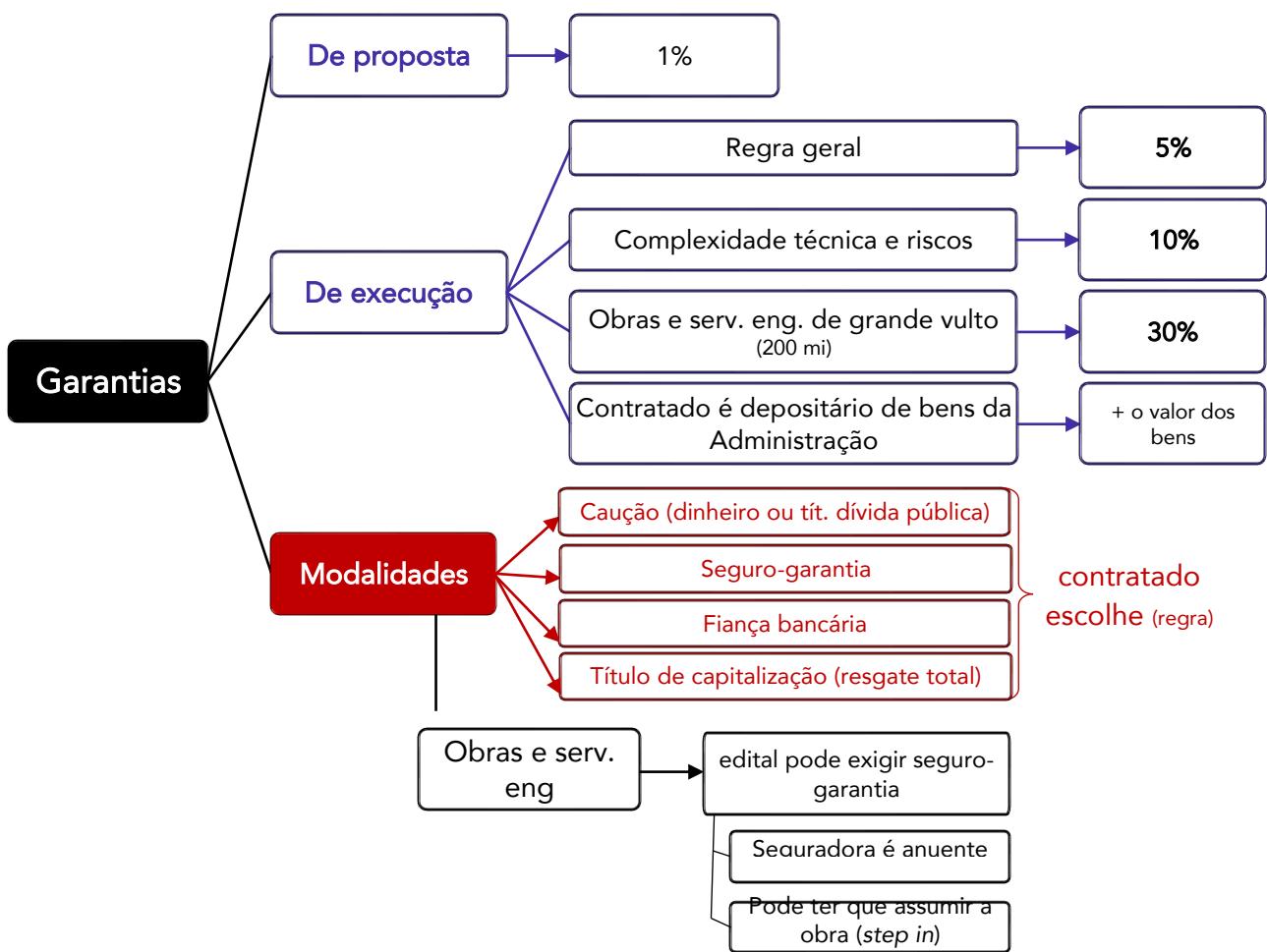
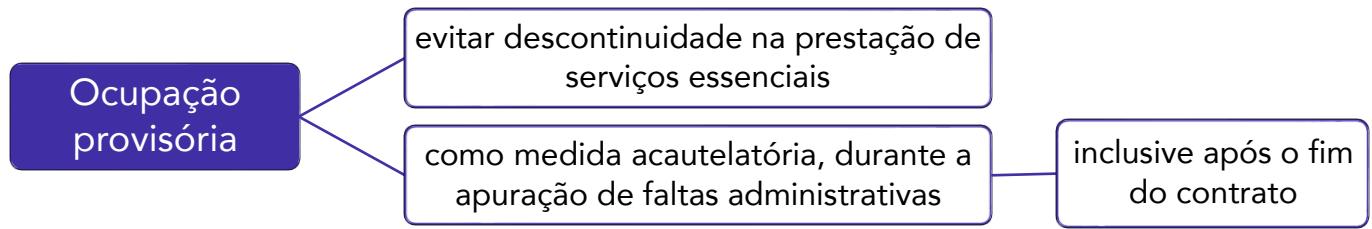
