

Estudos Brasinfra

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021



TOMO 6

Da alteração à extinção dos contratos

03.
DA ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS E DOS PREÇOS
(ARTS. 124 A 136)

03.
ALTERAÇÕES UNILATERAIS

05.
ALTERAÇÕES BILATERAIS

08.
CONTRATAÇÕES INTEGRADAS E SEMI-INTEGRADAS

20.
DAS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS
(ARTS. 137 A 138)

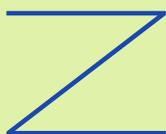
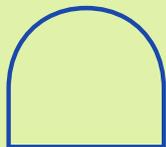
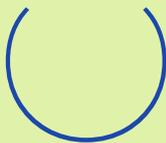
21.
O DIREITO DO CONTRATADO À EXTINÇÃO
DO CONTRATO

25.
DO RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL
(ART. 140)

29.
DOS PAGAMENTOS (ARTS. 141 A 146)

34.
DA NULIDADE DOS CONTRATOS (ARTS. 147 A 150)

38.
DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS (ARTS. 151 A 154)



Chegamos, então, ao Capítulo VII da NLLC, com alterações substanciais em relação ao normativo anterior, inclusive a partir da experiência de atos normativos infralegais que trataram do tema e dos inúmeros embates ao longo de sua vigência, tanto na via administrativa quanto na judicial.

O primeiro passo é compreender o que mudou em relação à Lei nº 8.666/93.

A regra central permanece a mesma: contratos podem ser alterados por decisão unilateral da Administração Pública ou por convergência entre as partes, observados contornos legais.

De início se destaca o Art. 126, que, embora sem correspondente na Lei nº 8.666/93, traz ideia sempre presente em julgados, qual seja a de que alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação.

ALTERAÇÕES UNILATERAIS

Segundo o Art. 124, inc. I, as alterações unilaterais podem ocorrer:

- a) **de forma qualitativa** “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos”;

- b) **de forma quantitativa** “quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”.

São exatamente as mesmas palavras que encontramos no Art. 65, inc. I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93.

Mas isso não significa que não existam novidades.

A primeira delas é a incorporação do entendimento do TCU, manifestado de forma especial na Decisão nº 215/99, sobre a incidência dos limites de 25% ou 50% (reforma de edifício ou de equipamento) sobre o valor inicial atualizado do contrato também nos casos de alteração qualitativa (Art. 125).

Isso porque o Art. 125 faz alusão ao inciso I do Art. 124, que abrange as duas modalidades de alteração contratual.

Ocorre que a mesma Decisão nº 215/99 do TCU reconhece que a alteração qualitativa pode superar os 25% ou 50% quando, cumulativamente:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - for necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados retro – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, são gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Embora a Lei não tenha incorporado as exceções acima descritas, é possível que elas ainda se apliquem porque são sedimentadas em decisões do TCU.

Por isso, recomendamos checar, **antes de celebrar termos aditivos** que prescrevam alterações acima dos limites, se estão observadas as condições e se houve parecer jurídico do órgão manifestando sua concordância (inclusive com atenção às determinações da LINDB, já referidas em tomos anteriores).

ALTERAÇÕES BILATERAIS

Não existe mais regra permitindo acordo entre as partes para suprimir quantitativos contratuais além dos limites de 25% ou 50%. A permissão constava do inciso II do §2º do Art. 65 da Lei 8.666/93.

As alterações por acordo entre as partes podem ocorrer, nos moldes do Art. 124, inc. II, nos seguintes casos:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, **respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.**

A redação das alíneas é quase igual à constante no Art. 65, inc. II da Lei nº 8.666/93, à exceção da alínea “d”. Isso porque, havendo matriz de risco, há de se verificar como ela distribui os riscos entre as partes. Sugerimos consultar o **Tomo 3**, que trata de matriz de risco, clicando aqui.

Atrasos na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, **por circunstâncias alheias ao contratado**, são considerados **situações originárias de reequilíbrio** econômico-financeiro do contrato e de pleno direito, o que beneficia contratados de obras e serviços de engenharia (Art. 124, §2º).

A propósito, vale lembrar que o **contratado tem direito à extinção do contrato em várias hipóteses**. Entre elas na de não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental (Art. 137, §2º, inc. V).

Também recordamos que o edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental e pela realização da desapropriação autorizada pelo poder público (Art. 25, §5º).

Há importantes regras que podem ajudar na existência de um contrato mais saudável.

A primeira é a de que alterações contratuais unilaterais não podem ser feitas de maneira verbal, sem que exista um documento que as oficialize.

Cabe à Administração providenciar o termo aditivo e **só a partir da sua assinatura** seria devido o cumprimento das prestações determinadas pela Administração. Única exceção seria o caso de justificada necessidade de antecipação de efeitos, quando a formalização deve ocorrer em no máximo um mês (Art. 132).

