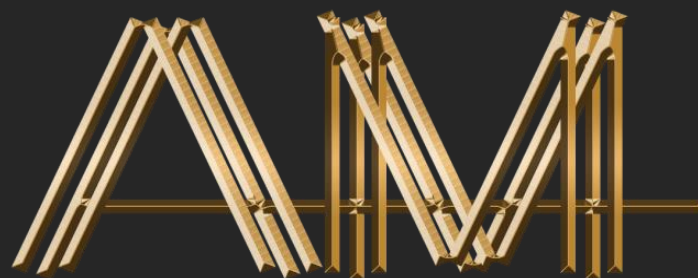




A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (Lei 14133/21)

PARTE III - OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PONTOS DE
ATENÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL



ALESSANDRO MACEDO
Auditor de Controle Externo TCM/BA

VIGÊNCIA E CONTRATOS

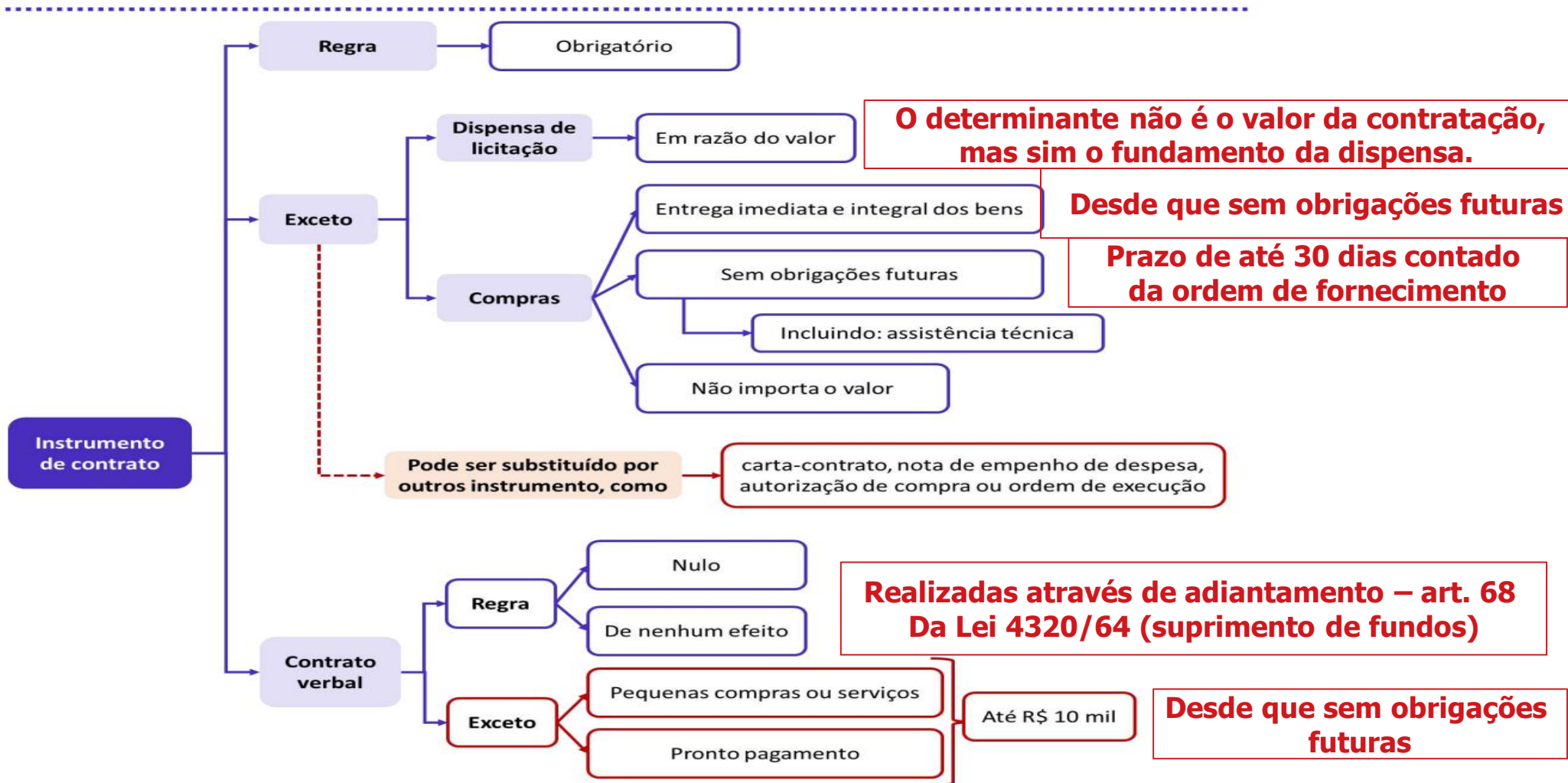
Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a **Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.**

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, **o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.**

