

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI N. 14.133/2021

Licurgo Mourão

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP).

Professor, escritor e palestrante, Certified Compliance & Ethics Professional International, CCEP-I, pela SCCE (USA).

Conselheiro substituto do TCE-MG.

Ariane Shermam

Mestra e doutoranda em Direito e Administração Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG).

Advogada.

Mariana Bueno

Mestra em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG).

Advogada e professora.

Introdução

Com a recente publicação da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, que vem sendo denominada de nova lei geral de licitações e contratos, surge a necessidade de verificar quais das recém-editadas disposições legais promovem efetivamente a mudança, com vistas ao aprimoramento da legislação anterior, no sentido da busca por contratações públicas mais efetivas e que de fato atendam aos interesses da coletividade.

Entre as previsões do novo diploma legal, serão enfocadas neste artigo aquelas relativas às chamadas cláusulas exorbitantes, conforme elencadas no

art. 104 da Lei n. 14.133/2021. As referidas cláusulas traduzem as prerrogativas da Administração Pública, exercida sobre seus contratados, no âmbito dos contratos administrativos.

Embora, à primeira vista, a leitura tão somente do art. 104 da Lei n. 14.133/2021, em comparação com o art. 58 da Lei n. 8.666/1993, do qual constitui reprodução quase que literal, indique não ter havido qualquer alteração do regime legal de tratamento das cláusulas exorbitantes, uma interpretação sistemática da nova lei aponta para mudanças no regime geral de contratação, em um contexto que propicia mais diálogo e consensualidade.

Dessa forma, formula-se a hipótese de que um conjunto de dispositivos da Lei n. 14.133/2021, a exemplo daqueles que tratam da matriz de alocação de riscos, ao absorverem os influxos da jurisprudência e, sobretudo, da doutrina administrativista, rompem com uma visão estática sobre o papel da Administração nas contratações públicas, em favor de uma posição menos verticalizada e de maior proximidade entre o Estado e seus contratados.

Com base nessa premissa, partiu-se do estudo da doutrina clássica do direito administrativo sobre as cláusulas exorbitantes, a partir das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹ até a doutrina mais recente, formulada a propósito da lei publicada há pouco, a qual, diante de específicas alterações introduzidas no regime geral de contratação pública pela Lei n. 14.133/2021, ressalta o potencial da nova legislação para propiciar modelagens contratuais mais paritárias.²

Destaca-se nossa abordagem jurídico-dogmática, que considera o Direito com autossuficiência metodológica e trabalha com os elementos internos ao ordenamento jurídico, além de desenvolver investigações com vistas à compreensão das relações normativas e à avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico.³ Por fim, considerando-se as técnicas de análise de conteúdo, foi realizada pesquisa teórica e qualitativa, baseada principalmente na análise de textos doutrinários do Direito e na legislação pertinente ao tema estudado.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

² BINENBOJM, Gustavo; TOLEDO, Renato. *A exorbitância contratual na nova lei de licitações*. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 11 maio 2021.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

1. Prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos: percurso

Há muito se convencionou dizer, na doutrina e na jurisprudência administrativista, que as prerrogativas da Administração Pública exercidas no âmbito dos contratos administrativos estão traduzidas nas chamadas cláusulas exorbitantes.

Tratam as referidas cláusulas de poderes excepcionais, da competência do Estado contratante, a serem exercidos sobre os contratados; excepcionais na medida em que, em tese, não encontram paralelo no regime de contratação comum, ou de direito privado, sobretudo no que diz respeito às prerrogativas de modificar e rescindir, unilateralmente, os contratos.

No âmbito da Lei n. 8.666/1993, lei geral de licitação e contratos da Administração ainda em vigor, o art. 58 dispõe o rol das denominadas cláusulas exorbitantes, consubstanciadas nas já mencionadas prerrogativas de modificar e rescindir os contratos, unilateralmente, assim como de fiscalizar, aplicar sanções e de ocupar provisoriamente, visando acautelar a apuração administrativa de faltas contratuais, assim como na hipótese de rescisão do contrato.

Quando se passa ao exame da Lei n. 14.133, publicada em 1º de abril de 2021, a leitura tão somente do rol das prerrogativas exorbitantes da Administração Pública (art. 104) pode levar a crer que não houve qualquer mudança em relação à Lei n. 8.666/1993, fundada muitas vezes no exercício de poderes estatais sem paralelo no regime de contratação comum.

