

16. Duração, Execução e Extinção dos Contratos Administrativos

BRUNO MIRAGEM

Introdução

A eficácia dos contratos administrativos, desde sua formalização, submete-se aos requisitos definidos na lei. Diferentemente do regime jurídico de direito privado, em que o exercício da autonomia privada dos contratantes domina não apenas a decisão de celebrar o contrato (liberdade de contratar), como também o seu conteúdo (liberdade contratual), segundo os limites da lei, na relação jurídica administrativa a lei é cogente, não apenas delimitando, mas conformando o próprio negócio jurídico contratual. Para tanto, fixa requisitos ou conteúdo que obrigatoriamente deve estar disposto no instrumento contratual, sob pena de invalidade.

A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, ao ocupar-se do contrato administrativo, segue esta orientação, definindo limites e partes do conteúdo do contrato, em caráter cogente, regras a serem consideradas na fase de formação e no tocante a seus efeitos, assim compreendida tanto a execução e eventuais vicissitudes que daí decorram, quanto sua extinção.

Examina-se aqui, concentrando-se na eficácia do contrato administrativo, a disciplina legal relativa aos seus prazos de duração, execução contratual e causas e forma de extinção.

1. Os prazos do contrato administrativo na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021

O prazo de duração dos contratos administrativos tem seus limites definidos na lei. Não se confunde com o prazo da licitação – que é aquele no qual se autoriza a conclusão do certame e a eventual contratação do vencedor. Prazo de duração do contrato diz respeito ao tempo em que produzirá efeitos, a partir da sua formação regular, com a celebração válida.

1.1. Os diversos prazos de duração dos contratos previstos na lei

O art. 105 da Lei 14.133/2021 dispõe: “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.” A norma, neste particular, privilegia critério consagrado na disciplina jurídica das finanças públicas, da necessária corresponsabilidade entre despesa e receita, observando, igualmente, o disposto no art. 167 da Constituição da República, na sua redação original e aquela definida pela Emenda Constitucional 109/2021. A contratação só se celebra com a disponibilidade de créditos orçamentários que suportem as despesas públicas a que dão causa. Infração a esta regra implica responsabilização do agente público que a promoveu. Da mesma forma, para os contratos cujo prazo ultrapasse o exercício financeiro em que são celebrados – caso comum dos contratos de prestação de serviços e outros cujo tempo de execução supere um ano civil – é exigida também a previsão no Plano Plurianual. Distinga-se, porém, as condições desta exigência. Pode ocorrer que o contrato seja celebrado para ser executado dentro do exercício financeiro, mas que se verifique, depois, a necessidade de prorrogação. Não será o caso de condicionar a prorrogação à previsão no Plano Plurianual, mas apenas a existência de correspondente dotação orçamentária. Apenas se, já originalmente se define o prazo da execução superior ao do exercício financeiro correspondente, a previsão será exigida. Observa a mesma orientação, aliás, do disposto no art. 167, §1º, da Constituição da República, que prevê: “Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.

Porém, não é a lei quem define o prazo de duração do contrato, mas o edital da licitação que, na fase pré-contratual, identifica a necessidade pública a ser atendida. Aqui incide o princípio da vinculação ao instrumento convocatório para além da fase licitatória, projetando-se na contratação, inclusive para confirmar a objetividade da avaliação da necessidade pública e seu atendimento.

Na lei são previstos prazos máximos para a duração dos contratos, dentro dos quais cumpre a Administração Pública definir o necessário à execução do seu objeto. A definição dependerá das características da prestação ajustada, circunstâncias que possam envolver o momento da execução e a própria necessidade pública a ser atendida, frente aos custos envolvidos e os recursos disponíveis. Tem destaque o dever de planejamento imposto à Administração Pública e seus agentes, de modo a dimensionar do modo mais preciso possível o tempo necessário à execução. Isso não significa, por óbvio, tornar-se infenso a circunstâncias imprevisíveis ou ainda, mesmo que previsíveis, sobre as quais não há como se exercer o controle (e.g. a repercussão das condições climáticas adversas sobre o ritmo de obras públicas). Tais circunstâncias se estimam e avaliam conforme as informações disponíveis, e segundo critério de razoabilidade.

1.2. Contratos de serviços e fornecimentos contínuos

Os prazos máximos para duração dos contratos administrativos estão previstos, em longo detalhamento, nos arts. 106 a 114 da Lei 14.133/2021. Houve, aqui, claro esforço do legislador no sentido de sistematizar os prazos relativos aos diversos contratos celebrados pela Administração, matéria dispersa no regime anterior. O art. 106 dispõe sobre o prazo máximo para os contratos de serviços e fornecimentos contínuos, de 5 (cinco anos). Tais contratos são definidos pela própria lei como os "serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas". A projeção no tempo, destes contratos, decorre do caráter permanente ou prolongado da necessidade pública; assim, por exemplo, as atividades de limpeza, conservação e segurança, que a Administração Pública não tem como deixar de contar. Também inclui os contratos de fornecimento que se projetam no tempo em relação à continuidade da prestação, neste caso envolvendo a aquisição e entrega de bens para uso no atendimento à necessidade pública. Conta, na sua

gênese, com contrato que torna disponível bens para aquisição, mediante compra e venda, visando atender necessidade permanente ou periódica. Os contratos de fornecimento envolvem a entrega do bem, mas não apenas, sendo relevante o modo, o tempo e eventuais prestações do vendedor para viabilizar sua própria utilização de modo a atender o interesse do comprador (e.g. o fornecimento de oxigênio em hospitais, em que a periodicidade e adequação do produto ao uso a que se destina integram a noção mais ampla de fornecimento, que não se restringe a simples entrega/tradição). Note-se que esta periodicidade que assinala a duração no tempo não exige que seja executada a prestação sem interrupções. A frequência da entrega dos bens e execução da prestação é ditada pela exigência de atendimento da necessidade pública. Não necessita que seja prestação sem interrupções (embora eventualmente possa sê-lo). O que se exige é a disponibilidade dos bens, logo quando haja demanda da Administração, nas respectivas quantidades abrangidas pelo objeto do contrato.

Para estes contratos de serviços e fornecimento contínuos, a duração de até 5 (cinco) anos observa algumas condições definidas na lei. Primeiro, a demonstração, pelo órgão ou entidade contratante, da vantagem econômica em razão da contratação pelo período (art. 106, I). Da mesma forma, a exigência de que tanto no início da contratação, quanto em cada exercício sobre o qual ela se projete, seja atestada a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação, e a vantagem de manutenção do contrato (art. 106, II). A exigência legal indicando que "a Administração deverá atestar" supõe a formalização de ato no respectivo processo da contratação. Por outro lado, a ausência de crédito orçamentário para continuidade do contrato, ou ainda quando se verifique que não é mais vantajoso à Administração sua manutenção, são causas para que esta possa promover sua extinção (art. 106, III). Contudo, há limite para o exercício do direito de resolução pela Administração, devendo respeitar "a próxima data de aniversário do contrato", não podendo ocorrer em prazo inferior a dois meses, contados da referida data. Ou seja, o direito de resolução não será exercido para logo quando decida a Administração, devendo observar o limite temporal fixado em lei. Neste caso, visa-se proteger o contratante particular e a situação de confiança que deriva da própria existência do contrato e do prazo originalmente ajustado, evitando que seja surpreendido. Note-se que há dois elementos que permitem o exercício do direito de resolução pela Administração: a ausência de

créditos orçamentários que suportem a despesa que decorra do ajuste e a ausência (ou cessação) da vantagem da contratação. O primeiro é critério objetivo e preciso, uma vez que haverá ou não créditos orçamentários vinculados ao contrato. O segundo, contudo, é conceito indeterminado, cujo preenchimento subordina-se à discricionariedade administrativa: o juízo sobre a existência ou prevalência da vantagem na contratação impõe valoração do agente público em relação a critérios objetivos (e.g. o preço ajustado no contrato e o praticado no mercado, sujeito a oscilações), mas também a avaliação sobre o conteúdo da prestação e a preservação das suas condições de satisfazer a necessidade pública que visa atender. A prevenção de situações que possam caracterizar ofensa à moralidade e à impessoalidade administrativas na decisão discricionária, neste caso, concentra-se no escrutínio da motivação do ato administrativo que porventura venha a justificar a extinção do contrato sob tal fundamento. A vantagem ou não da Administração na manutenção do contrato é juízo que se deve formar, necessariamente, a partir de dados objetivos da realidade, não meras cogitações abstratas do agente público competente para decidir.

O prazo de cinco anos previsto para contratos de serviços e fornecimento contínuos se aplica também, por expressa previsão do art. 106, §2º, da Lei 14.133/2021, aos contratos de locação de equipamentos e à utilização de programas de informática.

1.3. Possibilidade de prorrogação

A par do limite máximo original de duração dos contratos de serviços e fornecimento contínuos, de 5 (cinco) anos, o art. 107 da Lei 14.133/2021 admite a possibilidade de sua prorrogação, em prazos sucessivos, até o limite máximo de dez anos para a vigência do contrato. Prorrogação do contrato compreende a extensão do seu prazo além daquele que foi definido originalmente, no momento da sua celebração. É prazo associado à produção de efeitos do contrato como um todo, o que não se confunde com eventual prazo que venha a ser fixado para cumprimento de determinadas obrigações previstas no seu objeto.

O disposto no art. 107 da Lei 14.133/2021 representa inovação importante em relação ao regime anterior, e visa, sobretudo assegurar a possibilidade de manutenção do contrato cuja execução satisfatória venha atendendo à necessidade pública que lhe dá causa, especialmente para

evitar custos inerentes a realização de uma nova contratação em prazos ora tomados como estritos. As razões para que a lei passe a autorizar a possibilidade de prorrogação contratual de tal modo a que o mesmo contrato de serviços e fornecimento contínuos possa atingir o prazo máximo de duração de até 10 (dez) anos, justifica-se pela experiência prática no regime anterior. Como é sabido, este limitava a prorrogação dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua ao máximo de 60 meses (art. 57, II, da Lei 8.666/1993). Em termos práticos, a necessidade de organizar-se novo procedimento licitatório dentro deste período, além dos custos inerentes, não raro encontrava obstáculos e dificuldades no próprio âmbito interno da Administração (fase interna da licitação) ou no tempo de exame por órgãos de controle, e mesmo situações em que o mínimo equívoco de estimativa do tempo necessário pelo agente público competente, ainda que escusável, inviabilizava a observância do prazo necessário. Tais circunstâncias elevaram sensivelmente os riscos de contratações emergenciais e procedimentos licitatórios dimensionados de modo incorreto. A ampliação da duração admitida para estes contratos, com as prorrogações até o limite máximo de 10 (dez) anos, tende a mitigar estes riscos.

Quantas serão as prorrogações admitidas, não distingue a lei. O que define é o prazo máximo de duração do contrato, com as respectivas prorrogações. Se seu prazo original é de dois anos, por exemplo, prorrogável por iguais períodos, poderá contar com até quatro prorrogações, o que o situará dentro do limite máximo de 10 (dez) anos.

As condições para que se admita a prorrogação do prazo original da contratação, ou as demais até que se complete o limite máximo definido na lei, estão previstas no art. 107: a) a existência de previsão em edital; b) a permanência de condições e preços vantajosos para a Administração, admitida a negociação com o contratado, ou a extinção do contrato, sem ônus para as partes.

A previsão no edital da licitação que deu origem ao contrato é exigência objetiva, terá existido ou não. Apenas se admite a prorrogação do prazo no caso de previsão expressa no edital. Mais uma vez, o efeito da vinculação ao instrumento convocatório se projeta para a fase contratual. Visa proteger a confiança dos participantes do procedimento que antecede a contratação, permitindo-lhes, inclusive, dimensionar o interesse na contratação. Por outro lado, não se cogita, em qualquer caso, a existência de um direito à

prorrogação. O prazo do contrato de serviços e fornecimentos contínuos é limitado a cinco anos (art. 106), não se celebra, originalmente, por prazo superior, sob pena de infração direta à lei, e consequente nulidade. Pode ser prorrogado, não se limitando o número de prorrogações, até o limite máximo de 10 (dez) anos. Há mera possibilidade, que se subordina à decisão da Administração e consentimento do particular contratado. Não tem, portanto, o particular, direito, pretensão ou ação visando compelir a Administração a prorrogar.

