



EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Termination of administrative contracts causes and consequences

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Universidade Veiga de Almeida Centro Universitário Ibmecc/RJ Universidade Cândido Mendes
Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3494213691762133> ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8823-1393>

E-mail: rafaelpgm@yahoo.com.br

Trabalho enviado em 18 de fevereiro de 2022 e aceito em 09 de maio de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.02., 2023, p. 705 - 728

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

DOI: 10.12957/rqi.2023.65488

RESUMO

O presente artigo pretende abordar as causas e as consequências da extinção dos contratos administrativos. A escolha do tema é justificada pela reduzida bibliografia sobre o assunto, pela recente promulgação da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e pela relevância das causas e dos efeitos advindos da extinção de contratos celebrados pela Administração Pública, que exigem atenção sobre a continuidade do atendimento do interesse público. Pretende-se utilizar os métodos dedutivo e comparativo, com a análise das semelhanças e diferenças de tratamentos legislativos conferidos pela Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021. Após a análise dos aspectos jurídicos da duração dos contratos administrativos, o texto se debruçará sobre as causas de extinção da relação contratual, bem como as formas e as consequências do término da relação contratual. Ao final, o trabalho apresentará os resultados da investigação e as considerações finais, com a demonstração dos avanços consagrados na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em comparação ao regime jurídico anterior.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos administrativos. Extinção. Causas. Consequências.

ABSTRACT

This article aims to address the causes and consequences of the termination of administrative contracts. The choice of topic is justified by the limited bibliography on the subject, by the recent enactment of Law 14.133/2021 (New Law on Bids and Administrative Contracts) and by the relevance of the causes and effects arising from the termination of contracts entered into by the Public Administration, which require attention to the continuity of serving the public interest. It is intended to use the deductive and comparative methods, with the analysis of the similarities and differences of legislative treatments conferred by Law 8.666/1993 and Law 14.133/2021. After analyzing the legal aspects of the duration of administrative contracts, the text will focus on the causes of termination of the contractual relationship, as well as the forms and consequences of the termination of the contractual relationship. At the end, the work will present the results of the investigation and the final considerations, with the demonstration of the advances enshrined in the New Law of Public Biddings and Administrative Contracts compared to the previous legal regime.

Keywords: Administrative law. Administrative contracts. Extinction. causes. Consequences.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar as causas da extinção dos contratos administrativos a partir da análise comparativa entre a Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC).

A escolha do tema é justificada pela reduzida bibliografia sobre o assunto, pela recente promulgação da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e pela relevância das causas e dos efeitos advindos da extinção de contratos celebrados pela Administração Pública, que exigem atenção sobre a continuidade do atendimento do interesse público.

Assim como ocorre na vida em geral, existem dois momentos decisivos e opostos nos contratos administrativos: a vida (celebração e execução do contrato) e a morte (extinção do ajuste). De um lado, no momento da celebração do negócio jurídico as partes definem as condições e o período de vinculação aos direitos e obrigações assumidos consensualmente. De outro lado, a extinção da relação contratual apresenta grande relevância, uma vez que desvincula as partes das obrigações assumidas, abrindo-se caminho, eventualmente, para discussões jurídicas, notadamente nas hipóteses de extinção prematura do ajuste.

Normalmente, os debates jurídicos focam, essencialmente, nas questões relacionadas às condições, modo e forma de execução contratual, com pouca ênfase nas causas e consequências da extinção do ajuste.

De fato, assim como as pessoas evitam falar sobre a morte e deixam de planejar, não raras as vezes, a sucessão do seu patrimônio, nos contratos ocorre algo semelhante, com pouca atenção para as causas e as consequências da extinção do ajuste.

Trata-se de uma visão excessivamente otimista e não pragmática dos negócios jurídicos, que acredita no adimplemento integral das obrigações contratuais e olvida a relevância das causas e das consequências da extinção dos contratos.

Dessa forma, revela-se fundamental aprofundar as causas e as consequências da extinção dos contratos administrativos, especialmente nos casos de extinção prematura da relação contratual, com o objetivo principal de assegurar a manutenção ou a restauração dos interesses públicos relacionados ao objeto contratado.

Quanto à metodologia, o presente texto adotará os métodos dedutivo e comparativo, com a análise das semelhanças e diferenças de tratamentos legislativos conferidos pela Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021.

Após apresentar as considerações gerais sobre a duração dos contratos administrativos no âmbito da NLLC, o artigo apresentará, de forma detalhada, as causas de extinção contratual previstas no novo diploma legal e, na sequência, as formas de extinção dos referidos ajustes, com destaque para a realização de comparações entre os regimes jurídicos da Lei 8.666/1993 e da Lei 14.133/2021, bem como as consequências e as sanções decorrentes da extinção prematura por culpa do contratado.

2. DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 14.133/2021

A duração (ou a vigência) dos contratos administrativos reflete o prazo estabelecido pelos contratantes para execução do objeto contratual. O prazo impacta não apenas na vigência das obrigações contratuais, mas também no próprio equilíbrio econômico-financeiro do ajuste,

Por essa razão, revela-se fundamental o adequado planejamento dos gestores públicos na definição dos prazos contratuais que devem conciliar as necessidades administrativas e os custos de execução.

Na etapa inicial do procedimento licitatório, os gestores públicos devem ponderar os prazos adequados para os respectivos contratos, inclusive com a sua estipulação no termo de referência e no projeto básico, na forma prevista, respectivamente, no art. 6º, XXIII, “a”, e no art. 6º, XXV, da Lei 14.133/2021

A ausência de planejamento estatal adequado pode acarretar, de um lado, a necessidade de contratações com prazos demasiadamente reduzidos, que incrementam os custos envolvidos na contratação, ou, de outro lado, a celebração de contratos excessivamente longos que não atendam às necessidades da Administração pública.

