

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho

Mário Renato Aguiar Anacleto

**REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS ESTATAIS:
Uma perspectiva sobre a bilateralidade contratual.**

Belo Horizonte
2020

Mário Renato Aguiar Anacleto

**REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS ESTATAIS:
Uma perspectiva sobre a bilateralidade contratual.**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental – CEAPPGG/Prodemge da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental.

Orientadora: Maria Isabel Araújo Rodrigues

Belo Horizonte
2020

A532r Anacleto, Mário Renato Aguiar.
Regime jurídico aplicável aos contratos das estatais [manuscrito]: uma perspectiva sobre a bilateralidade contratual / Mário Renato Aguiar Anacleto. – 2020.
[8], 68 f.: il.

Monografia de conclusão de Curso (Especialização em Administração Pública Planejamento e Gestão Governamental) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2020.

Orientadora: Maria Isabel Araújo Rodrigues

Bibliografia: f. 75-76

1. Empresa pública – Minas Gerais. 2. Administração pública – Minas Gerais. 3. Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – Prodemge. 4. Brasil [Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016]. 5. Contrato administrativo. I. Rodrigues, Maria Isabel Araújo. II. Título.

CDU 658.115.31 (815.1)

Autor: Mário Renato Aguiar Anacleto

Título e subtítulo: REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DAS ESTATAIS: Uma perspectiva sobre a bilateralidade contratual.

Natureza, objetivo, nome da instituição: Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental – CEAPPGG/ PRODEMGE da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental

Banca Examinadora

Prof.^a Maria Isabel Araújo Rodrigues (orientadora) – Fundação João Pinheiro

Prof.^a Carolina Ângelo Montoli – Fundação João Pinheiro

Belo Horizonte
2020

RESUMO

A Lei Federal nº 13.303/16, inaugurou um novo regime jurídico em relação as contratações das estatais, principalmente por estabelecer em seu artigo 68 que os contratos celebrados na vigência da Lei serão regulados pelos preceitos de direito privado, contrário ao tradicional regime jurídico da Lei Federal nº 8.666/93, que dotadas de prerrogativas especiais ocupam posição de superioridade em face da outra parte. Sendo assim, o objetivo desse trabalho é analisar as inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/2016 nas relações jurídicos-contratuais da Prodemge com seus fornecedores. Para tanto, o presente estudo utilizou a metodologia da revisão bibliográfica, documental e descritiva, além de informações coletadas nas bases de dados da Prodemge. Concluiu-se que são dois os instrumentos que efetivamente são caracterizados como inovações do novo estatuto, a possibilidade de alterações e rescisões por acordo entre as partes, contudo, na Prodemge, estes instrumentos são aplicados com as devidas cautelas a fim de se evitar a configuração de desvio de finalidade.

Palavras-chave: Contratos. Lei 13.303/2016. Administração Pública. Estatais.

ABSTRACT

The Federal Law N°. 13.303/2016, inaugurated a new legal regime in relation to the hiring of state-owned companies, mainly because it establishes in its article 68 that the contracts entered into under the Law will be regulated by the precepts of private law, contrary to the traditional legal regime of the Law Federal N°. 8.666/1993, which with special prerogatives occupy a position of superiority over the other party. Therefore, the objective of this work is to analyze the innovations introduced by Law N°. 13.303/2016 in Prodemge's legal-contractual relations with its suppliers. Therefore, this study used the methodology of bibliographic, documentary and descriptive review, in addition to information collected in Prodemge databases. It was concluded that there are two instruments that are effectively characterized as innovations of the new statute, the possibility of changes and terminations by agreement between the parties, however, at Prodemge, these instruments are applied with due care in order to avoid configuration misuse of purpose.

Keywords: Contracts. Law 13.303/2016. Public administration. State-owned companies.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DOS CONTRATOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	11
2.1 Do conceito de contratos	11
2.2 Dos princípios contratuais	12
2.3 Dos contratos bilaterais.....	16
3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	19
3.1 Das peculiaridades e limites do contrato administrativo	19
3.2 Da fiscalização e gestão da execução do contrato administrativo.....	22
3.3 Da aplicação de sanções administrativas.....	25
3.4 Das alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro.....	28
3.5 Da extinção e rescisão do contrato administrativo.....	33
3.6 Da inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido	37
4 DA LEI DAS ESTATAIS E SUAS NOVAS REGRAS CONTRATUAIS	39
4.1 Da duração dos contratos – vigência e prorrogação contratual.....	41
4.2 Da fiscalização e gestão da execução do contrato estatal.....	42
4.3 Da aplicação de sanções administrativas.....	42
4.4 Das alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro.....	45
4.5 Da extinção e rescisão do contrato estatal.....	49
5 METODOLOGIA	51
5.1 Tipo de pesquisa	51
5.2 Método de coleta de dados	51

5.3 Amostra e fonte dos dados.....	52
6 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS	55
6.1 Apresentação da prodemge.....	55
6.2 Período de adaptação para aplicação das disposições da lei 13.303/16	56
6.3 Duração dos contratos – vigência e prorrogação contratual	59
6.4 Fiscalização e gestão da execução do contrato	62
6.5 Aplicação de sanções administrativas	63
6.6 Alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro	65
6.7 Extinção e rescisão contratual	68
6.8 Inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido	71
7 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.303, publicada em 30 de junho de 2016, denominada Lei de Responsabilidade das Estatais - LRE, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta lei foi editada com propósito de regulamentar o comando expresso contido no artigo 173, §1º da Constituição Federal que dispõe que caberá a lei estabelecer os estatuto jurídico da empresa pública, da sociedades de economia mista e suas subsidiarias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo inclusive sobre sua função social, sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sobre licitação e contratos e aspectos de composição e gestão.

Neste prisma, a Lei nº 13.303/16 regulamentou diversos aspectos é está estruturada basicamente em duas partes. Sendo a primeira, direcionada as práticas de governança, controle e integridade da gestão administrativa. É a segunda parte, direcionada a normas sobre licitação e contratos, que terá especial interesse neste trabalho.

Frisa-se, portanto, que a Lei nº 13.303/16 preconiza um regime próprio de licitações e contratos para as estatais, distinto do regime usual de licitações, voltado para Administração Pública em geral, que seguem os ditames da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/02 (modalidade pregão) e da Lei nº 12.462/12 (RDC).

Na esfera específica dos contratos, o novo estatuto determina que seguirá os preceitos do regime jurídico de direito privado, sendo, portanto, uma inovação em comparação com tradicional regime jurídico dos contratos administrativos.

Sendo assim, a Lei nº 13.303/16 assegurou a bilateralidade típica dos contratos em geral, como instrumento apto à regência das relações jurídicas empreendidas pelas estatais com mercado.

Além disso o regime contratual previsto na Lei nº 13.303/16, não outorga as prerrogativas contratuais previstas na Lei nº 8.666/93 as estatais, excetuando-se a possibilidade de aplicação de sanção administrativa de modo unilateral. Dessa forma, com as prerrogativas atenuadas na Lei nº 13.303/16, faz com que o contrato regido por esta lei se aproxime do direito privado e se afaste do direito público.

Diante das modificações no regime jurídico das estatais, torna-se essencial que se realizem estudos e revisões sobre o tema, a fim de verificar os pontos positivos e negativos para estatais nas quais se aplica, ou no caso específico na Prodemge. Sendo assim, o presente trabalho visa analisar as inovações introduzidas pela Lei 13.303/2016 nas relações jurídicas-contratuais da Prodemge com seus fornecedores. Como objetivos específicos o presente estudo identificará os princípios basilares do regime jurídico contratual do direito privado; destacará o conjunto de prerrogativas unilaterais do contrato administrativo; e realizará uma análise comparativa nos contratos da Prodemge, das principais inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16 em relação as prerrogativas unilaterais do contrato administrativo.

Para tanto, o primeiro capítulo realizou uma breve introdução sobre o assunto, enquanto o segundo capítulo abordará o conceito e princípios que regem as relações contratuais no regime jurídico de direito privado. O terceiro capítulo tratará do conjunto de prerrogativas unilaterais dos contratos administrativos, anteriormente aplicadas às estatais, abordando suas características e peculiaridades. O quarto capítulo apontará as principais inovações nas relações contratuais introduzidas pela Lei 13.303/2016. No quinto capítulo será abordada a metodologia utilizada para desenvolvimento e apresentação do resultado, que será explorado no sexto capítulo, em que será realizada uma análise comparativa nos contratos da Prodemge, das inovações introduzidos pelo novo regime jurídico em relação as prerrogativas unilaterais do tradicional regime jurídico dos contratos administrativos, possibilitando enfim que se tomem conclusões sobre as alterações na relação jurídico-contratual entre a Prodemge e seus fornecedores.

2 DOS CONTRATOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Neste capítulo será tratado do conceito e princípios aplicados as relações jurídicos-contratuais no regime jurídico de direito privado, com destaque para os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatório dos contratos, da boa-fé, da relatividade dos efeitos dos contratos, do equilíbrio econômico e da função social do contrato, além de destacar também as características e diferenciações entre contratos bilaterais e unilaterais.

2.1 Do conceito de contratos

Contratos são, conforme de Gomes (2007, p.4) “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”.

Ainda segundo Gomes (2007, p.11) “Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam.”

Na visão de Fiuza (2003, p.294) “Contrato é todo acordo de vontades entre pessoas do Direito Privado, amparado pelo ordenamento legal e realizado em função de necessidades, que gera, resguarda, transfere, conserva, modifica ou extingue direitos e deveres, visualizados no dinamismo de uma relação jurídica”.

Para Miranda (2008) o contrato é negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial.

Diante do exposto fica nítido que a essência do contrato é a figura da bilateralidade sob o prisma da formação dos contratos, pois se constitui mediante manifestações de vontades. Tal situação não deve ser confundida com a classificação dos contratos em unilaterais e bilaterais, pois esta é feita sob o enfoque dos efeitos que produzem, de modo que os unilaterais criam obrigações unicamente para um dos contraentes e os bilaterais geram obrigações recíprocas. Essa distinção será mais bem explorada em tópico 2.3 dos contratos bilaterais.

Nota-se, portanto, que para constituição da relação contratual exige-se a presença de ao menos duas partes, que assumem obrigações entre si. Para que essa relação seja equilibrada e não haja abuso de poderes, vantagens indevidas,

enriquecimento ilícito etc., as partes devem seguir os princípios que regem o direito contratual.

Dentre os diversos princípios, que norteiam as relações contratuais, serão citados a seguir os princípios contratuais mais importantes para o direito brasileiro atual, tanto os clássicos (autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos contratuais), como os novos princípios contratuais, (boa-fé, equilíbrio econômico e função social).

2.2 Dos princípios contratuais

Os princípios contratuais, podem ser definidos como sendo as “normas que fornecem os pilares do pensamento jurídico” (FIUZA, 2003, p.306). São fundamentos que conferem aos contratantes a possibilidade de contratar, de estipular o que contratar, bem como os efeitos dos contratos.

Para Tartuce (2015, p.563, 565), “os princípios de maior importância do Direito Contratual Brasileiro seriam: o princípio da autonomia privada, da função social dos contratos, da força obrigatória dos contratos, da boa-fé objetiva e da relatividade dos efeitos contratuais”.

Nesta mesma linha, Gomes (2007, p.25) aponta o seguinte “atualmente há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais, (boa-fé, equilíbrio econômico e função social)”.

Conforme exposto, a denominação e a enunciação de tais princípios podem variar, de acordo com cada autor, dessa forma por opção metodológica, serão abordados abaixo os seguintes princípios: autonomia da vontade; consensualismo; força obrigatória dos contratos (*Pacta sunt servanda*); boa-fé; relatividade dos efeitos dos contratos; equilíbrio econômico; e função social do contrato.

Autonomia da vontade significa a liberdade das partes de contratar, de escolher o tipo e o objeto do contrato e de dispor o conteúdo contratual de acordo com seus próprios interesses, lembrando que essa autonomia não é absoluta, devendo respeitar algumas limitações em normas de ordem pública e nos princípios sociais. (FIUZA, 2003)

Essa autonomia em contratar ainda pode ser dividida em liberdade de contratar e liberdade contratual.

Liberdade de contratar: está relacionado com a escolha da(s) pessoa(s) com quem o negócio será celebrado devendo haver um consenso de vontades na autorregulação dos interesses privados. (TARTUCE, 2015)

Liberdade contratual: está relacionado ao conteúdo do negócio jurídico. Afinal, sendo as partes livres e iguais, elas podem estipular o que bem quiserem. Porém, ainda também encontrando algumas limitações à liberdade da pessoa humana. (TARTUCE, 2015)

A liberdade de contratar, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem autorregular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites. (GOMES, 2007)

Pelo princípio do consensualismo, tem-se que o contrato se forma pelo consentimento das partes, ou seja, o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não se exige forma especial.

Segundo Gomes, (2007, p.38)

O consentimento, forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas em lei e outros só perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo o qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

Portanto, consensualismo é o princípio "segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual". (DINIZ, 2011, p. 47)

Já o princípio da força obrigatória dos contratos (*Pacta sunt servanda*), significa que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes. É o dever da veracidade, conhecido como *pacta sunt servanda*, força obrigatória do estipulado no pacto, devendo assim, os contratos serem cumpridos. (MIRANDA, 2008)

Dessa forma, considerando que o contrato tem força de lei, a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas somente se permitem mediante novo concurso de vontades. (GOMES, 2007)

Ainda é possível acrescentar, que em consonância com o qual se constitui o contrato, vale o acerto de vontades puro e simples, dispensadas, em regra, quaisquer formalidades, sendo que a declaração de vontade das partes basta para o perfazimento do vínculo. (BITTAR, 2003)

A boa-fé enquanto fonte geradora de deveres encontra-se presente no artigo 422 do código civil (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”). (BRASIL, 2002)

Para Miranda (2008) O Código Civil brasileiro também consagrou como princípio básico regente da matéria contratual, a boa-fé objetiva. Direcionada à conduta das partes, a boa-fé objetiva é entendida como a exigível do homem mediano, sendo uma conduta leal dos contratantes, não havendo necessidade de previsão no instrumento negocial.

Nas palavras de Gomes (2007) ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíproca. Numa palavra, devem proceder com boa-fé.

O código Civil de 2002 traz a boa-fé em função corretiva no art. 187, ao erigi-la em critério de determinação do abuso do direito (“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). (BRASIL, 2002)

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato fundamenta-se na ideia (em regra), de que os contrato só devem produzir efeitos inter partes, ou seja, entre as partes, àqueles que manifestaram à vontade, sem afetar terceiros. Em outras palavras, o vínculo contratual deve ser apenas entre as partes contratantes, ficando apenas elas obrigadas a cumprir o objeto do contrato. (TARTUCE, 2015)

Segundo Gomes (2007) A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se.