A segunda condição para prorrogar é que “autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos”. Trata-se de ato administrativo reclamado do agente público, que como tal exige todos os requisitos para sua regular formação. Note-se que quem atesta pratica ato jurídico enunciativo, consistente na declaração da existência de determinada situação de fato, que poderá mesmo ser transitória, como no caso: as condições e os preços permanecem vantajosos no momento que o ato é praticado, podendo a situação se modificar em seguida. Logo, o ato de atestar a permanência da vantagem não prescinde da justificação adequada, inclusive, quando for o caso, da comparação entre as condições vigentes e as de mercado. Observe-se, ainda, que a norma admite a negociação com o contratado, visando reestabelecer ou reforçar a situação de vantagem da Administração, o que implicará em alteração das condições do contrato, de comum acordo, para o futuro. Esta negociação e o que dela resulte antecede o ato da autoridade competente que atesta a vantagem; e ela deverá justificar o ato mediante comparação da situação anterior e aquela que vem a fundamentar a prorrogação com a modificação do contrato. Decidida a prorrogação do contrato com a modificação dos seus termos originais, deverá ser formalizada entre as partes.

É bem registrada a preocupação se a possibilidade de negociação não violaria a igualdade entre os competidores a ser preservada na fase pré-contratual, ou que melhor vantagem pudesse ser obtida em um novo certame.¹ Entretanto, não parece ser o caso de vê-la como procedente, afinal, a proposta do contratado era a mais vantajosa no momento que, por isso, foi selecionada, e deu causa à contratação. A negociação orientada para manter a vantagem à Administração, não reduzir ou suprimir.

¹ Assim HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Salvador: Juspodium, 2021, p. 609.

De outro lado, se em novo certame se possa obter condições mais vantajosas, em parte é juízo de prognose sobre a mesma situação fática cuja avaliação define a decisão de prorrogar, com as novas bases que resultam da negociação com o contratado, ou permitir a extinção do contrato pelo esaurimento do prazo, o que deverá constar na própria motivação do ato.

Por fim, mencione-se a previsão final do art. 107 da Lei 14.133/2021, que dispõe sobre a possibilidade extinção contratual “sem ônus para qualquer das partes”. A rigor, a extinção do contrato, não havendo a prorrogação, ocorre de pleno direito, pelo advento do seu termo final. A extinção, no caso previsto pela norma, diz respeito à circunstância em que, desaparecida a vantagem para a Administração, e havendo recusa, ou não sendo exitosa a negociação com o contratado para a reestabelecer, será promovida de modo unilateral pelo órgão ou entidade contratante, sem ônus para qualquer das partes.

1.4. Contratos com prazo original de até 10 (dez) anos – art. 108

A diversidade de objeto dos contratos administrativos e das necessidades públicas a serem satisfeitas por intermédio da sua execução dá causa, tradicionalmente, ao tratamento diferenciado em relação a alguns que, segundo a liberdade de conformação do legislador no *spectrum* que lhe cumpre preencher,² ressalva a licitação nos termos que a Constituição da República lhe autoriza (art. 37, XXI), assim também como os distingue em relação a certos efeitos ou ao prazo de duração. Daí a razão pela qual o art. 108 da Lei 14.131/2021 dispõe sobre certos contratos que, sendo celebrados com dispensa de licitação (art. 75), a par desta distinção, poderão também ser celebrados pelo prazo de até 10 (dez) anos – e não pelo prazo geral aplicável aos demais, mesmo quando envolva serviços ou fornecimento contínuos (art. 106).

São estes contratos: a) os que tenham por objeto o fornecimento de bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional (art. 75, IV, “f”); b) os que tenham por objeto 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

² MÖLLERS, Thomas, *Juristische Methodenlehre*, 2. ed. Munich: Beck, 2019, p. 369.

ato do comandante da força militar (art. 75, IV, "g"); c) as contratações que envolvam atividades previstas na Lei 10.973/2004, de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, observados os princípios gerais de contratação expressos naquela lei (art. 75, V); d) as contratações que possam causar comprometimento da segurança nacional, "nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios" (art. 75, VI); e) as contratações cujo objeto contemple transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da sua direção nacional, inclusive na aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia (art. 75, XII); e f) os contratos para a 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" (art. 75, XIV).

Note-se que, em muitas destas hipóteses que se são de contratação direta, dispensável a licitação, a razão de conveniência que afasta a necessidade de competição também fundamenta a possibilidade de duração alargada dos respectivos contratos, de até 10 (dez) anos. Porém, não se confundem os juízos de conveniência e oportunidade para a decisão de dispensar a licitação e contratar diretamente, e a definição do prazo de duração do contrato. São duas decisões com justificações autônomas. No tocante ao prazo, as razões para fixação delimitam-se em vista das características do objeto e de sua execução, de acordo com a necessidade pública a ser satisfeita. O caráter estratégico ou de conveniência que o legislador dá causa, ao permitir que seu prazo original de duração seja de até 10 (dez) anos é mera possibilidade, cuja concretização se vincula às características do objeto do contrato e da sua execução, em vista do prazo

necessário a esse fim. Assim, por exemplo, pode não ser conveniente um prazo contratual tão longo em questões envolvendo bens ou transferência de tecnologia, quando se percebe a velocidade com que se torna obsoleta, exigindo atualização. A decisão de fixação do prazo, dentro do limite máximo admitido pela lei, supõe motivação adequada da autoridade competente.

A possibilidade de determinação do prazo de duração do contrato em dez anos, nestas situações, não afasta, contudo, a necessidade de que, a cada exercício financeiro, sejam vinculados recursos específicos para seu custeio, sob pena de inviabilizar a execução e dar causa à resolução.

1.5. Contratos em que a Administração seja usuária em regime de monopólio - art. 109

Os contratos em que a Administração seja, ela própria, usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, poderão ser celebrados com prazo de duração indeterminado (art. 109). Para tanto, a lei apenas exige que se comprove, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação. Sobram razões para a regra, considerando que neste caso, a prestação de serviços públicos presume-se atender necessidade pública permanente, e quando oferecido em regime de monopólio, suprime a possibilidade de competição e a seleção de condições mais vantajosas entre diferentes prestadores.

Já a exigência de comprovação da existência de créditos orçamentários vinculados ao contrato a cada exercício financeiro compreende-se em acordo com o dever de planejamento, e da própria boa-fé da Administração em relação ao prestador do serviço, respeitando a reciprocidade que caracteriza o contrato e o direito à remuneração do contratado.

1.6. Contratos que geram receita ou contratos de eficiência - art. 110

Há contratos celebrados pela Administração em que ela é remunerada pelo particular, denominados usualmente 'contratos de receita' (ou que geram receita, como prefere a lei). Assim, por exemplo, as concessões de uso onerosa de bem público ou a locação administrativa. Da mesma forma, os 'contratos de eficiência', cuja definição legal, do art. 6º, LIII, da Lei 14.133/2021, é a de "contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução

de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.”

Em ambos os contratos, o art. 110 da Lei 14.133/2021 define limites máximos para sua duração: no caso de contratos em que não haja investimento dos particulares, o prazo de duração será de até 10 (dez) anos (inciso I); havendo investimento, o prazo poderá ser de até 35 (trinta e cinco) anos. A própria lei, contudo, define investimento, ao estabelecer que serão assim considerados “aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.” Será o caso, por exemplo, da concessão de direito real sobre imóvel pertencente à Administração, no qual o concessionário venha a edificar ou instalar diferentes equipamentos que não se destaquem depois sem fratura ou dano, para sua exploração. As benfeitorias se integram e acrescem o bem, podendo ser percebidas exteriormente ou não, porém sempre supõem a intervenção humana.³ Neste sentido o art. 97 do Código Civil prevê: “Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.” No caso, prevê-se investimentos dos particulares na elaboração de benfeitorias permanentes que, portanto, não deverão ser levantadas do bem ao final do contrato. A possibilidade de prazo mais extenso, de até 35 (trinta e cinco) anos, justifica-se para amortização do investimento realizado pelo contratado, e visa preservar o sinalagma contratual (equilíbrio econômico-financeiro). Não se dispensa o agente público, todavia, de justificar o prazo a ser fixado no contrato dentro do que permite a lei, demonstrando sua vantagem para a Administração.

1.7. Prorrogação de prazo nos contratos de escopo – art. 111

‘Contrato de escopo’ é aquele cujo objeto deve ser executado integralmente mediante entrega ao contratante. Aproxima-se da categoria das obrigações de resultado, em que o interesse do credor, e consequentemente, o adimplemento do devedor, vinculam-se ao atendimento de uma determinada finalidade definida no próprio contrato. Mesmo se houver serviços, apenas serão meios de obtenção do resultado que se quer. No regime de direito privado, é classificação que se aplica à empreitada, onde

³ MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 349.

se contrate a construção de determinada obra, cujo cumprimento suponha sua entrega, de acordo com as definições técnicas estabelecidas, de forma íntegra, completa e apta a desempenhar sua utilidade; ou da compra e venda com entrega do bem, mesmo que se exija que o vendedor tenha que montar e fazer funcionar, no que há tradição da coisa mais um fazer (serviço), indissociáveis para atender um resultado. Nestes contratos, o não atingimento do resultado caracteriza o inadimplemento pela não satisfação do interesse do credor.

No regime dos contratos administrativos, a Lei 14.133/2021 diferencia os contratos de escopo – tratando-os como serviços contratados por escopo – e as contratações de obras por empreitada, que poderão ser por preço unitário (art. 6º, XXVIII) ou global (art. 6º, XIX), ou a empreitada integral, que compreende a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessária para sua operação (art. 6º, XXX). O art. 6º, XVII, de sua vez, define os serviços não contínuos ou contratados por escopo como “aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto.”

O art. 111 da Lei 14.133/2021 prevê a prorrogação do prazo de vigência do contrato que previr a conclusão de escopo predefinido, quando seu objeto não for concluído no período estabelecido originalmente. Note-se que a eficácia da prorrogação é *ex lege*, independentemente de qualquer ato da Administração. A hipótese de prorrogação do prazo por inadimplemento, neste caso, bem faz a distinção entre as hipóteses na qual este tenha ocorrido em razão de culpa do contratado ou não. No caso de ter havido culpa do contratado no inadimplemento, são duas as possibilidades definidas no parágrafo único do art. 111: I) o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas; ou II) a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual. Trata-se do efeito de ‘perpetuação da obrigação’, também reconhecido na mora do devedor, no regime de direito privado.

Trata-se, na hipótese, de facultar-se manter o contrato, ainda que tenha havido o inadimplemento, visando que seu objeto seja integralmente executado, ainda que fora do prazo originalmente previsto. Havendo inadimplemento culposo do contratado, surge para a Administração a possibilidade escolher manter o contrato, constituindo o devedor em

mora, tanto para desde logo fazer eficaz sua responsabilidade patrimonial (e.g. pretensão à indenização pelas perdas e danos e juros moratórios até o efetivo cumprimento integral do objeto), ou promover a resolução do contrato com o inadimplente, sem prejuízo de pleitear, judicialmente a continuidade da execução por terceiro, às expensas do devedor original (tutela específica da obrigação).