É preciso notar, contudo, que a fixação do prazo contratual não é um cheque em branco concedido ao gestor. A definição do prazo deve ser proporcional às necessidades da Administração Pública no caso concreto e deve levar em consideração os limites mínimos e/ou máximos fixados pelo legislador.

Tradicionalmente, a legislação tem demonstrado maior preocupação com a fixação de prazos máximos para os ajustes celebrados pelo Poder Público não apenas em razão da natural temporariedade das relações negociais e a abertura de novas “entradas” de potenciais interessados, com condições mais vantajosas, mas também, especialmente nos contratos que envolvam recursos orçamentários, para permitir a adequada programação financeira de desembolso por parte da Administração Pública.

Em regra, o término do prazo contratual acarreta a extinção do próprio contrato, denominado de “contrato por prazo certo”. Excepcionalmente, nos denominados contratos por escopo, o término da relação contratual não está relacionado prazo, mas à execução do objeto contratado.

Nos contratos por escopo, portanto, o ajuste somente será encerrado com a efetiva execução do objeto contratado, independentemente do prazo (ex.: no contrato para construção de determinado prédio público, o ajuste se considera adimplido com a finalização da construção, independentemente do tempo necessário).

Isto não quer dizer que o tempo não é importante nessas espécies de contratos. Em verdade, o prazo contratual será fundamental para constatação de eventual mora no cumprimento da obrigação contratual. Ultrapassado o prazo avençado, o contratado continua obrigado a cumprir suas obrigações contratuais, acrescentadas dos ônus do atraso.

Nos contratos por prazo certo, por sua vez, o prazo é fundamental para o cumprimento das obrigações contratadas. O contratado cumprirá as suas obrigações até o final do prazo estabelecido no ajuste (ex.: na contratação de serviços de limpeza, a contratada deverá limpar a repartição pública durante a vigência do prazo contratual). Considera-se extinto o contrato com o advento do termo final.

A distinção entre os contratos por prazo certo e os contratos por escopo, com reflexos na função do prazo estipulados nos respectivos ajustes, foi consagrada na nova Lei de Licitações (OLIVEIRA, 2021.b, p. 287-297; OLIVEIRA, HALPERN, 2021, p. 155-175).

De acordo com o art. 6.º, XVII, da Lei 14.133/2021, os serviços não contínuos ou contratados por escopo 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.

Adiante, o art. 111 da Lei 14.133/2021 trata do contrato de escopo e dispõe que o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato, revelando que o prazo não é essencial para caracterização da vigência e da eventual extinção do ajuste, mas, sim, a execução do seu objeto.

Na hipótese de não cumprimento do escopo contratual por culpa do contratado, abrem-se dois caminhos (art. 111, parágrafo único, da Lei 14.133/2021): a) o contratado será constituído em mora, sendo-lhe aplicáveis as respectivas sanções administrativas; ou b) a Administração poderá optar pela extinção do contrato, adotando as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Quanto aos contratos por prazo certo, a duração dos contratos será a prevista em edital, devendo ser observada, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar um exercício financeiro (art. 105 da Lei 14.133/2021).

Não representa novidade a vinculação da vigência contratual à disponibilidade orçamentária. Trata-se de preocupação que já era identificada no art. 57, *caput*, da Lei 8.666/1993, como decorrência natural da previsão contida no art. 167, I e II, da CRFB.¹

O intuito do legislador é admitir a contratação apenas nas hipóteses em que a Administração tenha recursos necessários para pagar o contratado, garantindo-se, destarte, responsabilidade e planejamento com os gastos públicos.

Dessa forma, se os créditos orçamentários estão previstos na lei orçamentária anual (art. 165, III, da CRFB), os contratos possuem, em regra, prazo de até um ano, não podendo ultrapassar o exercício financeiro.²

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos segue, em certa medida, a tendência já consagrada na Lei 8.666/1993 em que, por regra, atrela a duração dos contratos à disponibilidade dos créditos orçamentários.

Contudo, a Lei 14.133/2021 apresenta tratamento mais detalhado em relação a duração dos contratos, com a instituição de novos prazos e novas hipóteses de contratações superiores a um ano (exs: contratos de fornecimentos contínuos; contratos que geram receita; contratos de eficiência; contrato de fornecimento ou prestação de serviço associado).

É verdade que a Nova Lei permite, excepcionalmente, contratação por prazo indeterminado nos casos em que a Administração seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação (109 da Lei 14.133/2021).³

¹Lei 8.666/1993: “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos”; CRFB: “Art. 167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. Vale lembrar que, em determinados casos, a vigência do contrato pode ultrapassar o exercício financeiro em que foi celebrado. Conforme dispõe a Orientação Normativa/AGU 39: “A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, *caput*, da Lei 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar”.

²De acordo com o art. 34 da Lei 4.320/1964, que institui normas gerais de Direito Financeiro, o exercício financeiro coincidirá com o ano civil (1.º de janeiro até 31 de dezembro).

³Tradicionalmente, na vigência da Lei 8.666/1993, o TCU admitia a celebração de alguns contratos privados por prazo indeterminado, notadamente o contrato de locação: “Os prazos estabelecidos no art. 57 da Lei 8.666/1993 não se aplicam aos contratos de locação, por força do que dispõe o art. 62, § 3.º, inciso I, da mesma lei” (TCU, Acórdão 170/05, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 10.03.2005). No mesmo sentido: NIEBUHR, 2011, p. 737-738; Enunciado 22 da Procuradoria do Estado do RJ: “Os contratos de locação de imóveis, nos quais a Administração Pública figure como locatária, podem ser prorrogados por prazo indeterminado, nos termos do art. 56, parágrafo único, da Lei 8.245/1991”;

A partir de uma visão otimista, imagina-se que um contrato será extinto com o advento do prazo nele fixado. Contudo, sob a perspectiva pragmática, os contratos, em muitos casos, são extintos de forma prematura, antes do término do seu prazo, seja por razões de interesse público, seja por inadimplemento de uma das partes contratantes, conforme será destacado no próximo tópico.