A segunda é a determinação de que o reequilíbrio decorrente das alterações produzidas venha definido **no próprio termo aditivo** em que se preveem as alterações (Art. 130).

A terceira é a de que a **extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro**, hipótese em que será concedida indenização por meio de **termo indenizatório** (Art. 131).

Mas **atenção**: o pedido **deverá ser formulado na vigência do contrato** e antes de eventual prorrogação posterior ao fato que der origem à solicitação do reequilíbrio (Art. 131, parágrafo único).

Essa última ressalva – prorrogação – foi aposta no parágrafo único do Art. 131 de forma atrelada ao contido no Art. 107. Isso significa, então, que deve se aplicar **apenas** nos casos de “serviços e fornecimentos contínuos”. Portanto, fora dos casos de fornecimento/serviços contínuos, não se poderia alegar renúncia tácita.

De todo modo, sugerimos sempre formular pedidos de reequilíbrio antes de prorrogações.

Chamamos atenção para o fato de que prorrogações serão automáticas nos casos de contratos por escopo (Art. 111).

Assim, se o prazo de vigência está se esgotando e há pedidos de reequilíbrio a serem formulados, sugere-se fazer as alterações antes do fim do prazo de vigência e logo antes da prorrogação automática.

CONTRATAÇÕES INTEGRADAS E SEMI-INTEGRADAS

O Art. 133 previu que, nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é **vedada a alteração dos valores contratuais enquanto regra**, excepcionadas as seguintes hipóteses:

- 1) para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
- 2) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado (observados os limites do Art. 125);
- 3) por necessidade da alteração do projeto nas contratações semi-integradas (observado o §5º do Art. 46, ou seja, nos casos em que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação).

As hipóteses de **mero apostilamento foram ampliadas**.

Tal se deu com a mudança de uma lista taxativa para uma lista meramente exemplificativa, ficando o gênero do apostilamento definido como aquele em que se derem “registros que não caracterizam alteração do contrato” em sua substância, ou seja, apenas ajustes relacionais (Art. 136). Isso dinamiza a relação e reduz os custos com discussões e publicações de termos aditivos.

A NLLC traz regras específicas para alterações de contratos de obras e serviços de engenharia, algumas delas resultado de entendimento do TCU.

Primeira: afasta-se expressamente a regra constante do §3º do Art. 65 da Lei nº 8.666/93, que previa acordo entre as partes para fins de inclusão de preços unitários para obras e serviços.

No seu lugar, o Art. 127 prevê que, se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no Art. 125 desta Lei (Art. 127).

Segunda: para evitar jogos de planilha, com inspiração nos acórdãos do Plenário do TCU nº 1.981/2009, 749/2010 e 1.200/2010, se prevê que nas contratações de obras e serviços de engenharia a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária (Art. 128).

A título de exemplo, veja a seguinte situação: há uma planilha orçamentária da Administração propondo preço de R\$ 1.000,00 para um item e uma proposta comercial de um licitante oferecendo preço de R\$ 900,00 para esse item. Isso leva à conclusão de que houve, por esse licitante, um desconto de 10% sobre o preço estimado. Quando houver termos aditivos, a Administração também deverá estimar preço para os itens e será aplicado o mesmo percentual de desconto de 10% dantes utilizado.

A regra já existia no caput do Art. 14 do Decreto Federal nº 7.983/13.

Terceira: as falhas de projeto que tiverem gerado a necessidade de alterações contratuais e até causarem aumentos de custos ensejam a necessidade de se apurarem as responsabilidades, ressaltando a NLLC que não é caso de se permitirem omissões pela Administração Pública (Art. 124, §1º).

É importante ressaltar que não se pode presumir culpa ou dolo. É crucial a apuração em sede de processo administrativo, em que se assegurarão a ampla defesa e o contraditório. No referido processo, devem ser considerados os limites do Art. 28 da LINDB.

A responsabilização também pode se dar no âmbito da improbidade administrativa, valendo destacar que, nessa seara, somente serão processados os atos de natureza dolosa, após a alteração promovida pela Lei federal nº 14.230/21.

Segundo essa, passaram a ser da redação da Lei nº 8.429/92 os seguintes parágrafos ao Art. 1º: *“consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” e “considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.*

Destacamos que houve ainda alterações nas tipificações dos atos de improbidade, com destaque para o art. 11, que trata de improbidade por violação aos princípios.

Entendemos que as mudanças, quando positivas para o acusado, operam efeitos retroativos.

Vale destacar também que o mero erro administrativo não deve ser objeto de punição, já tendo evoluído doutrina, jurisprudência e legislação na aceitação do “direito ao erro”.