PONTO DE ATENÇÃO 01

INSTRUMENTO DE CONTRATO



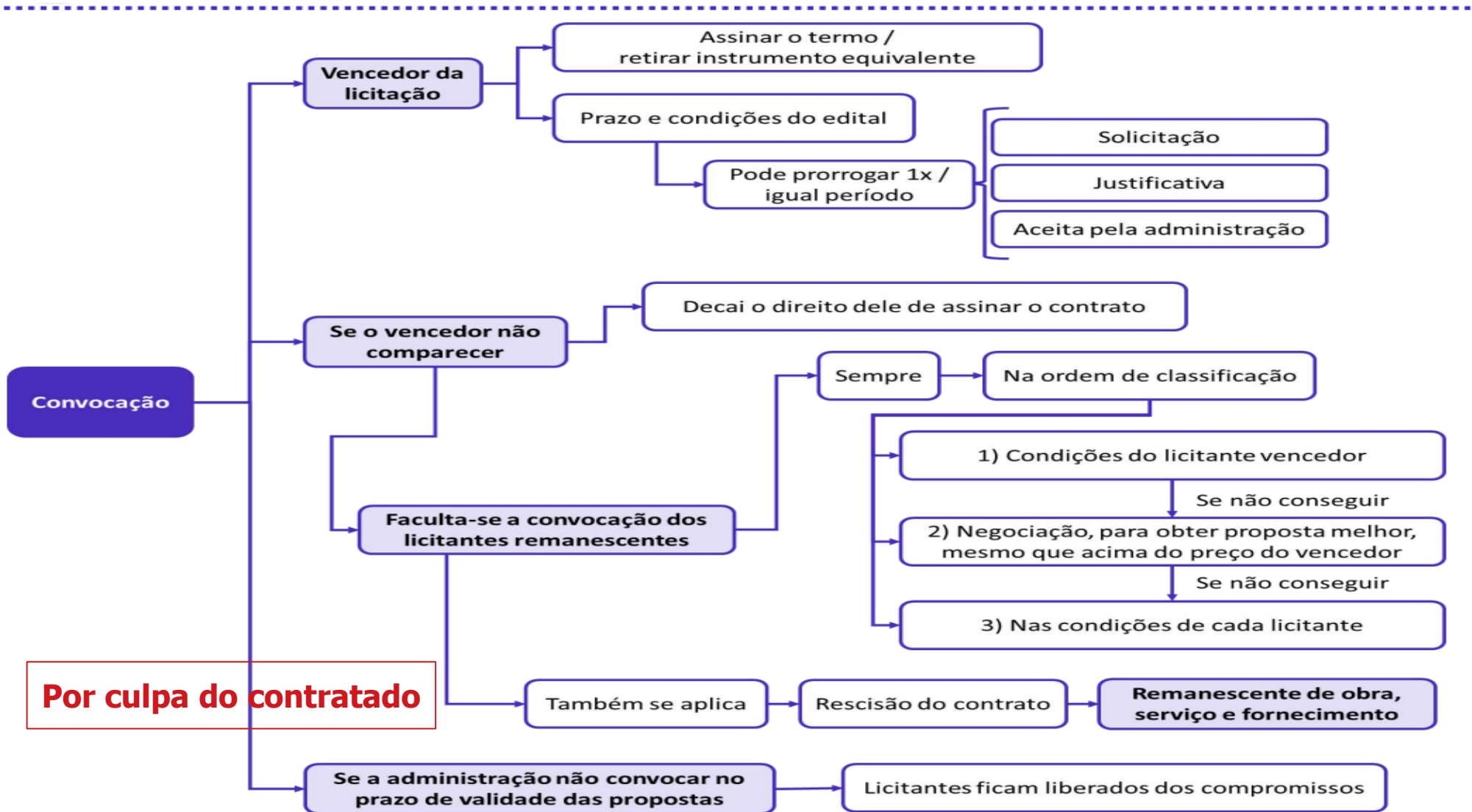
Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (...)

§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em **regulamento**.

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

PONTO DE ATENÇÃO 02

CONVOCAÇÃO DO REMANESCENTE



Lembrar que os licitantes se vinculam pelas propostas formuladas, nos limites do prazo de sua vigência, sendo em caso de recusa considerado Inadimplente (descumprimento total da obrigação assumida – contrato? – art 427 CC Responsabilidade pré-contratual - NÃO HONRAR A PROPOSTA – art 90, §5º)

PONTO DE ATENÇÃO 02 - CONVOCAÇÃO DO ADJUDICATÁRIO E DO REMANESCENTE – ALGUMAS PREMISAS

Observações adicionais:

- 1) Dever jurídico de a Administração convocar o adjudicatário para contratar (“descabimento de licitação inútil”) – art. 60 da Lei das Estatais) *versus* mera expectativa de direito (STF/STJ/TCU). O vencedor tem direito à adjudicação, mas não ao contrato. (Hely Lopes)
- 2) Necessidade de demonstração pelo adjudicatário que o impedimento de formalizar o contrato ou diante do seu pedido de prorrogação de prazo, não decorreu de sua atuação culposa;
- 3) Possibilidade da Administração rejeitar a prorrogação do prazo pelo particular para formalizar/assinar o contrato, em caso de danos irreparáveis ou de difícil reparação;
- 4) Convocação dos demais licitantes classificados – o novo executa a própria proposta, porém será remunerado pela aquela pretendida pelo antigo adjudicatário.
- 5) A convocação do segundo é discricionária, e deve ser examinada se a proposta é compatível com o orçamento estimado, assim como caberá a análise dos requisitos de habilitação do segundo (ordem normal da licitação), e a compatibilidade da proposta com as especificações técnicas do edital.