3. CAUSAS DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 14.133/2021

Os motivos para extinção dos contratos administrativos encontram-se elencados no art. 137, *caput*, da Lei 14.133/2021 que dispõe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verifica-se, assim, que, após fundamentação formal, ampla defesa e contraditório, os contratos administrativos poderão ser extintos pelos seguintes motivos (art. 137 da Lei 14.133/2021):⁴

Orientação Normativa/AGU 6: “A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a Administração Pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da Lei n.º 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993”.

⁴ Os procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos da extinção poderão ser definidos em regulamento (art. 137, § 1.º, da Lei 14.133/2021).

a) não cumprimento ou o cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos: trata-se do inadimplemento, total ou parcial, dos deveres contratuais, que abrange o edital, os respectivos anexos e o próprio contrato, inviabilizando a continuidade da execução da avença e o correto atendimento do interesse público;

b) desatendimento às determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior: o descumprimento das determinações do fiscal do contrato ou da autoridade superior pode ensejar a extinção prematura do contrato, especialmente porque revela que, em princípio, o contrato não está sendo executado regularmente;

c) alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato: as alterações sociais, da finalidade ou da estrutura da empresa podem ensejar a extinção contratual, desde que restrinjam a capacidade da contratada de concluir o contrato (ex: a simples alteração do contrato social, da nomenclatura e a transformação societária, na qual a empresa deixa de ser uma sociedade limitada para se transformar em sociedade anônima, não acarretam, em princípio, a extinção contratual, uma vez que não colocam em risco, necessariamente, a execução do contrato administrativo; já a demissão de empregados e o fechamento de filiais, que comprometam a continuidade da relação contratual, podem ensejar a extinção prematura do contrato);⁵

d) decretação de falência, insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado: as hipóteses compreendem a decretação judicial de falência ou insolvência civil, bem como a dissolução da empresa ou o falecimento do contratado, mas não englobam a recuperação judicial da sociedade empresária que não acarreta, isoladamente, a extinção contratual;⁶

⁵ A transformação societária “é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”, na forma do art. 220 da Lei 6.404/1976 (ex.: sociedade limitada se transforma em sociedade anônima). A incorporação “é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (art. 227 da Lei 6.404/1976). A fusão, por sua vez, “é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações” (art. 228 da Lei 6.404/1976). Por fim, a cisão “é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão” (art. 229 da Lei 6.404/1976).

⁶ Cabe destacar que a recuperação judicial também não impede a participação da respectiva empresa em processos licitatórios e a celebração de contratos administrativos (OLIVEIRA, 2021.a, p. 241; OLIVEIRA, 2021.b, p. 198). ; STJ, AREsp 309.867/ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1.ª Turma, DJe 08.08.2018, *Informativo de Jurisprudência* n. 631 do STJ; TCU, Acórdão 1.201/2020, Plenário, Representação, Rel. Min. Vital do Rêgo, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 391; TCU, Acórdão 2.265/2020, Plenário, Representação, Rel. Min. Benjamin Zymler, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 398). Quanto à falência da contratada, que impede a participação em licitação e constitui motivo para extinção do contrato administrativo, é preciso lembrar o art. 117 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), que prevê a ausência de resolução dos contratos bilaterais pela falência, não é aplicável aos contratos administrativos, em razão da prevalência da disposição legal específica contida no art. 137, IV, da Lei 14.133/2021.

e) caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato: o caso fortuito e a força maior acarretam a extinção, sem culpa, do contrato, quando houver impossibilidade de continuidade da sua execução, sendo certo que, nas hipóteses em que houver a possibilidade de continuidade da relação contratual, a Administração deveria adotar medidas menos restritivas que permitam a continuidade do ajuste, tais como a prorrogação da relação contratual (art. 111 da Lei 14.133/2021) ou o reequilíbrio econômico financeiro do contrato (art. 124, II, d, da Lei 14.133/2021);⁷

f) o atraso ou a impossibilidade de obtenção da licença prévia ou da licença de instalação ou alteração substancial do anteprojeto que venha a resultar dessas licenças, ainda que obtidas no prazo previsto: o edital pode atribuir a responsabilidade pela obtenção do licenciamento ambiental ao contratado (art. 25, § 5º, I, da Lei 14.133/2021) e, nesse caso, o atraso ou a impossibilidade de obtenção da licença enseja a extinção do contrato, com culpa do contratado, admitindo-se, contudo, que a responsabilidade pelo licenciamento seja imputada à Administração, hipótese em que o eventual atraso ou a impossibilidade de obtenção da licença acarreta a extinção da avença, com culpa da própria Administração Pública;

g) o atraso ou a impossibilidade de liberação das áreas sujeitas a desapropriação, desocupação ou servidão administrativa: assim como ocorre na hipótese anterior, o edital pode estabelecer a responsabilidade do contratado pela realização da desapropriação autorizada pelo poder público (art. 25, § 5º, II, da Lei 14.133/2021), abrindo-se caminho para extinção do contrato por culpa do contratado no caso de atraso ou impossibilidade de liberação das áreas que impeça a continuidade da relação contratual, sendo certo que, na hipótese de atribuição da referida incumbência à Administração Pública, o atraso ou a impossibilidade de liberação das áreas acarretaria a extinção do ajuste por culpa da Administração;

h) razões de interesse público, justificadas pela máxima autoridade do órgão ou da entidade contratante: nesse caso, a Administração Pública pode extinguir a relação contratual por razões de interesse público, que devem ser apresentadas, de forma clara, na justificativa apresentada, com as considerações práticas e jurídicas da decisão, sendo insuficiente a mera invocação de um abstrato “interesse público”; e