Portanto, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade. (GOMES, 2007)

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, encontra-se presente no Código Civil "primordialmente como fundamento de duas figuras, a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente. Em ambos os casos, desempenha papel de limite à rigidez do princípio da força obrigatória do contrato." (GOMES, 2007, p.48)

Princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo no sentido de finalidade coletiva, é o princípio da função social do contrato. Sendo assim, os contratos não devem ser interpretados somente de acordo com a aquilo que foi assinado pelas partes, mas deve-se levar em conta a realidade social que as circunda, como o disposto no artigo 421 do código civil de 2002: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." (WERNER, 2014, p.17)

Para Gomes, (2007, p.49) o contrato "deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social."

Nas palavras de Werner (2014, p.17)

Ora, a circulação de riquezas é não só uma consequência econômica do contrato. Exerce pressão sobre a esfera social. E sendo está formada pela conjugação de todas as expressões da vida humana (religiosa, política, econômica, jurídica), a pressão que exerce pode influenciar intensamente a configuração do estrato social. Basta que se associe a circulação de riquezas à possibilidade de sua melhor distribuição.

Além do artigo 421 do código civil de 2002, o art. 422, também determina aos contratantes a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002)

Os princípios, portanto, são de vital importância no âmbito dos contratos, que visam evitar desigualdades entre as partes que se situam no mesmo plano jurídico, salvo as restrições da lei e as exigências especiais para certos ajustes. Sendo assim, se a lei determinar, ou certos ajustes assim exigirem, serão aplicadas obrigações a apenas uma das partes, sendo esse, denominado contrato unilateral, que se distingue dos contratos bilaterais onde as partes assumem obrigações recíprocas, tema do próximo tópico.

2.3 Dos contratos bilaterais

Nas classificações dos contratos, tem-se, dentre elas, aquela que diferencia os contratos unilaterais dos bilaterais. Essa é uma das mais importantes classificações pois o fato de um contrato se unilateral ou bilateral faz com que o legislador atribua a ele consequências serias, principalmente quanto à interpretação e à existência de determinados mecanismos que a eles se aplicam. (WERNER, 2014)

De acordo com Tartuce (2015), o contrato unilateral é aquele em que apenas um dos contraentes assume deveres em face do outro.

Já os contratos bilaterais são aqueles em as partes assumem obrigações de forma simultânea e recíproca, de modo que ambos são credores e devedores uns dos outros. Ainda segundo Tartuce (2015) este tipo de contrato ainda é denominado sinalagmático, em vista da presença da sinalagma, que é a proporcionalidade das prestações, ou reciprocidade das prestações.

Nos ensinamentos de Werner, (2014) nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro. Visto que, nos contratos bilaterais, a obrigação de uma parte é causa, e a justificativa da obrigação da outra parte; uma não existe sem a outra, não justifica sua existência senão na outra.

O interesse prático da distinção entre essas duas categorias, se deve ao fato, de que, somente os bilaterais comportavam a exceção do contrato não cumprido e a cláusula resolutiva tácita. (GOMES, 2007)

A exceção do contrato não cumprido consiste em que, se uma das partes não cumpre sua obrigação, a outra pode recusar-se a cumprir a sua, já que esse cumprimento, pelo contrato sinalagmático, somente se justificaria perante o outro. (WERNER, 2014)

A exceção do contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Claro que, se estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. (GOMES, 2007)

Já o princípio da interdependência das obrigações oriundas de contrato bilateral fundamenta sua resolução quando há inexecução por parte de um dos contraentes. "A resolução do contrato por esse motivo resulta de presunção legal,

hipótese na qual se fala da existência de uma condição resolutória tácita”. (GOMES, 2007, p.117, 118)

Tal situação está prevista no art. 475 no Código Civil de 2002 “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (BRASIL, 2002)

Segundo Werner (2014) pelos mesmos motivos que se passou a admitir a recusa de cumprimento através da exceção, admite-se que a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra, pedisse logo a extinção do vínculo, a resolução, já que se o outro não cumpriu ela também poderia ser exonerada do cumprimento.

Diante do exposto neste capítulo, tem-se que para formação da relação jurídico-contratual exige-se a presença de ao menos duas partes, que por acordos de vontades estabelecem seus termos, regidos por princípios que visam evitar desigualdade entre as partes. Contudo, nos contratos celebrados pela Administração Pública com particulares, as partes não gozam de igualdade, a Administração assume posição de supremacia e pode, por exemplo, modificar ou rescindir unilateralmente o contrato e impor sanções ao particular, assunto que será detalhado no próximo capítulo.

3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme discutido no capítulo anterior, o regime jurídico de Direito Privado, em geral traduz um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no regime jurídico de Direito Público a Administração Pública está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre de privilégios administrativos, isto é explicável pelo fato de que ela visa a alcançar um fim útil para coletividade.

Essa situação de preponderância em favor da Administração está dispersa em vários dispositivos, e é isto que será tratado neste capítulo, as peculiaridades que caracterizam o contrato administrativo, tais como a possibilidade de rescisões e alterações unilaterais do contrato bem como da fiscalização e aplicações de sanções administrativas.

3.1 Das peculiaridades e limites do contrato administrativo

Contrato administrativo segundo Meirelles (2016, p.239) “é o ajuste que a Administração pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

De acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei no 8.666/93 “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” (BRASIL, 1993)

O que realmente o tipifica e distingue o contrato administrativo é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar suas cláusulas. Esse privilégio administrativo na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes, que são aquelas que extrapolam o padrão comum dos contratos em geral. (MEIRELLES, 2016)

Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato

administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada. (CARVALHO FILHO, 2015)

Nos ensinamentos de Meirelles (2016) a característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público aplicável basicamente aos contratos administrativos.

A lei relaciona as seguintes prerrogativas: a) alteração unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução do contrato; d) aplicação de sanções; e e) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.

Merece, ainda, referência a possibilidade de ser aplicado aos contratos administrativos a teoria da imprevisão e a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido.

Se por um lado a lei garante prerrogativas para Administração Pública, por outro ela impõe limites a determinadas situações, uma delas é em relação a vigência contratual, pois, a lei determina que todo contrato administrativo deve ser celebrado por prazo determinado e sua duração deve corresponder à disponibilidade dos créditos orçamentários, forma encontrada pelo legislador para impedir que o dispêndio oriundo de contratos venha repercutir em orçamentos futuros, sem que tenham sido ordenadamente planejados os ajustes. (CARVALHO FILHO, 2015)

Segundo Carvalho Filho (2015) para atender as peculiaridades de certas situações, a lei criou exceções à regra geral; nesses casos os contratos podem ter duração mais longa do que os créditos orçamentários de cada exercício financeiro.

Portanto, "a despeito da regra de anualidade dos contratos administrativos" Amorim (2017, p.196) a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 57, incisos I, II, IV e V prevê a possibilidade de prorrogação da vigência nas seguintes hipóteses:

Art. 57. [...]

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (BRASIL, 1993)

Em caráter excepcional, o prazo limite de 60 (sessenta) meses para prorrogação dos contratos de prestação de serviços contínuos poderá ser prorrogada por até 12 (doze) meses, desde que devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior (§4º art. 57). (BRASIL, 1993)

Além da prorrogação destacada acima, outra possibilidade de prorrogação refere-se à dilação de prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, desde que, mantidas as demais condições contratuais e assegurado o equilíbrio econômico financeiro, desde que ocorra alguma das seguintes situações: a) alteração de projeto ou especificação; b) superveniência de fato excepcional ou imprevisível; c) interrupção da execução do contrato por fato ou ato de terceiro e; d) omissão ou atraso de providências a cargo da administração. (CARVALHO FILHO, 2015)

Carvalho Filho (2015, p.208) ainda adverte que:

apenas nas hipóteses legais poderá o contrato ser prorrogado, porque a prorrogação não pode ser regra, mas sim exceção. Se fosse livre a prorrogabilidade dos contratos, os princípios da igualdade e da moralidade estariam irremediavelmente atingidos. Daí a necessidade de rigorosa averiguação, por parte das autoridades superiores, no tocante às prorrogações contratuais.

Por fim, salienta-se posição do Tribunal de Contas da União – TCU (2010), acerca do prazo estipulado de vigência inicial de 12 (doze) meses, com possibilidade

de sucessivas prorrogações até o limite fixado pela Lei nº 8.666/93, apontado como requisitos necessários para a prorrogação contratual o seguinte:

- existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
 - objeto e escopo do contrato inalterado pela prorrogação;
 - interesse da Administração e do contratado declarados expressamente;
 - vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
 - manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
 - preço contratado compatível com mercado fornecedor do objeto contratado.
- (BRASIL, 2010)

Ressalta-se, portanto, nos requisitos elencados pelo TCU, a necessidade tanto da administração quando do contratado declararem o interesse na prorrogação, privilegiando assim a solução consensual, típica do regime jurídico de Direito Privado, diferenciando-se, assim, das prerrogativas especiais que caracterizam o contrato administrativo.

Conclui-se, portanto, que o contrato administrativo é o acordo de vontades, em que de um lado figura-se a Administração Pública, que por cuidar do interesse público dispõe de certas prerrogativas, que os contratos comuns não ostentam. Dentre as prerrogativas, destaca-se a possibilidade pela Administração de alterações e rescisões unilaterais, além da fiscalização da execução e aplicação de sanção de forma unilateral, além da aplicação da inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido, prerrogativas que serão detalhadas nos próximos tópicos, iniciando pela fiscalização e gestão da execução do contrato administrativo.

3.2 Da fiscalização e gestão da execução do contrato administrativo

O art. 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, confere à Administração a prerrogativa (poder-dever) de fiscalizar a execução dos contratos administrativos. (BRASIL, 1993)

De acordo com Justen Filho (2004, p.501) “a Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O interesse público não se coaduna com uma atuação passiva da Administração”.

Na visão de Amorim (2017, p. 203) as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são:

o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os fornecimentos e serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos à repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos etc., com o fim de assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Nesse sentido, a atividade permanente de fiscalização permite a Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Com isso, conforme ensina Justen Filho (2004) a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar o interesse público.

Para tanto, conforme disciplinado no artigo 67 da Lei nº 8.666/93 “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. (BRASIL, 1993)

Neste prisma, Amorim (2017, p. 204) ressalta que “A designação do fiscal deverá recair sobre servidor ou empregado integrante do quadro de pessoal do respectivo órgão, devendo a indicação ser formalizada.”

Ainda segundo Amorim (2017, p.204) “Compete ao fiscal acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, devendo anotar em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, bem como adotar as medidas com vistas à regularização das falhas ou defeitos observados durante a execução”.

De acordo com Justen Filho (2004) o agente designado poderá realizar a fiscalização em termos passivos ou ativos.

Na fiscalização passiva o agente designado apenas acompanha atividade do contratante. Já a fiscalização ativa, ocorre quando a sequência da atividade do particular depende de atos da Administração tais como exames, aprovações etc.

Os procedimentos fiscalizatórios devem ser formalizados no instrumento contratual e visam evitar que a fiscalização seja desenvolvida de modo inconstante ou não sistemático. Além de impor de modo concreto deveres ao contratado, cujo descumprimento caracteriza inadimplemento contratual. (JUSTEN FILHO, 2004)

Nesse ponto, vale destacar o disciplinado nos artigos. 69, 70 e 76 da Lei nº 8.666/93:

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.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. [...]

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (BRASIL, 1993).

Contudo, a formalização das regras no instrumento contratual não limita as prerrogativas da Administração, se surgirem dúvidas ou controvérsias acerca da atuação do contratado a Administração pode promover fiscalização além e diversamente do previsto no contrato, desde que não prejudique o contratado. (JUSTEN FILHO, 2004)

Portanto, a fiscalização não deve ir além do necessário à verificação do cumprimento dos deveres pelo contratado (JUSTEN FILHO, 2004).

Por fim, de acordo com disciplinado no art. 67, § 2º da Lei nº 8.666/93 as decisões e providências que ultrapassem a competência do representante gestor ou fiscal deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, 1993)

Neste ponto, anota Justen Filho (2004) incumbe ao agente da Administração acompanhar o desenvolvimento da atividade do contratado, anotando as ocorrências e documentando eventuais falhas a serem corrigidas. Exceto se previsto no contrato, não cabe ao agente interferir sobre a atividade do contratado, devendo apenas transmitir suas anotações às autoridades competentes, as quais competirá adotar as providências adequadas. Se a providência for urgente, a autoridade competente deverá ser imediatamente alertada.

Portanto, conforme exposto, antes de ser uma prerrogativa, a fiscalização dos contratos é uma obrigação inescusável da Administração Pública. Sendo a consequência imediata desse dispositivo a possibilidade de aplicação de penalidade ao contratado, quando este descumprir alguma obrigação assumida na celebração do contrato, tema que será explorado abaixo.

3.3 Da Aplicação de sanções administrativas

A aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração é outra de suas prerrogativas, correlata a do controle do contrato:

Tal poder resulta do princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos, extensivo também aos contratos públicos. Destarte, ao contratar, a Administração reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não prevista expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do poder judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratante. Poder correlato é o de relevar penalidades, motivadamente, quando conveniente essa relevação." (MEIRELLES, 2016, p. 246)

Essas penalidades, que compreendem desde as advertências e multa até a rescisão unilateral do contrato, a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração (artigos 86 a 88 Lei 8.666/93), decorrem geralmente da inexecução do contrato.

Inexecução ou inadimplência do contrato é o descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte. Pode ocorrer por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado. (MEIRELLES, 2016)

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 210) "É preciso, porém, saber qual a causa da inexecução, ou até onde deve a parte inadimplente responder por seu descumprimento. A diversidade das causas pode ensejar dois tipos básicos de inexecução: a inexecução *culposa* e a inexecução *sem culpa*".

A inexecução ou inadimplência culposa é a que resulta de ação ou omissão da parte, decorrente de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas contratuais. "O conceito de culpa no Direito Administrativo é o mesmo do Direito Civil, consistindo na violação de um dever preexistente: dever de diligência para o cumprimento de prestação prometida no contrato." (MEIRELLES, 2016, p. 265)

A inexecução ou inadimplência sem culpa é a que decorre de atos ou fatos estranhos à conduta da parte, retardando ou impedindo totalmente a execução do contrato. (MEIRELLES, 2016)

Nesse caso, uma das partes não consegue cumprir o contrato nas condições em que foi firmado. Entretanto, não o fez por culpa sua, mas, ao contrário,

em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do contrato. (CARVALHO FILHO, 2015)

Ocorrendo eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o ajuste há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da imprevisão, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, nos seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração, estado de perigo, lesão e interferências imprevistas (MEIRELLES, 2016)

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. (MEIRELLES, 2016)

Carvalho Filho (2015, p.215) ensina que

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

Além da teoria da imprevisão, há outras hipóteses que justificam a inexecução do contrato, tais como força maior e caso fortuito, que por sua imprevisibilidade e inevitabilidade criam impossibilidade a normal execução do contrato. (MEIRELLES, 2016)

Força maior “é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.” (MEIRELLES, 2016, p. 267)

Justen Filho (2004) adverte que o evento deverá ser excepcional e imprevisível, quando se trata de ocorrências comuns e previsíveis não há força maior.