Conforme se vê no Art. 28 da LINDB, o que administrativamente se pode punir é o erro considerado “grosseiro”.

No Decreto nº 9.830/19, que regulamentou a LINDB na esfera federal, está dito que erro grosseiro é apenas aquele “*manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*” (Art. 12, §1º).

Sobre o tema das alterações contratuais, a tabela abaixo oferece um comparativo, inclusive envolvendo a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16):

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:	Os contratos regidos por esta lei contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes , nos seguintes casos:	Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I – unilateralmente pela Administração:	Sem previsão correlata.	I – unilateralmente pela Administração:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;	I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos = essa hipótese está prevista em caso de acordo das partes , conforme <i>caput</i> .	a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei;	II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei = essa hipótese está prevista em caso de acordo das partes , conforme <i>caput</i> .	b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
II – por acordo das partes:	Conforme <i>caput</i> , todas as hipóteses são por acordo entre as partes.	II – por acordo entre as partes:
a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;	III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;	a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;	IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;	b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;	V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;	c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da	VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da	d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
<p>administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.</p>	<p>administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual</p>	<p>decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.</p>
<p>§1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras,</p>	<p>§1º. O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras,</p>	<p>Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.	até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.	acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50%.
Sem previsão correlata (vedação em sede de jurisprudência).	Sem previsão correlata (vedação em sede de jurisprudência).	Art. 126. As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.
§2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.	§2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no §1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.	Sem equivalente

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
<p>§3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º deste artigo.</p>	<p>§3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º.</p>	<p>Art. 127. Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei.</p>
<p>§4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e</p>	<p>§4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente</p>	<p>Art. 129. Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.	comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.	comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
§5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.	§5º. A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.	Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.
§6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por	§6º. Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista	Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.	deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.	no mesmo termo aditivo , o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
<p>§8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento (lista taxativa).</p>	<p>§7º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento (lista taxativa).</p>	<p>Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações (lista meramente exemplificativa):</p> <p>I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;</p> <p>II - atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;</p> <p>III - alterações na razão ou na denominação social do contratado;</p> <p>IV - empenho de dotações orçamentárias.</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
		Art. 115. §5º. 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.
Sem previsão correlata.	§8º. É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.	Art. 103. §4º. A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.
Sem previsão correlata.	Sem previsão correlata.	§1º. Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
		responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração.
Sem previsão correlata.	Sem previsão correlata.	§2º. Será aplicado o disposto na alínea “d” do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

DAS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS (ARTS. 137 A 138)

A NLLC utilizou como conceito de “extinção dos contratos” tudo aquilo que tiver interferido para o seu encerramento prematuro.

O termo utilizado pelo Art. 78 da lei anterior era “rescisão”. Apenas uma única vez, por falha de revisão, a Lei faz uso da palavra “rescisão”. Isso ocorre quando se aborda a possibilidade de contratação de remanescente (Art. 90, §7º).

A NLLC previu que a extinção do contrato poderá ocorrer por:

- 1) **ato unilateral** e escrito da Administração Pública (exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta, Art. 138, inc. I);
- 2) **decisão consensual** ou por qualquer das estratégias de ajuste (acordo entre as partes, conciliação, mediação, por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração, Art. 138, inc. II);
- 3) **decisão judicial ou arbitral** (em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, Art. 138, inc. III).

E agora a lei também prevê os casos em que o contratado terá direito à extinção, em que ele deverá comunicar formalmente seu intuito sem que à Administração se conceda espaço para obrigar a permanência do contrato.

No caso de extinções unilaterais pela Administração, ainda que resultem apenas de ausência de interesse público, não havendo falha atribuível ao contratado, se repete a exigência da Lei nº 8.666/93 de que se observem o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a esses inerentes. A decisão há de ser motivada (Art. 137, caput).

Essas extinções poderão ser refletidas pela Administração Pública e deverão, para que possam ocorrer, acatar não apenas as regras da NLLC: será necessário **respeitar as determinações da LINDB**, especialmente no que tange a, pelo menos:

- a) motivação eficiente;
- b) ponderação das consequências fáticas, práticas e jurídicas do decidir;
- c) ponderação de possíveis soluções alternativas.

Além disso, regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para a verificação da ocorrência dos motivos de extinção, a exigir que se atente para a existência de normativos específicos de cada entidade contratante.

Portanto, detalhes sobre a extinção dos contratos deverão ser checados nos regulamentos.

O DIREITO DO CONTRATADO À EXTINÇÃO DO CONTRATO

Para além dessas hipóteses retromencionadas, cuja iniciativa parte da Administração Pública, o §2º do Art. 137 previu as hipóteses em que **o contratado terá direito** à extinção prematura dos contratos.