⁷ É tradicional a dificuldade na distinção entre caso fortuito e força maior. Ao que parece, a controvérsia nessa distinção não possui maior relevância prática, pois a ordem jurídica define as duas situações (caso fortuito e força maior) como eventos inevitáveis e imprevisíveis (art. 393, parágrafo único, do CC) e atribui consequências idênticas, na forma dos arts. 65, II, “d”, e 78, XVII, da Lei 8.666/1993 e dos arts. 124, II, “d”, e 137, V, da Lei 14.133/2021 (OLIVEIRA, 2021.a, p. 419/420). De acordo com JUSTEN FILHO (2021, p. 1.475), a onerosidade excessiva, apesar de não constar do rol do art. 137 da Lei 14.133/2021, também pode ensejar a extinção contratual, uma vez que seria abrangida na hipótese do caso fortuito e da força maior.

i) o não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou aprendiz, bem como em outras normas específicas: a nova Lei de Licitações transformou em exigência de habilitação (art. 63, IV, da Lei 14.133/2021) a tradicional margem de preferência em favor das empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação (art. 3.º, § 5.º, II, da Lei 8.666/1993), motivo pelo qual o descumprimento da reserva de vagas durante a execução do contrato pode acarretar a sua extinção prematura, caso a tentativa de coibir o contratado a cumprir a referida obrigação seja infrutífera.

As hipóteses elencadas no art. 137 da nova Lei de Licitações são, em grande medida, parecidas com os casos indicados no art. 78 da Lei 8.666/1993. Além de alguns ajustes de redação, o novo dispositivo legal inseriu novas situações que podem justificar a extinção prematura do contrato, notadamente aquelas indicadas nos incisos VI, VII e IX do art. 137.

Em vez da utilização do termo “rescisão”, a nova Lei optou pela nomenclatura “extinção”, que apresenta sentido ampliado, abrangendo os casos de término da relação contratual, com ou sem culpa das partes. Nesse ponto, o termo utilizado pela nova legislação parece melhor que aquele constante da Lei 8.666/1993.

De fato, não há uniformidade doutrinária sobre as nomenclaturas utilizadas nos casos de extinção dos contratos. Parcela da doutrina tem diferenciado os termos “rescisão” (inadimplemento de uma das partes), “resolução” (impossibilidade de continuidade do contrato, sem culpa das partes) e “resilição” (vontade das partes que não desejam prosseguir com o contrato), admitindo-se a resilição unilateral (denúncia) ou bilateral (distrato).

Dessa forma, nem todas as hipóteses do art. 137 da Lei 14.133/2021 envolvem tecnicamente rescisão do contrato.

É possível inserir as causas de extinção contratual, indicadas no referido dispositivo legal, nos seguintes grupos: a) condutas imputáveis ao contratado (incisos I a IV e IX); b) motivos imputáveis à Administração (inciso VIII e § 2.º); e c) casos que não são imputáveis às partes (inciso V).⁸ As hipóteses previstas nos incisos VI e VII do art. 137 da nova Lei de Licitações podem envolver inadimplemento do contratado ou da Administração Pública (nesse último caso, será aplicado o § 2.º), a partir daquilo que foi disposto na matriz de risco e nas cláusulas contratuais.

⁸ No contexto da Lei 8.666/1993, vide: GARCIA, 2010. p. 233. É importante lembrar que a Lei 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, adota a expressão “rescisão” apenas para os casos de inadimplemento da Administração, empregando o termo “caducidade” para extinção do contrato por culpa do concessionário.

Note-se que o art. 137 da Lei 14.133/2021 indica os motivos de extinção prematura da relação contratual, o que não exclui, evidentemente, a denominada extinção natural do contrato que ocorre com o cumprimento integral das obrigações ou com o advento do prazo de vigência fixado no instrumento contratual.

Ademais, as hipóteses previstas no art. 137 da Lei 14.122/2021 exige motivação, ampla defesa e contraditório para formalização da extinção do contrato.

Assim, não basta a constatação de uma hipótese descrita no referido dispositivo para se declarar, necessária e automaticamente, a extinção contratual, revelando-se necessária a oitiva prévia do contratado no bojo do respectivo processo administrativo e a motivação da decisão.

No dever de motivação, a Administração Pública deve demonstrar que a extinção é a solução proporcional a ser adotada no caso concreto, inexistindo outra medida menos restritiva que permita a continuidade da relação contratual (ex: reequilíbrio contratual, prorrogação do prazo, alterações contratuais).

Igualmente, a motivação não pode ser restrita à apresentação de argumentos abstratos, devendo considerar as consequências práticas da decisão administrativa, na forma dos arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB que estabelecem:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Além das hipóteses de extinção contratual indicadas anteriormente, o § 2.º do art. 137 da Lei 14.133/2021 apresenta situações que acarretam o direito do contratado à extinção do contrato, a saber: a) supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125;⁹ b) suspensão de sua

⁹ O art. 125 da Lei 14.133/2021 dispõe: “Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).”

execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a três meses; c) repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; d) atraso superior a 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; e) não liberação nos prazos contratuais, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento e das fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações relacionadas a desapropriação, desocupação de áreas públicas ou licenciamento ambiental atribuídas pelo contrato à Administração.

Os casos de extinção indicados no art. 137, § 2.º, da Lei 14.133/2021 apresentam algumas novidades.

Em relação à extinção do contrato em razão da suspensão de sua execução por ordem da Administração, a legislação anterior autorizava a implementação do término contratual após 120 dias de suspensão.

