

FELIPE FERNANDES

RODOLFO PENNA

**LEI DE
LICITAÇÕES
E CONTRATOS
PARA A
ADVOCACIA
PÚBLICA**

2024

4^a revista
atualizada
edição ampliada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

(Provisório)

4

DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CLÁUSULAS EXORBITANTES)

A Lei n. 14.133/2021 previu de forma sistemática as prerrogativas da Administração Pública no art. 104:

- I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II – extinguí-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;
- III – fiscalizar sua execução;
- IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses de:
 - a) risco à prestação de serviços essenciais;
 - b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Além desses casos, a Administração Pública poderá ainda:

- a) Exigir **garantia** da proposta (tema já estudado);
- b) Exigir **medidas de compensação**.

Por outro lado, a **exceção do contrato não cumprido possui restrições** quando oposta pelo particular contratado.



As cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos **decorrem diretamente da lei (*ex lege*)**, sendo desnecessária a sua previsão no edital de licitação e no contrato para que possam ser utilizadas pela Administração Pública.

4.1. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

As hipóteses genéricas de alteração unilateral do contrato são idênticas à lei 8.666/93, mantendo-se a distinção entre alteração qualitativa e quantitativa:

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

I – unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
- 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;





Preste atenção!

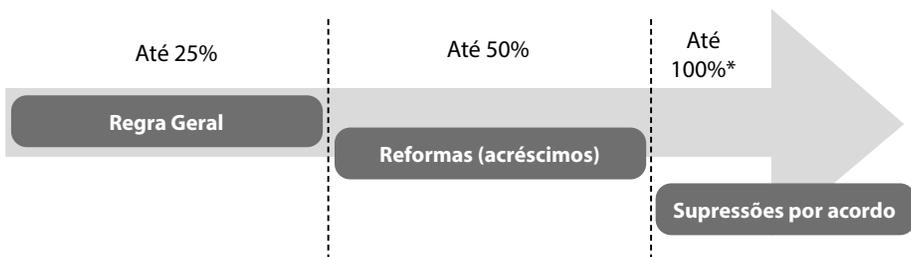
A lei permite apenas a alteração das **cláusulas regulamentares** do contrato (também denominadas cláusulas de serviço ou cláusulas de execução). As **cláusulas econômico-financeiras não podem ser alteradas unilateralmente** pelo poder público. Ademais, promovida alteração unilateral do contrato, as cláusulas econômico-financeiras devem passar por uma revisão para que se mantenha o equilíbrio contratual.

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

Os limites percentuais são os seguintes:

- a) **Regra geral:** 25% do **valor inicial atualizado**;
- b) **Exceção:** 50% no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, apenas quanto aos acréscimos (no caso de supressão permanece o limite de 25%).

A lei admite apenas um caso de alteração do contrato sem limite percentual, todavia, trata-se do caso das supressões resultantes de acordo entre as partes e, portanto, não é uma cláusula exorbitante.



Outra limitação que já existia, porém, agora se encontra prevista em lei (art. 126), é que a alteração não poderá transfigurar o objeto do contrato, sob pena de violação do princípio licitatório. Caso seja necessária a contratação de objeto distinto, deverá ser realizada nova licitação.

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. 124 desta Lei.

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 comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.



Novidade

Por fim, havendo alteração unilateral do contrato, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (art. 104, §2º e art. 130).

A novidade é que a Lei n. 14.133/2021 determinou que **o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser restabelecido no mesmo termo aditivo que realizar a sua alteração** unilateral.

4.2. EXTINÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

A Administração Pública pode rescindir o contrato de forma unilateral, sem necessidade de concordância do particular contratado nem de propositura de ação judicial (art. 104, II).

O art. 137 da lei 14.133/2021 prevê as hipóteses em que o poder público pode rescindir unilateralmente o contrato. Destacamos os principais pontos e, em vermelho, as mudanças e novidades em relação à lei 8.666/93:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A doutrina divide essas hipóteses em dois grupos:

- a) **Rescisão com culpa do particular:** são as hipóteses dos incisos I a VI do art. 137 (embora o inciso VI possa ocorrer por culpa do contratado ou não);
- b) **Rescisão sem culpa do particular:** hipóteses dos incisos VII a IX do art. 137.

Em qualquer caso, a rescisão deverá ser motivada e precedida de ampla defesa e de contraditório.