Não dispõe o art. 111, contudo, da hipótese de inadimplemento sem culpa do contratado. Assim, por exemplo, quando o a falta de cumprimento se dê por conta de fato estranho à capacidade do contratado evitar ou impedir – caso fortuito ou força maior. Bom exemplo é o das condições climáticas desfavoráveis, que impeçam ou retardem a execução. Ou ainda, por fato de terceiro pelo qual não se responsabiliza. Não há, contudo, neste caso, direito subjetivo do contratado à prorrogação; afinal, no regime dos contratos administrativos tem precedência o interesse público. Incidirão, nesta hipótese de inadimplemento sem culpa, as normas que disciplinam a extinção do contrato e sua forma – arts. 137 a 139 da Lei 14.133/2021.

1.8. Contratos de fornecimento e prestação de serviço associado – art. 113

Fornecimento e prestação de serviço associado é regime de contratação definido pelo art. 6º, XXXIV, da Lei 14.133/2021, como aquele em que “além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado”. Neste caso, o art. 113 da lei dispõe que a soma do prazo de fornecimento inicial ou entrega da obra, com aquele relativo ao serviço de operação e manutenção, está limitado a cinco anos, contados da data do recebimento do objeto inicial.

Em relação a este objeto inicial, não há prazo fixado na regra. Dependerá das características da prestação e do regime de contratação adotado. O prazo do serviço de operação e manutenção é que se submete ao limite de cinco anos, admitida a possibilidade de prorrogação, observado o disposto no art. 107 que: a) limita a prorrogação ao prazo máximo de vigência do contrato de 10 (dez) anos; b) exige previsão expressa no edital sobre a possibilidade de prorrogação; e c) exige que autoridade competente, para prorrogar, ateste a permanência das condições e preços vantajosos para a Administração, permitindo, inclusive a negociação para preservação ou recomposição da vantagem de modo a viabilizar a prorrogação.

1.9. Contratos de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação – art. 114

‘Sistemas estruturantes de tecnologia da informação’ consideram-se aqueles que permitem o exercício das funções estatais típicas, e as auxiliares à realização das atividades próprias do Estado. Atualmente, o exercício de parte significativa destas funções se dá com base na utilização de tecnologia da informação, caso da organização das atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central (art. 30 do Decreto-Lei 200/1967).

A operação destes sistemas de tecnologia da informação pode ser confiada a particulares, ou mesmo a integrantes da Administração indireta, por intermédio de contratos que tenham por objeto serviços com esta característica. Em relação a tais contratos, o art. 114 da Lei 14.133/2021 dispõe sobre a vigência máxima de 15 (quinze) anos.

1.10. Prazos contratuais previstos em lei especial

Os prazos de duração dos contratos administrativos previstos em lei especial prevalecem em relação ao estabelecido na Lei 14.133/2021. Observa a regra de especialidade da norma, prevista no art. 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” É da tradição do direito (*lex specialis derogat legi generali*).

Assim, por exemplo, os prazos previstos para os contratos celebrados pelas empresas estatais, de que trata a Lei 13.303/2016 (art. 71), das concessões sob regime das parcerias público privadas previstas na Lei 11.079/2004 (art. 5º, I), da concessão e arrendamento de bens públicos previstos em legislação especial (e.g. art. 8º, §2º, da Lei 12.815/2013, em relação aos portos ou instalações portuárias), dentre outros.

2. A execução dos contratos administrativos

A fase de execução do contrato administrativo mereceu maior atenção do legislador da Lei 14.133/2021 em relação ao regime anterior. Incorpora-se na disciplina legislativa o resultado da experiência precedente, buscando

dispor sobre questões que se tornaram comuns, como também se dedica, o legislador, a oferecer certo tratamento sistemático ao contrato.

Os contratos celebram-se para serem cumpridos, o adimplemento é a finalidade que daí se espera. Para tanto, os contratantes devem colaborar entre si, para a execução do objeto ajustado. Neste sentido, o art. 115 da Lei 14.133/2021 define princípio geral do contrato administrativo, ao afirmar o dever das partes de executá-lo fielmente, de acordo com o avençado, expressão do princípio da vinculatividade, que é base da teoria do contrato (*pacta sunt servanda*). Trata-se de princípio com largo desenvolvimento no direito moderno, e expressa o reconhecimento jurídico ao valor social do compromisso assumido, cujo cumprimento é comportamento moral esperado das partes, por intermédio do direito também exigível juridicamente. Na sua origem, o art. 1.134 do Código Civil francês (alterado em 2016) referia: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram” (“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite”), no que foi seguido pela generalidade da legislação ocidental nele inspirado.⁴

Dispõe o art. 115, *caput*, da Lei 14.133/2021: “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.” A afirmação da vinculatividade do contrato associa-se também ao regime legal próprio dos contratos administrativos na fórmula “de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta lei”. O regime que caracteriza o contrato administrativo, comum a diversos sistemas jurídicos, é o das prerrogativas ou cláusulas exorbitantes, fixado pela lei, e fundado na preservação do interesse público.⁵ É expresso, como regra, pelo poder da Administração de controle ou direção do contrato, de extingui-lo de modo unilateral, ou constranger o contratado por intermédio de ordens e sanções.⁶

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 70.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 314; MOURA, Mauro Hiane de. *A autonomia contratual da administração pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 444.

⁶ TURPIN, Colin C. Public contracts. *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, chapter 4. Tübingen: J. C. B. Mohr (Siebeck)/ The Hague: Nijhoff, 1982, p. 37.

Não se confunde, todavia, a existência de prerrogativas ou cláusulas exorbitantes em favor da Administração com exceção à vinculatividade do contrato. O vínculo jurídico que torna obrigatório o contrato a ambos os contratantes resulta dos seus termos e do regime da lei (princípio da legalidade).

Da mesma forma, define o art. 115 que "cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial" do contrato. A responsabilidade pelo inadimplemento (inexecução) é corolário da vinculatividade contratual. O inadimplemento pode ser total ou parcial, conforme o objeto do contrato tenha deixado de ser executado no todo ou em parte, o que se pode medir por critérios que o próprio contrato estabeleça, ou ainda em atenção à sua própria finalidade. Por outro lado, pode ser que não se execute para logo, nos termos do contrato, mas seja possível, sem sacrifício do interesse do credor, executar depois. Daí o que se tem é inadimplemento relativo (mora), permitindo a purga, nos termos do contrato (executando-se o objeto mesmo fora do prazo, respondendo pelos prejuízos do atraso). O princípio, contudo, é de que sempre aquele que deixa de cumprir, nos termos do contrato, responde perante o contratante que sofre o inadimplemento, inclusive pelas perdas e danos decorrentes. No caso dos contratos administrativos, esta responsabilidade, recaindo sobre o contratado particular, dá causa ainda a sanções que lhe pode impor a Administração (arts. 155 e 156), como, por exemplo, o impedimento para que realize novas contratações por certo tempo.

No tocante à inexecução total ou parcial, sua correta qualificação depende das características do objeto contratado e a necessidade pública a ser satisfeita. Tratando-se da construção de uma estrada, por exemplo, a conclusão de um trecho, mas não de todo o trajeto, permite que se refira à execução parcial; por outro lado, um serviço que se inicie a execução, mas não se conclua, de modo a não atender minimamente a necessidade pública, tem início de execução, mas o inadimplemento pode ser absoluto, considerando que o interesse do credor não será satisfeito, mesmo parcialmente. O critério do adimplemento é o interesse útil do credor.

A responsabilidade pelo inadimplemento, contudo, supõe a imputabilidade da causa que impediu a regular execução (inadimplemento imputável, ou "com culpa"). Responde quem deu causa ao descumprimento nestas condições. Contudo, pode ocorrer, igualmente, de a impossibilidade de cumprir ser transitória ou definitiva, e se verifique por

fato estranho às partes, hipótese em que a causa não se vincule a qualquer comportamento dos contratantes, tampouco se insira no risco que se lhes atribui na contratação. É o caso do descumprimento que decorra de caso fortuito ou força maior, assim entendidos como o "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir" (art. 393, parágrafo único, do Código Civil), fatos de terceiro, ou ainda, fatos imprevisíveis, os quais não se exige que fossem conhecidos pelas partes, mesmo quando preexistentes à contratação.

2.1. Proteção da confiança e boa-fé na execução dos contratos administrativos

Incide sobre a execução do contrato administrativo o 'princípio da proteção da confiança', próprio das relações entre os particulares e a Administração, e admitido no direito brasileiro por influência do direito alemão (*Vertrauensschutz*). Tem pro efeito proteger os particulares em relação à repercussão da atividade administrativa que venha a surpreender ou intervir, indevidamente, na esfera privada, em violação a expectativas legítimas geradas pela própria atuação precedente. Segundo Hartmut Maurer, *"a proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais. Ela visa à conservação de estados de posse uma vez obtidos e dirige-se contra as modificações jurídicas posteriores"*.⁷ No direito brasileiro, é subsumido ao princípio da segurança jurídica, caracterizando *"a boa-fé ou a confiança que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis"*.⁸

A proteção da confiança tem na boa-fé um princípio que lhe concretiza.

A relação entre os contratantes, pautada pela boa-fé, implica, quando da execução do objeto contratual, no reconhecimento dos deveres de cooperação, lealdade e respeito às expectativas legítimas das partes, de

⁷ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 68.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública e anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS. Cadernos de direito público*, n. 57. Porto Alegre: PGE, dez. 2003, p. 46; PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. ampl. Madrid: Civitas 1999, p. 52.

modo a exigir, tanto do contratado, quanto da Administração, comportamento que vise ao adimplemento das obrigações ajustadas e a realização da finalidade contratual.

O regime de prerrogativas ou cláusulas exorbitantes da Administração não desnatura os efeitos da incidência do princípio que conforma a *autonomia pública contratual*.⁹ A posição privilegiada da Administração em relação aos particulares, no contrato administrativo, não elimina os direitos reconhecidos aos contratantes, em especial no tocante à previsibilidade do plano de execução do contrato, de acordo com o edital da licitação e o contrato original, assim como o direito do contratado de manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro.

A Lei 14.133/2021 incorpora nas suas disposições exemplos de concretização dos deveres de boa-fé, inclusive como limite ao comportamento da Administração na execução do contrato, conforme se vê a seguir.

2.2. Proibição legal a imposição de obstáculos à execução do contrato pela Administração

O §1º do art. 115, da Lei 14.133/2021, dispõe expressamente: "É proibido à Administração retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante." Trata-se de precaução do legislador em relação ao comportamento contrário à boa-fé do agente público que vise impedir ou prejudicar a execução do contrato. "Retardar imotivadamente" é locução pela qual a lei se refere à inexistência de motivo legítimo, compreendendo o comportamento ativo do agente público para impedir o cumprimento nos termos originais do contrato. Em geral, associa-se à violação da moralidade e da impessoalidade administrativa, visando obter fins não autorizados pelo direito, podendo caracterizar abuso ou desvio de poder. Em caráter exemplificativo, a lei refere-se às hipóteses de posse do chefe do Poder Executivo ou de novo titular de órgão ou entidade contratante. Privilegia-se a continuidade da Administração, em detrimento da revisão de políticas públicas ou decisões administrativas das quais resultam emprego de recursos públicos, inclusive já objeto de contratação, pelo só fato da

⁹ SÉRVULO CORREIA José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 465-473.

mudança de gestão. Sinaliza, igualmente, a vedação de comportamento que, em prejuízo do cumprimento da obrigação contratada e atendimento à necessidade pública que visa satisfazer, busque beneficiar ou prejudicar, conforme o caso, o interesse dos agentes públicos que transitoriamente exerçam as funções de direção da Administração, ou de órgãos ou entidades a ela vinculados. Tal regra se justifica em razão da experiência brasileira e dos maus-hábitos políticos que violam a impessoalidade e a moralidade no uso dos recursos públicos para promoção pessoal ou de agremiação partidária; ou ao inverso, eventual perseguição a adversários.