A nova legislação, nesse ponto, reduziu a tolerância quanto ao prazo de suspensão, admitindo-se o desfazimento contratual após três meses de suspensão ou após repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis.

Quanto à extinção contratual ocasionada pelo atraso do pagamento pela Administração Pública, a legislação anterior admitia a rescisão nos atrasos superiores a 90 dias.

A nova legislação, a seu turno, permite a extinção do contrato nos casos de atrasos de pagamentos superiores a dois meses, contados da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos.

Verifica-se, assim, que a nova Lei de Licitações reduziu os prazos de tolerância da suspensão por ordem da Administração e de mora nos pagamentos devidos aos particulares que impedem a extinção prematura do vínculo por iniciativa do particular ou a *exceptio non adimpleti contractus*. Trata-se de postura legislativa que busca assegurar maior segurança jurídica nas relações público-privadas, relativizando as exorbitâncias da Administração Pública.

É preciso apontar, ainda, duas observações sobre os referidos casos de suspensão da execução contratual e atraso de pagamentos (art. 137, §§ 2.º, II, III, IV, e 3.º, da Lei 14.133/2021): a) não podem ser implementadas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído; e b)

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

Os emitentes das garantias previstas no art. 96 deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais (art. 137, § 4.º, da Lei 14.133/2021).

4. FORMAS E CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A extinção do contrato pode ser formalizada por ato unilateral da Administração Pública, consenso entre as partes e decisão judicial ou arbitral.

Nesse sentido, o art. 138, *caput*, da Lei 14.133/2021 dispõe:

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.

É possível perceber que a nova legislação confirma a possibilidade de convenção de arbitragem para dirimir conflitos nos contratos administrativos, na linha já permitida pelos arts. 1.º, §§ 1.º e 2.º, e 2.º, § 3.º, da Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015, além de outras normas legais específicas.¹⁰

Aliás, os arts. 151 a 154 da Lei 14.133/2021 admitem a utilização de meios alternativos (ou adequados) de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Os meios alternativos de resolução de controvérsias relacionam-se com os direitos patrimoniais disponíveis, tais como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (art. 151, parágrafo único, da Lei 14.133/2021). Trata-se, em nossa opinião, de rol exemplificativo de direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁰ Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, 2019, p. 101-123.

Conforme autorizado pelo art. 153 da Lei 14.133/2021, os contratos poderão ser aditados para permitirem a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

A arbitragem, por sua vez, será sempre de direito e observará o princípio da publicidade (art. 152 da Lei 14.133/2021). Trata-se de previsão semelhante àquela constante do art. 2.º, § 3.º, da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154 da Lei 14.133/2021). A nova Lei reforça a tese de que a escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais revela hipótese de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, o que não exclui a necessidade de critérios isonômicos, técnicos e transparentes por parte da Administração Pública, que pode ser garantido, por exemplo, por meio do credenciamento (ou cadastramento) por parte da Administração Pública de instituições arbitrais que cumprirem os requisitos básicos e proporcionais fixados pela Administração. O mesmo raciocínio, como previsto na nova Lei de Licitações, aplica-se, naturalmente, à escolha dos comitês de resolução de disputas.

A negociação, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição de conflitos, uma vez que as partes, com ou sem o auxílio de terceiro, solucionarão suas controvérsias.

Na negociação, as próprias partes buscam a solução do conflito, sem a participação de terceiros.

Em relação à mediação e à conciliação, a diferença entre os instrumentos é tênue. Enquanto na mediação o mediador, neutro e imparcial, auxilia as partes na composição do conflito, na conciliação, o conciliador, mantidas a neutralidade e a imparcialidade, pode exercer papel mais ativo na condução do diálogo, apresentação de sugestões e na busca pelo acordo.

Em razão da importância da autocomposição de conflitos, o CNJ editou a Resolução 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e prevê a oferta pelos órgãos judiciários de mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Destaque-se, ainda, a instituição da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), que tem procurado reduzir a litigiosidade entre órgãos e entidades administrativas e particulares.

A arbitragem, por sua vez, representa forma de heterocomposição de conflitos, pois o terceiro, expert e imparcial (árbitro), por convenção privada das partes envolvidas, decide o conflito, e não o Estado-juiz.¹¹

Já os comitês de resolução de disputas são órgãos colegiados, geralmente formado por três experts, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar a sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso.

Na forma do regulamento da *International Chamber of Commerce* (ICC), existem três tipos de *dispute boards* (WALD, 2005): a) *Dispute Review Boards* (DRBs): emitem recomendações sobre determinada controvérsia, sem caráter vinculante imediato; b) *Dispute Adjudication Boards* (DABs): decidem as controvérsias contratuais, com caráter vinculante; e c) *Combined Dispute Boards* (CDBs): emitem recomendações e, em determinados casos, decidem disputas contratuais.

Quanto às duas primeiras hipóteses de extinção indicadas nos incisos I e II do art. 138 (unilateral e consensual), o término da relação contratual deverá ser precedido de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzida a termo no respectivo processo (art. 138, § 1.º, da Lei 14.133/2021).

Na hipótese em que a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a (art. 138, § 2.º, da Lei 14.133/2021): a) devolução de garantia; b) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; e c) pagamento do custo da desmobilização.

Diferentemente do art. 79, § 2.º, da Lei 8.666/1993, que estabelece o dever de indenização inclusive na hipótese de extinção contratual sem culpa da Administração (caso fortuito e força maior), o art. 138, § 2.º, da Lei 14.133/2021 estabeleceu a responsabilidade da Administração apenas nos casos de sua culpa exclusiva.

Isso não significa dizer que a Administração jamais seria responsável pela extinção prematura do ajuste na hipótese de caso fortuito e de força maior.

Em verdade, a responsabilidade da Administração Pública, assim como a responsabilidade do contratado, nos casos de caso fortuito e força maior dependerá da alocação de riscos inserida no contrato.