## Cláusulas exorbitantes

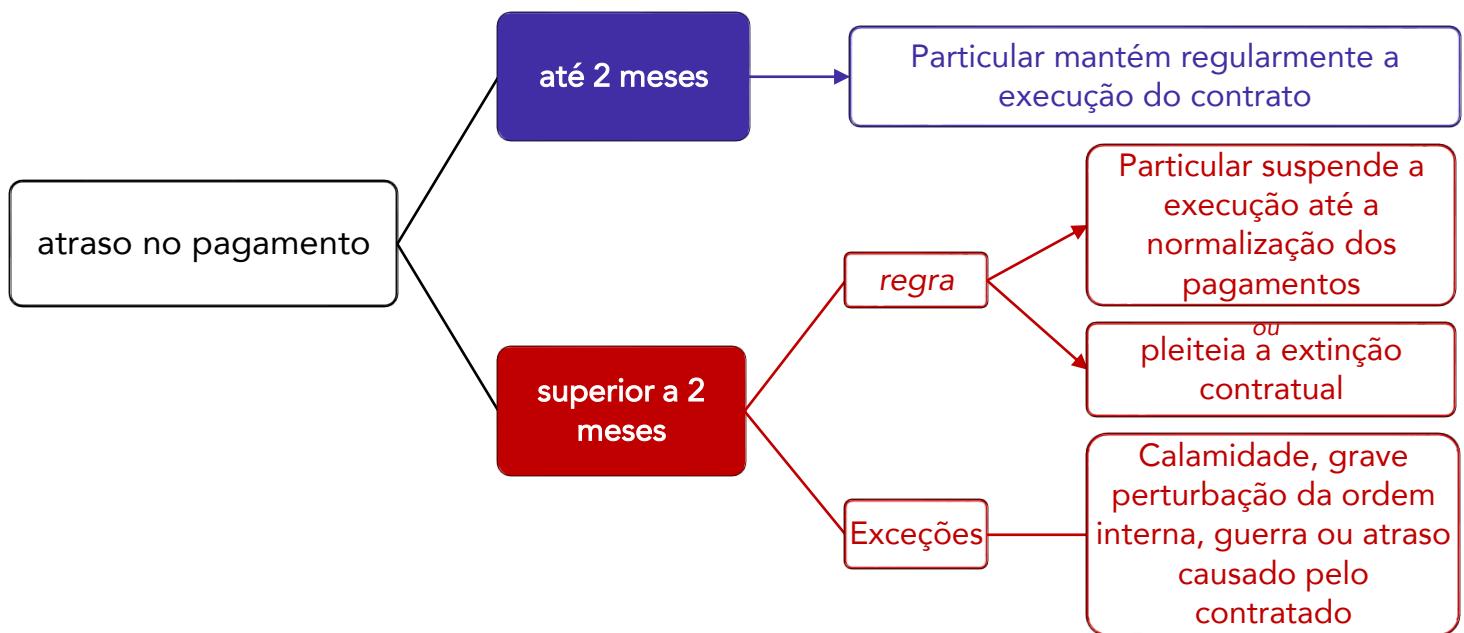


apenas cláusulas regulamentares