2.3. Prorrogação do contrato e dever de transparência - art. 115, §§ 5º e 6º

O § 5º do art. 115 prevê que "em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila." Define, ao mesmo tempo, eficácia e forma da prorrogação contratual no caso de interrupção da execução do contrato, no caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão. Neste sentido, a prorrogação automática por efeito de lei (*ex lege*) impede, *a priori*, que fatos externos ao contrato impeçam sua execução definitiva, o que apenas poderá ocorrer se houver decisão da Administração neste sentido (art. 137). Não se afasta, contudo, a circunstância de que o impedimento, ordem de paralisação ou suspensão sejam mantidos a ponto de inviabilizar a utilidade da própria execução do objeto, hipótese de impossibilidade absoluta que dará causa à resolução.

A forma da prorrogação, de sua vez, se dá por 'apostila' do contrato, que compreende ato jurídico enunciativo de situação de fato, cujo registro visa preservar direito nele fundado. Ou seja, cumpre à Administração registrar, por apostila, junto ao contrato, a existência do impedimento, ordem de paralisação ou suspensão, para que se produza o efeito jurídico decorrente deste fato, que é a prorrogação do prazo contratual.

Quando o impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato for superior a 1 (um) mês, é imposto à Administração o dever de divulgar, "em sítio eletrônico oficial e em placa a ser afixada em local da obra de fácil visualização pelos cidadãos, aviso público de obra paralisada, com o motivo e o responsável pela inexecução temporária do objeto do contrato e a data prevista para o reinício da sua execução" (art. 115, §6º).

É medida expressiva de transparência ativa da Administração. O sentido da norma é permitir a identificação objetiva da interrupção da execução do contrato por parte da população e dos órgãos de controle. O teor do §5º restringe o aviso em questão, no caso de contratos que envolvam obras públicas. Visa-se, com a norma, permitir a identificação objetiva da causa de interrupção da execução do contrato, o responsável pela inexecução e a data prevista para sua retomada. Incentiva o caráter transitório da paralisação e o dever de planejamento do gestor, a apontar a data prevista de retomada. Cumprirá à Administração o dever de elaborar os textos com as informações a serem divulgadas (art. 115, §7º).

2.4. Da fiscalização do contrato

Os contratos administrativos supõem o poder-dever da Administração de promover a fiscalização sobre sua regular execução. São diversas as finalidades que cumprem à fiscalização, desde a verificação do correto emprego de recursos públicos destinados ao contratado e o atendimento da necessidade pública que justificou a contratação, a identificação de eventuais falhas no cumprimento ou riscos que possam comprometer a utilidade da prestação, auxiliando a prevenir sua ocorrência. Para tanto, cumpre à Administração designar um ou mais fiscais para o contrato administrativo, o que deve variar de acordo com a natureza, características e extensão do objeto contratual, eventuais especificidades técnicas que se exija para cumprir e acompanhar a execução. Neste sentido, o art. 117 da Lei 14.133/2021, ao dispor sobre a fiscalização, autoriza que sejam, inclusive, contratados terceiros para assistir e subsidiar o fiscal com informações pertinentes. No caso da contratação de terceiros, note-se que não exercerão estes o poder-dever de fiscalizar, mas auxiliarão o fiscal no seu mister. Para tanto, a própria lei define que o terceiro contratado responde objetivamente (independentemente de culpa) pela veracidade e precisão das informações que prestar, assim como deverá firmar termo de confidencialidade, de modo a abster-se de divulgar ou tornar pública informações que tenha conhecimento em razão desta atividade. Por outro lado, a contratação de terceiros não exime a responsabilidade do fiscal, “nos limites das informações recebidas” (art. 117, §4º).

O fiscal do contrato deve ser designado pela autoridade máxima do órgão ou da entidade da Administração que atue como contratante, ou por seu substituto, recaindo a escolha, preferencialmente, em servidor

efetivo ou empregado público do quadro permanente. Da mesma forma é previsto que possua atribuições relacionadas a licitações e contratos, ou tenham formação compatível, ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; bem como não seja cônjuge, companheiro ou tenha vínculo de parentesco colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou ainda vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil com o contratado (art. 7º). São restrições que visam prevenir o conflito de interesses. Registre-se, ainda, que o princípio de segregação de funções deve impedir que seja designado fiscal quem tenha atuado em outras fases da contratação (art. 7º, §1º).

No exercício de suas atribuições, cumpre ao fiscal do contrato anotar, em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando as providências necessárias para a regularização das falhas identificadas. Para tanto, tem o dever de informar seus superiores, em tempo hábil para adoção das medidas convenientes, quando não tenha competência para a decisão ou providência a ser adotada (art. 117, §2º). No exercício de sua atividade, o fiscal será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, tanto no caso de dúvidas, quanto da necessidade de subsídios com informações para prevenir riscos na execução contratual (art. 117, §3º).

2.5. Dos deveres legais do contratado relativos à execução do contrato

A Lei 14.133/2021, para além das obrigações contratuais que devem ser satisfeitas pelo contratado (inclusive as previstas em cláusulas necessárias do contrato, art. 92), dispõe sobre deveres a serem observados, resultantes diretamente da imposição legal.

a) O dever de cumprir a reserva de vagas previstas em lei para medidas afirmativas.

Dever legal imposto ao contratado é o de cumprir a reserva de cargos previstas em lei para pessoa com deficiência, reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as previstas em outras normas específicas (art. 116). Trata-se de regra que visa assegurar o atendimento de políticas afirmativas fixadas em lei. A regra será, igualmente, objeto de expressa previsão do contrato, constituindo cláusula necessária conforme dispõe o art. 92, XVII da Lei 14.133/2021. Nestes termos, o desatendimento

da exigência constitui ao mesmo tempo infração legal e inadimplemento contratual, dando causa às sanções aplicáveis por descumprimento.

O parágrafo único do art. 116, de sua vez, prevê o dever acessório do contratado de, sempre que solicitado, comprovar o cumprimento da reserva de vagas, o que tanto abrange o dever de fazê-lo perante o órgão ou entidade contratante, quanto aos respectivos órgãos de controle.

b) O dever de indicar representante

Dispõe seu art. 118 que o contratado deve manter preposto aceito pela Administração no local da obra ou do serviço, para representá-lo na execução do contrato. Deve ser indicado pelo contratado e aceito pela Administração. Trata-se de pessoa vinculada ao contratado quando pessoa jurídica, com o qual a Administração se relaciona nas comunicações que digam respeito ao contrato. É providência que visa organizar o fluxo do relacionamento entre os contratantes. Trata-se de preposto, logo, não se exige que tenha atribuição para decidir sobre toda e qualquer situação, senão para receber comunicações e dar a elas seguimento e consequência.

c) O dever de garantia sobre os vícios da prestação objeto do contrato

É inerente ao contrato o dever daquele a quem cumpre realizar a prestação, de garantir sua integridade, respondendo por vícios ou defeitos. A fiel execução do contrato compreende a realização da prestação tal qual configurada no seu objeto, sem qualquer falha que comprometa seu valor ou utilidade. Quando se verificarem tais falhas, há o direito de o credor da prestação exigir que se corrija, evitando ou atenuando os efeitos do inadimplemento. A garantia da prestação é corolário da vinculatividade do contrato.

Nestes termos, dispõe o art. 119 da Lei 14.133/2021: "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." A norma se serve aqui de múltiplas expressões, em polissemia, mas que referem, afinal, o dever essencial de garantia da prestação contratual em relação a falhas que lhe comprometam valor ou utilidade. Daí o dever, que é legal, do contratado "reparar, corrigir, remover ou substituir as suas expensas", atuação que, conforme o caso, se exige para recompor a prestação nos exatos termos descritos no contrato.

Trata-se do dever de responder (responsabilidade do contratado) que é sucessivo em relação à infração ao dever originário de prestar.

Na dogmática dos contratos administrativos, assim como na disciplina dos contratos em geral, vícios, defeitos e incorreções tomam-se como variações de um mesmo conceito de insuficiência ou falha do cumprimento da prestação. Há distinção conceitual na legislação consumerista, que diferencia os defeitos como falha que atinge a segurança da prestação, ao contrário dos vícios que comprometem sua adequação aos fins a que se destinam ou ao seu valor patrimonial. Não é o caso aqui, em que é incogitável a relação de consumo.

O dever de corrigir os vícios, defeitos ou incorreções, recompondo a integridade da prestação contratual, tem fundamento na lei, e é insusceptível de ser excluído ou atenuado pelo contrato. Note-se que os prazos para exercício do direito à reparação, correção, remoção, reconstrução ou substituição são aqueles convencionados no contrato, ou na ausência de estipulação, os da lei. No caso de prestação que envolva obra, o art. 140, §6º prevê o prazo mínimo de garantia de cinco anos contados do recebimento do objeto, o qual pode ser ampliado por disposição do edital de licitação ou do contrato. Da mesma forma, é prevista como cláusula necessária do contrato administrativo a que disponha sobre "o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso" (art. 92, XIII).

Por outro lado, anote-se que apenas se cogita vício ou defeito quando o contratado se afaste do objeto definido no contrato; a prestação a ser satisfeita é a aquela prevista no contrato, logo, se é a Administração quem identifica ou dimensiona mal a necessidade pública a ser satisfeita, ou a prestação necessária a este fim, cumprindo o que é definido no contrato não se cogita vício, defeito ou incorreção imputável ao contratado, tampouco seu dever de reparar ou corrigir.

d) O dever de responder pelos danos causados em razão da execução do contrato

O contratado responde pelos danos que causar diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato (art. 120 da Lei 14.133/2021). Trata-se de responsabilidade por danos causados na execução do contrato, para o que se exige a presença das condições

para imputação próprias da responsabilidade civil em geral. Em relação à Administração, são danos que o contratado deverá reparar porque cumpriu mal o contrato.

Quando não cumpre o objeto do contrato, o contratado responde por perdas e danos causados à Administração em razão do inadimplemento. Exige-se como condição de imputabilidade, a relação de causalidade direta e imediata entre o inadimplemento e o dano a ser reparado. Assim o art. 403 do Código Civil: "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

Por outro lado, pode ocorrer de o contratado ter realizado a prestação principal do contrato, porém desatendido deveres acessórios ou anexos que integram o comportamento que visa ao adimplemento. É o caso da denominada violação positiva do crédito (*positive Forderungsverletzung*), largamente desenvolvida no direito privado também como violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), que compreende a caracterização do inadimplemento em razão do não cumprimento de deveres anexos ou laterais, originários da boa-fé objetiva, que dão causa à lesão ao interesse útil do credor.¹⁰ É categoria dogmática desenvolvida, originalmente, pela doutrina e jurisprudência germânicas, em paralelo a situações tradicionais de impossibilidade de realização da prestação por causa imputável ao devedor (*Unmöglichkeit der Leistung*) e do atraso de cumprimento (*Verzug*)¹¹, de natureza tipicamente negativas. Estas são espécies de violação negativa, na medida em que o devedor deixa de realizar a prestação devida (inadimplemento absoluto ou relativo), não contemplando situações adiante associadas como de violação dos deveres de proteção¹², ou ainda, cumprimento defeituoso¹³, obstáculo à satisfação

¹⁰ Para detalhes, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 279 e ss.

¹¹ O estudo original para o desenvolvimento da tese é de Hermann Staub, de 1902, com reedições. Examina-se a edição de STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*, editada por Eberhard Müller, Walter de Gruyter, 1904, p. 5 e ss.

¹² STOLL, Henrich. Abschied von der Lehre von der Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1932, p. 257-320.

¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações cit.*, p. 986-991.

do credor. Neste caso, mesmo tendo havido o cumprimento da prestação principal, sua utilidade é comprometida, ou ainda há comportamento do devedor lesando o patrimônio ou a pessoa do credor.

No direito brasileiro, a violação positiva do contrato é associada à inobservância de deveres decorrentes da boa-fé¹⁴, assim como da lesão ao interesse útil do credor. Nada impede, contudo, o dano direto, por culpa do devedor. Em um contrato administrativo, se o contratado, por ato de entrega de bens adquiridos pela Administração, causa dano ao prédio onde se realize, ou por ocasião da instalação de equipamento compromete outros em operação, responde pela reparação dos danos que causou.