¹¹ A previsão da arbitragem no ordenamento jurídico é antiga, cabendo mencionar, exemplificativamente: Constituição/1824 (art. 160); Código Comercial/1850; Decreto 3.084/1898; Código Civil/1916 (arts. 1.037/1.048); DL 2.300/1986 (art. 45); Código de Processo Civil/1973 (arts. 1.072/1.102); Constituição/1988 (art. 114, § 1.º); Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem); Código Civil/2002 (arts. 851/853); Código de Processo Civil/2015 (art. 3.º, § 1.º). A mediação e a arbitragem são admitidas, inclusive, na definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública (art. 10-B do DL 3.365/1941, incluído pela Lei 13.867/2019).

A extinção unilateral pela Administração acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo da aplicação das sanções legais (art. 139 da Lei 14.133/2021): a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; b) ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários a sua continuidade;¹² c) execução da garantia contratual, para: c.1) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; c.2) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c.3) pagamento de valores das multas devidas à Administração Pública; c.4) exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; e d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e às multas aplicadas.

A assunção imediata do objeto do contrato e a ocupação, previstas nas alíneas “a” e “b” *supra*, ficam a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta (art. 139, § 1.º, da Lei 14.133/2021).

5. INFRAÇÕES E SANÇÕES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A extinção do contrato pode ser formalizada por ato unilateral da Administração Pública, consenso entre as partes e decisão judicial ou arbitral.

Quanto às sanções que podem ser aplicadas ao contratado, em razão da extinção prematura do vínculo contratual por sua culpa, o respectivo regime jurídico encontra-se disciplinado nos arts. 155 a 163 da Lei 14.133/2021.

Ao contrário da Lei 8.666/1993, que se limitava a dizer que a inexecução total ou parcial do contrato poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas, a nova Lei de Licitações apresenta rol detalhado das infrações administrativas que podem acarretar a responsabilização do licitante ou do contratado.

Nesse sentido, o art. 155 da Lei 14.133/2021 prevê a responsabilidade do licitante ou do contratado pelas seguintes infrações: a) dar causa à inexecução parcial do contrato; b) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; c) dar causa à inexecução total do contrato; d) deixar de entregar a documentação exigida para o certame; e) não manter a proposta, salvo se em decorrência

¹² A efetivação da ocupação deve ser precedida de autorização expressa do ministro de Estado, secretário estadual ou secretário municipal competente, conforme o caso (art. 139, § 2.º, da Lei 14.133/2021).

de fato superveniente, devidamente justificado; f) não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; g) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; h) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; i) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; j) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; k) praticar atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; e l) praticar ato lesivo previsto no art. 5.º da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Em razão das infrações praticadas pelos licitantes ou contratados, a Administração Pública, após ampla defesa e contraditório, poderá aplicar as seguintes sanções (art. 156 da Lei 14.133/2021): a) advertência; b) multa; c) impedimento de licitar e contratar; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Embora não conste da redação do art. 156 da Lei 14.133/2021, a necessidade de observar a ampla defesa e o contraditório na aplicação das referidas sanções decorre do art. 5.º da CRFB.

As quatro sanções indicadas no art. 156 do novo diploma legal correspondem às sanções anteriormente elencadas no art. 87 da Lei 8.666/1993.

Contudo, a nova legislação apresenta regras detalhadas sobre a aplicação das penalidades administrativas, o que representa importante avanço legislativo no âmbito do poder sancionador do Estado, com a fixação de balizas que garantem maior segurança jurídica e proteção aos direitos fundamentais dos particulares.

Na aplicação das sanções serão considerados os seguintes parâmetros (art. 156, § 1.º, da Lei 14.133/2021): a) a natureza e a gravidade da infração cometida; b) as peculiaridades do caso concreto; c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; d) os danos causados à Administração Pública; e) a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Os parâmetros aqui indicados são relevantes para assegurar a proporcionalidade da sanção.

Quanto ao último parâmetro supramencionado, fica evidenciada a relevância dos programas de integridade e de compliance no novo diploma legal. Além de constituir um parâmetro para aplicação das sanções administrativas, o legislador trata do programa de integridade em outros dispositivos, a saber: a) art. 25, § 4.º: exige a sua implementação nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto; b) art. 60, IV: indica a existência do programa de integridade como critério de desempate na licitação; c) art. 163, parágrafo único: exige a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como condição para reabilitação do licitante ou contratado nas infrações indicadas nos incisos VIII e XII do art. 155 da Lei.

A aplicação das referidas sanções não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública (art. 156, § 9.º, da Lei 14.133/2021).

Com exceção da multa, a nova Lei estabeleceu uma correlação entre as sanções e as infrações administrativas enumeradas no art. 155.

Em relação à advertência, a sua aplicação fica adstrita à infração administrativa prevista no art. 155, I (inexecução parcial do contrato), quando não se justificar a imposição de penalidade considerada mais grave (art. 156, § 2.º, da Lei 14.133/2021).

Quanto à multa, que pode ser aplicada ao responsável pela prática de qualquer infração arrolada no art. 155 da Lei, o seu valor será calculado na forma do edital ou do contrato, e não poderá ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta (art. 156, § 3.º, da Lei 14.133/2021).

Assim como estabeleceu o art. 87, § 2.º, da Lei 8.666/1993, o art. 156, § 7.º, da Lei 14.133/2021 permite que a multa seja aplicada cumulativamente com as demais sanções.

Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda deste, a diferença será descontada da garantia prestada ou cobrada judicialmente (art. 156, § 8.º, da Lei 14.133/2021).

Na aplicação da multa será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis contado da sua intimação (art. 157 da nova Lei).