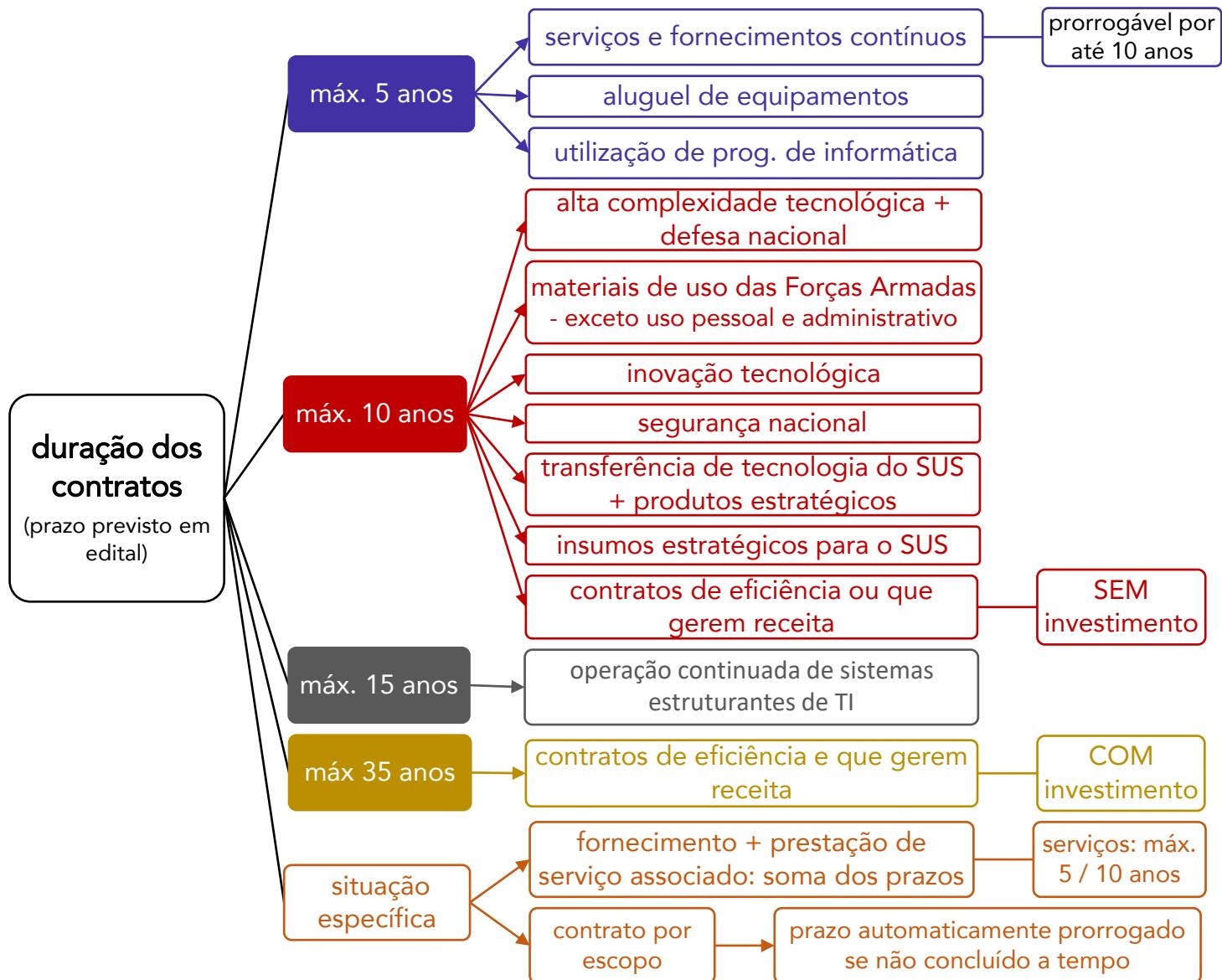




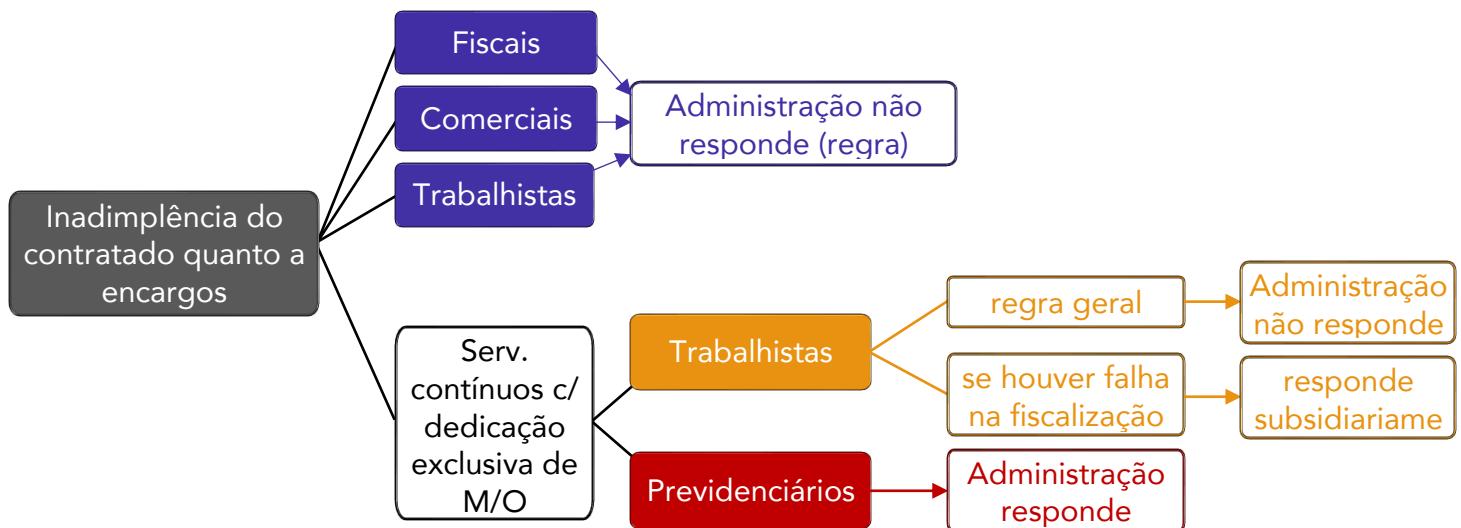