Caso fortuito “é o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Caso fortuito é, p. ex., um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra.” (MEIRELLES, 2016, p. 267, 268)

Portanto, ocorrendo os eventos de força maior ou caso fortuito, regulamente comprovados, a parte poderá invocá-lo para eximir-se das consequências da mora ou para obter a rescisão do contrato.

Contudo, se por um lado, fatos imprevisíveis tais como caso fortuito e força maior justificam a inexecução contratual, por outro lado, há fatos imprevisíveis que justificam a revisão do ajuste, para restabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato, características essas, típicas da teoria do fato do príncipe.

De acordo com Meirelles, (2016, p. 269) fato do príncipe “é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.”

Para Carvalho Filho (2015, p. 216) fato do príncipe “se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso alteração na equação econômico-financeira do contrato.”

No mesmo sentido Justen Filho (2004) define fato do príncipe como determinação estatal que, ao disciplinar o exercício de certas condutas, torna impossível o cumprimento do contrato, ou seja, o estado induz alteração no regime jurídico aplicável que reflete na execução do contrato administrativo.

Outro fato imprevisível que exonera o contratado de responsabilidade pela inexecução do contrato é o fato da Administração, que na definição de Meirelles (2016, p. 270) “é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução”.

Segundo Justen Filho (2004) essa conduta importa alteração das condições originárias da execução do contrato.

Ainda de acordo com Justen Filho (2004) as hipóteses de rescisão contratual previstas nos incisos XIV a XVI do artigo 78 da Lei nº 8.666/93 se enquadram como fato da administração.

Portanto, em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público, o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos, salvo se o atraso for superior a noventa dias (art. 78, XV). (MEIRELLES, 2016)

Por fim, além das figuras acima indicadas que sujeitam se a regime jurídico da Lei nº 8.666/93 e produzem consequências diferentes, existem outras hipóteses

justificadores da inexecução contratual, tais como estado de perigo, lesão e interferências imprevistas.

Estado de perigo de acordo com novo Código Civil, “configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (art. 156, *caput* e parágrafo único).” (BRASIL, 2002)

Lesão ainda conforme o Código Civil de 2002 (art. 157, *caput* e §§ 1º e 2º), “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor na prestação oposta. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”. Mas “não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.” (BRASIL, 2002)

Interferências imprevistas “são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.” (MEIRELLES, 2016, p. 270)

Conclui-se, portanto, que a aplicação de sanção administrativa assim como a fiscalização, caracteriza-se uma obrigação inescusável da Administração Pública, ou seja, em caso de inexecução total ou parcial pelo contratado, cabe a Administração aplicar as penalidades cabíveis, não decorrendo de mera escolha do gestor.

Entretanto, podem advir eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, nestes casos, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o ajuste há que ser alterado, assunto que será tratado abaixo.

3.4 Das alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro

Fato inexistente nos contratos de direito privado, a alteração unilateral do contrato pela Administração bem demonstra sua superioridade em face da outra parte. “É que aqui a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade unilateral alteradora.” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 196)

Nas palavras de Meirelles (2016, p. 242) “O poder de alterações unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual.

Na mesma linha de pensamento Justen Filho (2004) descreve que a alteração contratual não desperta maior interesse nos acordos celebrados no direito privado, em virtude do princípio da força obrigatória dos contratos, sendo as alterações raramente verificadas. Porém, no direito administrativo, a modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis, sendo isso reflexo jurídico da supremacia do interesse público.

Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado. (MEIRELLES, 2016)

Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 65 disciplina as hipóteses de alteração contratual, sendo unilateral, quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos ou quando necessárias modificações do valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões quantitativas do objeto. (BRASIL, 1993)

Além das hipóteses de alteração unilateral o mesmo artigo também prevê os casos de alterações por acordo entre as partes, que podem ocorrer para substituição de garantia de execução, de modificação do regime de execução ou fornecimento, para modificação da forma de pagamento e por fim para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. (BRASIL, 1993)

Contudo, não significa que a alteração por acordo entre as partes seja facultativa. Nos ensinamentos de Justen Filho (2004, p.525):

É certo que a alteração unilateral imposta pela Administração tem de ser acatada pelo particular. Mas não é correto que a alteração convencional seja, em todos os casos, meramente facultativa (podendo ou não ser aceita pelas partes). Há casos em que a alteração se faz por acordo entre as partes, mas é obrigatória na acepção de que a Lei determina que não pode deixar de ser realizada sempre que ocorrerem certos pressupostos. O conteúdo da modificação dependerá do acordo entre as partes, mas sua produção será obrigatória, na acepção de que a lei determina seus pressupostos. Uma vez verificados, deverá produzir-se seu aperfeiçoamento.

Este é o caso por exemplo quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como da forma de fornecimento, em face de

verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários, ou seja, a alteração é obrigatória e deve ser formalizada ainda que uma das partes preferisse manter a situação anterior. Em tal caso, o acordo entre as partes se refere ao conteúdo da alteração. (JUSTEN FILHO, 2004)

Ainda segundo Justen Filho (2004) na alteração contratual, há modificação por ato da administração, contudo, não significa ausência de consulta ao contratado, o que ofenderia o princípio da ampla defesa.

Oportuno frisar que a Administração, “após realizar a contratação não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária”. (JUSTEN FILHO, 2004, p. 525).

Portanto, a Administração tem que evidenciar a superveniência de motivo que justificou a alteração contratual. (JUSTEN FILHO, 2004)

Neste prisma, Carvalho Filho (2015) destaca que a prerrogativa de alteração unilateral do contrato não pode ser empregada por arbítrio ou por outros interesses escusos, nem pode retratar desvio de finalidade para causar prejuízo ao contratado.

Reforçando essa ideia, Justen Filho (2004) anota que se a modificação configurar-se como forma de punição ao contratado, para agravar ou tornar mais oneroso as condições de execução, haverá desvio de finalidade.

Nota-se, portanto, que a alteração unilateral deve ser concebida como exceção não como regra, além disso, o artigo 65 definiu limites a essas alterações.

O §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 enuncia:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (BRASIL, 1993)

Portanto, a Administração pode obrigar o contratado a aceitar, nas mesmas condições, acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras até 25% do valor atualizado do contrato, ou até 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento.

Em outra vertente, nenhum acréscimo pode exceder os limites da lei, ao passo que a supressão admite essa possibilidade desde que haja acordo entre as partes (art. 65, § 2 Lei 8.666/93º). (BRASIL, 1993)

A lei, portanto, confere a Administração o direito de exigir que o contratado se submeta às alterações impostas nesses limites, ao passo que obriga o contratado a aceitá-las. (CARVALHO FILHO, 2015)

Cumprir registrar que nos casos em que as supressões de obras, bens e 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 monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. (BRASIL, 1993)

Neste ponto, Justen Filho (2004) avalia ser inconstitucional a delimitação da indenização aos custos de aquisição dos materiais já adquiridos, isso porque a supressão de obras e serviços não pode ofender a equação econômico-financeira da contratação, ou seja, o contratado faz jus ao ressarcimento integral de todos custos incorridos e pela perspectiva de lucros que auferiria se a Administração não houvesse promovido a supressão contratual.

Portanto, a prerrogativa de alteração unilateral não elimina o dever de indenização quando sua aplicação acarretar prejuízo ao contratado, observando assim, o equilíbrio econômico-financeiro.

Da mesma forma se a alteração imposta aumentar os encargos do particular contratado, tem este direito a receber as diferenças respectivas (art. 65, § 6º Lei 8.666/93); "o mesmo ocorrendo se forem criados tributos ou encargos legais após a celebração do ajuste, que tenham repercussão no preço. São formas de propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual, rompido por força da alteração." (CARVALHO FILHO, 2015, p. 196)

A configuração do equilíbrio econômico financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, tais como prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no contrato, os processos tecnológicos e matérias primas aplicadas, as distâncias para entrega dos bens, os prazos de pagamento etc., o mesmo se aplica quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se

considera apenas o valor que o contratado receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação. (JUSTEN FILHO, 2004).

Por isso se alude a equilíbrio, “onde os encargos equivalem a remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista”. (JUSTEN FILHO, 2004, p.528).

Dessa forma, a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida, proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se, portanto, restaurar a situação originária de modo que o contratado não arque com encargos mais onerosos e receba a remuneração previamente prevista. (JUSTEN FILHO, 2004).

De acordo com Meirelles (2016) a relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda execução do contrato, garantindo que o contratado não venha sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, a Administração ao usar seu direito de alterar unilateralmente o contrato não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação econômico-financeira originalmente estabelecida.

Justen Filho (2004, p. 530) complementa que “a regra expressamente consagrada no art. 58 § 2º, a propósito da modificação unilateral do contrato, se aplica a qualquer evento que afete a equação econômica-financeira.”

Nesse sentido, são três os instrumentos para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, porém, possuem pressupostos e procedimentos distintos. Trata-se do reajuste, da revisão e da repactuação.

O reajuste de preços é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação, ou seja, o reajuste é nas palavras de Niebuhr (2018, p. 301) “o instrumento que se presta a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face da variação de preço previsível, normal, lenta, paulatina, que decorre, de certa maneira, decorre do processo inflacionário.”

Outra forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro é a repactuação em que a recomposição é efetivada com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço, como exemplo cita-se a elevação salarial de categorias profissionais por convenção coletiva de trabalho. (CARVALHO FILHO, 2015)

Por fim, tem-se a revisão como instrumento apto a manter a equação econômico-financeira, em face de variação de custo decorrente de um fato

superveniente, apenas suposto, mas não conhecido pelas partes quando firmam o contrato. (CARVALHO FILHO, 2015)

Destaca-se, dentre esses fatos, a alteração unilateral do contrato, caso provoque ônus para o contratado, pois a equação econômico-financeira do contrato sofre maior ou menor rompimento à medida que maior ou menor seja o encargo oriundo da alteração. Neste caso, a revisão é o mecanismo próprio para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, de modo que se passe a refletir o que foi inicialmente pactuado.

Portanto, na alteração unilateral vislumbra-se a essência da supremacia do interesse público sobre o privado nas relações contratuais, pois impõe ao contratado, nos limites estabelecidos pela lei, ajustes, independentemente da sua aquiescência. Da mesma forma, a lei também garantiu a Administração Pública a possibilidade de rescisão unilateral do contrato, que será tema do próximo tópico.

3.5 Da extinção e rescisão do contrato administrativo

Extinção do contrato é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, através da rescisão ou da anulação. (MEIRELLES, 2016)

“A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, de modo que, uma vez expirado, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público.” (MEIRELLES, 2016, p. 261)

Já a rescisão é o desfazimento do contrato durante sua execução por inadimplência de uma das partes.

Isso não significa que o descumprimento a qualquer dever contratual autorize a rescisão. Para Justen Filho (2004, p. 553) “a rescisão contratual deriva da concretização de evento sério o suficiente para colocar em risco o interesse público, tal como disposto no artigo 78” da Lei nº 8.666/93.

O artigo 78 da Lei nº 8.666/93 disciplina os motivos ensejadores da rescisão contratual. Contudo, não basta a Administração evidenciar a concretização de uma dessas hipóteses para pretender a rescisão, é fundamental também apontar o vínculo entre essa conduta e a lesão ao interesse público. (JUSTEN FILHO, 2004)

Dentre os motivos autorizadores da rescisão contratual, pode-se distinguir os inadimplementos imputáveis ao contratado (incisos I a XI e XVIII) daqueles relacionados a conduta da Administração Pública (incisos XII a XVI), remanescendo à parte, o caso do inciso XVII, no qual inexistente inadimplemento de quaisquer das partes. (JUSTEN FILHO, 2004)

Portanto, a rescisão do contrato se origina de um fato jurídico superveniente nascido de manifestação volitiva. Essa manifestação admite diversidade quanto à pessoa do emitente e quanto ao modo em que é formalizada, e, por isso, pode ser classificada em três grupos: a rescisão amigável, a rescisão judicial e a rescisão administrativa. Vejamos cada uma das modalidades. (CARVALHO FILHO, 2015)

As três modalidades de rescisão estão previstas no artigo 79 da Lei nº 8.666/93, assim enunciadas:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III - judicial, nos termos da legislação. (BRASIL, 1993)

Frisa-se, portanto, conforme Justen Filho (2004) que nas hipóteses dos incisos I a XII e XVII do artigo 78, assim como em caso de descumprimento de outros deveres contratuais ou legais, a rescisão se fará por meio de ato administrativo, por deliberação unilateral da Administração. As outras modalidades (amigável e judicial) destinam-se ao restante do elenco do artigo 78.

Portanto, a rescisão administrativa é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, por inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público. No primeiro caso pode ou não haver culpa do contratado, mas no segundo essa é sempre inexistente. (MEIRELLES, 2016)

Sendo assim, destaca Justen Filho (2004) a rescisão por ato unilateral produz seus efeitos jurídicos desde logo. Aplica-se o princípio do auto executoriedade dos atos administrativos. Logo, o contratado ficará sujeito, desde imediato, às decorrências da extinção do contrato.

Cumprir registrar que o ato de rescisão unilateral, é estritamente vinculado à comprovação da presença de seus pressupostos. Nas palavras de Justen Filho (2004, p.584) “a Administração deverá motivá-lo e indicar, se for o caso, vínculo de

nocividade entre a situação fática e a execução do contrato. Deverá indicar os fundamentos concretos que conduzem à presunção de impossibilidade de continuidade na execução do contrato.”

Ainda segundo Justen Filho (2004) a Administração deve descrever o evento na sua materialidade, identificar os sujeitos envolvidos, situá-los no tempo e no espaço e, após, qualificar o fato juridicamente; em todos os casos o ato deverá ser motivado e estar sujeito ao controle jurisdicional.

Por fim, a rescisão unilateral exige cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo, significa dizer que o contratado terá amplo acesso ao processo e possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. (JUSTEN FILHO, 2004)

Diante do exposto, nota-se que a modalidade de rescisão unilateral se aplica quando o inadimplemento é imputado ao contratado, por outro lado, quando o inadimplemento é imputado a Administração pública a rescisão se faz por acordo entre as partes.

Portanto, rescisão amigável é a que se realiza por mútuo acordo das partes, para a extinção do contrato e acerto dos direitos dos contratantes. É feita, normalmente, nos casos de inadimplência sem culpa e nos que autorizam a rescisão por interesse público. (MEIRELLES, 2016, p. 278, 279)

A rescisão amigável se aplica nos casos previstos no artigo 78, incisos XIII a XVI, assim descritas:

[...]

XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) 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;

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, 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;

XVI – a 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; (BRASIL, 1993).

Para Justen Filho (2004) o inadimplemento da Administração das hipóteses previstas nos incisos XIII a XVI do artigo 78, autoriza o contratado a pleitear a rescisão. E no caso de o contratado invocar a previsão normativa e pretender a rescisão, a Administração não está legitimada a recusar a aplicação da lei.

Portanto, diante das situações previstas, de forma consensual, as partes realizam o distrato do contrato. A decisão deve sempre ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. Contudo, em caso de recusa da Administração Pública da rescisão amigável, esta enseja ao contratado a possibilidade de solicitar a rescisão judicial.