No tocante ao “impedimento de licitar e contratar”, a sanção será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do art. 155, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, impedindo-o de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que aplicou a sanção, pelo prazo máximo de três anos (art. 156, § 4.º, da Lei 14.133/2021).

A declaração de inidoneidade, por sua vez, será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII a XII do art. 155, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave, impedindo-o de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos (art. 156, § 6.º, da nova Lei de Licitações).

Nesse ponto, a nova Lei de Licitações pretende resolver a controvérsia em relação aos efeitos territoriais ou espaciais das sanções de impedimento (ou suspensão) para participar de licitações e contratações e a declaração de inidoneidade.

A opção foi pela atribuição de efeito restritivo para a sanção de “impedimento de licitar e contratar”, que somente será observada perante o ente sancionador, e de efeito extensivo para a sanção de “declaração de inidoneidade”, aplicável nacionalmente a todos os entes federados.

Lembre-se de que, tradicionalmente, existiam três entendimentos sobre o tema.

O primeiro entendimento sustentava o caráter restritivo para as duas sanções, com efeitos apenas perante o Ente sancionador, tendo em vista a autonomia federativa e o princípio da competitividade aplicável às licitações (SOUTO, 2004, p. 355; TORRES, 2021, p. 953 e 961).¹³

O segundo entendimento estabelecia uma distinção entre as duas sanções a partir do critério da amplitude dos seus efeitos territoriais. Enquanto a suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração incidiria apenas em relação ao Ente sancionador (efeitos restritivos), a declaração de inidoneidade produziria efeitos em todo o território nacional (efeitos extensivos). Essa distinção advém dos conceitos de “Administração Pública” e “Administração” que eram consagrados, respectivamente, nos incisos XI e XII do art. 6.º da Lei 8.666/1993. De acordo com a referida citada Lei, a “Administração Pública” abrange a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (XI) e a “Administração” é o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (XI). Em consequência, ao utilizar a expressão “Administração Pública” para declaração de inidoneidade e “Administração” para suspensão para contratar com o Poder Público, o art. 87 da Lei 8.666/1993 teria instituído uma diferença de amplitude dos efeitos dessas sanções (PEREIRA JUNIOR, 2007. p. 886).

O terceiro entendimento, que foi adotado pelo STJ,¹⁴ apontava o caráter extensivo dos efeitos das duas sanções que impediriam a empresa punida de participar de licitações ou ser contratada por qualquer Ente federado (OLIVEIRA, 2021, p. 440/444; CARVALHO FILHO, 2009. p. 213).

Com a nova Lei de Licitações, a polêmica supramencionada é resolvida em favor da distinção entre os efeitos espaciais ou territoriais das duas sanções.

¹³ No mesmo sentido: Enunciado 21 da Procuradoria do Estado do RJ: “Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993”. O TCU tem restringido os efeitos das sanções aos órgãos e entidades administrativas integrantes do Ente sancionador. Nesse sentido: TCU, Acórdão 2.596/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 26.09.2012 (*Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 125); TCU, Acórdão 3.439/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 10.12.2012 (*Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 136). Todavia, posteriormente, o TCU aplicou efeitos extensivos à sanção prevista no art. 7.º da Lei 10.520/2002: TCU, Acórdão 2.081/14, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU 06.08.2014 (*Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 209).

¹⁴ Nesse sentido: STJ, 2.ª Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 14.04.2003, p. 208.

De acordo com os §§ 4.º e 5.º do art. 156 da Lei 14.133/2021, enquanto a sanção de “impedimento de licitar e contratar” possui efeito restritivo e impede a participação em licitação ou a contratação da empresa punida no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo sancionador, a sanção de declaração de inidoneidade possui efeito extensivo, com o afastamento da empresa sancionada das licitações e contratações promovidas pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

Ademais, a nova Lei de Licitações alterou os prazos das referidas sanções. O prazo do impedimento para participação de licitações e contratações, que era de dois anos, passaria a ser de três anos. Em relação à declaração de inidoneidade, o prazo mínimo de dois anos é ampliado para três anos, com a fixação, agora, de prazo máximo de seis anos.

Andou bem o legislador ao fixar prazo máximo para declaração de inidoneidade, uma vez que a ausência de limite temporal no âmbito da Lei 8.666/1993 abria o perigoso caminho para perpetuação de uma sanção, em afronta ao art. 5.º, XLVII, “b”, que proíbe penas de caráter perpétuo.

Outrossim, a declaração de inidoneidade será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras (art. 155, § 6.º, da Lei 14.133/2021): a) quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; e b) quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e pelo Ministério Público no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades indicadas anteriormente na letra “a”.

O devido processo legal para aplicação das sanções de “impedimento de licitar e contratar” e de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” encontra-se detalhado no art. 158 da Lei 14.133/2021

A aplicação das duas sanções depende da instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 dias úteis, contado da intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir (art. 158, *caput*, da Lei 14.133/2021).

A prescrição ocorrerá em cinco anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será (art. 158, § 4.º, da Lei 14.133/2021): a) interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o *caput*; b) suspensa pela celebração de acordo de leniência, nos termos da Lei 12.846/2013; c) suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

No âmbito da Lei 8.666/1993, não havia previsão específica de prazo prescricional para aplicação das sanções. Sempre sustentamos que as sanções devem ser aplicadas dentro do prazo prescricional quinquenal, com fundamento na aplicação analógica das normas legais que estabelecem prazo de prescrição nas relações jurídico-administrativas (exs.: art. 1.º da Lei 9.873/1999; arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei 4.717/1965; art. 23, I, da Lei 8.429/1992; art. 46 da Lei 12.529/2011; Decreto 20.910/1932; art. 24 da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção etc.).