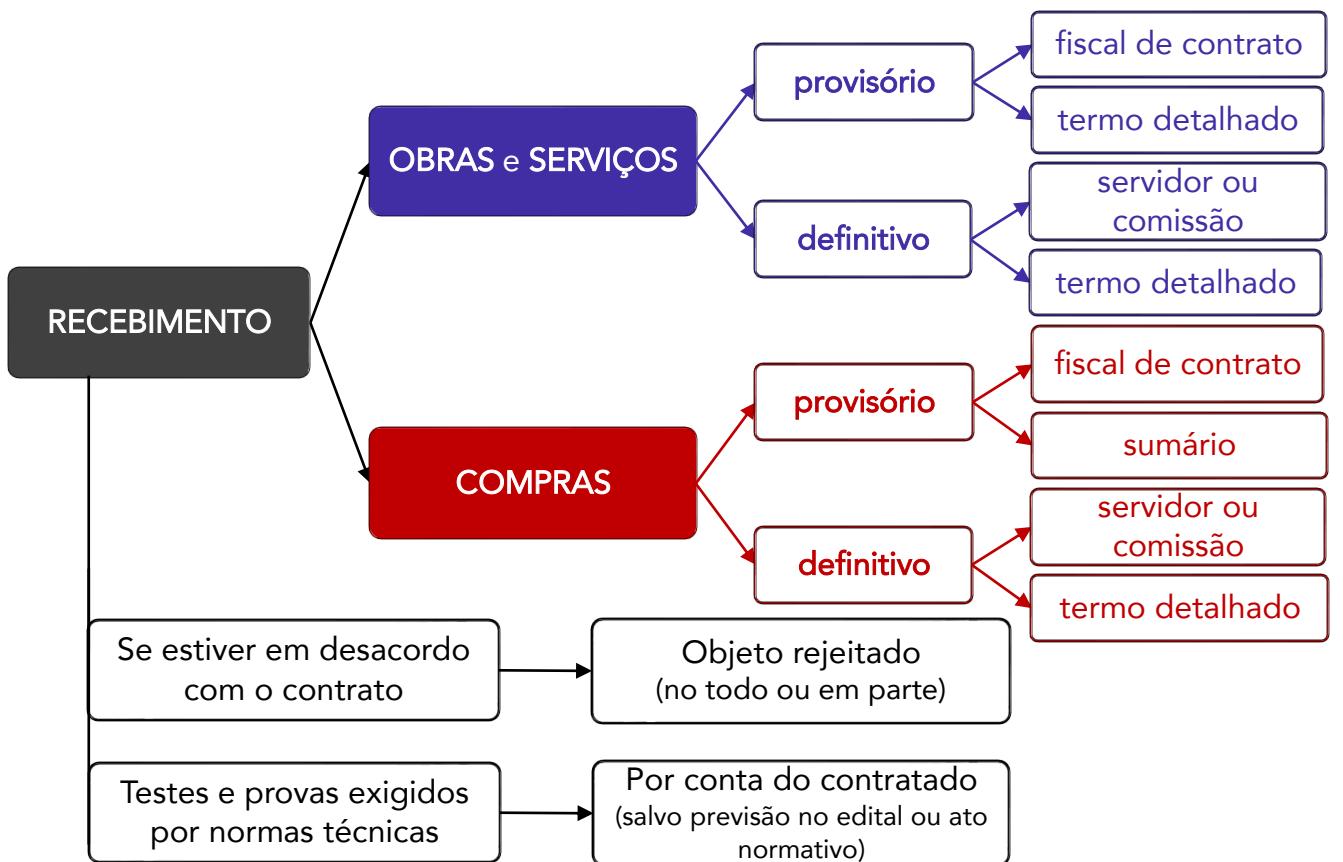
## Duração dos contratos