A rescisão judicial “é a decretada pelo Poder Judiciário em ação proposta pela parte que tiver direito à extinção do contrato. Essa rescisão tanto pode ser obtida pelo particular como pela Administração, sendo obrigatória para aquele e opcional para esta, que dispõe de poder para operar a rescisão administrativa, por ato próprio.” (MEIRELLES, 2016, p. 279).

No caso de não cumprimento do contrato, a rescisão confere à Administração o direito de assumir o objeto do contrato, ocupar e utilizar o local, instalações etc., bem como de executar a garantia contratual e reter eventuais créditos do inadimplente, conforme definido no art. 80, I a V, Lei 8.666/93. (BRASIL, 1993)

Nota-se que o art. 80 enumera faculdades que se abrem à Administração, após promover a rescisão por ato unilateral, contudo a execução dos atos indicados não exclui a possibilidade de execução de sanção contra o contratado. Mais ainda, a Administração não pode adotar as providências previstas no art. 80 quando desnecessárias nem lhe atribuir efeito sancionatório. Pode configurar desvio de finalidade se a Administração resolver assumir o controle de bens ou direitos do contratado sem qualquer necessidade para o interesse público. (JUSTEN FILHO, 2004).

Conclui-se, portanto, que a extinção do contrato é a dissolução do vínculo obrigacional entre as partes. A regra é a extinção do contrato pela execução do objeto do contrato ou expirado o prazo de duração previsto, com cumprimento fiel das obrigações assumidas pelas partes. Porém, podem advir situações de descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte, ensejando sua rescisão nas hipóteses, formas e consequências definidas nos artigos 77 a 80 da Lei nº 8.666/93.

3.6 Da inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido

A exceção de contrato não cumprido “usualmente invocada nos ajustes de Direito Privado, não se aplica, em princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado” (MEIRELLES, 2016, p.245).

A despeito da supremacia da Administração no âmbito dos contratos administrativos, entende-se pela possibilidade de aplicação da “exceção do contrato não cumprido” (regra típica dos contratos privados) em benefício do particular contratado nas hipóteses previstas no art. 78, XIV e XV, da Lei no 8.666/1993:

[...]

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) 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*; 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, 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*; (BRASIL, 1993).

Corroborando esse entendimento Justen Filho (2004) assinala que se admite a recusa do contratado em dar prosseguimento à execução do contrato quando a Administração incorrer em atraso superior a noventa dias do pagamento de obras, serviços ou fornecimento já realizados. Supõe-se a hipótese de um contrato de execução continuada em que deve a Administração realizar pagamentos a medida da execução dos serviços, sendo assim, deve se reconhecer ao contratado o direito de suspender a execução quando do inadimplemento da Administração, em contratos de execução continuada, impor ônus insuportável ou criação de deveres não previstos contratualmente.

A exceção de contrato não cumprido “não se confunde com qualquer situação ou quadro jurídico de comprovada impossibilidade material de executar o contrato. Esta, escusa a observância do contrato (*impotentia excusat legem*) porque juridicamente só se pode exigir o possível, não o impossível.” (MEIRELLES, 2016, p.245)

Conforme exposto neste capítulo, a Lei nº 8.666/93 dotou a Administração Pública de diversas prerrogativas especiais, por isso, em razão dessas prerrogativas constituiu-se uma categoria especial de contrato, denominada contrato administrativo. Porém, a partir de junho de 2016, com a publicação da Lei nº 13.303/16 inaugura-se um novo regime contratual, aplicado as empresas públicas e sociedades de economia mista, assunto que será detalhado no próximo capítulo.

4 DA LEI DAS ESTATAIS E SUAS NOVAS REGRAS CONTRATUAIS

A Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2016)

Destaca-se que há bastante tempo, a doutrina nacional reconhece a necessidade de que as estatais, por fazerem parte do mercado, devem possuir regimento próprio a respeito de licitação pública e contrato administrativo e com isso propiciar maior eficiência e agilidade para que ditas entidades possam sobreviver no mercado. (NIEBUHR, 2018)

Assim sendo, no plano específico dos contratos, a Lei nº 13.303/16 determina que o regime jurídico a eles aplicados seja predominantemente o regime de direito privado, e com essa orientação, desaparecem as denominadas prerrogativas exorbitantes da administração. (GUIMARÃES; SANTOS, 2017)

Cumprir registrar que a Lei nº 13.303/16 estabeleceu um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que as estatais pudessem ajustar sua estrutura organizacional e funcional às novas regras, contudo esse prazo não deve ser confundido com vigência, uma vez que a lei está em vigor desde a publicação, conforme determinado em seu artigo 97.

Este prazo de 24 (vinte e quatro meses) para adaptação das estatais constituídas anteriormente a publicação da Lei nº 13.303/16 está previsto em seu artigo 91, assim descrito:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no caput, ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral. § 2º (VETADO).

§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput. (BRASIL, 2016)

De acordo com Niebuhr (2018, p.35) "A mesma regra vale para licitações e contratos, de acordo com o §3º do mesmo artigo. Ou seja, licitações iniciadas ou

contratos celebrados dentro do período de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação da Lei 13.303/16 seguem a legislação tradicional, não devem seguir o novo regime de licitações e contratos.”

Ressalta-se, que contrato celebrado sob o regime da Lei nº 8.666/93 prossegue com o mesmo regime até o encerramento da sua vigência, inclusive, se possível a prorrogação do contrato, sob a ótica da Lei nº 8.666/93, não haverá óbice e, o no novo prazo, o contrato continuará a seguir a Lei 8.666/93. (NIEBUHR, 2018)

O prazo de 24 (vinte e quatro) meses para adaptações está intimamente conectado ao prescrito no art. 40 da Lei nº 13.303/16, cujo teor é o seguinte:

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:
I - glossário de expressões técnicas; II - cadastro de fornecedores; III - minutas-padrão de editais e contratos; IV - procedimentos de licitação e contratação direta; V - tramitação de recursos; VI - formalização de contratos; VII - gestão e fiscalização de contratos; VIII - aplicação de penalidades; IX - recebimento do objeto do contrato. (BRASIL, 2016)

Para Guimarães; Santos (2017) o regulamento interno de licitações e contratos tem por objetivo moldar a norma às particularidades e peculiaridades jurídicas de cada estatal.

Na visão de Noronha; Frazão; Mesquita (2017) antes mesmo da edição da Lei nº 13.303/16, já se defendia que o estatuto das estatais estabelecesse apenas normas gerais que orientassem possíveis regulamentos próprios de licitações e contratos. Tal medida, garantiria autonomia gerencial às sociedades de economia mista e empresas públicas.

Ainda segundo Noronha; Frazão; Mesquita (2017) a abertura da discricionariedade normativa decorre da noção de que cada estatal saberá definir de maneira mais próxima a sua realidade quais matérias devem ser reguladas internamente.

Portanto, o período de adaptação foi direcionado à construção de um entendimento sobre a nova sistemática da Lei nº 13.303/16, que foi refletido no regulamento, para que os colaboradores das estatais tenham amplo conhecimento a respeito deles. (NIEBUHR, 2018)

Neste sentido, a estatal somente estará apta em relação as normas de licitação e contratos quando tiver concluído o seu respectivo regulamento. (NIEBUHR, 2018)

4.1 Da duração dos contratos – Vigência e prorrogação contratual

A duração do contrato estatal é tratada no art. 71 da Lei nº 13.303/16, que preceitua:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:
 I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
 II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.
 Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado. (BRASIL, 2016)

Cabe destacar pela leitura do artigo 71 da Lei nº 13.303/16, que não há qualquer vinculação com crédito orçamentário ou com período de 12 (doze) meses, como ocorre na Lei nº 8.666/16, deixando livre para estatais definir os prazos de seus contratos, contando com máximo de 5 (cinco) anos. (NIEBUHR, 2018)

Para Guimarães; Santos (2017) como regra geral, a duração do contrato fica adstrita à vigência máxima de 05 (cinco) anos, não podendo, sua duração em princípio, ultrapassar este limite temporal. Todavia, ao lado da regra geral de duração contratual, há exceções que dizem respeito a duas hipóteses taxativamente prescritas.

A primeira (inciso I) trata dos contratos que digam respeito a projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da estatal.

A segunda exceção (inciso II) trata dos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado, e a imposição desse limite de tempo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Portanto, a Lei nº 13.303/16 oferece uma baliza de 5 (cinco) anos em relação aos prazos, no entanto, se for necessário, a bem dos interesses da estatal, o contrato poderá ser firmado por prazo superior. Nessa situação o legislador não estabeleceu o quanto maior poderia ser o prazo, deixando em aberto, restringindo apenas que o contrato não pode ter prazo indeterminado. (NIEBUHR, 2018)

É de se destacar que a Lei 13.303/16 não estabeleceu regras para eventuais prorrogações de contrato, dependendo do juízo discricionário das estatais. Não prescreve, por exemplo, a obrigatoriedade de termo aditivo, de submissão à assessoria jurídica, de demonstração de vantagem da prorrogação etc. As estatais

realizam prorrogações de acordo com o que consideram mais convenientes, submetidos aos seus próprios controles e instâncias decisórias. (NIEBUHR, 2018)

Neste ponto, Guimarães; Santos (2017, p. 39) adverte que embora não haja imposição legal, “os regulamentos internos devem prever a necessidade de aprovação jurídica das minutas dos instrumentos convocatórios, de contratos e de termos aditivos como boa prática de gestão e de filtragem de irregularidades e de nulidades.”

4.2 Da fiscalização e gestão da execução do contrato estatal

Firmado o contrato, ele deve ser executado fielmente pelas partes contratantes, em expressão do princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, cada uma das partes contratantes é responsável pelas suas obrigações e, se o seu eventual inadimplemento causar dano a outra parte, responde pelas perdas e danos.

Assim, a estatal tem o poder-dever ou mesmo o dever-poder de fiscalizar a execução dos contratos. Quer-se dizer que, antes de ser uma prerrogativa, a fiscalização dos contratos administrativos é um dever, uma obrigação inescusável da estatal. (NIEBUHR, 2018)

A Lei nº 13.303/16 não prescreve normas específicas sobre a fiscalização e gestão dos contratos, não trata sequer de recebimento do objeto executado e de pagamento. Todos esses assuntos, portanto, devem ser estruturados no regulamento de licitações e contratos previsto no art. 40 da Lei nº 13.303/16, que demandam, entre outras coisas, “o regime de execução” (inc. II), condições de pagamento (inc. III), prazos de cada etapa de execução e de recebimento (inc. IV) e os direitos e responsabilidades das partes (inc. VI). (NIEBUHR, 2018)

Cada estatal tem liberdade para enfrentar o assunto do jeito que lhe for mais conveniente, entretanto parece importante que se disponha em regulamento sobre a fiscalização e gestão dos contratos, a quem compete tais funções, se são segregadas ou não, e o que se espera dos agentes estatais que ocupam tais funções. (NIEBUHR, 2018)

4.3 Da Aplicação de sanções administrativas

De acordo com Niebuhr (2018) a Lei 13.303/16 não previu para as estatais as chamadas cláusulas exorbitantes, prerrogativas previstas na Lei 8.666/93 que

favorecem a Administração Pública em geral. Essa é a principal característica do contrato estatal, que o distingue do contrato administrativo, porém, a Lei das estatais garantiu ao menos uma prerrogativa, que é justamente o poder estatal de aplicar sanção unilateralmente ao licitante ou contratado, desde que respeitado o devido processo, garantindo-se a prévia defesa.

Os artigos 82 a 84 tratam das penalidades administrativas em si:

Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados. (BRASIL, 2016)

O *caput* dos artigos 82, 83 e 84 da norma deixa expresso que a aplicação de sanção é uma prerrogativa da estatal, que caminha em direção única, da estatal à contratada. (NORONHA; FRAZÃO; MESQUITA, 2017)

Ainda segundo Noronha; Frazão; Mesquita (2017) por mais que o artigo 69, inciso VI da Lei nº 13.303/16, estabeleça que são cláusulas necessárias nos contratos

os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas, nos artigos específicos sobre sanções, a norma autoriza que a contratada seja penalizada pela estatal e não o inverso.

Há diferença relevante entre o regime sancionatório da Lei nº 8.666/93 e o da Lei nº 13.303/16. Na Lei nº 8.666/93, conforme os incisos do seu art. 87, a Administração dispõe de quatro sanções, a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade, que é a mais grave. Na Lei nº 13.303/16, o legislador não previu a declaração de inidoneidade. Logo, as estatais já não podem mais aplicá-la. (NIEBUHR, 2018)

Guimarães; Santos (2017) anotam que Advertência é uma admoestação ao contratado em virtude de inadimplemento contratual de pequeno potencial, que não tenha causado prejuízos a estatal.

Já a multa é sanção de natureza pecuniária e, conforme dispõe a lei deve estar expressamente prevista e quantificada no instrumento convocatório ou no termo contratual sob pena de não ser possível sua aplicação.

Por fim a última sanção prevista no artigo 83 da Lei nº 13.303/16 e considerada a mais grave é a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo superior a 2 (dois) anos.

Num plano geral, a Lei 13.303/16 estabelece as sanções, porém não os comportamentos que autorizam a aplicação delas – falta tipicidade às sanções. Também não esclarece como as tais penas devem ser aplicadas e quais os critérios para definir as medidas delas (dosimetria). Todos esses aspectos podem e devem ser abordados no regulamento interno de licitação e contratos exigido pelo art. 40 da Lei 13.303/16. (NIEBUHR, 2018)

Corroborando este entendimento Pereira (2016) anota que as sanções estão genericamente previstas no art. 83, não se extraindo desses dispositivos todos os critérios necessários para a sua aplicação, cabendo aos atos regulamentares (edital de licitação ou contrato), em acordo com o art. 69, VI, especificar as hipóteses e os critérios para sua dosimetria, preservando com isso a noção de anterioridade da norma.

4.4 Das Alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro

No regime tradicional, da Lei 8.666/93, as alterações do objeto do contrato podem ser unilaterais ou consensuais. As alterações unilaterais, são a expressões do princípio da supremacia do interesse público, que outorga à Administração uma série de vantagens e prerrogativas. (NIEBUHR, 2018)

O art. 72 da Lei nº 13.303/16 elimina a possibilidade das estatais de alterar os contratos unilateralmente, definindo que os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar. (BRASIL, 2016)

Nesse sentido, Di Pietro (2017) ensina que o estatuto deixou de conter a alteração unilateral dos contratos, somente permitindo que se faça por acordo entre as partes. Com isso, o legislador quis excluir uma das cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos em geral, fazendo uma aproximação maior com os contratos firmados entre particulares

Eiras (2016) informa que os mecanismos para proceder a alteração contratual devem estar previstos de forma detalhada na minuta do contrato, já que a lei trouxe apenas as situações e as balizas por meio das quais pode ocorrer, mas não indicou a maneira pela qual a alteração (caso a contraparte concorde) será operacionalizada.