4.3. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

A fiscalização é um **poder-dever** da Administração Pública, que deverá **designar 1 (um) ou mais fiscais** do contrato, preferencialmente dentre os servidores efetivos ou empregados públicos dos seus quadros permanentes (arts. 117 e 7º), sendo permitida a **contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los** com informações, o que não exime o fiscal de sua responsabilidade.

Além disso, o fiscal deve ser **auxiliado pelo órgão de assessoramento jurídico e de controle interno** (art. 117, §3º). Trata-se de novidade inserida na Lei n. 14.133/2021.

A única novidade quanto à lei anterior é que aquela previa apenas a designação de 1 (um) representante da Administração, enquanto a Lei n. 14.133/2021 permite a designação de mais de um fiscal.

§ 1º O fiscal do contrato **anotará em registro próprio todas as ocorrências** relacionadas à execução do contrato, **determinando o que for necessário para a regularização** das faltas ou dos defeitos observados.

Se não possuir competência para determinar a regularização, deverá informar os seus superiores em tempo hábil (§2º). O descumprimento das determinações acima é causa de extinção unilateral do contrato (art. 137, II).

Art. 118. O contratado deverá manter **preposto aceito pela Administração** no local da obra ou do serviço para representá-lo na execução do contrato.

4.4. APLICAÇÃO DIRETA DE SANÇÕES

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado pela inexecução total ou parcial das cláusulas contratuais, sempre precedida do contraditório e da ampla defesa (art. 104, IV) e independentemente de manifestação do Poder Judiciário.

As sanções estão previstas no art. 156 e serão estudadas em tópico próprio.

4.5. OCUPAÇÃO PROVISÓRIA

A Lei n. 14.133/2021 simplificou o instituto da ocupação provisória nos contratos administrativos, admitindo-a nos seguintes casos:

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

O art. 139, II prevê ainda a ocupação provisória como consequência da extinção unilateral do contrato para que seja dada continuidade à sua execução.

Neste caso, a Administração contratante ocupa os bens móveis e imóveis, bem como utiliza o pessoal e os serviços vinculados ao objeto do contrato.

4.6. MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO

Apesar de se tratar de um dispositivo aplicável às licitações, vale fazer uma breve menção. A Administração se utiliza do poder de barganha decorrente do vulto de suas contratações e do seu poder econômico, para obter da parte contrária concessões e vantagens. Trata-se de método já utilizado pelos negociadores de grande porte no mercado. Entretanto, ao contrário destes, a Administração não se utiliza deste instrumento para obter vantagens meramente patrimoniais para si, mas para obter vantagens que objetivem a satisfação do interesse público.

Art. 26 (...)

§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

4.7. RESTRIÇÃO À OPOSIÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO E PODER DE SUSPENDER A EXECUÇÃO DO CONTRATO

Nos contratos privados, a inadimplência de um dos contratados faz surgir para a parte prejudicada o direito de suspender a execução do contrato. Trata-se da oposição do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*.

No caso dos contratos administrativos, a oposição da exceção do contrato não cumprido pelo particular sofre mitigações, a exemplo do que já ocorria na lei 8.666/93, somente podendo requerer a rescisão contratual após um determinado prazo de descumprimento das obrigações por parte da Administração:

▼ Lei 8.666/93 (art. 78)	▼ Lei 14.133/2021 (art. 137, §2º)
XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias (...);	II – suspensão de execução do contrato , por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

▼ Lei 8.666/93 (art. 78)	▼ Lei 14.133/2021 (art. 137, §2º)
XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados (...);	IV – atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

Além desses casos, a Lei n. 14.133/2021 previu ainda uma terceira hipótese (art. 137, §2º):

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

Em todo caso, **o particular poderá optar por não rescindir** o contrato, mas **apenas suspender o cumprimento de suas obrigações** até que seja normalizada a situação, desde que o faça noventa dias após o inadimplemento estatal.

Este ponto relevante foi destacado no Enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Administrativo do CJF, ainda que sob a égide da lei 8.666/93:

Enunciado 6: O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública autoriza o contratado a suspender o cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação, mesmo sem provimento jurisdicional.

O entendimento deve ser adaptado ao prazo da Lei n. 14.133/2021.

Além disso, ainda que superados os prazos acima definidos, o particular não poderá requerer a rescisão contratual ou suspender a execução do contrato 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 (art. 137, §3º, I).