Isso se dá diante de condutas da Administração descritas nos incisos do §2º do Art. 137.

Ele poderá exercer o direito comunicando à Administração sua intenção. Ou poderá permanecer vinculado, suspendendo o cumprimento do contrato. Houve substancial alteração em relação às hipóteses que estavam previstas na Lei nº 8.666/93. Vale a pena ver a comparação entre os textos:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
ART. 78	ART. 137, §2º
XIII – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite de 25% ou 50% previsto no §1º do Art. 65;	I – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite de 25% ou 50% previsto no Art. 125;

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
ART. 78	ART. 137, §2º
<p>XIV – suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;</p>	<p>II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 meses; III – repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e outras previstas;</p>
<p>XV – atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;</p>	<p>IV – atraso superior a 2 meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;</p>
<p>XVI – não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.</p>	<p>V – não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.</p>

Importante fazer uma observação aqui: a NLLC não previu, expressamente, a possibilidade de extinção em razão de atrasos na medição de obras e serviços, mas é possível construir essa hipótese. Não raras vezes, a Administração Pública retarda o processo de medição como subterfúgio à postergação dos pagamentos devidos ao contratado.

Mas a NLLC agora exige que o contrato tenha regras claras sobre medição e pagamento (ver art. 92), exatamente com vistas a evitar que o contratado fique à mercê do gestor.

Então, se a NLLC obriga a Administração Pública a assim prever, pode-se entender que não medir nos moldes contratados (prazos etc.) significa, em última análise, não pagar.

Essas regras deixam claro que o legislador procurou recolocar a Administração Pública no papel de parte contratante e assumir os compromissos de suas inadimplências, não podendo a situação dos atrasos de medição ser instrumento de pressão desmedida e afetação da sustentabilidade econômico-financeira do contrato.

As hipóteses na NLLC deixam claro que houve uma **diminuição dos prazos imputados ao contratado para suportar os atrasos da Administração**, além de uma pequena ampliação (embora significativa) das hipóteses de “repúdio” a comportamentos da Administração.

Atenção para o fato de que em alguns casos os prazos se contam em dias úteis e, em outros, em meses.

Apesar disso, foram mantidas algumas restrições, como é o caso dos incs. II a IV acima indicados, em que deverá ser observado o seguinte:

- a) não serão admitidas as hipóteses propostas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, tampouco quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;
- b) assegurar-se-á ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outros importantes pontos foram tratados pela NLLC, valendo realce aos seguintes:

a) Os **emitentes de garantias** deverão ser **notificados** pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais (Art. 137, §4º). Isso porque poderá decorrer da aplicação de sanção nesse processo a execução das garantias descritas no Art. 96.

b) As extinções unilaterais e consensuais dependerão de **autorização escrita e fundamentada** da autoridade competente e serão reduzidas a termo no respectivo processo (Art. 138, §1º).

c) No caso de rescisão por culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado **será ressarcido** pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a devolução da garantia, a pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da extinção e ao custo da desmobilização (Art. 138, §2º).

Atenção para o que já consta nesse tomo, na página 31 sobre os debates acerca de pagamento de parcelas incontroversas.

d) Quando a extinção for unilateral pela Administração Pública, poderá acarretar, além de eventuais sanções legais, as seguintes consequências:

d.1) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

d.2) ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

d.3) execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração por prejuízos decorrentes da não execução, pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível, pagamento de multas devidas à Administração Pública e exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

d.4) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas. (Art. 139).

e) As hipóteses de assunção imediata e ocupação descritas no item anterior poderão, a critério da Administração Pública, ser substituídas pela continuidade da obra ou serviço por execução direta ou indireta.

No caso de optar-se pela ocupação dos bens e insumos, o ato dependerá de autorização expressa do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou do Secretário Municipal da pasta correspondente (Art. 139, §§1º e 2º).

DO RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL (ART. 140)

A NLLC dedicou um capítulo próprio para o recebimento do objeto contratual, seja provisório, seja definitivo, trazendo algumas regras a mais do que se conhecia na legislação anterior. A começar pelos conceitos e responsabilidades.