PONTO DE ATENÇÃO 03

NOVAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

Art. 92. São necessárias em todo **contrato** cláusulas que estabeleçam: (rol exemplificativo – conteúdo essencial determinado em face do instrumento convocatório e da proposta selecionada como melhor – Acórdão TCU 3.217/2006 – harmonia entre o instrumento contratual e o edital e a proposta vencedora)

(...) VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento; (....)

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o **prazo** para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o **prazo** para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de **antecipação de valores a título de pagamento**;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso (ver art. 140, §6º – no caso de obra prazo mínimo de cinco anos pela solidez e pela segurança dos materiais e serviços executados – reponsabilidade objetiva - responsabilidade objetiva);

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo; (...)

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz; (lembrar que não se trata de requisito de habilitação e sim de aceitabilidade da proposta (...))

NOVAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - REAJUSTE E OBRIGATORIEDADE

“Art. 92 (...)

§ 2º De acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterà cláusula que preveja período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução. (ex. licença ambiental, decreto de utilidade pública para desapropriação de áreas)

§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato **deverá** conter cláusula **que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado**, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

REAJUSTE E OBRIGATORIEDADE:

1) Previsão de reajuste é obrigatória (edital e no contrato), mesmo para contratos com prazo de duração inferior a 12 meses. (Acórdão TCU nº 2205/2016 – Rel. Ministra Ana Arraes)

2) A anualidade pode ser determinada antes mesmo do atingimento dos 12 meses, **diante do marco inicial que é da apresentação da proposta ou da data-base do orçamento a que a ela se referir**, para a anualidade do reajuste, que poderá anteceder o início da vigência contratual.

“...recomendar...que em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstra demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária, nos termos do art. 40, XI da Lei 8666/93 (Acórdão 2.265/2020 – Plenário, rel. Benjamin Zymler)

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: (...)

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I - **reajustamento em sentido estrito**, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante **previsão de índices específicos ou setoriais**;

II - **repactuação**, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, **mediante demonstração analítica da variação dos custos**.

§ 5º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, **a medição será mensal**.

§ 6º 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 1 (um) mês**, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.

PONTO DE ATENÇÃO 04

DIVULGAÇÃO DOS CONTRATOS

A vigência (período de tempo que vincula as partes) não se inicia antes da publicação TRF:2018

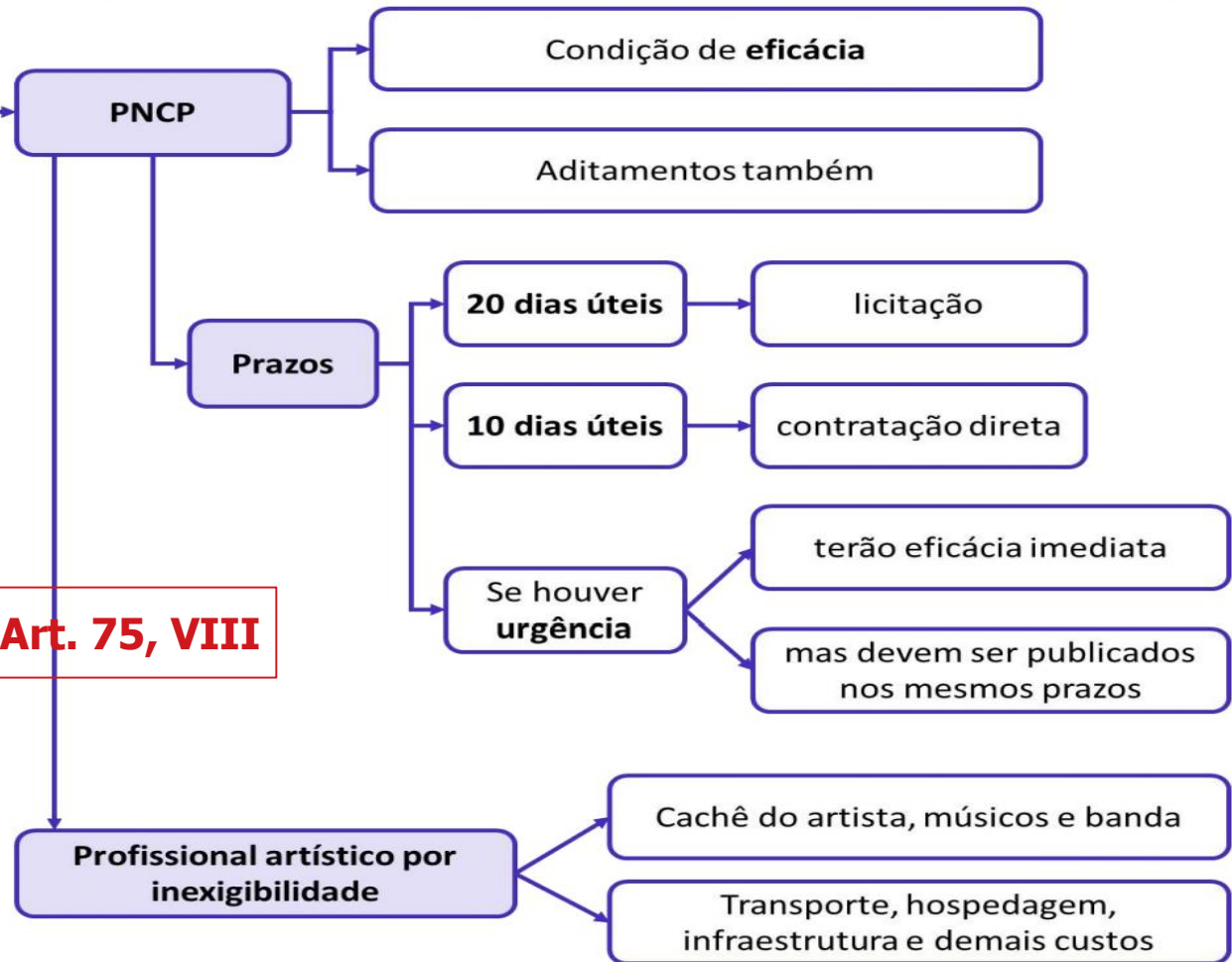
Exceções:

- 1) Sigilo imprescindível a segurança da sociedade e do Estado
- 2) Contrato verbal porque não há instrumento a publicar
- 3) Nos casos de apostila e não de aditivo

Divulgação dos contratos

Ex: contratações emergenciais. Art. 75, VIII

Estas informações pode estar contidas no próprio contrato



Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é **condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos** e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

§ 3º No caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados. **(informações contidas no contrato)**

PONTO DE ATENÇÃO 05

GARANTIA DE CONTRATO



Atentar para a cláusula de retomada, que consiste justamente na possibilidade de a seguradora assumir a execução da obra e **concluir o objeto do contrato**, em caso de inadimplemento por parte do contratado (artigo 102), tomador da apólice de seguro-garantia.



PONTO DE ATENÇÃO 06

O CUIDADO NA DEFINIÇÃO DA MATRIZ DE RISCO

Art. 103 § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II – ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

Observações importantes:

1) *A matriz de riscos, quando estipulada contratualmente já deverá estar prevista no edital da licitação e ser considerada no cálculo do valor estimado da contratação, consoante preceitua o artigo 22 da Lei n. 14.133/2021.*

O art. 22 define: “a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual”.

O artigo 103, a matriz de riscos define e regulamenta a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e regulamentador de sua recomposição, e não conflita com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, já que a alocação dos riscos estipulada de antemão no edital da licitação está contemplada dentre as constituições efetivas da proposta, tuteladas pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

PONTO DE ATENÇÃO 07

DURAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

Observações importantes:

- 1) Atenção que na 8666/93, inclusive com a permissão da ON nº 39/2011 da AGU, se permitia extrapolação do exercício financeiro, estabelecida no caput do art. 57 daquela norma.
- 2) O prazo de duração é o prazo de execução, aquele que dispõe o contratado para executar o objeto do contrato, cumprindo a sua obrigação principal (e não de vigência)
- 3) Exigência do PPA – não se estabelece para as exceções dos art. 106 a 109 (serviços de natureza continuada), e sim apenas para mega empreendimentos, contratos de escopo, cuja execução contratual se estenda por mais de um exercício. (exigência constitucional §3º do art. 167 da CF/88)

PONTO DE ATENÇÃO 07 - DURAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de **serviços e fornecimentos contínuos**, observadas as seguintes diretrizes:

I – a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá **atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual**;

II – a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de **créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção**;

Observações importantes:

1) O artigo 106 permite, nos casos de **serviços e fornecimentos contínuos** (não inclui obras e contratos de escopo – devem ser aplicados o caput do art. 105), que a Administração Pública firme o contrato já prevendo, **de largada**, o prazo de vigência de 5 anos.

2) **Não é mais necessário limitar a vigência inicial ao fim do exercício corrente para depois prorrogá-lo, em cada ano orçamentário**, até o limite de 60 meses (ou 72, no caso das prorrogações excepcionais prevista na Lei n. 8.666/1993).