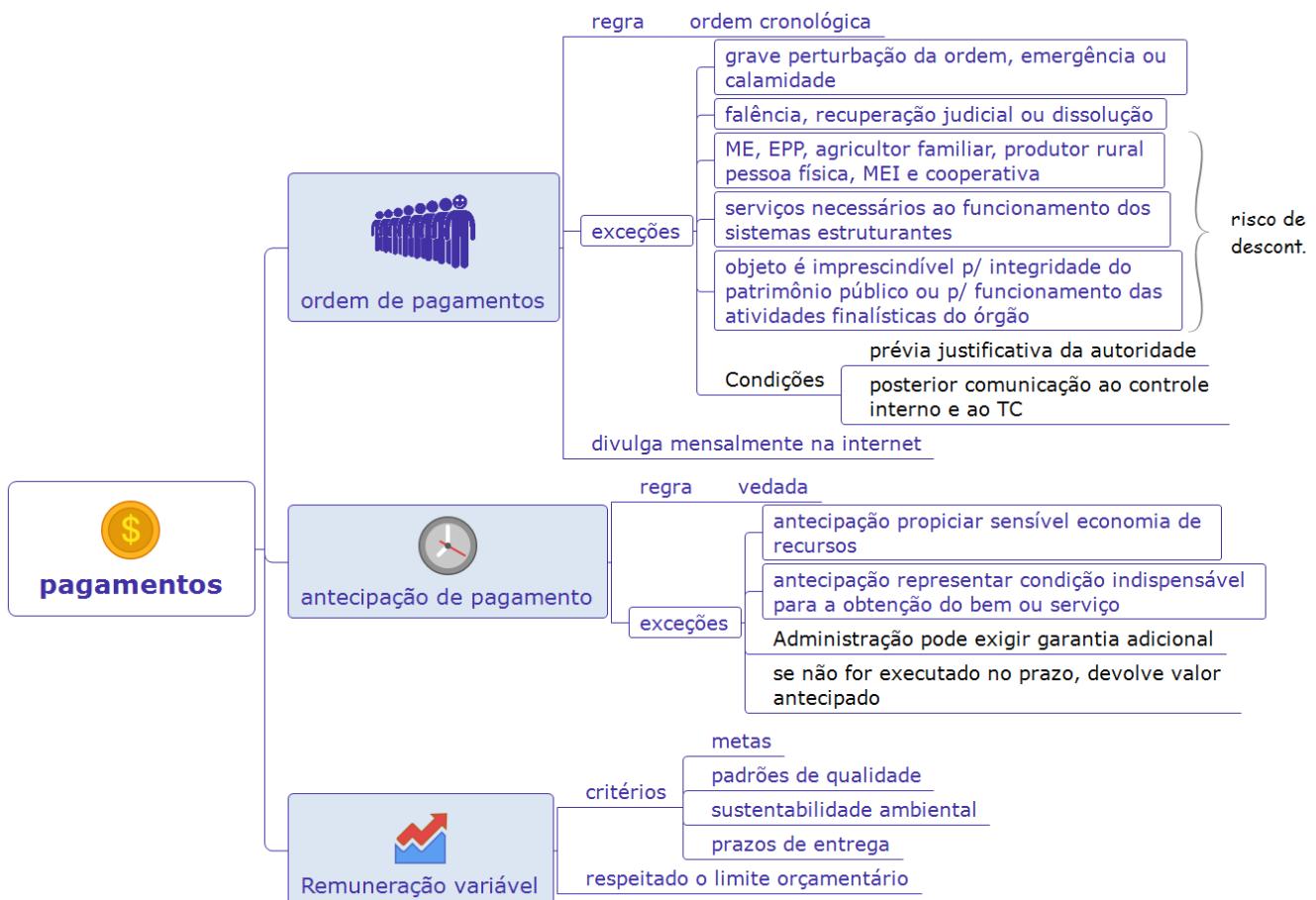


## Encargos contratuais

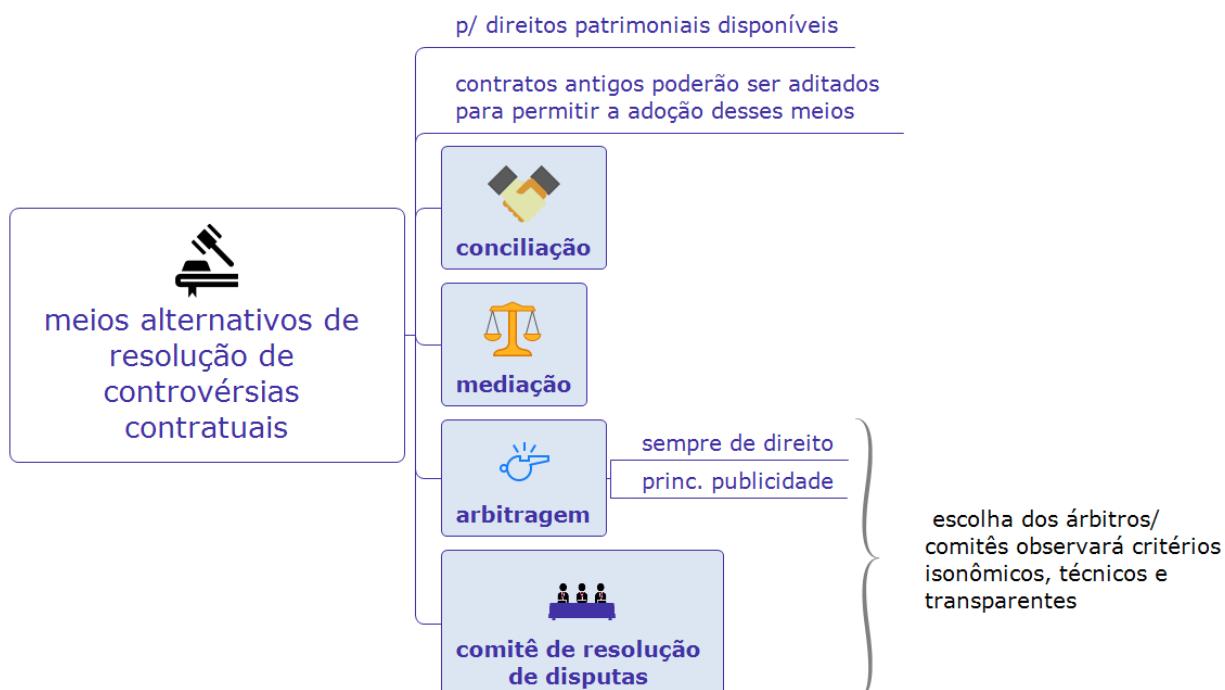