No caso de danos causados pelo contratado a terceiros, responderá perante estes nos termos da legislação civil (art. 927 do Código Civil). No caso de as vítimas exercerem pretensão contra a Administração com fundamento no art. 37, §6º da Constituição da República, poderá o contratado ser demandado regressivamente pelo que o órgão ou ente público venha a responder.

Registre-se, ainda, a parte final do art. 120 da Lei 14.133/2021, ao dispor que a fiscalização ou o acompanhamento do contratante não reduz ou exclui a responsabilidade do contratado nas situações em que der causa ao dano.

Discute-se se a responsabilidade do particular pode ser limitada por cláusula contratual, em vista do disposto em lei. A rigor, em vista do disposto no próprio art. 120, eventual limitação ou exclusão de responsabilidade não seria usual, somente podendo ser admitida por expressa autorização legal (em caráter de exceção),¹⁵ a qual, igualmente,

¹⁴ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 157; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 125; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 207 e ss.

¹⁵ Neste sentido, o recente caso da aquisição de vacinas para a imunização da população em relação ao vírus da Covid-19, cuja autorização legal para limitação de responsabilidade das fabricantes (art. 2º, §1º da Lei 14.121, de 1º de março de 2021, e art. 12, III, da Lei 14.124, de 10 de março de 2021), nos termos do entendimento do Tribunal de Contas da União admitindo a possibilidade de limitação de responsabilidade das contratadas, considerando que "as partes podem promover um rearranjo dos riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual, como forma de viabilizar o fornecimento de vacinas e evitar

estaria submetida ao crivo da proporcionalidade que marca seu controle de constitucionalidade.

f) O dever de responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato

Dispõe o art. 121 da Lei 14.133/2021 que “somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. Reproduz-se regra do regime legal anterior (art. 71 da Lei 8.666/1993), que afasta a responsabilidade da Administração em relação aos débitos assumidos pelo contratado para a execução do contrato administrativo. Tais débitos, de que é titular o contratado, não podem onerar, posteriormente, o objeto do contrato, ou impedir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis (art. 121, §1º).

A própria lei, contudo, excepciona as hipóteses de contratação de serviços contínuos, em a Administração “responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado” (art. 121, §2º). Trata-se de matéria objeto de sensível controvérsia jurisprudencial no regime anterior. Originalmente, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio do Enunciado 331, estendia ao tomador do serviço, e nesta condição, também à Administração, a responsabilidade subsidiária por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação do trabalho.

Adiante, contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada inicialmente pelo julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, declarou constitucional o art. 71 da Lei 8.666/1993.¹⁶ Retomou o tema na decisão do Recurso Extraordinário 760.931, cuja repercussão geral foi reconhecida, pelo qual a Corte decidiu, reafirmando a constitucionalidade da norma, que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo

que as contingências ainda incertas quanto à extensão, onerem demasiadamente o preço da contratação, a ponto de torná-la inviável” (TCU, Acórdão 534/2021, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 17/03/2021).

¹⁶ STF, ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 24/11/2010, p. 09/09/2011.

seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".¹⁷ Deste modo, como depois reafirmado em embargos de declaração ao julgado, "a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade."¹⁸

A norma do art. 121, §2º, reafirma, parcialmente, a jurisprudência do STF, circunscrevendo a responsabilidade solidária da Administração por encargos previdenciários, e subsidiária por encargos trabalhistas, apenas às contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, cuja definição está prevista no art. 6º, XVI,¹⁹ e desde que comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. A exigência de comprovação impede que se presuma a falha no dever de fiscalização por parte da Administração. Porém, a própria lei, no tocante às obrigações trabalhistas do contratado, permite que a Administração possa dispor em edital, ou no contrato, sobre medidas que lhe permitam assegurar seu cumprimento, dentre as quais: "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; III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada; IV – em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; V – estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado

¹⁷ STF, RE 760931, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 26/04/2017, p. 12/09/2017.

¹⁸ STF, RE 760931 ED, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 01/08/2019, p. 06/09/2019.

¹⁹ Define o art. 6º, XVI, da Lei 14.133/2021: "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".

que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.”

No caso de optar a Administração pelo depósito em conta vinculada (art. 121, §3º, III), tais valores são absolutamente impenhoráveis (art. 121, §4º), o que significa que não poderão servir à satisfação de qualquer outra obrigação do contratado que não as obrigações trabalhistas a cuja garantia servem. Já no caso das contribuições previdenciárias, o art. 121, §5º, determina que se observe o disposto no art. 31 da Lei 8.212/1991, o qual prevê a retenção, pelo tomador do serviço, de 11% do valor bruto da nota fiscal, procedendo seu recolhimento à Previdência Social em nome da empresa cedente da mão de obra.

2.6. Subcontratação

‘Subcontrato’ ou ‘subcontratação’ é a convenção pela qual alguém que é titular da posição de contratante em certo contrato, e sem perder tal qualidade, atribui a outra pessoa as vantagens correspondentes a esta posição. Ou seja, o subcontrato permite a um terceiro, que não era parte original de um contrato já celebrado, participar do seu objeto, seja fruindo das vantagens a que ele dê causa, seja se comprometendo a executá-lo, total ou parcialmente. Diferencia-se da cessão do contrato, no qual o contratante original transfere sua posição a terceiro e extingue o vínculo jurídico originalmente existente. No subcontrato, aqueles que contrataram originalmente preservam sua posição, admitindo que um terceiro se integre. O subcontrato supõe a existência válida do contrato a que diz respeito, e lhe segue no tocante à existência válida e aos efeitos (princípio da gravitação jurídica).

Nos contratos administrativos, a subcontratação encontra limite no princípio da licitação, afinal, ao supor a seleção do licitante mais adequado à satisfação de determinada necessidade pública, admitir que este transfira suas obrigações a outra pessoa, depois de celebrado o contrato, em princípio frustra a finalidade do certame. Por outro lado, especialmente quando o atendimento à necessidade pública apresenta certa complexidade, em que concorram exigências técnicas ou habilidades distintas para sua execução, a possibilidade de subcontratar poderá atender o princípio da eficiência, ao se formalizar uma única contratação e, admitindo o subcontrato, evitar a realização de outras diversas licitações para compor partes da prestação.

Esta é, também a orientação do art. 122 da Lei 14.133/2021, que dispõe em seu *caput*: "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." Permite, a lei, portanto, a subcontratação parcial (não integral) de obra, serviço ou do fornecimento, até o limite autorizado pela Administração.

É a Administração quem autoriza ou não, a subcontratação, conforme seja identificado seu melhor atendimento à necessidade pública pela execução do objeto contratual. Nestes termos, se subordinado a autorização, não há, sem ela, um direito do contratado a subcontratar. Por outro lado, pode haver situações em que a subcontratação não se admita por distintas razões, desde o caráter personalíssimo da prestação a ser executada (ainda que se possa admitir subcontratar atividades acessórias à prestação principal, conforme o caso), ou a elevação dos custos da contratação, se comparada à possibilidade de contratação direta.

Admitida a subcontratação, deve o contratado apresentar à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, a ser avaliada e juntada aos autos do processo correspondente (art. 122, §1º). Neste sentido, a avaliação da capacidade técnica do subcontratado integra o poder-dever de fiscalização do cumprimento do contrato; porém, não se pode exigir mais deste do que se exigiu do contratante original.

Há limites subjetivos, igualmente, à subcontratação. O art. 122, §3º, da Lei 14.133/2021, dispõe que "será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação." Tais limites resguardam a impessoalidade da Administração e a moralidade administrativa, prevenindo o conflito de interesses. A parte final da regra é impositiva: deve "essa proibição constar expressamente do edital de licitação", o que se dá em homenagem ao dever de transparência, próprio do princípio da publicidade administrativa. Não é condição para que valha a vedação

constar no edital, seu fundamento é a lei. Nestes termos, há exigência legal para que esteja no edital; ausente, o edital está irregular, não há exceção ao cumprimento da lei. Da mesma forma, a inobservância desta vedação legal à subcontratação caracteriza falta contratual, e pode dar causa à aplicação de sanções ao contratado e até, no limite, à resolução do contrato administrativo.

A possibilidade de subcontratação, por outro lado, pode ser objeto de vedação, restrição ou ainda, submetida a condições previstas em regulamento ou no edital de licitação (art. 122, §3º). Por regulamento se podem fixar tais limitações de modo genérico e abstrato a contratações administrativas que digam respeito a determinado objeto, ou se relacionem a certas atividades. O edital de licitação relaciona-se a contratação específica a que se refira e, nestes termos, conforma a possibilidade de subcontratar naquele caso (princípio da vinculação ao instrumento convocatório).

Note-se, por fim, que ao contrário do regime anterior, no qual a celebração de subcontrato não admitida, expressamente, no edital da licitação ou na lei, constituía motivo para rescisão do contrato (art. 78, VI, da Lei 8.666/1993), no regime instituído pela Lei 14.133/2021, mesmo com ausência de previsão expressa, há possibilidade de subcontratar nos limites autorizados pela Administração, vedada a transferência, ao subcontratado, da execução integral do objeto do contrato.

Da mesma forma, a subcontratação não exime o contratado original de todos os seus deveres e responsabilidades em relação à Administração - o vínculo original decorrente do contrato administrativo celebrado é a causa destes efeitos. Já o subcontratado não tem, só pela celebração do subcontrato, direitos, pretensões, ações ou exceções em relação à Administração. Sua relação jurídica com o contratado produz efeitos entre as partes (*res inter alios acta*). A responsabilidade do subcontratado perante a Administração, por sua vez, se dá pelo regime comum, ausente vínculo contratual entre eles.

2.7. Dever de resposta, pela Administração, das solicitações e reclamações relacionadas à execução do contrato.

A execução do contrato administrativo supõe a relação entre os contratantes, de modo cooperativo, visando a satisfação do interesse comum das partes. Por outro lado, é conhecida a distinção pela qual a Administração, ao se utilizar de formas de direito privado, embora preserve certas

prerrogativas, também assume obrigações derivadas do consenso.²⁰ Da mesma forma, dentre os marcos do Estado de Direito está o do respeito ao devido processo legal também na relação jurídica administrativa, razão pela qual a Administração tem sua atuação delimitada por deveres de consideração e respeito à posição jurídica do administrado. No âmbito da relação contratual, a execução do seu objeto supõe atuações das partes, consistentes em providências materiais e comunicações com diferentes finalidades, orientações e dúvidas sobre o modo de cumprimento, preparação de condições para o início ou prosseguimento da atividade do contratado, até reclamações e requerimentos formais de providências no caso de eventos que possam comprometer ou dificultar o cumprimento.

Na experiência comum, todavia, em muitas situações a Administração, por intermédio de seus agentes, nem sempre responde objetivamente ou comunica decisão sobre o que lhe requer o contratado, em desconsideração ao dever de cooperação que resulta do contrato, ou mesmo do devido processo que informa toda ação administrativa. As razões para isso são diversificadas, desde certa desorganização administrativa até a postura defensiva em relação aos riscos de responsabilização pelo conteúdo de suas manifestações formais. É indissfarçável que tais circunstâncias, na maior parte das vezes, prejudicam ou retardam a execução do objeto do contrato e, conseqüentemente, a satisfação da necessidade pública.