3) A demonstração da vantagem econômica (art. 106, I) é necessária para firmar contratos acima de 01 (ano) até cinco anos e não pelo prazo do exercício financeiro seguido de prorrogações, e este ateste deve ser feita por algum estudo técnico ou levantamento de preços, ou comparação de contratos com prazos similares (Joel Niebuhr)

4) O art. 106 não exige a essencialidade dos bens e serviços, abrangendo as necessidades permanentes de menor relevância, assim como continuidade não significa exigência de que a execução contrato seja ininterrupta (dimensão material da execução do objeto – *“permanência e reiterabilidade da necessidade”*).

PONTO DE ATENÇÃO 07 - DURAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de **serviços e fornecimentos contínuos**, observadas as seguintes diretrizes:

III – a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando **não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.**

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá **apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses**, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao **aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.** (necessidade de que seja contínuo)

Observações importantes:

1) O inciso III autoriza a Administração Pública **rescindir antecipadamente a avença, sem ônus.** (cuidado a extinção antecipada do contrato pode gerar dano ao particular: maior duração, maior tempo para que o particular dilua seus custos e amortize seus investimentos – recomposição da equação econômica-financeira – compensação das perdas sofridas).

2) O § 1º do artigo 106 deve ser interpretado da seguinte forma: 02 (dois) meses contado da ciência do contratado que deve ser a data de aniversário. Caso esta seja ultrapassada, implicará em mais um ano de contrato (para que seja sem ônus).



Art. 107. **Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos** poderão ser prorrogados **sucessivamente**, respeitada a **vigência máxima decenal**, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as **condições** e os **preços** permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Art. 109. A Administração poderá estabelecer a **vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio**, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a **existência de créditos orçamentários vinculados à contratação**.

Art. 111. Na contratação que previr a **conclusão de escopo predefinido**, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado **quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato**. **(PRAZO DE EXECUÇÃO)**

Parágrafo único. Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado:

I - o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;

II - a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Art. 57, 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**;

ATENÇÃO:

1) Possibilidade de prorrogação de contratações diretas com base no art. 107, desde que o objeto seja executado de modo contínuo, e que seja verificada a manutenção dos seus requisitos autorizadores (Acórdão 10940/2018, Rel. Min. Benjamin Zymler)

2) Possibilidade de dispensa de pesquisa de mercado para atestar a vantajosidade econômica nas prorrogações de serviço continuado, em face da previsão de reajuste dos itens envolvendo mão de obra. (Acórdão 1.214/2013)

Apenas se aplicam aos serviços contínuos (e não a fornecimento contínuo) e quantos aos custos da mão de obra.

3) A prorrogação é discricionária e bilateral – depende da vontade do contratado.

PONTO DE ATENÇÃO 07 - DURAÇÃO DOS CONTRATOS

ASPECTOS A SEREM OBSERVADOS NA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL, ALÉM DA VANTAJOSIDADE (Tecnicamente se trata de **RENOVAÇÃO CONTRATUAL** – Atribui novo prazo e amplia o contrato na mesma proporção)

- 1) Se em relação ao contratado, ocorreu alguma razão de impedimento após à contratação, com base no art. 14;
- 2) Se o contratado mantém as condições de habilitação com base no inciso XVI do art. 92;
- 3) Lembrar o §4º do art. 91:

(...) § 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

- 4) Submissão da prorrogação ao órgão de assessoramento jurídico para emissão e parecer (§4º do art. 53);
- 5) Decisão da autoridade competente acerca do aditivo ou não, que deverá atestar as condições e preços (art. 107);
- 6) Formalização do aditivo, e se for o caso notificação do contratado para renovar a garantia (art. 98);
- 7) Assinar o aditivo e publicar no PNCP (art. 94).



EXECUÇÃO, GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS - PONTO DE ATENÇÃO 08

Art. 115. § 1º É proibido à Administração retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, **inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante.**

Art. 8º, Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

§ 5º Em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, **o cronograma de execução** será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, **anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.**

Art. 79, § 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

§ 6º Nas contratações de obras, verificada a ocorrência do disposto no § 5º deste artigo por mais de 1 (um) mês, a Administração deverá divulgar, em sítio eletrônico oficial e em placa a ser afixada em local da obra de fácil visualização pelos cidadãos, aviso público de obra paralisada, com o motivo e o responsável pela inexecução temporária do objeto do contrato e a data prevista para o reinício da sua execução.

Atenção:

Art. 7º (...)

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração **especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei**, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

EXECUÇÃO, GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS - PONTO DE ATENÇÃO 08

ALGUMAS PREMISSAS:

§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

§ 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:

I – a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;

II – a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

1) Ao atuar com base nas informações prestadas pelo empresa de assessoramento, o fiscal não pode ser responsabilizado pelo defeito decorrente destas informações;