Nesse sentido o artigo 81 da Lei nº 13.303/16 estabeleceu as hipóteses e limites para a alteração contratual, sendo os incisos I e II incidentes sobre o objeto do contrato, ocorrendo quando houver modificação do projeto ou das especificações ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões quantitativas do seu objeto. (BRASIL, 2016)

Já as hipóteses previstas nos incisos III a VI referem-se à substituição da garantia da execução, quando houver necessidade de modificação do regime de execução ou da forma de pagamento e por fim para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (BRASIL, 2016)

Além das hipóteses de alteração contratual o mesmo artigo estabeleceu limites para as alterações incidentes sobre o objeto do contrato.

Sendo assim, as alterações incidentes sobre o objeto do contrato podem ser qualitativas ou quantitativas, sendo à primeira, referente a técnica empregada, a

qualidade, as especificações do objeto e a segunda, referente ao tamanho ou dimensão do objeto contratado (NIEBUHR, 2018)

A correta e rigorosa distinção entre alterações qualitativa e quantitativa é importantíssima, dado que os limites de uma e outra são diferentes. Ocorre que as alterações de natureza qualitativa gozam de limites mais largos do que os das alterações quantitativas. (NIEBUHR, 2018)

O § 1º do art. 81 da Lei nº 13.303/16 enuncia:

O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para seus acréscimos. (BRASIL, 2016)

Da leitura do dispositivo supracitados conclui-se, da passagem em que o legislador se refere a "acrécimos ou supressões", que a alteração é do tipo quantitativa. Logo, o §1º do art. 81 da Lei nº 13.303 diz respeito às alterações quantitativas, isto é, aquelas que afetam a quantidade do objeto contratado. (NIEBUHR, 2018)

Com efeito, o limite preconizado para as alterações quantitativas é de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato. No caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite é de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos; a supressão permanece com o limite de 25% (vinte e cinco por cento). (NIEBUHR, 2018)

Destaca-se que o parágrafo 1º é claro ao mencionar que o contratado poderá ou não aceitar os acréscimos ou supressões e sempre nas mesmas condições contratuais. (NORONHA; FRAZÃO; MESQUITA, 2017)

Cumprir registrar que "valor inicial atualizado do contrato", que serve de limite para as alterações quantitativas, significa o preço contratado inicial acrescido dos montantes referentes ao reajuste e à revisão do valor, desde que não decorrente de alterações anteriores pertinentes ao próprio objeto. (NIEBUHR, 2018)

Registre-se que o § 2º do art. 81 da Lei nº 13.303/16 prescreve que "nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no §1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes" (BRASIL, 2016)

Cabe registrar a crítica de Noronha; Frazão; Mesquita (2017) acerca do § 2º que guarda bastante similaridade com o artigo 65, § 2º, II da Lei nº 8.666/93, mas que incorre em manifesta e evidente falha técnica, porque destaca que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder o montante previsto no § 1º, salvo se as supressões resultarem de acordo pactuado entre as partes, contudo, conforme consta no *caput*, todas as alterações são consensuais. Há, desse modo, presente e demonstrada contradição.

Como visto, o legislador determinou limites para as alterações quantitativas que importam acréscimos, por regra, em 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato. Portanto, não há maiores restrições às alterações qualitativas que não ultrapassem tais percentagens. Ora, o que é permitido para as alterações quantitativas, também deve sê-lo para as alterações qualitativas. A grande questão reside na possibilidade ou não de promover alterações qualitativas acima do limite do §1º do art. 81 da Lei nº 13.303/16. (NIEBUHR, 2018)

De todo modo, recomenda-se que as alterações qualitativas que ultrapassem 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato sejam fartamente motivadas, demonstrando-se que são fundamentais para curar o interesse da estatal. (NIEBUHR, 2018)

O §4º do art. 81 da Lei nº 13.303/16 prescreve:

Art. 81. [...]

§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 comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos, eventualmente, decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. (BRASIL, 2016)

Na visão Niebuhr, (2018, p.298) "Esse dispositivo é cópia literal da Lei nº 8.666/93 e não faz sentido em relação à Lei 13.303/16. É que ele foi projetado para as supressões unilaterais, promovidas sem a concordância do contratado".

No mesmo sentido Noronha; Frazão; Mesquita (2017) destacam que o referido paragrafo não traz grande inovação, porque mesmo que não constasse na legislação tal dispositivo, ainda assim, nos termos que prevê o art. 186 do código civil de 2002, aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Como os contratos regidos pela Lei nº 13.303/16 são contratos regidos, prioritariamente, pelo

direito privado, o disposto no artigo 81, § 4º vai ao encontro do que prevê a legislação civil.

Assim, pontua Niebuhr (2018), na Lei 13.303/16, todas as alterações contratuais devem ser consensuais. Nesse sentido, as partes contratantes devem compor sobre eventual indenização, o que faz parte do consenso sobre o aditivo.

Em síntese, com arrimo no direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o contratado deve ser indenizado de modo amplo em face de todos os custos suportados para executar o objeto em sua integralidade e, de certa forma, frustrados em razão da supressão do objeto. O contratado faz jus à indenização em relação a qualquer custo comprovado por ele, não apenas, como equivocadamente preceitua o §4º do art. 81 da Lei nº 13.303/16, em relação aos materiais adquiridos por ele e já postos no local do trabalho. (NIEBUHR, 2018)

O equilíbrio econômico-financeiro também está presente nos parágrafos 5º e 6º do artigo 81, assim descritos:

[...]

§ 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.

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Inicialmente, o § 5º trata do fato do príncipe, destacando que a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, quando ocorridos após a data da apresentação da proposta, com comprovado reflexo nos preços contratados, implicarão revisão destes preços para mais ou para menos. (NORONHA; FRAZÃO; MESQUITA, 2017)

O § 6º trata do direito subjetivo do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, imputando a estatal o dever de restabelecer, por aditamento, as condições efetivas das propostas. Sendo assim, em qualquer modificação nas condições originais do contrato, em relação aos encargos, deve haver a recomposição da sua equação econômico-financeira. É o que prevê a Constituição Federal, no artigo 37, inciso XXI. (GUIMARÃES; SANTOS, 2017)

Tem-se, portanto, que em relação as alterações contratuais o legislador deu maior ênfase ao consensualismo, promovendo maior equilíbrio entre as partes,

nesse sentido, procurou também dar maior flexibilidade para as estatais tratarem das situações de rescisão contratual, conforme será delineado a seguir.

4.5 Da extinção e rescisão do contrato estatal

Os contratos extinguem-se normalmente com o cumprimento do seu prazo de vigência ou com a execução do seu objeto, tratando-se de contrato por escopo. Portanto, a regra é que os contratos se extingam de acordo com o previsto em seu próprio instrumento. No entanto, os contratos podem ser extintos por outras razões, algumas consideradas anômalas, que abrangem o descumprimento das obrigações contratadas pelas partes contratantes, motivos relacionados a caso fortuito e força maior e mesmo, a depender da situação, por razões de conveniência das partes contratantes. (NIEBUHR, 2018)

A Lei nº 13.303/16 não disciplina a rescisão do contrato estatal. Apenas, no inc. VII do seu art. 69, exige que o contrato estatal, obrigatoriamente, disponha sobre “os casos de rescisão do contrato [...]”. Ou seja, o legislador preferiu deixar que o assunto seja tratado pelas estatais, diante de cada contrato, dando-lhe liberdade para prever as hipóteses, condições e consequências. É recomendável que o regulamento de licitações e contratos das estatais estabeleça regras sobre o desfazimento dos contratos, para que haja balizas e algum tratamento padronizado dentro de cada estatal. (NIEBUHR, 2018)

De todo modo, é de se enfatizar que a Lei nº 13.303/16 não atribui prerrogativas às estatais e justamente esse ponto é o que caracteriza o contrato estatal e o distingue do contrato administrativo em sentido estrito, regido pela Lei nº 8.666/93. Assim, as estatais não podem replicar em seus regulamentos e contratos o mesmo modelo da Lei nº 8.666/93, sob pena de subversão do modelo contratual próprio da Lei nº 13.303/16, regido, em grande medida, pelo direito privado. (NIEBUHR, 2018)

Sob essa perspectiva, as condições para a rescisão contratual devem ser equivalentes entre a estatal e os seus contratados. Logo, se a estatal pretender rescindir o contrato sozinha, unilateralmente, o contratado também poderá fazê-lo. Da mesma forma, se a estatal descumprir suas obrigações e gerar danos ao contratado, terá que indenizá-lo. O mesmo raciocínio vale para o contratado. Aliás, pode-se dizer,

em resumo, que, no tocante à rescisão, o que vale para uma parte vale para a outra, estatal e contratado. (NIEBUHR, 2018)

Por fim, nas palavras de Di Pietro (2017) Como a Lei nº 13.303/16, no art. 31, faz referência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, deve este indicar os casos de rescisão. No silêncio do edital e do contrato, devem ser aplicadas as normas do Código Civil (art. 472 a 480), já que a Lei 13.303 não previu aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

5 METODOLOGIA

Em virtude do objetivo definido, faz-se necessário determinar os métodos utilizados para o levantamento e análise dos dados referentes à pesquisa em questão. Segundo BELLO (2004, p.42),

A metodologia é a explicação minuciosa, detalhada, rigorosa e exata de toda ação desenvolvida no método (caminho) do trabalho de pesquisa. E a explicação do tipo de pesquisa, do instrumental utilizado (questionário, entrevista etc.), do tempo previsto, da equipe de pesquisadores e da divisão do trabalho, das formas de tabulação e tratamento dos dados, enfim, de tudo aquilo que se utilizou no trabalho de pesquisa.

5.1 Tipo de Pesquisa

Para a realização do presente trabalho, fez-se uso de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva. A principal vantagem da pesquisa bibliográfica está no fato de que esta permite investigar uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia ser pesquisada diretamente, principalmente se os dados requeridos para a pesquisa se encontram muito dispersos pelo espaço (GIL, 2006).

Esta pesquisa foi baseada em livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, em referências encontradas na Internet, no regulamento interno de licitações e contratos da Prodemge e na legislação envolvida sobre assuntos que compõem o tema do trabalho, entre os quais cabe destacar: princípios contratuais de direito privado, prerrogativas do contrato administrativo e novo regime jurídico aplicado as estatais.

Nesta pesquisa foi adotada a análise realizada em uma estatal do estado de Minas Gerais, a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE. Os dados coletados foram confrontados com a pesquisa bibliográfica e documental, a fim de comparar as principais inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16 em relação as prerrogativas unilaterais da Administração Pública em relação ao contrato administrativo.

5.2 Método de coleta de dados

Com base na revisão bibliográfica e documental, definiu-se o método de coleta de dados, que inclui a análise documental, principalmente o regulamento interno de licitações e contratos da Prodemge, os contratos firmados com

fornecedores, os termos aditivos e termos de rescisão contratual, bem como os dados disponíveis em um sistema de gestão (ERP) utilizado pela Prodemge para registro e acompanhamento da vigência contratual.

Essa análise documental e da base de dados registrada no sistema de gestão, buscam obter informações sobre a vigência e prorrogação dos contratos, inclusive sobre os procedimentos adotado pela Prodemge para transição do regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.666/93 para o regime jurídico estabelecido pela Lei nº 13.303/16. Bem como informações acerca da fiscalização e gestão da execução do contrato e da aplicação de penalidades, por fim, informações sobre os requisitos e limites para alterações contratuais e hipóteses de rescisão contratual.

A observação livre possibilitou ao pesquisador refletir sobre a realidade da empresa pesquisada, proporcionando a compreensão da totalidade dos processos, dinamismo e como se inter-relacionam as atividades tanto interna como externa. As impressões e informações da observação foram colhidas na forma de anotações de campo de natureza descritiva.

5.3 Amostra e Fonte dos Dados

A coleta dos dados básicos para esta pesquisa foi realizada por meio da análise do banco de dados da Prodemge compreendido o período de janeiro de 2010 a dezembro de 2019.

O critério básico que norteou esta delimitação é a duração dos contratos, que de acordo com a Lei nº 8.666/93 se limitam a 60 (sessenta) meses, ou seja, o período de 2010 a 2019 compreende dois ciclos completos de vigência contratual. Esse interregno de tempo oferece a possibilidade de ocorrência de todos os eventos típicos da relação jurídico contratual, tais como, fiscalização e gestão da execução contratual, prorrogações, aplicações de penalidade e pôr fim a extinção contratual.

Os dados estavam disponíveis por meio de um banco de dados. Optou-se então por migrar estes dados para uma plataforma que disponibiliza mais ferramentas para que os objetivos pudessem ser atingidos de maneira eficiente.

O banco de dados foi migrado para um software da família Office, a Microsoft Excel®, onde os dados poderiam ser coletados de uma forma mais organizada, além de ser um software dominado pelo realizador do trabalho.

Com os dados coletados e organizados foi possível realizar diversos cruzamentos de informações de forma a comparar os dois regimes jurídicos que a Prodemge está submetida.

6 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

O presente tópico tem por objetivo realizar uma análise comparativa das principais inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16 em relação as prerrogativas unilaterais do contrato administrativo. Tais comparações permitirão verificar os aspectos positivos e negativos abordados pela legislação nas relações jurídicos contratuais da Prodemge com seus fornecedores. Para tanto, primeiramente faremos uma breve apresentação da Prodemge e o prazo concedido pela Lei nº 13.303/16 para adaptação e aplicação de seus dispositivos. Posteriormente serão tratados os assuntos referentes a duração, fiscalização, alteração e aplicação de sanção administrativas. Por fim, são apresentados os temas sobre a extinção e rescisão do contrato e da inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido.

6.1 Apresentação da PRODEMGE

A Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – Prodemge, foi constituída em 12 de outubro de 1972, como sociedade por ações de economia mista organizada pelo Estado de Minas Gerais, por meio da Lei Estadual 6.003 de 12 de outubro de 1972 e do Decreto Estadual 14.915 de 25 de outubro de 1972, é regida pela Lei Federal 6.404 de 15 de dezembro de 1976, pelas Leis Estaduais 12.325 de 07 de outubro de 1996, 15.390 de 04 de outubro de 2004, 22.257 de 27 de julho de 2016, pela Lei Federal 13.303 de 30 de junho de 2016, pelo Decreto Estadual 47.154 de 20 de fevereiro de 2017 e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.303/16 as aquisições de bens e serviços na Prodemge seguiam as regras da Lei nº 8.666 de 21 de junho 1993, da Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002, da Lei Estadual nº 14.167 de 10 de janeiro de 2002, da Lei complementar nº 123 de 14 de janeiro de 2006, do Decreto Estadual nº 46.311 de 16 de setembro de 2013, pelo Decreto nº 45.902 de 27 de janeiro de 2012 e pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

A partir de 1º de julho de 2018 as aquisições de bens e serviços na Prodemge passaram efetivamente a serem regulados pelos dispositivos da Lei nº 13.303/16 e pelo regulamento interno de licitações e contratos da Prodemge.

O art. 40 da Lei 13.303/16 determina que as estatais devem publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contrato, cujo, a principal função é de estabelecer procedimento e aspectos que devem ser levados em consideração para tomada de decisões diante das inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16, contribuindo decisivamente para conferir maior segurança jurídica nas relações da Prodemge com seus fornecedores.