Daí por que o art. 123 da Lei 14.133/2021 ora impõe à Administração um dever de decidir expressamente, e de responder solicitações e reclamações do contratado, no curso da execução contratual. Dispõe a norma: "Art. 123. A Administração terá o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos regidos por esta Lei, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato." Nem toda a solicitação ou reclamação deve, contudo, ser objeto de decisão ou resposta, conforme ressalva a própria norma. Não se exige que Administração decida ou responda requerimentos: a) manifestamente impertinentes, assim entendidos os que não tem qualquer relação lógica com o contrato ou a posição jurídica das partes, como aqueles cuja resposta não altera a situação jurídica ou

²⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade privada da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 121-122.

afeta qualquer interesse do requerente; b) meramente protelatórios, como aqueles em que a resposta seja desnecessária, já tenha sido prestada ou seja de conhecimento do contratado, de modo que o requerimento tem por objetivo apenas retardar providência ao seu encargo, comportamento ou resultado que lhe seja exigível, inclusive para impedir ou retardar prazos definidos no contrato ou na lei; e c) de nenhum interesse para a boa execução do contrato, assim compreendido que a posição jurídica do contratado perante a Administração informa seu direito de solicitar ou requerer em vista do conteúdo do contrato e visando seu cumprimento. É de se notar, contudo, que quando o contratado solicita ou reclama exercendo direito ou pretensão diretamente perante a Administração, terá direito à resposta com a decisão sobre a procedência ou não do seu pedido, e a respectiva motivação.

Pode o contrato ou a lei definirem prazo para resposta, caso em que deverão ser observados. Não havendo prazo expresso, o parágrafo único do art. 123 dispõe que a Administração terá o prazo de 1 (um) mês para decidir, contado de quando concluída a instrução do requerimento, admitida sua prorrogação motivada por igual período. Note-se, neste particular, que cumpre à Administração, naquelas situações em que é necessário instruir o requerimento – como é o caso de buscar informações em diferentes órgãos, juntar documentos, ou formalizar decisões ou escolhas preparatórias – que o faça com celeridade, evitando procrastinar, sob pena de infração ao dever imposto pela lei.

3. Extinção do contrato administrativo

O contrato administrativo caracteriza-se, como é próprio dos contratos em geral, por seu caráter transitório. O modo próprio de extinção do contrato é o adimplemento, quando as partes executam integralmente as obrigações assumidas, satisfazendo o interesse comum nas prestações. Todavia, cumpre à lei dispor sobre situações em que, não tendo havido o adimplemento, há causas reconhecidas para a extinção do contrato.

Acertou o legislador, na Lei 14.133/2021, ao preferir a referência às causas de 'extinção' do contrato, em relação ao regime anterior, no qual se fazia menção às hipóteses de 'rescisão'. Distanciava-se, a forma anterior, da melhor técnica. 'Rescisão' é modo de extinção do contrato em razão de vício de direito (e.g. evicção) ou do seu objeto (e.g. vício redibitório), desconstituindo o contrato e seu objeto, para retirar-lhe os efeitos. Quando

o contrato se forma validamente e produz seus efeitos jurídicos, mas se extingue com efeitos retroativos, há 'resolução'. É o que ocorre, normalmente, quando não foi cumprido (inadimplemento), independentemente da causa, se em razão de conduta imputável às partes ou não (resolução por inadimplemento). Não se descarta o fato de que o termo 'resolução' pode ser tomado como gênero da extinção dos efeitos ou espécie (extinção de todos os efeitos, com retroação), conforme o caso. Por fim, há situações em que a extinção do contrato preserva os efeitos já produzidos até que venha a ocorrer, hipótese de 'resilição', que poderá se dar por ato unilateral ou por consenso das partes.

A Lei 14.133/2021, ao dispor sobre as formas de extinção do contrato administrativo, concentra-se naquelas diferentes do adimplemento. Sobre este, disciplina seu art. 140 e seguintes o recebimento do objeto do contrato e os respectivos pagamentos. Antes, porém, ocupa-se dos motivos da extinção do contrato quando não tenha havido a execução integral do seu objeto, ou tenha havido violação de outros deveres por parte do contratado. Em seguida, trata da forma de extinção e seus efeitos.

3.1. Causas para extinção do contrato administrativo

O art. 137 da Lei 14.133/2021 dispõe, deste modo, dos motivos (causas) de extinção do contrato administrativo, distintas do adimplemento, todas hipóteses em que não houve a execução do seu objeto, variando situações em que se identifica causa imputável ao contratado, gerando sua responsabilidade por inadimplemento, e outras em que isso não ocorre. Considerando tais efeitos que se podem produzir em desfavor do contratado, exige a norma motivação formal da Administração, demonstrando a causa de extinção, nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de exigência do devido processo administrativo, para os que conflui a proteção dos direitos e garantias fundamentais do particular frente à Administração, e que é causa de legitimação de toda ação administrativa no Estado de Direito.²¹ O procedimento e os critérios para verificação das causas que autorizam a extinção do contrato poderá ser objeto de regulamento da lei (art. 137, §1º).

²¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado. A nova administração pública e o direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 31.

Quando se trate de hipóteses de extinção do contrato em razão do inadimplemento do contratado, o art. 137, §4º estabelece o dever de notificação, pela Administração, daqueles que tenham prestado garantias de execução do contrato (art. 96 da Lei 14.133/2021), sobre o início do processo administrativo para apuração do descumprimento. É providência que visa precaver o garante sobre a possibilidade de execução da garantia e, ainda, nas hipóteses em que a lei autoriza, e estiver previsto no título da garantia, de assumir a própria execução do contrato (o segurador, no caso de obras e serviços de engenharia, art. 102).

Examina-se, a seguir, sumariamente, cada um dos motivos (causas) previstos na lei.

a) Descumprimento de normas do edital ou de cláusulas contratuais
O art. 137, I, da Lei 14.133/2021, prevê como motivo para extinção do contrato o “não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos”. Trata-se da hipótese típica de inadimplemento da obrigação como causa de resolução contratual. Neste caso, não cumprimento ou cumprimento irregular são tomados como inadimplemento. O contratado, no caso, não cumpre integralmente com a obrigação fixada no contrato, que tanto pode dizer respeito ao dever principal de prestação, quanto deveres acessórios previstos no edital da licitação (em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório) ou nas cláusulas do contrato; ou cumpre mal (cumprimento defeituoso ou adimplemento ruim), que equivale ao inadimplemento, considerando não alcançar a satisfação do interesse do credor, expresso pela execução do objeto do contrato com a satisfação da necessidade pública que lhe deu causa.

Da mesma forma, refere-se a norma como causa para extinção no caso de não cumprimento ou cumprimento irregular de especificações, projetos e prazos. Trata-se de especificações de alguns dos deveres dos contratantes, em caráter exemplificativo, que devem ser atendidos. Considerando a extensão e diversidade dos deveres que integram a relação contratual, neste caso, é de rigor exigir que o descumprimento ou cumprimento irregular, para dar causa ao efeito de extinção do contrato, se revista de certa gravidade para a satisfação do interesse legítimo dos contratantes, em sacrifício da necessidade pública que a contratação visa atender. Neste sentido, inclusive pela incidência do princípio da

proporcionalidade, descumprimento de deveres acessórios que não comprometem ou prejudicam a execução do contrato, ainda que sujeitem o infrator à sanção cabível, poderão não ser suficientes para dar causa à extinção do contrato.

b) Desatendimento das determinações de autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução

No curso da sua execução, o contrato administrativo submete-se à fiscalização para que se ateste a regular atuação do contratado e o cumprimento do seu objeto. Da mesma forma, não é incomum que seja necessário, para a correta execução do objeto, e satisfação do interesse da Administração, que haja orientações ou determinações de agentes públicos com este fim. Assim, por exemplo, quem recebe um bem adquirido e orienta onde deve ser deixado íntegro, o local em que se deva instalar o equipamento, ou certos cuidados ou precauções a serem adotados na prestação de um serviço à Administração, todas orientações ou determinações visando a fiel execução do contrato. Sua inobservância pelo contratado pode comprometer o cumprimento regular, ou reduzir o proveito da prestação.

Por esta razão, dispõe o art. 137, II, como causa de extinção do contrato, "desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior". Anote-se que se trata de determinações, ordens portanto, que prestadas regularmente, por agentes públicos com atribuição para representar a Administração em determinada situação concreta (daí "determinações regulares"), se desatendidas podem dar causa à extinção do contrato. Naturalmente que tais determinações não podem inovar, criando obrigações ao contratado diversas das que constam no contrato. Apenas este vincula as partes, mas em dadas situações concretas podem existir determinações que viabilizam seu cumprimento sem agravar as obrigações que nele constam, mas viabilizam sua execução. Da mesma forma, pode agente público que represente a Administração perante o contratado, ou que se ocupe da fiscalização da execução, identificar e comunicar falhas do cumprimento, solicitando correções. Se comunicado das falhas na execução, e instado a corrigi-las, o contratado deixa de fazê-lo, incide na hipótese prevista na lei que autoriza a resolução contratual. Considerando, por outro lado, que a caracterização destas falhas dependerá de apuração formal em processo administrativo que assegure o

contraditório e a ampla defesa, tais determinações, tanto quanto possível, e até para que se demonstre o descumprimento, também devem ser formalizadas.

c) Alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura do contratado que inviabilize o cumprimento

Nos contratos administrativos que se caracterizem como de duração, no qual a execução se projete no tempo, não é incomum que o contratado, quando pessoa jurídica, possa proceder alterações em seu objeto social, no seu quadro de sócios, em sua estrutura ou modo de funcionamento. Nelas estão abrangidas situações mais amplas de reorganização societária, como ocorre nos casos de fusão, cisão ou incorporação de empresas (v. arts. 227 a 229 da Lei 6.404/1976).

O art. 137, III, da Lei 14.133/2021, dispõe como causa para a extinção do contrato "alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato". Destaca-se a exigência do resultado da alteração ou modificação da pessoa jurídica, que, afinal, restrinja sua capacidade de concluir a execução do contrato. Neste caso, desejando promover a extinção do vínculo contratual, deve a Administração demonstrar que a alteração realizada prejudica o cumprimento. Note-se que não se está, no caso, frente à hipótese de inadimplemento do contratado, a quem não se proíbe ou limita a auto-organização lícita. O que há é a prognose futura sobre o risco de comprometer a execução satisfatória do objeto do contrato, a cargo da Administração. É o que pode ocorrer, por exemplo, no caso da contratação de serviços especializados por sociedade empresária, em que parte substancial dos profissionais que justificavam a especialização retira-se do quadro social; ou a alteração da sua sede para local distante daquele que deve ser executado o contrato, prejudicando ou tornando excessivamente custosa a prestação.

d) Decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

O art. 137, IV, prevê como causa de extinção do contrato, a "decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado". São hipóteses típicas de extinção do vínculo contratual, porque o próprio contratado deixa de existir – no caso de falência e

dissolução da sociedade extingue-se a pessoa jurídica; no caso de falecimento desaparece a pessoa natural – ou tem restringida a disponibilidade ou administração dos bens – caso da decretação de insolvência civil (art. 752 CPC/73).

Em relação à falência, o art. 117 da Lei 11.101/2005 dispõe que “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.” É consentâneo, contudo, que não se aplica esta regra aos contratos administrativos, frente à expressa disposição da Lei 14.133/2021, o que ademais consagra prerrogativa da Administração em face do risco em relação à execução do contrato e atendimento a uma necessidade pública. Justifica, no ponto, incidência do regime especial de direito público, com solução que está em acordo com a própria condição exigida para habilitação do particular a participar da licitação pública (certidão negativa de feitos sobre falência, art. 69, II) – afinal, exigência que toma em consideração todas as restrições que se lhe impõe de atuação negocial, e sua repercussão para o cumprimento das obrigações.

A extinção do contrato, contudo, mesmo neste caso, não é de pleno direito, devendo ser motivada formalmente em processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

e) Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito ou força maior são causas que excluem o nexo de causalidade entre o comportamento do devedor e o inadimplemento, tomadas como critério para o afastamento da imputação de responsabilidade nas obrigações em geral.²² Refere o art. 393 do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Igualmente, o parágrafo único do mesmo artigo refere o caso fortuito e a força maior, como “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”. Trata-se, pois, de fato externo e irresistível ao agente, que não pode impedi-lo, de modo que assume, o próprio evento, a causa do dano.

²² MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 284-285.

O art. 137, V, da Lei 14.133/2021, dispõe como causa para extinção do contrato o “caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato”. A redação é tautológica. Caso fortuito e força maior é qualificação jurídica de fatos da realidade que impossibilitam o cumprimento, impedindo a responsabilização do inadimplente. Para que determinado fato seja qualificado como caso fortuito ou força maior, exige-se que seja “ato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir”. É o que se deve comprovar.

Duas são as condições que se exigem do fato em si: (a) que seja um fato necessário; e (b) que seja inevitável. Há certo tempo cogitava-se, também, da imprevisibilidade do fato. Não há sentido, todavia, em tomá-lo de modo autônomo²³. A imprevisibilidade do fato pode existir, de modo a torná-lo inevitável. Ou seja, não se pode impedir ou evitar, justamente porque não se pode prever. Porém o inverso não é verdadeiro, uma vez que, mesmo se tratando de fato previsível, nem sempre, por isso, será evitável (assim, por exemplo, os eventos climáticos). Da mesma forma, a inevitabilidade é dos fatos, tais como se apresentem em certo lugar e tempo, seja em relação ao que dê causa ao inadimplemento, como em relação aos seus efeitos²⁴.

Ao caráter inevitável e necessário do fato, de sua vez, vincula-se uma terceira característica, que é a de dar causa à impossibilidade de realização da prestação devida. Esta impossibilidade é tomada em vista, não apenas de uma impossibilidade fática (a prestação é passível ou não de ser executada no plano fático), mas também toma em consideração qual o esforço do devedor será necessário para sua realização, de modo que não se deva exigir que realize providências extremamente gravosas ou extraordinárias para efeito de cumprir a prestação.

f) Atraso ou impossibilidade de obtenção de licença ambiental ou alteração substancial do projeto que dela resultar

Quando o objeto do contrato exija a obtenção de licença ambiental como condição para início da sua execução, eventual atraso, a impossibilidade da sua obtenção, ou a necessidade que se opere alteração substancial do

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. São Paulo: RT, 2012, p. 156-157.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. São Paulo: RT, 2012, p. 164.

projeto para que seja concedida, pode dar causa à extinção do contrato. Esta é a hipótese do art. 137, VI, da Lei 14.133/2021: "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". Fica evidenciada a razão: destinado, o contrato administrativo, à satisfação de determinada necessidade pública, o atraso no início da execução pode tornar impossível ou inútil o objetivo pretendido; o mesmo se diga em relação à obtenção de licença para o que se exijam alterações substanciais do projeto, o que termina por modificar também o objeto do contrato, seus custos e a própria finalidade a ser atingida. Eventual obtenção de licença prévia, quando cabível, pode mitigar o problema, mas não o elimina, considerando a prevalência do juízo da autoridade ambiental, quando da expedição da licença definitiva.

g) Atraso ou impossibilidade da liberação das áreas sujeitas à desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa

Pode ocorrer de a execução do objeto contratual depender da liberação de determinada área onde se deva realizar a prestação (e.g. a obra que se contrate para execução em determinado imóvel, o trajeto de certa rodovia, ou outro equipamento público a ser construído que passe por imóvel ocupado por terceiros, que precisarão se deslocar). Neste caso, são inúmeras as hipóteses de atraso, pelas mais diversas causas, em tornar disponível as áreas para a execução do contrato administrativo, inclusive com litígios judiciais, que conferem a tais situações certa imprevisibilidade quanto a sua conclusão. Daí porque bem prevê o art. 137, VII, da Lei 14.133/2021, a hipótese de "atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas" como causa de extinção do contrato administrativo.

Note-se que o momento em que dá causa à extinção não é certo. Atraso ou impossibilidade são situações que se formam, seja com o tempo, seja com a sucessão de eventos que lhe concedem um caráter definitivo (tornar impossível). Nestes termos, nada impede que certo contrato seja celebrado e inicie sua execução, a qual não é prejudicada pela não liberação de parte da área ainda não alcançada pelo cumprimento. Apenas em certo estágio da execução, necessitando já avançar sobre a área não liberada, é que o atraso ou impossibilidade impedirá o cumprimento de todo o objeto

contratual. Neste caso se pode suspender o contrato, segundo os limites da lei, para que se conclua as providências necessárias à liberação, ou promover sua resolução, pela impossibilidade de cumprimento.

h) Razões de interesse público

A extinção do contrato administrativo por razões de interesse público se insere nas prerrogativas da Administração, parte das denominadas cláusulas exorbitantes. Permite a rescisão unilateral mediante juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente, por ato motivado submetido ao controle da sua juridicidade. Os limites para invocação, em abstrato, do interesse público como fundamento exclusivo da decisão administrativa – e no caso em exame, especialmente, de contrato celebrado com o particular, sob o marco do consenso e da reciprocidade de interesses – caracterizam o Estado de Direito. Neste sentido, a crítica da boa doutrina à excessiva abstração e vagueza da lei.²⁵

Pertence à Administração a prerrogativa para identificar as necessidades públicas a serem satisfeitas pela contratação administrativa e os meios para tanto. Tais meios podem variar no tempo, como ocorre quando são atualizados, ou mesmo frente a alterações da realidade que impliquem em novo juízo sobre a necessidade, conveniência e oportunidade da solução adotada. Este juízo, contudo, exige precisa justificação, para o que a lei determina que seja prestada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante (art. 137, VIII). Ao mesmo tempo, a extinção do contrato administrativo nestas condições que, mais comum, se dá por ato unilateral da Administração, mas que não se impede também decorra do consenso dos contratantes, preserva obrigatoriamente a posição jurídica das partes até quando ocorra, em especial dos direitos adquiridos.

i) Descumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos previstas em lei

O art. 137, IX, da Lei 14.133/2021, prevê como causa para extinção do contrato administrativo, o “não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas,

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: RT, 2021, p. 1479; HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos*. Salvador: JusPodium, 2021, p. 694.

para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz." A hipótese, como já se observou, tem por objetivo assegurar o atendimento de políticas afirmativas fixadas em lei, explicitando que seu desatendimento caracteriza também infração legal. As obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei são previstas também como cláusula necessária do contrato, conforme dispõe o art. 92, XVII, de modo que seu descumprimento caracteriza inadimplemento, dando causa ao direito de resolução contratual.

3.2. Direito do contratado à extinção do contrato

Respeitadas as prerrogativas da Administração, a natureza comutativa do contrato administrativo e a reciprocidade de interesses que deve resguardar, confere ao contratado o direito subjetivo à resolução na hipótese em que sofra inadimplemento. Também se lhe reconhece direito à resolução nas situações previstas em lei que caracterizem perturbação ao programa contratual, as quais possam comprometer, a seu juízo, o interesse na manutenção do ajuste. Trata-se de situações que se configuram, como regra, limites aos poderes e cláusulas exorbitantes que caracterizam a posição jurídica da Administração nos contratos administrativos.

Estas hipóteses estão previstas no art. 137, §2º da Lei 14.133/2021, cujo exame sumário se faz a seguir.

a) Supressão do objeto pela Administração que altere o valor inicial do contrato além do seja obrigado a aceitar por efeito de lei

Dentre as "cláusulas exorbitantes" ou prerrogativas da Administração nos contratos administrativos está o poder para sua alteração unilateral, impondo, nas mesmas condições ajustadas, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado quando seu objeto diga respeito a obras, serviços ou compras, e, do acréscimo de até 50% (cinquenta por cento) no caso de reforma de edifício ou de equipamento (art. 125 da Lei 14.133/2021). Nestes casos, o contratado é obrigado a aceitar a alteração, sob pena de, não o fazendo, infringir a lei, submetendo-se às sanções cabíveis. No caso de alterações que superem estes limites, contudo, não está o contratado obrigado a aceitá-las, podendo, no caso de serem impostas de modo unilateral pela Administração, exercer direito de resolução do contrato.

b) Suspensão de execução do contrato superior a 3 (três) meses, ou de modo intermitente por 90 (noventa) dias úteis

Dispõe o art. 137, §2º, da Lei 14.133/2021, sobre duas situações de suspensão da execução do contrato que dão causa ao direito de resolução pelo contratado. O inciso II prevê a possibilidade de exercício do direito de resolução do contrato quando haja suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses. O inciso III refere-se à mesma situação, mas quando em suspensões repetidas e intermitentes, alcance 90 (noventa) dias úteis somados.

Trata-se de regra que visa proteger o interesse do contratado em relação ao tempo em que se deva manter disponível para executar o objeto do contrato, no caso em que este venha a ser suspenso. Neste sentido, superados os prazos previstos na norma, pode decidir exercer ou não o direito, conforme conclua seu melhor interesse. A *contrario sensu*, nascendo o direito de resolução apenas no caso de suspensão superior a 3 (três) meses, considera-se o dever do contratado de suportar a suspensão em prazo inferior. O mesmo seja dito em relação à suspensão em períodos intermitentes que não atinja 90 (noventa) dias úteis. Ainda se destaque que não nasce o direito à resolução pelo contratado, mesmo quando o prazo supere os limites previstos, nos casos 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", admitido o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso (art. 137, §3º).

c) Atraso de pagamentos superior a 2 (dois) meses

O atraso de pagamento superior a 2 (dois) meses, por parte da Administração, dá causa ao direito de resolução do contrato pelo contratado, por inadimplemento. Conta-se o prazo, nos termos do art. 137, §2º, IV, "da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos". Trata-se, igualmente, de direito que pode ou não exercer o contratado, conforme avalie melhor preservar seu interesse. Não é incomum, na experiência brasileira, atraso superior ao limite definido na lei. Porém, a partir dos 2 (dois) meses que de ordinário suporta, nasce direito a promover a extinção do contrato, o que pode ocorrer, na prática,

em situações nas quais o inadimplemento avance no tempo, com risco de comprometer a higidez financeira do contratado, inclusive em relação ao cumprimento de outras obrigações de que seja parte.

O direito de resolução do contratado, contudo, a exemplo de outras hipóteses já mencionadas, não nasce se o inadimplemento, mesmo superior ao prazo de 2 (dois) meses de atraso no pagamento, ocorrer em situações 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".

Porém, sejam nestas situações em que não tem o direito de resolução, ou mesmo sendo titular do direito, admite-se que possa, o contratado, optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas (paralisar a execução do objeto contratual), até a normalização da situação (exceção de contrato não cumprido). Assim como se reconhece seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por acordo com a Administração (art. 137, §3º, II c/c art. 124, II, "d"). Neste sentido, confia-se ao próprio particular a decisão sobre como melhor conformar a preservação do seu interesse no contrato.

d) Ausência da liberação de área local ou objeto imprescindíveis à execução do contrato

A hipótese derradeira que confere ao contratado o direito de resolução do contrato administrativo é a da não liberação pela Administração, nos prazos do contrato "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." Trata-se de hipótese típica de inadimplemento, considerando a violação do prazo previsto em contrato para cumprimento da obrigação que incumbia ao contratante.

3.3. Formas de extinção do contrato

Os contratos administrativos se extinguem, além do adimplemento (com o recebimento do objeto e o pagamento), também em razão de determinação da Administração, segundo as causas definidas na lei, por consenso das

partes, ou pelo exercício do direito reconhecido por decisão judicial ou arbitral. Da mesma forma, ao tratar-se da extinção, deve-se compreender, segundo o sentido da lei, em relação aos seus efeitos, não se tratando da desconstituição do contrato no caso de invalidade, que pode ser declarada pela Administração (autotutela), segundo o regime próprio previsto na lei (art. 147 e ss), ou pelo exercício de pretensão própria em juízo, no caso de interesse do contratado ou de terceiro (e.g. por ação popular, art. 1º da Lei 4.717/1965).