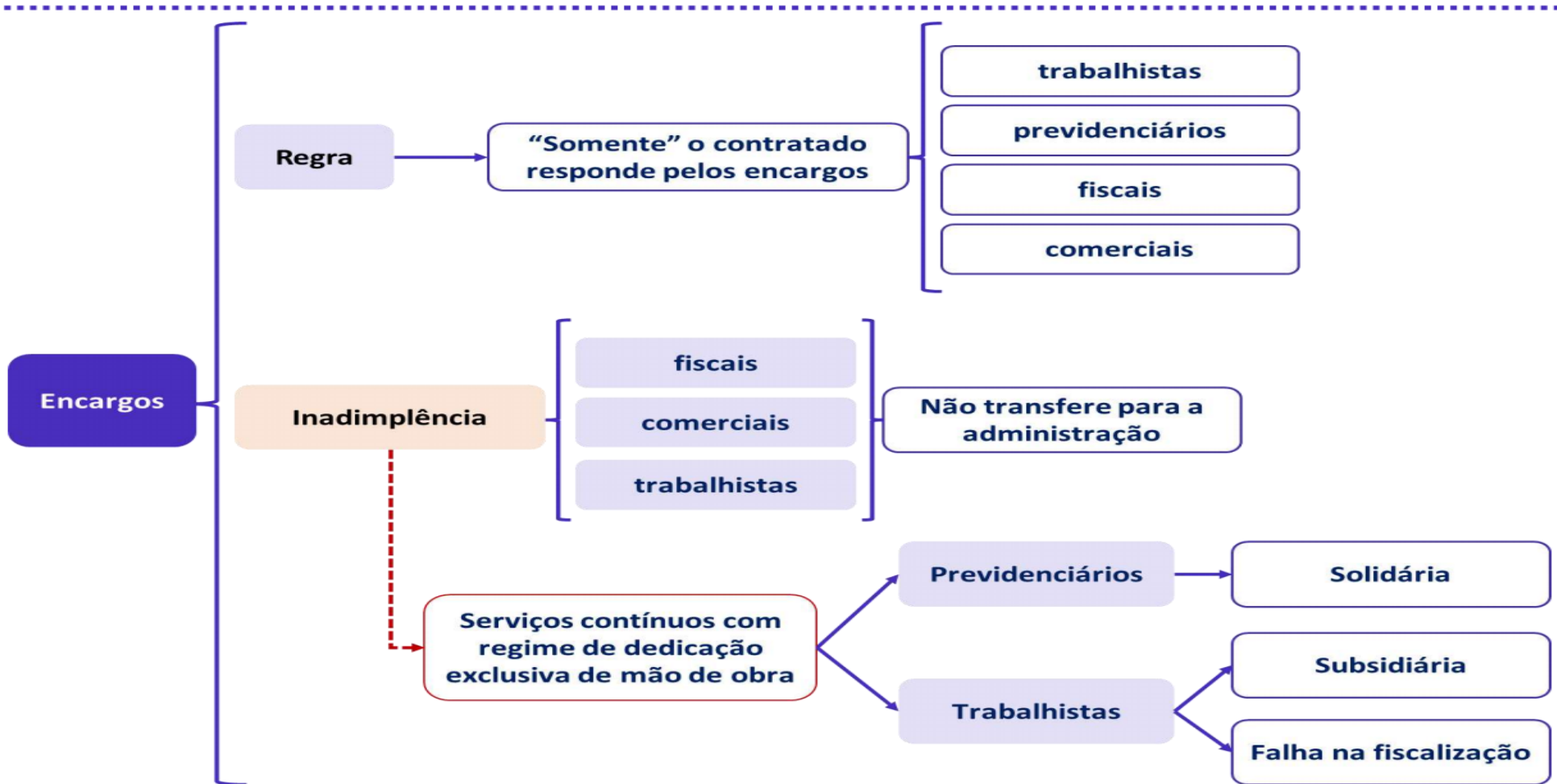
Salvo se as informações são equivocadas ou contém falhas e que o fiscal foi negligente em relação às tais análises (lembrar do art. 28 da LINDB)

2) Caso não haja profissional habilitado para exercer a função de fiscal do contrato, a fiscalização permanece de titularidade da Administração, e neste caso quem responde é a autoridade competente. (Joel Niebuhr)

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

GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS - PONTO DE ATENÇÃO 08

CUIDADO COM OS ENCARGOS DO CONTRATADO



Atribuições do FISCAL do contrato:

- 1) Cumprimento das normas trabalhistas (jornada, limitação de HE, repouso semanal);
- 2) Cumprimento de normas relativas à segurança do trabalho;
- 3) Se é o contratado que executa o contrato e não o terceiro.

PONTO DE ATENÇÃO 08 – ENCARGOS DO CONTRATADO

Art. 121. **Somente** o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...)

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.(...)

2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas **se comprovada falha na fiscalização do cumprimento.**

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para **assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato,** poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.



Art. 122 Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento **até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.**

§ 1º **O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.**

§ 2º Regulamento ou edital de licitação **poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.**

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressa

Art. 123. A Administração terá o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos regidos por esta Lei, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato.