Continuam previstas no art. 104 da Lei n. 14.133/2021, em reprodução quase literal do atual art. 58, as prerrogativas de modificar os contratos unilateralmente, de extingui-los (veja-se que não se usa mais o termo “rescindir”), também de forma unilateral, assim como de fiscalizar sua execução, de aplicar sanções motivadas pela inexecução parcial ou total do ajuste e de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de risco à prestação de serviços essenciais e de necessidade de acautelar a apuração administrativa de faltas contratuais.

Antes de prosseguir na análise, precisa ser mencionado o fato de que o art. 89 da Lei n. 14.133/2021 prevê expressamente que os contratos por ela regidos são regulados por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, disposição sem paralelo na Lei n. 8.666/1993. De acordo com a nova lei, aplicam-se também aos contratos administrativos, de forma supletiva, a teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

Em que pese a quase literal reprodução dos dispositivos legais que tratam das prerrogativas exorbitantes, a interpretação sistemática nos leva a observar que um conjunto de dispositivos da Lei n. 14.133/2021 aponta na direção de uma relação menos desigual entre Estado e seus contratados, priorizando a busca de soluções consensuais. Esse assunto será tratado adiante. Por ora, entende-se que é relevante tratar do percurso, sobretudo doutrinário, que possibilitou o caminho para a mudança.

Retomam-se as ponderações da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ sobre a doutrina segundo a qual sequer seria possível cogitar a existência da categoria jurídica dos contratos administrativos. No âmbito desses ajustes, devido à posição de supremacia ocupada pelo Estado, não seria possível se falar na observância dos princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade ou da força obrigatória das convenções, todas essas características dos “verdadeiros” contratos, a partir das concepções “emprestadas” do direito civil.

Os chamados contratos administrativos estariam cindidos em duas partes: uma composta pelas cláusulas regulamentares decorrentes de ato unilateral da Administração; a outra, efetivamente de natureza contratual, seria integrada pelas cláusulas econômicas, regidas pelo direito comum. Um dos expoentes dessa corrente foi o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁵

Prevaleceu o entendimento de que os contratos administrativos constituem uma espécie do gênero (ou categoria jurídica) dos contratos. Predominou a compreensão de que o conceito de contrato não é específico ou exclusivo do direito privado, devendo ser buscado na teoria geral do direito. Como gênero, a categoria

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 290-291.

⁵ *Ibid.*, p. 291.

dos contratos abrange os contratos de direito público, que, por sua vez, abarcam os contratos regidos, em maior ou menor grau, pelo direito administrativo.⁶

Justamente por compor uma categoria jurídica própria, os contratos administrativos apresentam diversas especificidades. As dimensões de um artigo são insuficientes para tratar de todas elas, por isso é importante concentrar naquilo que concerne às prerrogativas da Administração.

As prerrogativas são um reflexo da concepção de que o regime jurídico administrativo está fundado, entre outros, no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esse princípio confere primazia à Administração na consecução dos interesses da coletividade e legitima que tais interesses se sobreponham aos interesses particulares. Dessa forma, as prerrogativas seriam instrumentos conferidos à Administração, colocando-a em posição de destaque, a fim de melhor atingir os fins coletivos estabelecidos nas normas do sistema jurídico-constitucional.

No âmbito dos contratos administrativos, como já dito, as prerrogativas se traduzem nas chamadas cláusulas exorbitantes, que seriam aquelas que “não são comuns ou que são ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.⁷

A exorbitância deriva da circunstância de que tais cláusulas não seriam comuns nos contratos regidos pelo direito privado⁸ por colocarem as partes em posição de desigualdade, em detrimento de um dos pilares da contratação sob esse regime, que é justamente a igualdade, pressuposta em lei.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, algumas dessas cláusulas exorbitantes são admitidas nos contratos de direito privado, desde que livremente pactuadas pelas partes, em observância ao princípio da autonomia da vontade, e desde que não haja ofensa à disposição expressa de lei.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 292.

⁷ *Ibid.*, p. 295.

⁸ A propósito: “Neste caso é a cláusula exorbitante ou derogatória do direito comum que constitui, pois, o critério decisivo do contrato administrativo.” [...] “considera-se como tais as que, na prática, não são normais nas relações privadas, porque respondem a preocupações de interesse geral, estranhas aos particulares”. (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 136).