Com a redação do § 4.º do art. 158 da Lei 14.133/2021, resta consagrada a tese da prescrição quinquenal. Contudo, o citado parágrafo refere-se às sanções de “impedimento de licitar e contratar” e de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”, indicadas no caput do dispositivo, sem alcançar, a priori, as demais sanções. Entendemos, contudo, que o mesmo prazo deverá ser observado para aplicação da advertência e da multa.

Os atos previstos como infrações administrativas que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental e observada a autoridade competente definida na referida Lei (art. 159).

Outra inovação em relação à Lei 8.666/1993 é a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica quando for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei de Licitação ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa, do mesmo ramo, com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia (art. 160 da Lei 14.133/2021).

Frise-se que a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica por decisão administrativa no âmbito do Direito Público Sancionador encontrava previsão no art. 14 da Lei Anticorrupção. Com a nova Lei de Licitações, a mesma prerrogativa passa a ser admitida nos processos sancionadores nas licitações e contratações públicas.

Os órgãos e as entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 dias úteis contados da aplicação, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal (art. 161 da Lei 14.133/2021).

A nova Lei de Licitações, em seu art. 162, prevê, também, a aplicação de multa de mora em caso de atraso injustificado na execução do contrato, na forma prevista em edital ou em contrato.

A imposição da multa de mora não impede que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas na Lei de Licitações (art. 162, parágrafo único, da Lei 14.133/2021).

É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigindo-se, cumulativamente (art. 163 da Lei 14.133/2021): a) a reparação integral do dano causado à Administração Pública; b) o pagamento da multa; c) o transcurso do prazo mínimo de um ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de três anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; d) o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; e) análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Enquanto a legislação anterior restringia a reabilitação à declaração de inidoneidade, na forma do art. 87, IV, da Lei 8.666/1993, a nova Lei de Licitações permite a reabilitação também para a sanção de “impedimento de licitar”.

Outra inovação relaciona-se ao prazo mínimo para reabilitação do licitante declarado inidôneo. Enquanto o inciso IV e o § 3.º do art. 87 da Lei 8.666/1993 fixavam o prazo mínimo de dois anos, o art. 163 da nova Lei de Licitações ampliou o prazo mínimo para três anos. Quanto ao impedimento de licitar e contratar, o pedido de reabilitação somente pode ser apresentado após o transcurso do prazo mínimo de um ano da aplicação da penalidade.

Verifica-se, ainda que a nova Lei de Licitações apresenta mais exigências para reabilitação do licitante ou contratado que aquelas contidas no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/1993 que se resumiam ao transcurso do prazo mínimo de dois anos e à efetivação do ressarcimento dos prejuízos. Conforme já demonstrado, além da reparação integral dos danos e do decurso do prazo mínimo (um ano no impedimento de licitar e contratar e três anos na declaração de inidoneidade), o art. 163 da nova Lei de Licitações exige, ainda, o pagamento da multa, o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo e a análise jurídica prévia que conclua pelo cumprimento dos requisitos indicados anteriormente.

A sanção pelas infrações previstas no art. 155, VIII (apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou de declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato) e XII (prática de ato lesivo previsto no art. 5.º da Lei Anticorrupção), exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável (art. 163, parágrafo único, da Lei 14.133/2021).

A exigência de programa de integridade para reabilitação do licitante nos casos indicados pelo legislador representa importante incentivo para o autossaneamento (*self-cleaning*) das empresas punidas que deverão adotar medidas corretivas e preventivas, que reduzam o risco de prática de ilícitos, para recuperarem a sua condição de potencial contratante do Poder Público.¹⁵

6. CONCLUSÕES

Em síntese conclusiva, é possível afirmar que a Lei 14.133/2021 estabeleceu tratamento destacado para as causas, formas e consequências da extinção dos contratos administrativos.

As modificações em relação ao texto da Lei 8.666/1993 não foram disruptivas, mas as pequenas inovações apresentadas demonstram que a nova Lei de Licitações pretendeu assegurar maior segurança jurídica e conferir especial atenção à consensualidade nas relações público-privadas.

Ao lado do tratamento legislativo conferido às causas, formas e consequências da extinção contratual, as hipóteses podem e devem ser melhor detalhadas nos respectivos contratos administrativos, com o intuito de garantir maior consensualidade na resolução dos conflitos, ênfase na adoção de medidas preventivas à extinção prematura dos ajustes e previsibilidade às partes envolvidas, inclusive na precificação dos riscos contratuais.

A partir de uma análise pragmática da extinção contratual, abre-se o caminho para estipulação de cláusulas que fomentem o cumprimento adequado e integral das obrigações contratuais, diminuindo as incertezas e os riscos de inadimplemento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

¹⁵As medidas de autossaneamento (*self-cleaning*) encontram previsão no direito comparado. Mencione-se, por exemplo, no direito comunitário europeu, o artigo 57.º, item 6, da Diretiva 2014/24/EU. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>>. Acesso em: 1.º fev. 2021

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.a

_____. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.b

_____. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*, v. 01, p. 101-123, 2019.

_____; HALPERN, Erick. A duração dos contratos na futura nova Lei de Licitações. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 155-175, set. 2020/fev. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 6, 9-24, jul./set. 2005.

Sobre o autor:

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Visiting Scholar pela Fordham University School of Law (NY). Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA/RJ). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), graduado em Direito pela PUC/RJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado (PPGD/UVA). Professor do Programa de Mestrado da Universidade Cândido Mendes. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público da União. Professor de Direito Administrativo dos cursos de pós-graduação lato sensu da fundação Getúlio Varga (FGV) e da Universidade Cândido Mendes. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados.

Universidade Veiga de Almeida Centro Universitário Ibmecc/RJ Universidade Cândido Mendes Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3494213691762133> ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8823-1393>

E-mail: rafaelpgm@yahoo.com.br