## Recebimento e Pagamento

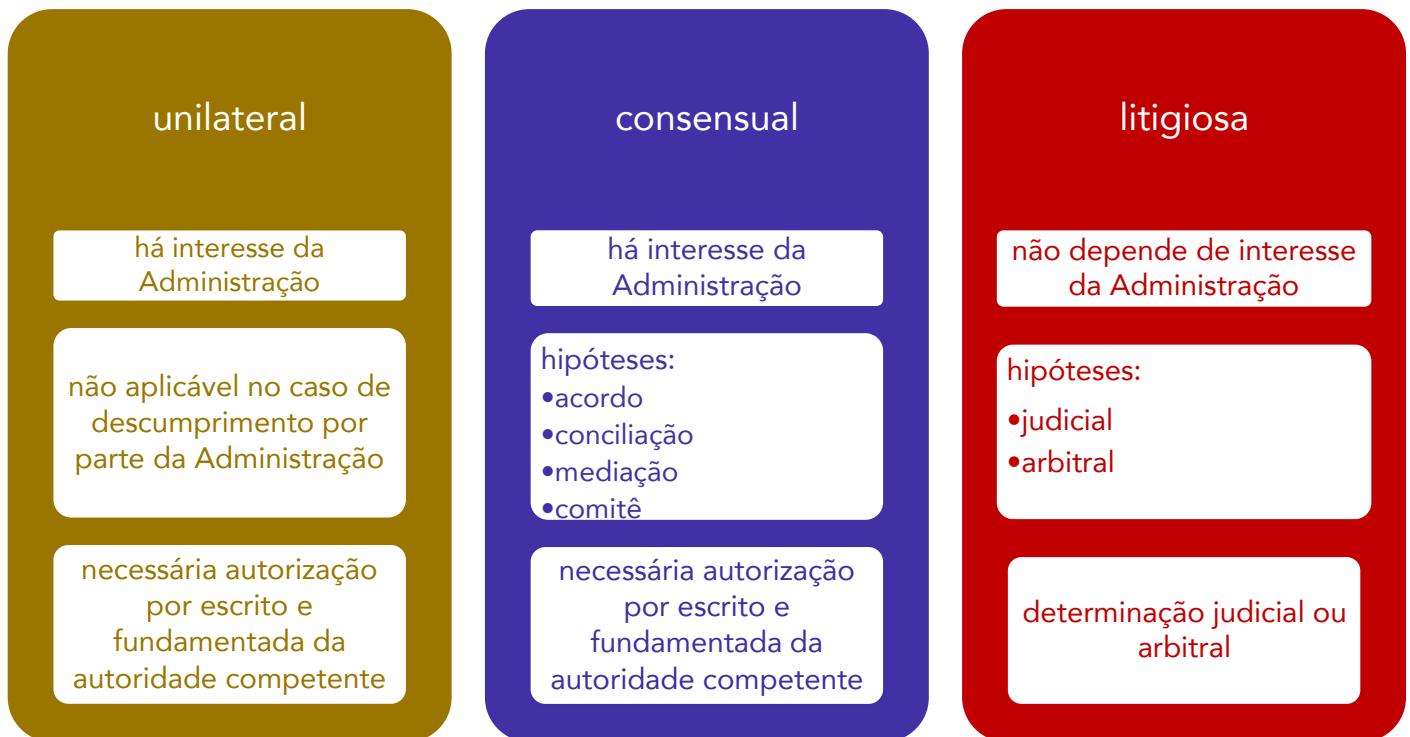