Nesse ponto, vale retomar as lições de Agustín Gordillo,⁹ que, ao distinguir entre contratos de direito civil e contratos administrativos, a partir da teoria clássica, destaca que a última categoria (a dos contratos administrativos) é caracterizada pela presença das cláusulas exorbitantes, as quais estão fora da órbita do direito privado, seja porque não seria usual convencená-las nesse âmbito, seja porque seriam antijurídicas à luz das normas privatistas. Portanto, se a Administração inclui esse tipo de cláusula em um contrato que celebra, o que implica, por exemplo, a executoriedade direta de penalidades ao contratado, então, o contrato automaticamente estará submetido a um regime jurídico de direito público.

Por outro lado, voltando às considerações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre os caracteres de exorbitância no direito privado, vê-se que são exemplos as cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar o contrato unilateralmente ou de, eventualmente, rescindi-lo, independentemente da vontade da outra parte e antes do prazo final estabelecido para o ajuste,¹⁰ algo que se tornou comum, por exemplo, com a proliferação dos contratos de adesão no âmbito das relações de consumo.

Em certos casos, porém, a previsão dessas cláusulas em um contrato de direito privado acarretaria ilicitude, por conceder a uma das partes o “poder de império”, de autoridade, do qual somente a Administração seria detentora, por envolver a autoexecutoriedade.¹¹ Como exemplo, citam-se as cláusulas que preveem a aplicação de sanções ou a responsabilização do contratado independentemente da intervenção do Poder Judiciário.

Importante destacar o entendimento, que se pode tomar como majoritário, de que as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ou seja, ainda que não previstas de forma expressa nos contratos administrativos elas subsistiriam, por serem “indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”.¹²

⁹ GORDILLO, Agustín. *Los contratos administrativos*. 1967. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 295.

¹¹ *Ibid.*, p. 295.

¹² *Ibid.*, p. 296.

Essa compreensão tem sido cada vez mais relativizada por parte da doutrina, por diversos motivos, calcados, invariavelmente, no questionamento da necessidade quase que perene de a Administração exercer poder em todas as relações, contratuais ou não, que entabula com particulares. Tais críticas absorvem os questionamentos ao próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que não se sustentaria no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, emergem os autores que apresentam críticas à Lei n. 14.133/2021 pelo fato de ela não ter sido enfática ao romper com o modelo de tratamento legal das chamadas cláusulas exorbitantes previsto na Lei n. 8.666/1993.¹³

Antes mesmo da publicação da Lei n. 14.133/2021, Floriano de Azevedo Marques Neto já criticava o fato de que, embora a doutrina predominante tenha reconhecido a figura do contrato administrativo como uma espécie de contrato bilateral, esse reconhecimento veio acoplado à noção de que, mesmo na relação contratual, a Administração Pública conservaria sua posição sobranceira, superior e assimétrica.¹⁴

Para o autor,¹⁵ tal concepção naturalizou a desigualdade das partes e as prerrogativas de intervenção unilateral da Administração sobre as condições pactuadas, as quais se traduzem nas cláusulas exorbitantes. Nesse sentido, no extremo, o contrato administrativo se converteria, enquanto fonte relativa de obrigações para a Administração, numa “pactuação provisória”, cujo cumprimento se submeteria à permanente análise de conveniência e oportunidade pelo ente público, considerado guardião por excelência do interesse público.¹⁶ Um exemplo dessa assimetria está nas restrições à aplicação da cláusula de exceção do contrato não cumprido, que, do rechaço inicial na doutrina, passou a ser prevista expressamente na Lei n. 8.666/1993 (art. 78, inciso XV), ainda assim, com a fixação de um prazo de

¹³ Vide, a propósito, entre outros autores: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021; BINENBOJM, Gustavo. *A Lei n° 14.133/2021 e a segurança jurídica nos contratos administrativos*. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-n-14-133-2021-e-a-seguranca-juridica-nos-contratos-administrativos-11052021>; e GARCIA, Flávio Amaral. *Uma visão geral da Lei n° 14.133/2021: avanços e omissões*. 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/uma-visao-geral-da-lei-n-14-133-2021-avancos-e-omissoes/>.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 76.

¹⁵ *Ibid.*, p. 76.

¹⁶ *Ibid.*, p. 76.