Para se compreender as novidades, vejam-se as diferenças:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Art. 40. O edital conterà [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XVI – condições de recebimento do objeto da licitação;	Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual [...], bem como abordar [...], compreendidos: III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento.
Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso.	Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: VII – os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, conforme o caso.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Sem previsão correlata.	<p>Art. 140. O objeto do contrato será recebido:</p> <p>I – em se tratando de obras e serviços:</p> <p>a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;</p> <p>b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.</p>
Sem previsão correlata.	§1º. O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.
§2º. O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.	§2º. O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.
Sem previsão correlata.	§3º. Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do contrato correm por conta do contratado.</p>	<p>§4º. Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.</p>
<p>Sem previsão correlata</p>	<p>§5º. Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.</p>
<p>Art. 73. §2º. O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.</p> <p>Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.</p>	<p>§6º. Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 anos, admitida a previsão e prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:</p> <p>II – serviços profissionais;</p> <p>III – obras e serviços que acarretam dispensa por valor, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o recebimento será feito mediante recibo.</p>	<p>Sem previsão correlata.</p>

Além do quadro retro, sugerimos especial atenção para três pontos:

- a) De início, o fato de a lei ter previsto a obrigação de **responder pela funcionalidade da construção** (reforma, recuperação ou ampliação de imóvel) no caso de obras;
- b) A previsão de que o recebimento provisório está interligado a **exigências de natureza técnica**, que serão definidas em edital/contrato;
- c) O tema dos recebimentos deverá, em cada esfera contratante, ainda ser **objeto de regulamento**, inclusive sobre quem são os responsáveis pela sua realização, o prazo em que deverão ocorrer, quais as consequências de sua ocorrência ou omissão, entre outros pontos.

Atenção para os regulamentos que forem emitidos, pois o seu cumprimento (assim como sua adequação à lei) pode ser crucial para a consideração da lisura do cumprimento do objeto.

A BRASINFRA já atuou na consulta pública federal a respeito do tema, infimamente tratado na normativa relativa a fiscais e gestores do contrato. **Veja aqui.** (<http://brasinfra.com.br/regulamentacao/>)

DOS PAGAMENTOS (ARTS. 141 A 146)

No que se refere aos pagamentos devidos aos contratados, a NLLC trouxe várias regras específicas.

Em que pese grande parte delas não ser novidade na experiência ordinária, por decorrer de normativos já utilizados (especialmente na esfera federal), da conjugação com leis especiais e da jurisprudência do TCU, o fato é que a reunião desses pontos em sede legislativa e com caráter geral contribui para o conhecimento e a boa aplicação das regras.

A primeira das regras é o dever de a Administração Pública respeitar a **ordem cronológica de pagamentos** para cada fonte diferenciada de recursos.

Em que pese o Art. 5º da Lei nº 8.666/93 prever que a Administração estaria, no pagamento de suas obrigações, obrigada a “obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada”, a NLLC foi além.

Ela previu que o não respeito à ordem cronológica, além de dever ocorrer como exceção, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno e ao Tribunal de Contas competente (Art. 141, §1º), somente poderá ocorrer nas seguintes situações (não mais sob a genérica afirmação de “relevantes razões de interesse público”):

- a) grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- b) pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

- c) pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- d) pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
- e) pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento de missão institucional.

O conjunto dessas hipóteses excepcionais, que é lista taxativa, indica que a alteração da ordem cronológica de pagamentos só se dará em situações que visem a garantir a permanência de continuidade de execução e que possam afetar, seriamente, essa ou o próprio negócio do contratado (abarcado por políticas públicas de fomento).

Tanto assim é que a inobservância imotivada da ordem cronológica ensejará a apuração de responsabilidade do agente, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização (Art. 141, §2º).

Para que essa ordem cronológica possa ser efetivamente objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, pelos contratados ou por qualquer pessoa, o órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação no seu sítio eletrônico, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem (Art. 141, §3º).

O tema da ordem cronológica comporta alguma regulamentação, embora seja indispensável que se preservem o direito e o princípio que representa, bem como que o regulamento não prejudique a temporalidade dos pagamentos ou as regras objetivas de sua exigibilidade.

Inspirado nisso a BRASINFRA atuou para a modificação da tentativa de regulamentação federal, em sede de consulta pública sobre o tema. [Para saber, clique aqui.](http://brasinfra.com.br/regulamentacao/) (<http://brasinfra.com.br/regulamentacao/>)

Outra regra importante é a que está prevista no Art. 142, ou seja, que disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador.

A previsão de uso de depósito em conta vinculada teve parte da sua previsão vetada pela Presidência da República, mantido o veto pela Casa legislativa. O veto está explicitado no conteúdo dos §§2º e 3º do Art. 115.

Seus textos originários previam que, para as contratações de obras, a expedição de ordem de serviço para execução de cada etapa estaria obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada.

Como se sabe, há um número considerável de obras paralisadas e contratos rescindidos pela inadimplência da Administração que, não obstante dispusessem de dotação orçamentária ao tempo da licitação e devessem manter essa disponibilidade ao tempo da execução contratual, comprometem os recursos e deixam de honrar as obrigações no curso do contrato.

Apesar da justiça e moralidade da regra inicialmente prevista no Projeto de Lei, os vetos foram mantidos pela Casa legislativa.