A produção do regulamento interno de licitações e contratos está intimamente ligado ao prazo de 24 (vinte e quatro) meses que foi concedido para as estatais se adaptarem as novas regras da Lei nº 13.303/16 e dessa forma construir entendimentos sobre a sua sistemática. Este tema será evidenciado no próximo tópico.

6.2 Período de adaptação para aplicação das disposições da Lei 13.303/16

A Lei nº 13.303/16 é vigente desde sua publicação conforme estabelecido em seu art. 97, porém foi concedido as estatais constituídas anteriormente à publicação da Lei nº 13.303/16 o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para adaptação e aplicação efetiva de seus dispositivos. Este preceito se aplicou perfeitamente a situação da Prodemge, que foi constituída pela Lei Estadual 6.003 de 12 de outubro de 1972.

Neste plano, os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo de 24 (vinte e quatro) meses seguem regidos pela legislação anterior, ou seja, pela Lei nº 8.666/93.

Ressalta-se, portanto, que os contratos celebrados sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93 prosseguem com mesmo regime até o fim da sua vigência. Inclusive, se possível a prorrogação ou renovação do contrato, sob a perspectiva da Lei nº 8.666/93, não haverá empecilho e, no novo prazo, o contrato continuará a seguir a Lei nº 8.666/93.

No período analisado de 2010 a 2019 a Prodemge celebrou 668 (seiscentos e sessenta e oito) contratos no regime jurídico da Lei nº 8.666/93 e 42 (quarenta e dois) contratos seguindo as normas da nova Lei nº 13.303/16, que representa aproximadamente 6% (seis por cento) do total de contratos celebrados no período.

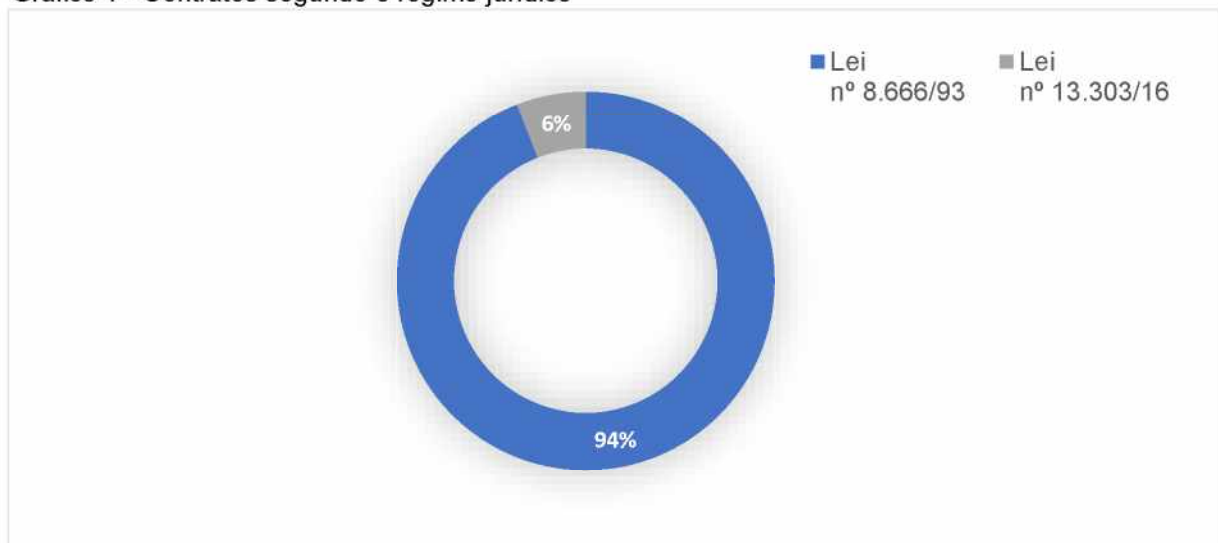
O baixo percentual de contratos celebrados de acordo com o novo regime jurídico explica-se primeiramente pelo fator tempo, visto que, de 2010 a 31 de junho de 2018 a Prodemge seguia os preceitos da Lei nº 8.666/93 e só partir desta data iniciou-se a celebração de contratos seguindo as normas do novo regime jurídico; porém, outro fator apresenta-se com maior influência, que é justamente a possibilidade concedida pela Lei nº 13.303/16 em seu art. 91 §3º, que permite que os contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo de adaptação da lei permanecem regidos pela legislação anterior.

Tabela 1 - Contratos segundo o regime jurídico

Ano	Lei nº 8.666/93	Lei nº 13.303/16	Total
2010	59		59
2011	71		71
2012	66		66
2013	86		86
2014	76		76
2015	56		56
2016	66		66
2017	103		103
2018	85	17	102
2019		25	25
Total Geral	668	42	710

Fonte: Dados da Pesquisa

Gráfico 1 - Contratos segundo o regime jurídico



Fonte: Dados da Pesquisa

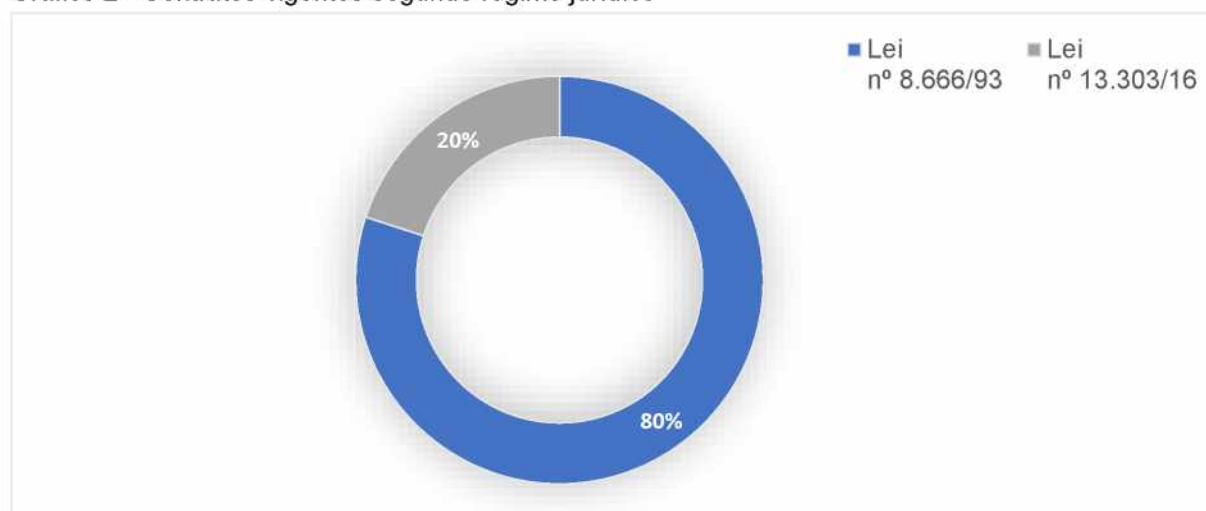
Neste prisma, observa-se no gráfico 2 uma maior concentração de contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, cerca de 80% (oitenta por cento). Considerando a possibilidade de prorrogação contratual permitida pela Lei 8.666/93 de no máximo 60 (sessenta) meses, os contratos celebrados pela Prodemge com seus fornecedores até 30 de junho de 2018 podem ter seu encerramento definitivo somente em 2023, demonstrando que durante este período coexistirão dois regimes jurídicos distintos na Prodemge, o que deve ser motivo de vigilância por parte dos agentes designados para gestão e fiscalização dos contratos da Prodemge.

Tabela 2 - Contratos vigentes segundo o regime jurídico

Ano	Lei nº 8.666/93	Lei nº 13.303/16	Total
2012	1		1
2013	1		1
2014	2		2
2015	13		13
2016	25		25
2017	31		31
2018	52	8	60
2019		21	21
Total Geral	125	29	154

Fonte: Dados da Pesquisa

Gráfico 2 - Contratos vigentes segundo regime jurídico



Fonte: Dados da Pesquisa

Conforme exposto no parágrafo anterior, a Prodemge conviverá por um bom tempo com dois regimes jurídicos, ou seja, as Leis nº 8.666/93 e 13.303/16, isto devido a possibilidade de prorrogação de contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 e que

pela análise do gráfico 2 indica um predomínio desta hipótese. Neste sentido, o próximo tópico analisará a duração dos contratos sob o enfoque da vigência e prorrogação contratual.

6.3 Duração dos contratos – Vigência e prorrogação contratual

A duração do contrato regido pela Lei nº 13.303/16 está prescrito no art. 71 e determina o prazo de 5 (cinco) anos, porém, há hipóteses que admitem prazos maiores, conforme definido nos incisos I e II do mesmo artigo.

Portanto, a Lei nº 13.303/16 oferece uma baliza de 5 (cinco) anos em relação aos prazos; mas se for necessário, o contrato poderá ser firmado por prazo superior, restringindo apenas que o contrato não pode ter prazo indeterminado.

Ressalta-se também que a Lei 13.303/16 não estabeleceu regras para eventuais prorrogações de contrato, deixando em aberto, para que o regulamento interno de licitações e contratos estabeleça os seus critérios e procedimentos.

Nesse sentido, a Prodemge estabeleceu em seu regulamento interno de licitações e contratos, artigo 160, § 2º (PRODEMGE, 2019) que as contratações de serviços de natureza continuada poderão ser prorrogados até o limite de 5 (cinco) anos, ainda que os instrumentos contratuais não contemplem essa possibilidade, desde que seguidos os procedimentos de aditamento contratual previstos no regulamento interno de licitações e contratos.

Neste prisma, extrai-se da leitura do regulamento interno de licitações e contratos da Prodemge, que tanto os prazos de vigência contratual, quanto os procedimentos adotados para prorrogação contratual, são análogos aos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 8.666/93, tais como: a) objeto e escopo do contrato inalterado pela prorrogação; b) interesse da Prodemge e do contratado declarados expressamente; c) vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo; d) manutenção das condições de habilitação pelo contratado; e e) preço contratado compatível com mercado fornecedor do objeto contratado.

Além de estabelecer os parâmetros para celebração de prorrogações contratuais, o regulamento interno de licitações e contratos da Prodemge também definiu em seu artigo 154, como padrão, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses de

vigência dos contratos, podendo ser superior ou inferior conforme análise de mercado feito pela área técnica.(PRODEMGE, 2019)

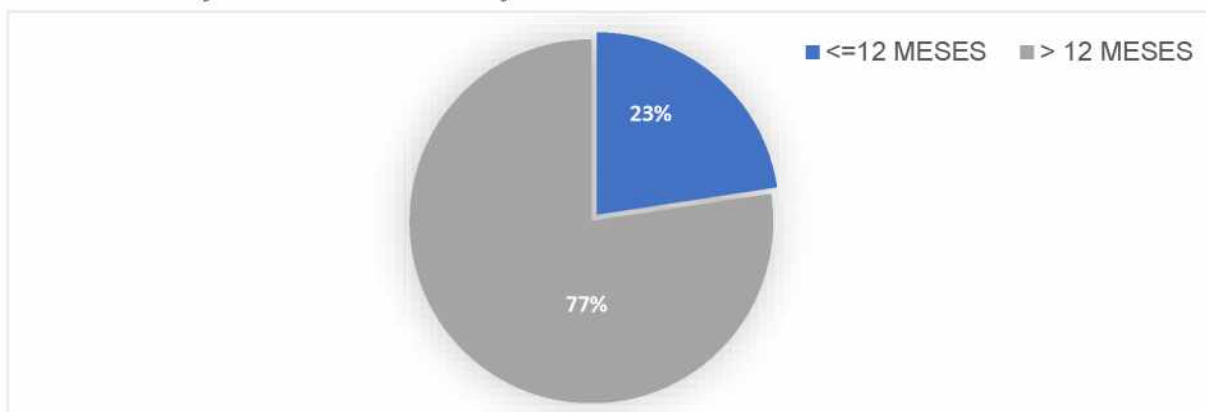
Na prática, a introdução desse preceito no regulamento interno de licitações e contratos foi para formalizar um expediente usual na Prodemge, conforme demonstrado no gráfico 3, já que 77% (setenta e sete por cento) dos contratos celebrados pela Prodemge no período de 2010 a 2019 tiveram duração superior a 12 (doze) meses, ou seja, dos 509 (quinhentos e nove) contratos de prestação de serviços de natureza continuada, 394 (trezentos e noventa e quatro) contratos tiveram seu prazo de vigência superior a 12 (doze) meses.

Tabela 3 - Duração de contratos de serviços continuados

Vigência	Lei nº 8.666/93	Lei nº 13.303/16	Total
<=12 meses	102	13	115
>12 meses	378	16	394
Total Geral	480	29	509

Fonte: Dados da Pesquisa

Gráfico 3 - Duração de contratos de serviços continuados



Fonte: dados da pesquisa

Ainda em referência a duração dos contratos, a quantidade total de contratos de prestação de serviços de natureza continuada que fruíram de prazo superior a 12 (doze) meses, derivam tanto da determinação dessa condição já no instrumento convocatório da licitação, quando da possibilidade de prorrogação contratual.

Dessa feita, conforme análise da tabela 4, observa-se que 45% (quarenta e cinco por cento) dos contratos de prestação de serviço de natureza continuada já

são celebrados considerando o prazo de vigência superior a 12 (doze) meses, e os outros 55% (cinquenta e cinco por cento) dos contratos, são derivados de prorrogação de pelo menos uma vez.

Tabela 4 - Prorrogação contratual de serviços de natureza continuada

Regime Jurídico	Quantidade de prorrogações					Total
	0	1	2	3	4	
Lei nº 8.666/93	167	81	47	49	34	378
Lei nº 13.303/16	12	4				16
Total	179	85	47	49	34	394
Percentual	45%	22%	12%	12%	9%	100%

Fonte: Dados da Pesquisa

Sendo assim, e considerando o padrão de prorrogação em 55% (cinquenta e cinco por cento) dos contratos, além dos contratos celebrados com prazo superior a 12 (doze) meses e também com possibilidade de prorrogação até o limite de 60 (sessenta meses), comprova-se a hipótese exposta no tópico anterior de que apesar da entrada em vigor de um novo regime jurídico, a Prodemge empregará dois regimes jurídicos por pelo menos até o ano de 2023.

Importante destacar também, o bom relacionamento que a Prodemge mantém com seus fornecedores, visto que, para prorrogação contratual, um dos requisitos exigidos no tradicional regime jurídico é a manifestação de vontade das partes, sendo assim, o alto percentual de prorrogações é um indicativo desse bom relacionamento.

Por outro lado, vale destacar que com a prorrogação contratual está se renunciando ao processo licitatório, que tem como princípio fundamental a seleção da proposta mais vantajosa, dessa forma, deve se fazer uma análise criteriosa sobre a oportunidade, conveniência e economicidade de utilização desse recurso.

Nesse sentido, uma adequada gestão e fiscalização contratual são fundamentais, visto que, por meio desse instrumento e possível verificar o efetivo cumprimento das obrigações contratuais, possibilitando assim a continuidade das relações jurídicos contratuais entre as partes. Este assunto será o foco do próximo tópico.