90 (noventa) dias após o qual se permite que o particular suspenda a execução de suas obrigações, quando a Administração deixa de pagar.

Uma evidência de que a Lei n. 14.133/2021 poderia ter rompido de forma mais ousada com os pressupostos que sustentam o exercício (em certos casos) indiscriminado das prerrogativas da Administração está na continuidade da previsão da exceção do contrato não cumprido, submetida a prazo, agora, de dois meses, a partir do qual se aperfeiçoa o direito do contratado à extinção do contrato (art. 137, §2º, IV). Esse assunto, por sua relevância, será retomado e aprofundado no segundo tópico deste artigo.

Cabe destacar novamente as considerações de Floriano de Azevedo Marques Neto, anteriores à Lei n. 14.333/2021: em que pese o contexto de desigualdade narrado, o autor visualiza mudanças na abordagem do tema “contrato administrativo”, sobretudo com a busca pela superação de concepções autoritárias subjacentes à ideia de supremacia do interesse público e à teoria das cláusulas exorbitantes, quando manejada para subsidiar autoritarismos governamentais.¹⁷

Cita-se também Odete Medauar,¹⁸ que, no mencionado cenário de mudanças, observa uma atenuação do agir unilateral e impositivo da Administração, em um pano de fundo de busca pela valorização da democracia no exercício do poder, com vistas ao diálogo, ao consenso, à negociação, ao acordo e à mediação. Esse contexto, em consonância com a visão da autora,¹⁹ faz emergirem técnicas contratuais (denominadas consensuais ou convencionais) que desafiam as concepções tradicionais sobre o que são e, principalmente, como devem ser executados os contratos administrativos, assunto que será mais bem desenvolvido no terceiro tópico deste artigo, quando serão abordadas de modo mais específico as mudanças promovidas pela Lei n. 14.133/2021, nova lei geral de licitações e contratos.

2. As prerrogativas contratuais da Administração Pública na nova lei de licitações e contratos

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 79.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 150-154, dez. 2009. p. 152.

¹⁹ *Ibid.*, p. 152.

Como mencionado no primeiro tópico, a Lei n. 14.133/2021 optou por manter a existência do regime contratual tradicional ao prever, em capítulo específico intitulado “Das prerrogativas da Administração”, a lista das cláusulas exorbitantes consagradas pela Lei n. 8.666/1993 e pela doutrina administrativista.

Nesse sentido, o já citado art. 104 estabeleceu como prerrogativas da Administração a possibilidade de (a) modificação unilateral; (b) extinção unilateral; (c) fiscalização; (c) aplicação de sanções; (d) ocupação provisória de bens móveis e imóveis; e (e) utilização de pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Em que pese a previsão de cláusulas que proporcionam posição de superioridade da Administração Pública no âmbito da relação contratual, a nova legislação, na esteira do regramento jurídico anterior, também se incumbiu de limitar a existência das referidas cláusulas exorbitantes, estabelecendo condições e limites para sua aplicação, sobretudo ao considerar o direito constitucionalmente imposto de manutenção das condições efetivas da proposta (CRFB/88, art. 37, inciso XXI), prevendo que a alteração que acarrete os encargos do contratado deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (Lei n. 14.133/2021, art. 130).

Já nesse aspecto, é possível verificar o olhar mais acurado do legislador para os direitos do contratado, ao impor que o reequilíbrio econômico-financeiro deve ser reestabelecido no mesmo termo aditivo de alteração contratual.

Para além das referidas cláusulas expressamente tratadas como prerrogativas contratuais, a Lei n. 14.133/2021 também estabeleceu, em dispositivos esparsos, a possibilidade de exigência de garantia (artigos 96 a 103) e de retenção de valores para fazer face aos prejuízos causados à Administração (art. 139, IV).

Impende destacar, mais uma vez, que a nova legislação manteve a restrição à oposição da exceção do contrato não cumprido (art. 137, IV), previsão que possibilita o atraso no pagamento devido ao contratado. Nos contratos regidos precipuamente pelo direito civil, um contratante pode se recusar a cumprir sua obrigação em razão de o outro contratante não ter cumprido a obrigação que lhe cabia; é o que prevê o art. 476 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), segundo o qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

No âmbito dos contratos administrativos, já se ressaltou que a doutrina tradicional entendia pela impossibilidade de utilização da referida cláusula, considerando-se a necessidade de continuidade dos serviços públicos, que imporia ao particular o dever de continuar executando seus encargos, ainda que a Administração Pública se mostrasse inadimplente.