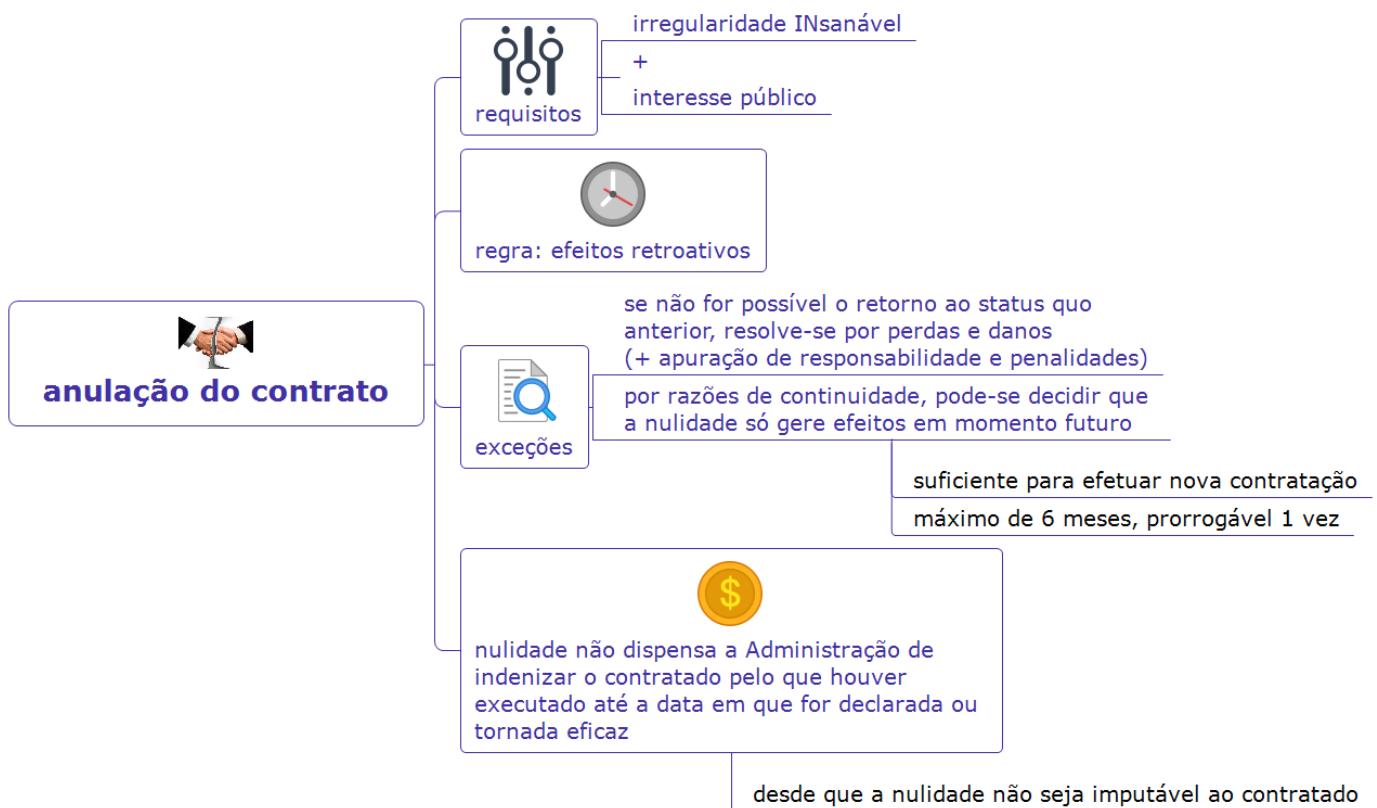
## Resolução de conflitos contratuais



## Extinção do contrato



## Nulidade do contrato



## Controle das Contratações