Conheça as razões apresentadas pela BRASINFRA para que o veto fosse derrubado, **[clikando aqui.](http://brasinfra.com.br/derrubada-veto/)** (<http://brasinfra.com.br/derrubada-veto/>)

Mas o Art. 142 permanece intacto. E ele ainda autoriza que regra constante do edital ou do contrato preveja pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador. Ou seja, embora não sejam obrigatórios a existência de conta vinculada e o depósito prévio do valor correspondente às parcelas a serem executadas, não há proibição nesse sentido, considerando o Art. 142.

Trata-se, inclusive, de medida que contribui para evitar o grave problema de obras paralisadas por ausência de fluxo financeiro.

Importante lembrar que parcelas incontroversas devem ser pagas. A Administração Pública não pode deixar de pagar alegando que há divergência relativa a uma parcela quando dúvida não há em relação a outra (Art. 143). E o pagamento deve ser feito de acordo com o prazo fixado no contrato, lembrando que incide atualização monetária se houver atraso (Art. 92, inc. V) e que, a depender do prazo da inadimplência, o contratado terá direito à extinção do contrato (Art. 137, §2º, inc. IV).

Assim, na disposição atual, a previsão de pagamento em conta vinculada dependerá de previsão expressa no edital ou no contrato e das hipóteses que esse prever, coerentes ao que dispuser o planejamento da entidade contratante.

Apesar dessa possibilidade, é importante ressaltar que permanece a resistência às ocorrências de **pagamento antecipado**, total ou parcial.

Atenção:

Quando será possível haver pagamento antecipado (Art. 145)?

a) somente será possível se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta (§1º);

b) havendo previsão de pagamento antecipado, a Administração Pública poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para a sua ocorrência (§2º);

c) caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido pelo contratado (§3º).

Previu, ainda, o Art. 143 que, mesmo em caso de controvérsia sobre a execução do objeto quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a **parcela incontroversa deverá ser liberada** no prazo previsto para pagamento.

Outro ponto importante na NLLC diz respeito à possibilidade de serem firmados **contratos com remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado**. Não se trata de uma situação inovadora para os contratos públicos, já que outras previsões legais, também acolhimentos na jurisprudência, têm permitido o uso desses contratos por êxito.

Esse tipo de contrato se tornou mais conhecido **a partir do RDC** (em 2011, Art. 10, para “contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, de remuneração

variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos em edital e contrato”, respeitado o limite orçamentário) e **a partir das PPPs** (a partir de 2012, Art. 6º, §1º, da Lei nº 11.079/04, para “pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”), que ganharam corpo na prática cotidiana.

Em que pese tais contratos por desempenho serem admitidos pela lei, para além de sua aquiescência doutrinária e jurisprudencial, é fato que **não se pode permitir como ganho de eficiência qualquer situação ou fato, tornando imperioso que se saliente o que vem sendo ressaltado pelos Tribunais e órgãos de controle.**

Atenção:

É possível haver previsão de pagamento por êxito nos contratos, segundo a jurisprudência:

- a) quando decorrer de esforço adicionado do contratado, em razão da dificuldade de obtenção do resultado;**
- b) quando houver imprevisibilidade do resultado adicionado por razões alheias à vontade dos contratantes;**
- c) nos casos de atuação escorreita do contratado, respeitados os princípios e metas estabelecidos no contrato;**
- d) quando o resultado depender do empenho do contratado;**
- e) quando houver cálculo estimado da possível economia gerada e essa for efetivamente alcançada;**
- f) quando se previr, de antemão, quais valores poderão ser faturados a título de êxito e esses forem proporcionais ao resultado estimado;**
- g) quando o valor de êxito não significar sobrepreço ou ganhos excessivos e desproporcionais ao objeto.**

A base para a possibilidade desse tipo de remuneração variável, como o próprio Art. 144 indica, está sobre metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital e no contrato.

O pagamento poderá ser ajustado em base percentual **sobre o valor economizado em determinada despesa** quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica (§1º).

Além disso, a utilização dessa remuneração será motivada e **respeitará o limite orçamentário** fixado pela Administração Pública para a contratação (§2º).

DA NULIDADE DOS CONTRATOS (ARTS. 147 A 150)

Em outros tempos normativos, a única concepção que se tinha, fruto de um formalismo mais exacerbado e menos focado em efetividade, era a de se produzir a anulação de todo e qualquer ato – inclusive contratos – que estivesse marcado por alguma ilegalidade.

De solução única, o tema foi evoluindo para aceitar hipóteses de **convalidação de atos** que, por terem uma escala reduzida de contaminação sobre o completo e total objeto contratual, poderiam se ver remediados de alguma forma.