Com a Lei n. 8.666/1993, a oposição ao contrato não cumprido foi positivada no âmbito dos contratos administrativos, mediante a possibilidade de atraso no pagamento por 90 (noventa) dias. A partir desse prazo, a Administração se constituía em mora, dando azo ao pleito de rescisão contratual.

Apesar das críticas tecidas ao longo dos anos acerca da utilização indiscriminada do dispositivo, o qual deveria ser utilizado pela Administração apenas em casos excepcionais,²⁰ elevando os custos das contratações públicas e facilitando a corrupção²¹, a Lei n. 14.133/2021 optou por manter a regra, embora reduzindo o ônus para o contratante, que deve suportar o atraso no pagamento por dois meses, prevendo um marco inicial para a contagem do prazo, nos seguintes termos:

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

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses: [...]

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos; [...]

O parágrafo terceiro do referido dispositivo impede a utilização da exceção ao contrato não cumprido em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra e, ainda, nos casos que decorram da atuação ou

²⁰ Na tentativa de reduzir a prática do atraso dos pagamentos e de suspensão dos contratos administrativos por falta de verbas, foi previsto no Projeto da Nova Lei de Licitações o art. 115, § 2º, segundo o qual a expedição de ordem de serviço para execução de cada etapa deveria ser precedida de depósito do valor para custear as despesas em conta vinculada. Ocorre que referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

²¹ Nesse sentido, leciona Joel de Menezes Niebuhr que “outro efeito extremamente negativo do inadimplemento da Administração é a corrupção. O inadimplemento força muitas empresas privadas, ainda que a contragosto, a oferecer propinas às autoridades responsáveis pelos pagamentos, criando espécie de padrão de comportamento, de certa forma arraigado em boa parte da Administração, como demonstram os escândalos de corrupção noticiados diariamente pela imprensa”. (NIEBUHR, Joel Menezes. *O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?* 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>. Acesso em: 11 maio 2021).

contribuição do contratado. Além disso, o dispositivo deixa expressa a possibilidade de que o contratado opte pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que a situação seja normalizada, com o conseqüente equilíbrio econômico-financeiro da avença, de forma que não haja necessidade da medida extrema de extinção do contrato.

Ainda sobre o tema, importante destacar que a novel legislação não se desincumbiu de esclarecer situação controvertida acerca da possibilidade de o particular exercer diretamente seu direito de suspender a execução do contrato sem prévia autorização judicial ou da própria Administração.

A interpretação dos dispositivos legais que melhor se coaduna com o princípio da segurança jurídica é no sentido de se conferir ao contratado, decorrido o período previsto em lei, o direito de suspender a execução contratual, independentemente de autorização expressa, apenas com a comunicação, à Administração Pública, da paralisação das suas atividades.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou no sentido de que, nos casos nos quais a Administração deixa de efetuar o pagamento por período superior ao previsto na legislação, “pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional”.²² Consolidando referido entendimento, foi aprovado o seguinte enunciado, na I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo STJ e pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 6 – O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública autoriza o contratado a suspender o cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação, mesmo sem provimento jurisdicional.²³

Obviamente que a orientação dada pelo enunciado deverá ser adaptada ao novo prazo de dois meses previsto pela Lei n. 14.133/2021.

²² STJ. Recurso Especial n. 910.802/RJ. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Publicação: DJe 06/08/2008.

²³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. *Enunciados aprovados*. 2020. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acesso em: 14 jun. 2021.

Ainda, no tocante à exceção do contrato não cumprido, José dos Santos Carvalho Filho defende que, mesmo dentro do período estipulado pela legislação, em casos especiais nos quais o atraso do pagamento impediria a continuidade da execução contratual, o contratado poderia acionar o poder judiciário objetivando suspender a execução contratual. Para o autor, caso contrário, admitir-se-ia “a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico”.²⁴

3. O regime jurídico incidente aos contratos administrativos e a mitigação da posição de superioridade na Lei n. 14.133/2021

Há quem entenda que a nova lei de licitações e contratos, embora tenha avançado em diversos aspectos, deixou escapar oportunidade relevante para modernizar o regime jurídico incidente nos contratos administrativos, sobretudo diante do custo indireto que as cláusulas exorbitantes agregam aos contratos e da necessidade de adequação das cláusulas contratuais às especificidades de cada caso concreto. Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira sustenta que