6.4 Fiscalização e gestão da execução do contrato

A Lei nº 13.303/16 ao contrário da Lei nº 8.666/93 não prescreve normas específicas sobre fiscalização e gestão da execução dos contratos, contudo, isso não significa que as estatais estão dispensadas dessa obrigação, pois firmado o contrato, ele deve ser fielmente executado pelas partes de acordo com as cláusulas avençadas, respondendo cada uma das partes pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Assim, a estatal tem o poder-dever ou mesmo o dever-poder de fiscalizar a execução dos contratos. Para tanto, a Prodemge, prescreveu em seu regimento interno de licitações e contratos as atividades inerentes a fiscalização e gestão da execução do contrato.

Ressalta-se que, a rigor, a Prodemge reproduziu em seu regulamento interno de licitações e contratos exatamente o mesmo conjunto de ações determinado pela Lei nº 8.666/93, tais como, zelar pelo efetivo cumprimento das obrigações contratuais assumidas e pela qualidade dos produtos recebidos ou dos serviços contratados, acompanhar os prazos de vigência dos contratos, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e encaminhar a área de contratos informações sobre descumprimento, pela contratada, de quaisquer das obrigação passíveis de rescisão contratual ou aplicação de penalidade etc.

Além das atividades elencadas, determinou também que aqueles que atuarem no acompanhamento e fiscalização do contrato deverão possuir qualificação técnica para o exercício da tarefa, e que, em razão da especificidade do contrato, quando envolver complexidade e/ou mais de uma especialidade envolvida, a fiscalização da execução contratual poderá ser realizada por meio de um grupo ou comissão de profissionais.

Portanto, conforme exposto, antes de ser uma prerrogativa, a fiscalização dos contratos é uma obrigação inescusável da estatal. De modo que, a consequência imediata desse dispositivo é a possibilidade de aplicação de penalidade ao contratado, quando este descumprir alguma obrigação assumida na celebração do contrato.

Ressalta-se que o fiscal de contratos designado pela Prodemge, além das atividades elencadas no regulamento interno de licitações e contratos, participa de todas as etapas do processo de aquisição, auxiliando na elaboração do termo

referência e da especificação técnica do objeto que pretenda contratar ou adquirir, além de participar da equipe de apoio na licitação, isso tudo, possibilita uma fiscalização mais eficiente, e que tem surtido efeito na pouca aplicação de penalidades, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

6.5 Aplicação de sanções administrativas

Conforme indicado no tópico anterior, a Lei 13.303/16 garantiu as estatais a prerrogativa de aplicar sanções administrativas de modo unilateral, afastando-se nesse quesito da sua principal característica, que é justamente a inaplicabilidade das prerrogativas típicas conferidas à Administração Pública.

Neste plano, a diferença relevante entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 13.303/16 está no fato de que a Lei nº 8.666/93 elenca quatro sanções, a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de idoneidade, que é a mais grave, sendo que na Lei nº 13.303/16 não está prevista esta última.

Além disso, a Lei nº 13.303/16 embora tenha estabelecido as sanções, não indicou o comportamento que autoriza a aplicação delas, tampouco como tais penas devem ser aplicadas e quais critérios para definir as medidas delas, exigindo que estes aspectos sejam abordados no regulamento interno de licitações e contratos.

Nesse sentido, a Prodemge definiu em seu regulamento interno de licitações e contratos as situações ensejadoras da aplicação de sanção a contratada, da mesma forma que estabeleceu a dosimetria das penas.

Exemplificando tem-se para os casos de descumprimento contratual de natureza leve a aplicação da advertência, quando o contratado não apresentar guias quitadas de recolhimento de FGTS e INSS solicitados pela Prodemge, descumprimento nos prazos acordados para execução do objeto contratual sem ocorrência de prejuízos para Prodemge; a multa ocorre quando da reincidência da falta punida com advertência, descumprimento dos prazos acordados para execução do objeto do contrato, mora na reexecução do objeto contratual e pôr fim a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Prodemge será aplicada aos casos de reincidência dos fatos punidos anteriormente com multa, a subcontratação do objeto contratual, sem prévia autorização formal da Prodemge, a emissão de títulos de crédito ou a utilização do contrato para fins de caução, comercialização ou cessão de direitos e quebra do sigilo contratual.

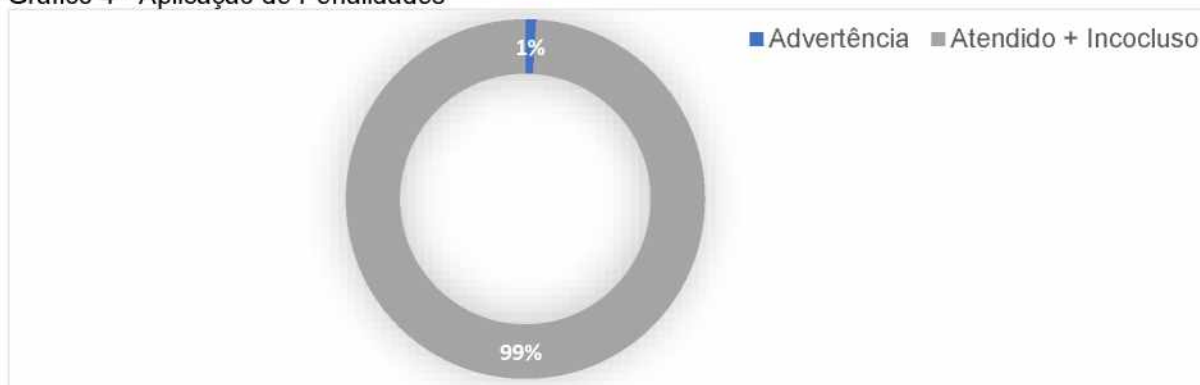
Em concordância com o apontado no tópico referente a prorrogação contratual, onde indica-se que a Prodemge mantém uma boa relação contratual com seus fornecedores, aqui também é possível notar essa situação, visto que no período analisado de 2010 a 2019 a Prodemge aplicou em apenas 7 (sete) contratos no universo de 710 (setecentos e dez) alguma penalidade, o que representa aproximadamente 1% (um por cento), sendo ainda está, a mais branda, de advertência, em outras 10 (dez) situações houve o início do processo administrativo punitivo, porém, esses processos não foram concluídos.

Tabela 5 - Aplicação de Penalidades

Situação	Lei nº 8.666/93	Lei nº 13.303/16	Total
Inconcluso	10		10
Advertência	7		7
Atendido	651	42	693
Total	668	42	710

Fonte: dados da pesquisa

Gráfico 4 - Aplicação de Penalidades



Fonte: dados da pesquisa

Portanto, até o presente momento não se manifestaram grandes inovações por parte do novo regime jurídico proveniente da Lei nº 13.303/16, contudo pode-se dizer que a grande inovação introduzida pela Lei nº 13.303/16 nas relações contratuais refere-se a forma de alteração e rescisão contratual que deixou de ser unilateral e passou a ser permitido somente por acordo entre as partes. Esses pontos serão mais bem explorados nos próximos tópicos.

6.6 Alterações contratuais e equilíbrio econômico-financeiro

Conforme indicado no tópico anterior, nas alterações contratuais reside uma das inovações trazidas pela Lei nº 13.303/16, dado que, no regime tradicional, da Lei nº 8.666/93, as alterações do objeto do contrato podem ser unilaterais ou consensuais, já a Lei nº 13.303/16 não admite alterações unilaterais, portanto, os contratos firmados pelas estatais devem prever cláusulas que estabeleçam a possibilidade de alterações contratuais, por acordo entre as partes.

Entretanto, se, de um lado, o regime jurídico assegura a possibilidade de realizar modificações nos contratos, de outro, estabelece requisitos e limites a seu exercício.

A Lei nº 8.666/93 confere a Administração o poder de alterar unilateralmente os contratos em dois casos, primeiro, quando há modificações do projeto ou especificações e segundo, quando for preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual, nesse caso o contratado é obrigado a suportar acréscimos e supressões até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) e no caso particular, quando trata-se de reforma de edifício e de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para seus acréscimos.

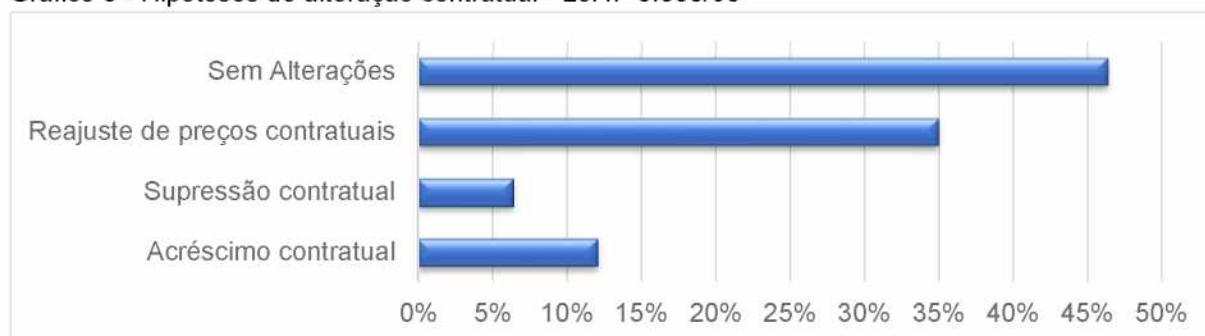
Já nas situações envolvendo modificação do regime de execução da obra ou serviço, ou se tornar apropriado a substituição da garantia da execução, estes ajustes efetuam-se de forma bilateral. O mesmo sucede quando fatores supervenientes à celebração do contrato ensejar modificação da forma de pagamento. Igualmente, fatos imprevisíveis ou previsíveis com consequências incalculáveis, decorrentes de força maior, caso fortuito e fato do príncipe, quando impendem ou dificultam a execução do contrato, permitem a alteração bilateral para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Por outro lado, o regime jurídico da Lei nº 13.303/16 deixou de conter a alteração unilateral dos contratos, somente permitindo que se faça por acordo entre as partes, dessa forma, as hipóteses que podem ensejar alteração contratual, tais como, modificação do projeto ou das especificações, do valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões, da substituição da garantia contratual, do regime de execução ou modo de fornecimento, da forma de pagamento e da revisão contratual para manter seu equilíbrio econômico-financeiro terá de ser, sempre, consensual.

No período analisado de 2010 a 2019 a Prodemge promoveu alterações contratuais em aproximadamente 54% (cinquenta e quatro por cento) dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, sendo a parte mais significativa de modificações referentes a reajuste de preços para manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Esse cenário condiz com o apresentado na tabela 3, sobre a duração de contratos de serviços continuados, que demonstrou que 77% (setenta e sete por cento) dos contratos de prestação de serviços continuados tem vigência superior a 12 (doze) meses, portanto, é natural que para se manter o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos sejam reajustados seus valores.

Gráfico 5 - Hipóteses de alteração contratual - Lei nº 8.666/93



Fonte: dados da pesquisa

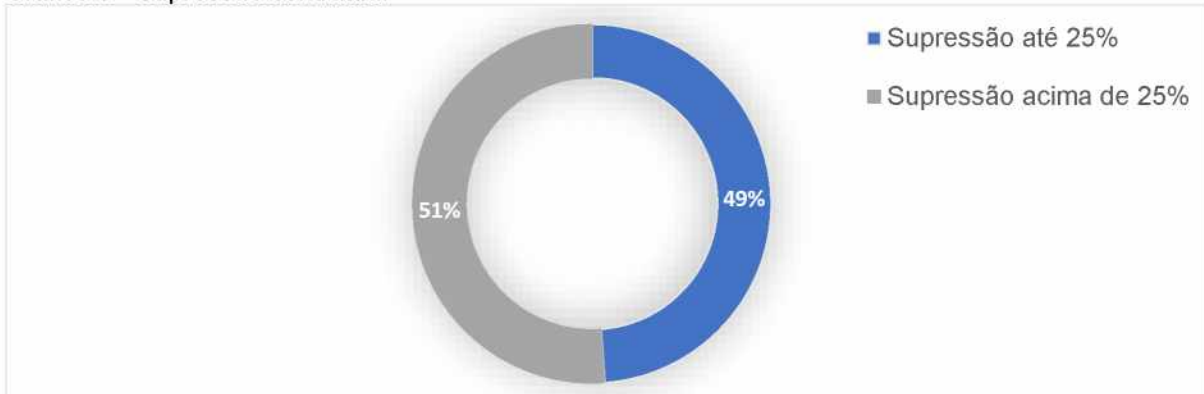
Ainda em referência as hipóteses de alteração contratual, os acréscimos ou supressões representam 12% (doze por cento) e 6% (seis por cento) respectivamente. Demonstrando que a Prodemge planejou adequadamente suas aquisições de bens e contratações de serviços em 81% (oitenta e um por cento) dos casos, sendo os contratos executados exatamente de acordo com seus termos iniciais.

Embora a Lei nº 8.666/93 confira a Administração a prerrogativa de supressão, pode surgir efeito pecuniário ao contratado, se este já houver adquirido os materiais necessários ao cumprimento do objeto do contrato e os tiver colocado no lugar da execução e no caso de outros danos decorrente da supressão. Em qualquer caso, cabe ao contratado comprovar os custos de aquisição e os prejuízos que se originaram da supressão para ter direito a indenização.

Neste ponto não foram identificados no período analisado de 2010 a 2019, pagamentos de indenização por parte da Prodemge a nenhum dos seus contratados,

nem mesmo nas ocorrências em que os valores suprimidos superam o limite estabelecido de 25% (vinte e cinco por cento), cerca de 51% (cinquenta e um por cento) das situações, mas que nesse caso deve haver concordância do contratado.

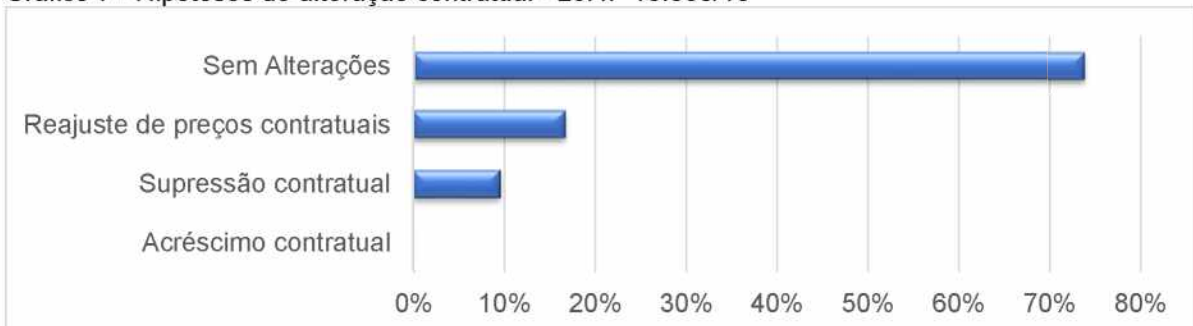
Gráfico 6 - Supressão contratual



Fonte: dados da Pesquisa

No que tange as hipóteses de alterações contratuais regidas pela Lei nº 13.303/16, nota-se, a despeito do curto período analisado, compreendido entre julho de 2018 a dezembro de 2019, que seguem padrão semelhante ao apresentado nas hipóteses de alterações regidos pela Lei nº 8.666/93, ou seja, a maioria dos contratos estão sendo cumpridos conforme pactuado inicialmente, sem sofrerem alterações. As poucas alterações referem-se a reajustes de preços, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, cerca de 20% (vinte por cento) dos contratos ou a supressões, que ocorrem em apenas 10% (dez por cento) dos contratos.