O art. 138 da Lei 14.133/2021, de sua vez, dispõe sobre as formas de extinção do contrato, nos seguintes termos: "Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial." Uma interpretação apressada da norma pode conduzir ao entendimento de que serão exclusivamente estas as formas de extinção, quando o próprio exame das causas de extinção dos contratos, previstas no art. 137, permite identificar situações em que a extinção por resolução se dá também pelo exercício do direito conferido ao contratado, o qual não se deve exigir que, necessariamente, seja exercido perante o juízo (para eventualmente dar causa à extinção por decisão judicial ou arbitral), quando ausente controvérsia entre as partes.

Neste particular, refira-se que quando a extinção do contrato ocorra por culpa exclusiva da Administração (e.g. inadimplemento), é reconhecido o direito do contratado à reparação dos prejuízos que vier a comprovar, assim como à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução até a data que o se extinguir o vínculo, bem como ao pagamento do custo de desmobilização (art. 138, §2º).

a) Extinção por ato unilateral da Administração

A extinção do contrato pode ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta. O poder da Administração de extinguir o contrato por decisão unilateral é característico do regime de prerrogativas e

cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos em diferentes sistemas jurídicos. A lei lhe define forma e limite. Trata-se de ato administrativo que deve ser formalizado por escrito e, nestes termos, observar os demais requisitos de validade. No caso específico, o art. 139, §1º, inclusive, dispõe que o ato de extinção em si deve ser precedido de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, reduzida a termo no respectivo processo. Da mesma forma, deve ele próprio ser expedido por autoridade competente, com a respectiva motivação e respeitando a finalidade que visa atingir. Neste sentido, não é demais lembrar que a legitimidade do ato administrativo se relaciona com determinada realidade objetiva que o justifica (motivo), devidamente explicitada pela autoridade competente (motivação), de modo a permitir sua verificação. Tratando-se de ato unilateral cujo objeto é a extinção de contrato administrativo, deve-se demonstrar não apenas que o autoriza uma das hipóteses previstas na lei (art. 137 da Lei 14.133/2021), como também que a decisão em questão atende determinada finalidade de interesse público, sendo a que menor sacrifício traz à posição jurídica das partes, em especial em respeito ao interesse legítimo do contratado (proporcionalidade).

Note-se que, com isso, não se trata de reconhecer ao particular direito à manutenção do contrato, mas controle da própria finalidade do ato administrativo sob diferentes perspectivas, da proteção aos princípios que informam a Administração (e.g. impessoalidade, moralidade, eficiência). A circunstância de que a extinção do contrato administrativo pode afetar direitos ou interesses do contratado dá causa a que se projete sobre a situação, e em especial, na fase antecedente à decisão sobre a extinção, a garantia do devido processo legal. Isso terá especial relevância conforme a causa definida para motivar o ato unilateral de extinção do contrato, que poderá ser relacionar a fatos que também poderão fundamentar sanções (e.g. inadimplemento do contratado, art. 137, I e II).

Há também um limite definido, em lei, para o exercício do poder de extinção unilateral do contrato pela Administração, que é o caso em que seu motivo se vincule a “descumprimento decorrente de sua própria conduta”. Trata-se do reconhecimento, no regime do contrato administrativo, de comportamentos reconduzidos, no âmbito dos contratos privados, à proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum*

proprium)²⁶ e, neste caso, mas precisamente a *tu quoque*,²⁷ fórmulas cuja origem se vincula aos efeitos da boa-fé objetiva. Quando um dos contratantes desrespeita o contrato e depois exige sua observância ao outro, se contradiz de modo contrário ao comportamento que dele se espera, sobretudo, como é o caso da norma, servindo-se do descumprimento a que deu causa para extinguir o contrato.

Havendo a extinção por ato unilateral da Administração, sem prejuízo de eventuais sanções que se venham a aplicar ao contratado, prevê-se como consequências por efeito da lei, as seguintes: I) assunção imediata do objeto do contrato, por ato próprio da Administração; II) ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade; III) execução da garantia contratual; IV) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas (art. 139). Trata-se de providências sem caráter sancionatório, uma vez que visam assegurar o atendimento da necessidade pública a que se destinava o contrato administrativo extinto, e preservar o interesse da Administração em relação aos prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento. A decisão sobre tais providências, contudo, observa os princípios da informação administrativa, de modo que deve atender a finalidade de preservação do interesse público, observada a proporcionalidade entre meios e fins.

As providências de assunção do objeto do contrato e ocupação e utilização de local, instalação, equipamentos, dentre outros elementos (art. 139, I e II), envolvem a discricionariedade do gestor, que deve sopesar seu custo e os meios para adoção. Poderá, neste sentido, decidir, conforme o interesse público "dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta." (art. 139, §1º), ou seja, tomar a si concluir a execução do objeto contratual ou proceder nova contratação, conferindo ao contratado neste ajuste a obrigação de concluí-lo. Em relação à possibilidade de ocupação e utilização de bens que pertencem ao contratado para

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 745.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, 841-843.

continuidade do contrato, inclusive, trata-se de providência pertinente a certos contratos administrativos (em especial, os que envolvam delegação de serviços públicos), sendo incogitável em relação a contratos cujo objeto envolva obras, prestação de serviços ou fornecimento, seja em razão do seu caráter desproporcional, seja em vista da violação direta à propriedade e livre iniciativa do particular. A gravidade da medida, neste caso, explica a razão pela qual a própria lei exija como pressuposto do ato, a autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente (art. 139, §2º).

A execução da garantia contratual e a retenção dos créditos decorrentes do contrato, por sua vez, são providências cuja adoção pela Administração deve considerar seu custo e efetividade na preservação do interesse público. Neste sentido, as finalidades a serem alcançadas com a execução da garantia são previstas na lei (art. 139, III), a saber: a) o ressarcimento dos prejuízos da Administração, decorrentes da não execução; b) o pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c) pagamento das multas devidas à Administração; e d) assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível (art. 102).

Já a retenção dos créditos a que o contratado tenha direito em razão do contrato extinto, como meio de assegurar os recursos necessários à reparação dos danos decorrentes do inadimplemento, é providência útil e eficiente para preservar o interesse da Administração. Contudo, a determinação dos prejuízos a serem reparados pelo particular, e que afinal serão compensados com os créditos objeto de retenção, exige, como regra, certo tempo para sua precisa liquidação. A retenção operada pela Administração, neste sentido, não afasta o direito de o contratado receber os valores, ainda que em momento futuro, do que excede ao compensável com os prejuízos a que deu causa, de modo atualizado até a data do efetivo pagamento. Por outro lado, se desde logo seja possível identificar que os prejuízos decorrentes do inadimplemento, embora ilíquidos, serão estimados em valor notoriamente inferior aos créditos a que tem direito o contratado, impõe-se a proporcionalidade da medida, inclusive com a retenção apenas de parte dos valores, quando suficientes para atender o fim de reparar a Administração.

b) Extinção por consenso dos contratantes

A segunda forma de extinção do contrato é por consenso dos contratantes. Conforme já foi mencionado, o art. 138, II, da Lei 14.133/2021, relaciona, como forma de extinção “consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.” O consenso das partes para extinguir o contrato tanto pode se dar mediante negociação direta, quanto por meio de conciliação, mediação ou por comitê de resolução de disputas. A previsão destas hipóteses sempre pressupõe a preservação do interesse público (“desde que haja interesse da Administração”), porém reconhece e promove a consideração da possibilidade de composição de interesses como meio eficiente para sua satisfação.

A mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública é disciplinada, detalhadamente, pela Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, incidente na espécie. Da mesma forma o art. 151 da Lei 14.133/2021 dispõe sobre os meios alternativos de solução de controvérsias.

Os comitês de resolução de disputas fazem referência a método recorrente em certos contratos, em diferentes sistemas jurídicos (*Dispute boards*), pelo qual são designados profissionais para acompanhamento da execução do contrato, com o objetivo de solucionar, de modo relativamente célere, em atenção ao disposto nas cláusulas contratuais, eventuais controvérsias que se apresentem ao longo da vigência do contrato. Destaca-se sua utilidade para evitar a paralisação da execução até que se decida a questão, uma vez que permite a solução da controvérsia tão logo ocorra, reduzindo custos de eventual litígio, e preservando o relacionamento entre os contratantes. Tais comitês devem ser previstos no contrato, tanto no tocante a formação, quanto ao modo de atuação. A autoridade de suas decisões deriva do próprio contrato e o caráter que as partes lhe conferem por seu intermédio. Neste sentido, é reconhecido pelo Enunciado 76 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), em 2016, nos seguintes termos: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente

emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada."

c) Extinção por decisão arbitral ou judicial

A terceira forma de extinção do contrato administrativo, prevista no art. 138, III, da Lei 14.133/2021, é "determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial."

A submissão dos contratos administrativos à arbitragem foi objeto de controvérsia no direito brasileiro. A contrariedade à sua adoção nas relações com a Administração, como regra, fundava-se no argumento de que seria incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Trata-se, contudo, de discussão superada, tanto na jurisprudência,²⁸ quanto pela previsão expressa da lei (art. 151 e ss da Lei 14.133/2021 e art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei 9.307/1996). Refere, a norma, que a extinção será decretada em razão de decisão arbitral "em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral". Trata-se de excesso de zelo do legislador, para precaver-se de eventual resistência ao instituto. A rigor, do que se trata é a extinção do contrato por decisão arbitral válida ou regular, cujo fundamento, ou bem é cláusula compromissória constante no contrato administrativo, que preveja o recurso à arbitragem, ou no compromisso arbitral, hipótese em que ausente previsão contratual, e surgida a controvérsia, as partes convencionam submetê-la à arbitragem. Não se deixa de notar, contudo, que a referência ao compromisso arbitral, neste caso, permitirá o recurso à arbitragem mesmo se, originalmente, não haja previsão no contrato ou no edital da licitação do qual se origina.

Como não poderia ser diferente, também a decisão judicial é forma de extinção do contrato administrativo. Neste caso, tanto se considera a decisão que resulte do exercício de direito das partes por via de ação, quanto de terceiros legitimados ao controle da atividade administrativa e contra lesão ao patrimônio público (e.g Ministério Público, Tribunais de Contas, e particulares quando a lei os reconheça legítimos para tal).

²⁸ STJ, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/04/2008, DJe 19/05/2008; REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 20/10/2011, DJe 28/02/2012; CC 139.519/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª Seção, j. 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

Note-se, neste particular, que a própria Administração pode recorrer a juízo para exercer seu direito à resolução, ao invés de exercer seu poder de extinção unilateral, como modo de precaver-se do risco de revisão judicial da decisão administrativa, resguardando a estabilidade e segurança jurídica em relação a determinada situação concreta.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit., 2004.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações* cit., p. 986-991.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública e anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS*. Cadernos de direito público, n. 57. Porto Alegre: PGE, dez. 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade privada da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 121-122.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações* 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.
- HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Salvador: Juspodium, 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: RT, 2021.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado. A nova administração pública e o direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MÖLLERS, Thomas. *Juristische Methodenlehre*, 2. ed. Munich: Beck, 2019.
- MOURA, Mauro Hiane de. *A autonomia contratual da administração pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. ampl. Madrid: Civitas 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. São Paulo: RT, 2012.

16. DURAÇÃO, EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SÉRVULO CORREIA José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*, editada por Eberhard Müller, Walter de Gruyter, 1904.

STOLL, Henrich. Abschied von der Lehre von der Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1932.

TURPIN, Colin C. Public contracts. *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, chapter 4. Tübingen: J. C. B. Mohr (Siebeck)/ The Hague: Nijhoff, 1982.

MIRAGEM, Bruno. DURAÇÃO, EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. (Coord.). **A nova lei de licitações**. São Paulo: Almedina, 2021. P. 307-357.