[...] o legislador perdeu uma oportunidade de avançar no tratamento e na relativização das cláusulas exorbitantes. Ao contrário do entendimento convencional majoritário, que definem as cláusulas exorbitantes como inerentes aos contratos administrativos, ainda que não haja previsão contratual, sustentamos a implementação das referidas cláusulas dependeria de expressão previsão contratual e de análise motivada por parte da Administração Pública.²⁵

Embora a princípio as cláusulas exorbitantes sejam estabelecidas para realizar o interesse público por meio das contratações, verifica-se que, na prática, referidas previsões podem ocasionar consequências indesejáveis, tais como: (a) contratos mais onerosos para a Administração; (b) estímulo à ineficiência da Administração na fase de planejamento, diante das facilidades em alterar os contratos

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 196.

²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 508.

celebrados; (c) legitimação de práticas autoritárias dos agentes públicos; e (d) facilitação de comportamentos ímprobos na execução dos contratos.²⁶

Dessa forma, parte da doutrina administrativista defende a previsão de maior flexibilidade²⁷ para que o gestor possa acordar as prerrogativas incidentes a cada caso concreto, reconhecendo-se a ineficiência do modelo tradicional dos contratos administrativos, que “não mais é apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração.”²⁸

Ao tratar sobre a temática dos contratos administrativos, Floriano de Azevedo Marques Neto mencionou a “maldição do regime único”, que pretende dar tratamento isonômico às compras governamentais extremamente diversificadas, tornando todas as relações de que participa o Estado marcadas pelo poder extroverso, desde um contrato de fornecimento de água mineral até a delegação de um serviço público.²⁹

Em que pese a timidez na alteração das prerrogativas previstas na Lei n. 8.666/1993, necessário reconhecer que a Lei n. 14.133/2021 adotou, em certa medida, o movimento vivido pela Administração Pública de transição da posição autoritária e de superação da visão do particular como adversário, buscando implementar uma atuação mais consensual e harmônica.

Assim, ainda que a lista dos privilégios da Administração Pública tenha sido mantida sem alterações disruptivas, é possível verificar, pela análise do conjunto das

²⁶ “Pode, por exemplo, o administrador ímprobo ofertar favores ou mesmo fazer ameaças ao particular contratado, em troca de vantagens pessoais indevidas, manejando seus poderes de ação contratual unilateral. Ao mesmo resultado se chega na situação em que o particular contratado propõe ao administrador ímprobo alguma modificação no contrato no exclusivo interesse privado e em detrimento do interesse público — como, por exemplo, muitas vezes se verifica em obras, nas quais nem bem começa a executar o contrato, o particular contratado já procura a Administração para renegociar aspectos de sua execução.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.).

²⁷ “A conciliação necessária, para superar as antigas desvantagens, que tanto encarecem a Administração Pública e favorecem a corrupção em larga escala, de modo a fazê-la enveredar por esses novos promissores caminhos, está, pois, na flexibilização, já que, ante a imensa diversidade de contratos possíveis que são firmados nos inúmeros setores de atividade da Administração Pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a comandos excessivamente padronizados que, sobre serem em grande parte anacrônicos, e, desde logo, por serem muito gerais, não admitem a necessária modulação para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 556.).

²⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

²⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 74-82, 2009. p. 78.

disposições da nova legislação, a alteração do regime geral incidente às contratações para um modelo mais horizontal de contratação, que busca trazer segurança jurídica ao contratado e sanar alguns desvios observados pela experiência nas contratações.

Dentre os dispositivos preocupados em trazer maior segurança jurídica aos contratos administrativos e, conseqüentemente, aos particulares contratantes, está a possibilidade de previsão, no edital, de matriz de alocação de riscos (art. 22), obrigatória para obras e serviços de grande vulto³⁰ e para os regimes de contratação integrada e semi-integrada (art. 22, §3º). Ao tratar da formalização dos contratos, a Lei n. 14.133/2021 também prevê a previsão de cláusula de matriz de risco, quando for o caso (art. 92, IX), e disciplina a alocação de riscos no art. 103, determinando sua atribuição à parte com maior capacidade para gerenciá-lo.