Exemplos disso são: a chancela pela autoridade competente de eventuais atos praticados por quem não tinha poderes para agir ou decidir; o decurso do tempo sobre situações que se tornaram consolidadas ou que, por outras vias, acabaram realizando o objetivo pretendido; a inconformidade de atos não essenciais; a inconformidade de atos que não tenham tido interferência sobre o resultado principal ou que não tenham causado prejuízo.

A todas essas hipóteses de convalidação, os órgãos de controle e o Poder Judiciário foram permitindo sobrevivência fática em razão da menor potencialidade lesiva.

Depois disso, os mecanismos legais e de controle foram evoluindo para aceitar **termos de ajustamento de conduta e regulação responsiva**, de forma que, mesmo reconhecendo alguma inconformidade de ação, a rota dos comportamentos

se via ajustada para as ações futuras, preservando, quando possível, as licitações e os contratos respectivos.

Com o passar do tempo, a vivência do princípio da eficiência, o foco sobre os bons resultados e o endireitamento dos comportamentos públicos como nuances de boa governança inspiraram que se aumentasse o espaço de consensualidade e ajustamento nas relações contratuais da Administração Pública.

Afinal de contas, interessa a obtenção do resultado contratado, já que esse interfere ou se relaciona diretamente com a sociedade e com a vivência de seus direitos fundamentais.

Por isso a NLLC abraçou uma concepção mais evoluída do que se deva, efetivamente, anular ou do que é possível ajustar, ter efeitos modulados, ter o início da validade da nulidade ressalvada e outras questões.

Para isso, convém conhecer o teor do Art. 147, em que é dito que, constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato **somente será adotada** na hipótese em que se revelar medida de interesse público.

Atenção:

Aspectos que podem ser avaliados, entre outros, para o aproveitamento do contrato:

- a) impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;**
- b) riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;**
- c) motivação social e ambiental do contrato;**

- d) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;**
- e) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;**
- f) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;**
- g) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;**
- h) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;**
- i) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;**
- j) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;**
- k) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.**

Esses fatores, assim como outros correlatos e similares, se mostram perfeitamente amoldados ao que está previsto na LINDB, que obriga a Administração Pública a sopesar, nas suas escolhas de “interesse público”, quais são as consequências fáticas, práticas e jurídicas do decidir, inclusive de sopesar eventuais medidas alternativas e soluções possíveis (Arts. 20 e 21).

Por conta disso, a NLLC previu que, caso a paralisação ou a anulação não se revele medida de interesse público, o poder público poderá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (Art. 147, parágrafo único).

Daí que a declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, exigindo uma decisão refletida e inevitavelmente escolhida pela Administração Pública (Art. 148).

Além disso, ao definir pela nulidade, a Administração Pública terá de estabelecer como se darão os **efeitos da nulidade e a partir de quando serão contados**.

Como regra, a nulidade opera efeitos retroativamente (Art. 148), “impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos”, embora permaneça devido ao contratado tudo quanto já tenha sido executado e as parcelas incontroversas (assim como era previsto no parágrafo único do Art. 59 da Lei nº 8.666/93).

Como dito no Art. 149 da NLLC, a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhes sejam imputáveis, e será promovida a responsabilização de quem tenha lhes dado causa.

É a aceitação do princípio do **não enriquecimento sem causa** à Administração Pública.

Some-se a isso que, para um número considerável de situações, a solução ideal pode ser, em lugar de efeitos retroativos, modular os efeitos para que passem a vigorar a partir de outro momento.

Por isso a NLLC previu que, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá a Administração Pública decidir que ela **só tenha eficácia em momento futuro**, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 meses, prorrogável uma única vez (Art. 148, §2º).

Com isso se evitam contratos emergenciais-tampões (muitas vezes sujeitos a preços mais elevados) e se planeja adequadamente a substituição pela próxima relação contratual.

Para além disso, a NLLC também previu que, nos casos em que não for possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Afinal, a base da declaração de nulidade é a ocorrência de atos (ou omissões) ilegais, devendo a ilegalidade ser objeto de apuração da autoria e responsabilidade (Art. 148, §1º).

Por último, ainda nesse capítulo e tendente a prever as responsabilizações necessárias, a NLLC previu, em seu Art. 150, que nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS (ARTS. 151 A 154)

Esse é mais um capítulo em que a NLLC abraçou uma franca evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial havida ao longo dos últimos anos.

A previsão não tem correspondência na Lei nº 8.666/93. Afinal de contas, a primeira legislação específica sobre arbitragem no Brasil somente veio em 1996 (Lei federal nº 9.307).