Parágrafo único. Salvo disposição legal ou cláusula contratual que estabeleça prazo específico, concluída a instrução do requerimento, a Administração **terá o prazo de 1 (um) mês para decidir, admitida a prorrogação motivada por igual período.**

PREMISSAS:

1) A NLCCA apenas permite a subcontratação parcial, e não a cessão;

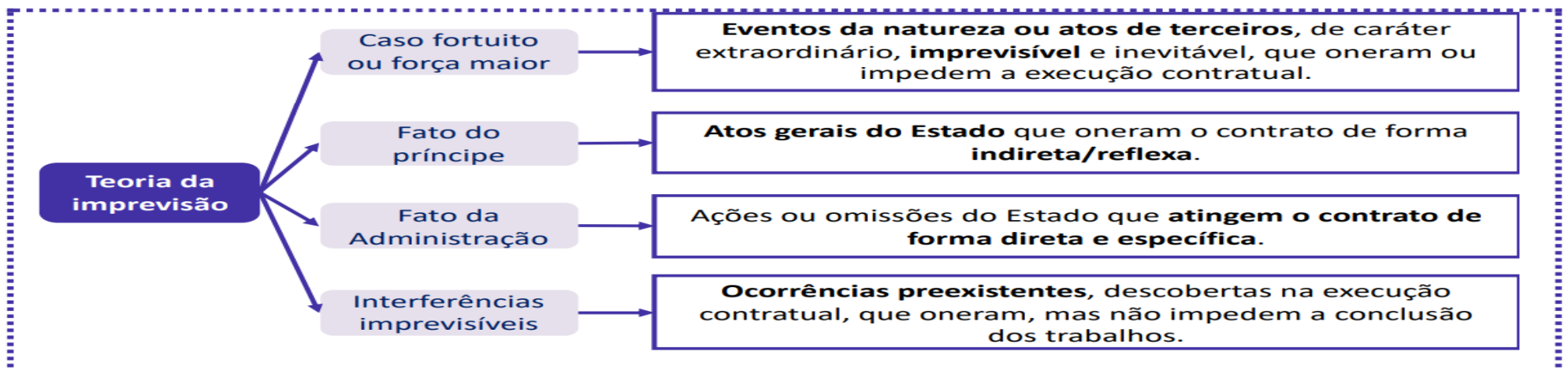
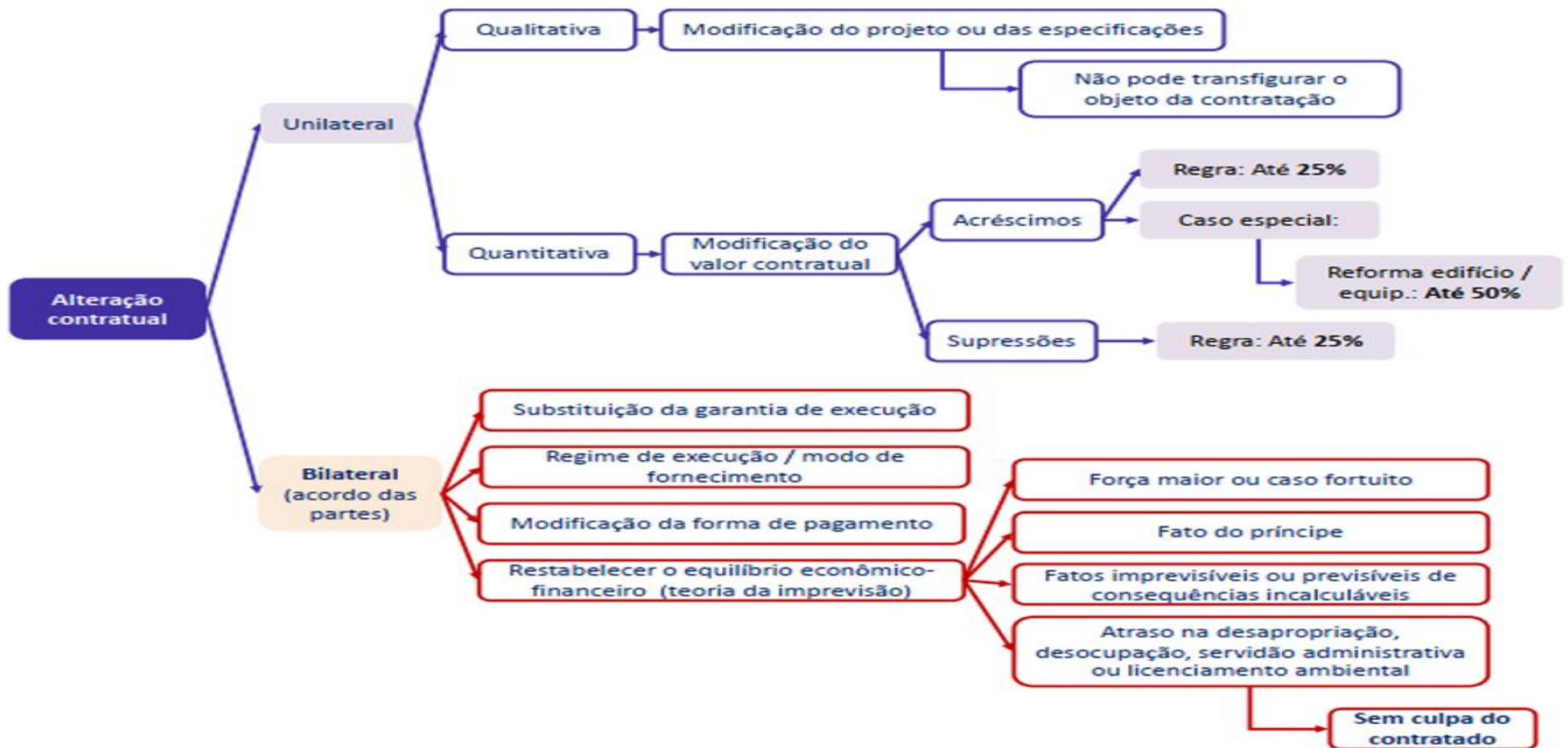
2) Subcontratação total segundo o TCU gera dano ao erário. (Acórdão 3.002/2021)