Observa-se que a matriz de riscos não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que já estava prevista na lei das parcerias público-privadas – Lei n. 11.079/2004, na lei do regime diferenciado de contratações públicas – Lei n. 12.462/2011, e na lei das estatais – Lei n. 13.303/2016; mas há um avanço na sua previsão para as contratações de modo geral, com o reconhecimento da “legitimidade da assunção efetiva de obrigações e riscos pela Administração Pública, seja ela integral ou compartilhada, podendo impulsionar desenhos contratuais mais paritários.”³¹

Sabe-se que alocação eficiente dos riscos contratuais impacta no sucesso da execução contratual e reduz os custos de transação dos contratos. Nesse sentido, lecionam Flávio Amaral Garcia e Egon Bockmann Moreira que:

A definição dos riscos contratuais *ex ante* e respectiva distribuição expressa às partes permite que se tenha mais clareza na futura execução do contrato e respectivas soluções se e quando este ou aquele risco se concretizar. Autoriza o contingenciamento de recursos e confere eficácia à solução dos eventuais desequilíbrios. Inibe, portanto, custos extraordinários em razão de surpresas e esvazia os litígios, tornando harmoniosa a relação entre as partes. Ao antecipar e predefinir, transforma custos e esforços presentes em vantagens futuras.”³²

³⁰ Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

³¹ BINENBOJM, Gustavo; TOLEDO, Renato. *A exorbitância contratual na nova lei de licitações*. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 11 maio 2021.

³² GARCIA, Flavio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, n. 21, set. 2019.

Além de trazer a matriz de risco para as contratações públicas em geral, a Lei n. 14.133/2021 também previu mecanismos que possibilitam a consensualidade na estipulação das cláusulas contratuais, reconhecendo a relevância da participação privada no momento de planejamento e elaboração das contratações administrativas, com a previsão, tanto de procedimento prévio à licitação (procedimento de manifestação de interesse³³ – art. 81), quanto de modalidade licitatória (diálogo competitivo – art. 32), que permitem a interface com o setor privado no momento de estruturação da contratação.

Outro ponto de alteração na legislação que demonstra a mitigação da posição de superioridade da Administração Pública é a previsão de ferramentas de gestão contratual tais como a previsão de prazo para manifestação da Administração após solicitação do contratado e de parâmetros objetivos para suspensão dos contratos, que trazem mais previsibilidade ao particular contratado.

Ao tratar das cláusulas necessárias aos contratos, a lei prevê a obrigatoriedade de estipulação de prazo de resposta para o pedido de repactuação (art. 92, X) e de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro (art. 92, XI), além de estabelecer que nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de um mês (art. 92, §6°).

A lei determina como dever da Administração a manifestação explícita sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato (art. 123). Para tanto, a legislação prevê o prazo de um mês para que a Administração decida, admitida prorrogação motivada por igual período, caso cláusula contratual não estabeleça prazo específico.

³³ “Ao contrário da Lei 8.666/93, elaborada em um cenário de extrema desconfiança em relação à participação da iniciativa privada no planejamento das contratações públicas, a Lei 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos, reconhece que os privados podem agregar informações úteis à produção de atos convocatórios e seus anexos e prevê, em âmbito nacional, para licitações e contratos em geral, a utilização do procedimento de manifestação de interesse – PMI, instrumento que surgiu na Lei 8.987/95, como se verá a seguir.” (FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno. A nova lei de licitações e contratos e a ampliação da utilização do procedimento de manifestação de interesse. *In*: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Coord.). *Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações – Lei 14.133/2021* [livro eletrônico]. Pinhais: Editora JML, 2021).

A Lei n. 14.133/2021 também traz parâmetros para suspensão dos contratos administrativos nos casos discriminados no art. 147,³⁴ ressaltando a necessidade de compatibilidade com o interesse público, o que acaba por impor o dever de motivação às decisões estatais.³⁵ No mesmo sentido, o art. 115, §1º, proíbe o retardamento imotivado da execução da obra ou serviço, inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante.

A tendência de maior diálogo nas contratações públicas no novo regramento jurídico é percebida pela previsão expressa da resolução extrajudicial de conflitos, trazendo rol exemplificativo consistente na conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (arts. 151/154) e pela possibilidade da decisão consensual pela extinção do contrato por meio da utilização de referidos instrumentos (art. 138, II).