Àquele tempo, no entanto, inúmeros eram os questionamentos se seria possível à Administração Pública fazer uso dessa e se poderia transigir sobre seus direitos, com franca cultura do pensamento de indisponibilidade de todo e qualquer interesse público.

Apenas posteriormente se evoluiu à compreensão de que parte dos direitos e vivências da Administração Pública é transacionável, especialmente a que diz respeito às suas relações contratuais.

A próxima relevante legislação sobre o assunto foi a Lei federal nº 13.129/15, que acrescentou o §1º ao Art. 1º da Lei nº 9.307/96 para dispor que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, findando a discussão de que a arbitragem é possível.

Para além dessa hipótese, também se evoluiu para aceitar outras formas de resolução de controvérsias, permitindo conciliação, mediação e transação, tanto

para dirimir conflitos quanto para prevenir disputas administrativas e judiciais, inclusive com a Lei federal nº 13.140/15.

Posteriormente, veio a Lei nº 13.655/18, que possibilitou o espaço de consensualidade à Administração Pública de forma ainda mais ampla ao modificar a LINDB e prever, em seu Art. 26, caput e §1º, inc. I, que “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a autoridade administrativa poderá celebrar compromisso com os interessados, a fim de buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.

Chega-se, então, ao que está dito na NLLC, selando serem possíveis diversos meios alternativos de resolução de controvérsias, inclusive preventivos, notadamente conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (Art. 151).

Essas medidas servem para direitos patrimoniais disponíveis, assim como para questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (Art. 151, parágrafo único).

Nos casos em que os editais e contratos não tiverem previsto essas possibilidades, é possível permiti-lo através de termos aditivos (Art. 153).

Nesses procedimentos é importante atentar para os princípios da publicidade e da transparência, bem como para a forma objetiva, técnica e isonômica de escolha de árbitros e membros.

O primeiro passo está dado: os temas não precisam ser, necessariamente, judicializados, havendo espaço para outros tipos de ajuste, o que pode reduzir o tempo de decisão e o custo de submissão a decisão de terceiros.

Siglas utilizadas no texto:

NLLC – nova lei de licitações e contratos (Lei federal nº 14.133/21) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm;

TCU – Tribunal de Contas da União;

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657 de 4/9/1942, especialmente com as alterações produzidas pela Lei federal nº 13.655 de 25/4/2018) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm;

RDC – regime diferenciado de contratação (Lei federal nº 12.462/11);

BDI – bonificação por despesas indiretas;

PCD – pessoas com deficiência – sua definição é dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei federal nº 13.146/15 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm;

PPP – Parcerias Público-Privadas – Lei federal nº 11.079/04 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm;

Lei do Pregão – Lei federal nº 10.520/02 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm;

Lei das Estatais – Lei federal nº 13.303/16 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm.

Presidente

José Alberto Pereira Ribeiro - *SICEPOT-PR - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado do Paraná*

1º Vice-Presidente

Luiz Albert Kamilos - *SINICESP - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo*

Vice-Presidentes

Afonso Celso Legaspe Mamede - *SOBRATEMA - Associação Brasileira de Tecnologia para a Construção e Mineração*

Alfredo Schwartz - *AEERJ - Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro*

Carlos Roberto Soares Mingione - *SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva*

Daniel Zveiter - *ANEOR - Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias*

João Jacques Viana Vaz - *SICEPOT-MG - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais*

Dinalvo Carlos Diniz - *SINCONPE-CE - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Ceará*

José Carlos Chamon - *SINDICOPES - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado do Espírito Santo*

Claudio Medeiros Netto Ribeiro - *SINICON - Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada*

Wagner Sandoval Barbosa - *ACEOP - Associação Catarinense dos Empresários de Obras Públicas*

Diretor Administrativo e Financeiro
Carlos Alberto Laurito

Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações

Bruno Baeta Ligório - Coordenador
Carlos Alberto Laurito
Carlos Eduardo Prado
Carlos Roberto Soares Mingione
Caroline Melloni M.N.Cliber
Cesar Augusto Del Sasso
Daniel Pinto Gontijo
Geraldo Rocha Lima
José Alberto Pereira Ribeiro
José Carlos Chamon
Julio Comparini
Marco Túllio Bottino
Mario Cezar Noia de Assis
Mayra Moriconi
Murilo Mori
Vinícius Augusto Pereira Benevides

Consultoria Jurídica: Cristiana Fortini e Juliana Picinin - Carvalho Pereira,
Fortini Advogados - Tel: (31) 3299-5421

Editoração - SSCR comunicação - (11) 99230 5083



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e
Associações de Classe de Infraestrutura

SBN, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC sala 804,

Brasília - DF - CEP 70040-010

Telefone: (11) 3179 5829 ou (61) 3326-8897

www.brasinfra.org.br