Gráfico 7 - Hipóteses de alteração contratual - Lei nº 13.303/16



Fonte: dados da pesquisa

Diante do exposto, nota-se que a Prodemge apresenta um desempenho satisfatório no planejamento de suas aquisições de bens e contratações de serviços,

evidenciado pela excepcionalidade no emprego de alterações unilaterais quantitativas do contrato, especificamente quanto a supressões, prerrogativa concedida pela Lei nº 8.666/93.

Ressalta-se, contudo, que mesmo a Prodemge tendo sido eficiente no planejamento de suas aquisições de bens e contratações de serviços, deverá continuar privilegiando esse requisito, visto que, os contratos regidos pela Lei nº 13.303/16 não permitem mais as alterações unilaterais do contrato, ou seja, caso haja contração na demanda do objeto acordado originalmente, o contratado faz jus a indenização de todos os custos suportados por ele para executar o objeto em sua integralidade e, de certa forma, frustrados em razão da supressão do objeto.

Nota-se, portanto, que na Lei nº 13.303/16 o legislador quis excluir uma das cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos em geral, fazendo uma aproximação maior com os contratos firmados entre particulares.

Neste prisma, a Lei nº 13.303/16 deixou de prever hipóteses de rescisão unilateral por motivo de interesse público e tampouco previu as hipóteses de rescisão por acordo entre as partes, assunto a ser tratado mais detidamente no próximo tópico.

6.7 Extinção e rescisão contratual

Extinção do contrato é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes. A regra é a extinção do contrato pela execução do objeto do contrato ou expirado o prazo de duração previsto, com cumprimento fiel das obrigações assumidas pelas partes, porém, podem advir situações de descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte, ensejando sua rescisão.

Nesse caso, a Lei nº 8.666/93 elenca em seu art. 78, incisos I ao XVIII os motivos de rescisão contratual. Dentre as hipóteses mencionadas no citado art. 78, algumas indicam conduta culposa por parte do contratado e outras em que a culpa é atribuída a Administração Pública.

Da mesma forma que a Lei nº 8.666/93 indica os motivos de rescisão, estabelece também em seus artigos 79 e 80 a forma e as consequências da rescisão contratual.

Sendo assim, a rescisão poderá ser unilateral nos casos previstos no art. 78 incisos I a VII e XVII, amigável nos casos do artigo 78, incisos XIII a XVI e judicial quando o particular nas hipóteses do art. 78, incisos XIII a XVI, requer via demanda

judicial, a rescisão do contrato por não ter obtido a aceitação amigável por parte da administração.

E como consequência advinda da rescisão a Administração Pública tem o direito de assumir o objeto do contrato, ocupar e utilizar o local, instalações etc., bem como de executar a garantia contratual e reter eventuais créditos do inadimplente, conforme definido no art. 80, I a V.

Conforme exposto a Lei nº 8.666/93 elencou as hipóteses, condições e consequências para rescisão contratual.

Diversamente a Lei nº 13.303/16 não disciplina a rescisão contratual, apenas menciona em seu art. 69 inciso VII que o contrato disponha sobre os casos de rescisão contratual, ou seja, o legislador deu liberdade para as estatais tratarem do assunto, assim, as estatais podem definir em seus regulamentos internos de licitações e contratos as regras sobre o desfazimento do contrato.

Nessa linha a Prodemge estabeleceu em seu regulamento interno de licitações e contratos que a extinção antecipada dos contratos deve ocorrer por acordos entre as partes.

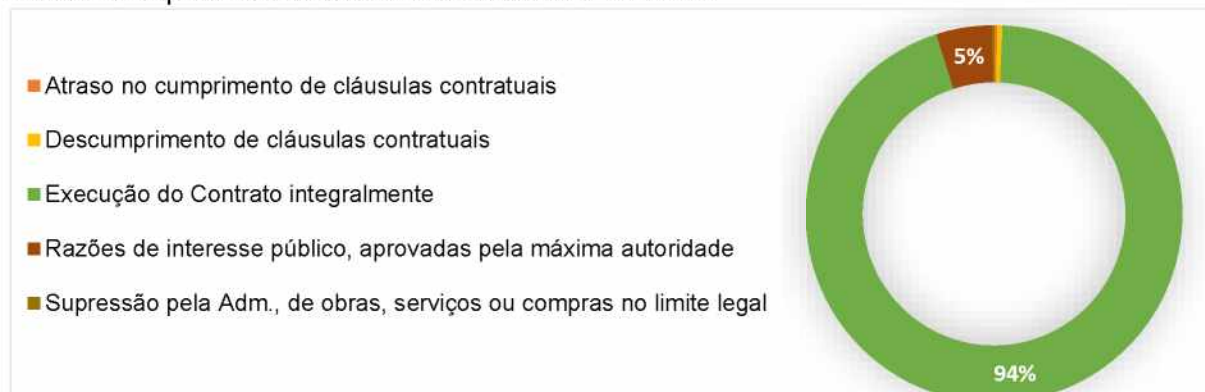
Contudo, em situações excepcionais que acarretem a risco iminente a serviços essenciais que afete a população, a Prodemge poderá motivadamente adotar providencias acauteladoras sem prévia manifestação do interessado, além de prever em seu regulamento interno de licitações e contratos a possibilidade de adotar em seus contratos prerrogativas especiais tais como rescisão unilateral.

Tal situação pode ser controversa, visto que, a Lei nº 13.303/16 não atribui prerrogativas às estatais, sendo assim, a Prodemge pode estar subvertendo o modelo contratual próprio estabelecido pela Lei 13.303/16, regido, em grande medida, pelo direito privado, ao replicar em seu regulamento interno de licitações e contratos prerrogativa especial da Lei nº 8.666/93.

De todo modo, constata-se pouca ocorrência da extinção do contrato por descumprimento das obrigações avençadas pelas partes. No período analisado de 2010 a 2019, a rescisão contratual motivada por conduta culposa do contratado ocorreu em menos de 1% (um por cento) dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, já a rescisão contratual por iniciativa da Prodemge, alegando razões de interesse público, ocorrem em aproximadamente 5% (cinco por cento) das situações. Nas demais ocasiões a extinção contratual deu-se por término do prazo de duração

previsto ou pela entrega do objeto contrato, ou seja, em aproximadamente 94% (noventa e quatro por cento) dos contratos.

Gráfico 8 - Hipóteses de rescisão contratual Lei nº 8.666/93



Fonte: dados da pesquisa

Com relação a extinção dos contratos regidos pela Lei 13.303/16, cabe recapitular que no período definido da pesquisa de 2010 a 2019, os contratos regidos por esta lei abrangem o período compreendido entre julho de 2018 a dezembro de 2019, nesse intervalo de tempo foram celebrados 42 (quarenta e dois) contratos, desses, 13 (treze) já estão extintos, sendo 10 (dez) pelo término natural e 3 (três) por rescisão acordada entres as partes, sendo ainda que um desses contratos rescindido propiciou uma indenização de 15% (quinze por cento) do saldo remanescente do contrato.

Gráfico 9 - Hipóteses de rescisão contratual Lei nº 13.303/16



Fonte: dados da pesquisa

Portanto, neste ponto, cabe a mesma ressalva apontada no tópico anterior, da alteração contratual, ou seja, por mais que a Prodemge tenha se apresentado eficiente no planejamento de suas aquisições de bens e contratações de serviços,

deverá continuar privilegiando este requisito, visto que os contratos regidos pelo estatuto da Lei nº 13.303/16 não permite a rescisão unilateral do contrato. Sendo assim, não existem mais as hipóteses de rescisão contratual, devendo as partes definirem de maneira igualitária as hipóteses, formas e consequências do desfazimento antecipado do contrato, prevendo, inclusive a possibilidade de indenizações que acarretaria prejuízos aos cofres da Prodemge.

Sendo assim, nota-se uma aproximação maior com contratos firmados pelos particulares, ou seja, contratos bilaterais, em que sua principal característica reside no fato de que nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro, por isso, se uma das partes não cumpre sua obrigação, a outra pode recusa-se a cumprir a sua, é nisso inclusive que consiste a exceção do contrato não cumprido. Tema do próximo tópico.

6.8 Inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido

A exceção de contrato não cumprido é a faculdade que tem uma parte em um contrato bilateral, de recusar o cumprimento de sua obrigação caso a outra parte não tenha cumprido a dele, cabendo inclusive a parte lesada pelo inadimplemento pedir a rescisão do contrato, caso não preferir exige-lhe o cumprimento, não se afastando a possibilidade de indenização, qualquer que seja a opção.

Situação essa que não se aplica aos contratos administrativos quando a falta é da Administração Pública. Porém, a exceção do contrato não cumprido pode ser sempre invocada pela Administração Pública, diante da inadimplência do contratado.

Ressalta-se, contudo, que a Lei nº 8.666/93 relativizou esse privilégio permitindo ao contratado invocar a exceção do contrato não cumprido nas hipóteses previstas no art. 78, incisos XIV e XV, ou seja, quando a suspensão da execução contratual for superior a 120 (cento e vinte) dias e quando ocorrer atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração.

Nota-se, portanto, que antes dos prazos estipulados o contratado não pode reclamar do atraso no pagamento ou da suspensão da execução contratual, circunstância essa inexistente na Lei nº 13.303/16, visto que, conforme evidenciado, essa lei não delineou qualquer regra em relação rescisão contratual, por conseguinte,

nos contratos regidos pela Lei nº 13.303/16 a exceção do contrato não cumprido pode ser arguida por ambas as partes.

À vista disso, conforme indicado no tópico anterior, a Prodemge estabeleceu em seu regulamento interno de licitações e contratos que a rescisão contratual deve ocorrer por acordos entre as partes.

De todo modo, não foram identificados instrumentos de rescisões contratuais requeridos pelos contratados, tendo como causa atrasos de pagamentos superiores a 90 (noventa dias) ou suspensão de execução contratual superiores a 120 (cento e vinte) dias, no período analisado de 2010 a 2019.

Diante do exposto, nota-se uma boa relação contratual da Prodemge com seus fornecedores, podendo inclusive inferir que há na Prodemge uma eficiente gestão contratual.

7 CONCLUSÃO

Com a publicação da Lei Federal nº 13.303/16, em 30 de junho de 2016 dispendo sobre o estatuto jurídico da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foram introduzidas algumas inovações em comparação com a Lei Federal nº 8.666/93. Dentre tais inovações, o estatuto determina que os contratos firmados pelas estatais devem seguir os preceitos do regime jurídico de direito privado.

Neste prisma, o novo estatuto não outorgou as estatais as prerrogativas típicas do contrato administrativo, excetuando-se a possibilidade de aplicação de sanção administrativa e a fiscalização e gestão do contrato que continuam a ser aplicados de modo unilateral. Dessa forma foram identificadas como as principais inovações a possibilidade de alterações e rescisões por acordo entre as partes.

Verificou-se que as inovações introduzidas pela Lei 13.303/16 trouxeram maior flexibilidade para as estatais definirem em seus regulamentos internos de licitações e contratos as hipóteses, formas e consequências da rescisão contratual, além de permitir ao contratado a possibilidade de aceitar ou não alterações quantitativas do objeto do contrato. Dessa forma, com essas inovações a Lei nº 13.303/16 promoveu um maior equilíbrio entre as partes.

Por fim, o presente trabalho buscou analisar comparativamente nos contratos da Prodemge, as principais inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16 em relação as prerrogativas unilaterais do contrato administrativo, para tanto, foi delimitado o período de 2010 a 2019, tendo em vista que este interregno de tempo oferece a possibilidade de ocorrência de todos os eventos típicos da relação contratual, tais como, acompanhamento da execução, em caso de inexecução a possibilidade de aplicação de sanção, as alterações contratuais e pôr fim a extinção do vínculo contratual.

Nesse sentido, verificou-se que a Prodemge, mesmo após o início da aplicação da Lei nº 13.303/16 a partir de 01 de julho de 2018, continua com grande volume de contratos vigentes regidos pela Lei nº 8.666/93, que significa que atualmente a Prodemge trabalha com os dois regimes jurídicos.

Essa situação é consequência de uma prática usual na Prodemge de prorrogação contratual ou de celebração de contratos com prazos de vigências

superiores a 12 (doze) meses, o que mantém vigentes os contratos celebrados pela Lei nº 8.666/93, e somente aplicando os preceitos da Lei nº 13.303/16 nos novos contratos celebrados a partir de 01 de julho de 2018.

Em relação a fiscalização e gestão da execução do contrato e da aplicação de sanções administrativas, não podem ser consideradas inovações, pois, a Lei 13.303/16 garantiu essas prerrogativas às estatais. Na Prodemge, optou-se por praticamente manter, as mesmas diretrizes em seu regulamento interno de licitações e contratos do que já era praticado nos contratos celebrados pela Lei nº 8.666/93.

Por fim, considera-se efetivamente inovações introduzidas pela Lei nº 13.303/16 a possibilidade de alterações e rescisões por acordo entre as partes, visto que estes preceitos na Lei nº 8.666/93 caracterizam sua superioridade em face da outra parte, pois concedem a Administração a prerrogativa de alterar e rescindir unilateralmente os contratos. Contudo, na Prodemge, esses instrumentos foram utilizados com as devidas cautelas, e ocorreram em poucas oportunidades, envidando-se a caracterização de desvio de finalidade, conforme acentuado pelos doutrinadores utilizados neste trabalho.

Conclui-se, portanto, que a Prodemge, mesmo quando dotada das prerrogativas típicas da Administração Pública, optou sempre por manter uma relação de equilíbrio com seus fornecedores.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, 240 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993** - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. Brasília: TCU, Secretária-geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016** - Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, São Paulo, Atlas, 28. ed., 2015.

Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais-PRODEMGE. **Regulamento Interno de Licitações e Contratos -RILC/PRODEMGE**, 2019. Disponível em: <<https://www.prodemge.gov.br/fornecedor/regulamento-interno-de-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo, Saraiva, 27. ed., 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EIRAS, Guilherme A. Vezaro. As regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do estatuto das empresas estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 479-501.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, 316 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. **Revista Virtual Direito Brasil**. V. 2, n 2, 2008. Disponível em: < <http://direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 325 p.

NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei no 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Sanções Administrativas na Lei das Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 525-564.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Método, 2015.

WERNER, José Guilherme Vasi. Direito dos Contratos. **Fundação Getúlio Vargas**, Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_dos_contratos_2014-2_0.pdf> Acesso em 10 ago. 2020.