Conclusões

A Lei n. 14.133/2021 seguiu o posicionamento doutrinário tradicional ao prever, assim como a Lei n. 8.666/1993, o rol das prerrogativas da Administração no âmbito dos contratos por ela celebrados, o que, a princípio, poderia levar à conclusão de que não houve alterações no regime jurídico incidente às contratações públicas.

³⁴ “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.”

³⁵ Sobre o referido dispositivo, Flávio Amaral Garcia e Egon Bockmann Moreira asseveram que “o problema das obras públicas paralisadas no país é, de fato, uma das maiores preocupações identificadas no PL, o que se justifica pelo gravíssimo prejuízo aos cofres públicos e pela frustração das legítimas expectativas da sociedade. Por isso que o PL cria determinados parâmetros e condicionantes que devem nortear a decisão do gestor em suspender a execução do contrato.” (GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, n. 21, set. 2019.).

No entanto, a interpretação sistemática da nova legislação demonstra que houve avanço na temática, seguindo a tendência da Administração Pública atual de atuação menos verticalizada, buscando-se maior segurança jurídica ao particular nos vínculos estabelecidos com o Poder Público.

A Lei n. 14.133/2021 dispôs, entre outros aspectos, sobre a possibilidade de alocação de riscos, participação privada na modelagem da contratação, ferramentas de gestão contratual e mecanismos de resolução consensual de conflitos, além de reduzir o prazo para utilização da exceção do contrato não cumprido para 60 (sessenta) dias, o que torna menos gravoso o ônus suportado pelo contratado.

Conquanto sejam relevantes as mudanças promovidas ao regime jurídico incidente nas contratações, impende salientar que a alteração deve ser acompanhada da adequação da cultura administrativa³⁶ acerca da visão de que os interesses da Administração Pública e do contratado não são eminentemente antagônicos, com o entendimento de que as prerrogativas contratuais incidentes sobre as contratações públicas devem ser utilizadas apenas na medida da satisfação do interesse público, enfatizando-se seu caráter instrumental e a observância aos direitos fundamentais dos particulares.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

³⁶ No mesmo sentido de que os problemas atinentes à atuação da Administração Pública por meio das cláusulas exorbitantes não é uma questão apenas de previsão legislativa, Thiago Marrara dispõe que “as pretensas vantagens e desvantagens das cláusulas exorbitantes na gestão de contratos (e.g., proteção do interesse público primário ou, de outro lado, o aumento de custos estatais e de abusos de poder) não podem ser pensadas sem a contextualização do problema à luz da gestão pública brasileira. E isso equivale a dizer que, hipoteticamente, os problemas que os juristas vinculam à existência de cláusulas exorbitantes podem não decorrer integralmente de uma norma jurídica que as reconhece (seja na Lei de Licitações, seja em leis especiais). Assim, mesmo que a norma ou o instituto seja modificado no direito positivo (por exemplo, mediante a criação de explícita discricionariedade no uso das cláusulas), é possível que os problemas se mantenham no cotidiano da Administração. Partir da crença de que os males da gestão pública estão necessariamente nas leis afigura-se, pois, perigoso teoricamente e arriscadamente inútil para transformar a realidade administrativa.” (MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.).

BINENBOJM, Gustavo. *A Lei nº 14.133/2021 e a segurança jurídica nos contratos administrativos*. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-n-14-133-2021-e-a-seguranca-juridica-nos-contratos-administrativos-11052021>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BINENBOJM, Gustavo; TOLEDO, Renato. *A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações*. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 11 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 290-291.

FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno. A nova lei de licitações e contratos e a ampliação da utilização do procedimento de manifestação de interesse. *In: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Coord.). Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações - Lei 14.133/2021* [livro eletrônico]. Pinhais: Editora JML, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. *Uma visão geral da Lei nº 14.133/2021: avanços e omissões*. 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/uma-visao-geral-da-lei-n-14-133-2021-avancos-e-omissoes/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

GARCIA, Flavio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, n. 21, set. 2019.

GORDILLO, Augustín. *Los contratos administrativos*. 1967. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 74-82, dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 107, p. 150-154, dez. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NIEBUHR, Joel Menezes. *O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?* 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de->

menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica.
Acesso em: 11 maio 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 136.

STJ. Recurso Especial. n. 910.802/RJ. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Publicação: DJe 06/08/2008.