3) Mesmo previsto no edital e no contrato, a autorização deve autorizar a subcontratação.

4) A subcontratação não deve contemplar as parcelas de maior relevância e de valor significativo no contrato. (Acórdão 3.144/2011)



PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES CONTRATUAIS – Art. 124



PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS

Premissas fundamentais:

- 1) Justificativa para a alteração: fato ocorrido ou apenas descoberto depois da instauração da licitação. (art. 71, § 2º da NLLCA) (Acórdão 2.619/2019, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)
- 2) Necessidade de apresentação de estudos destinados a identificar os motivos que justificam a alteração (Princípio da motivação). Oportunidade do particular colaborar.
- 3) Possibilidade de alterações qualitativas-quantitativas – mudança de projeto que gera alteração quantitativa e alteração do valor contratual;
- 4) Obrigatoriedade de análise jurídica nos termos aditivos (consoante o art 53 da NLLC), embora é dispensável tal análise nas hipóteses previamente definidas **em ato da autoridade jurídica máxima competente**. (Acórdão TCU nº 777/2006 – Plenário);
- 5) Alteração unilateral e ausência de previsão no contrato – omissão não prejudica o direito da Administração de exercer tal prerrogativa – **deriva do ordenamento jurídico** (diferente, por exemplo, como a multa que a Lei estabelece sua previsão no edital ou no contrato);
- 7) Alterações consensuais não podem gerar tratamento desigual em favor do contratante (Ex. Illegal alteração para suprimir as garantias de execução previstas no certame) (Ronny Charles);
- 8) O ato administrativo de concessão do reequilíbrio econômico exige formalização através do **TERMO ADITIVO**.



PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS

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

Observações importantes:

1) A Lei n. 14.133/2021 **não** finalizou a controvérsia sobre a aplicabilidade dos limites antes expressos no § 1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993 **às alterações qualitativas, já que que apenas o art. 124, I “b” (alterações quantitativas) traz a expressão “nos limites permitidos por lei”.**

2) A NLLCA apenas estabelece limites para alterações quantitativas unilaterais e **não para as alterações quantitativas consensuais e nem para as alterações qualitativas**, o que permite alterações superiores aos limites do art. 125. (Necessidade de motivar o ato à luz do interesse público, da proporcionalidade, da economicidade – preços compatíveis com o mercado, preservando a identidade do objeto)

3) Quando alterar o valor, **a alteração qualitativa (unilateral - art. 124, I “b”)** deve se submeter as limites estabelecidos, que estão referenciados no valor do contrato (Ronny Charles)

4) Alterações quantitativas e qualitativas determinadas **unilateralmente** pela Administração **devem preservar a identidade do objeto contratado**. (Art. 126 da Lei n. 14.133/2021). **ALERTA: também as consensuais**



CUMULAÇÃO DE REAJUSTE E REEQUILÍBRIO

- A cumulação de reajuste e reequilíbrio indevida quando é **solicitado o reajuste dos preços e, posteriormente, pedido de manutenção do equilíbrio-financeiro em função da mesma variação de custos.** (ex. Reajuste de mão de obra e reequilíbrio com base da variação dos custos de mão de obra) **ATENÇÃO: incidência cumulada irregular em caso do mesmo FATO GERADOR.**

- Após uma contratação objeto de reajuste, pode surgir um fato econômico extraordinário e extracontratual que afete a equação econômico-financeira da proposta e justifique a concessão do reequilíbrio;

REAJUSTE E RECOMPOSIÇÃO PODEM SER REALIZADOS SEMPRE QUE SE VERIFICAR A PRESENÇA DE SEUS PRESSUPOSTOS, UMA VEZ QUE OS MESMOS POSSUEM FUNDAMENTOS DISTINTOS. (TCU, Acórdão 131/2017)

PONTO DE ATENÇÃO 09

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (REVISÃO)

1) REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO E PRECLUSÃO LÓGICA (S)

Segundo Jurisprudência do TCU, a existência de preclusão lógica ocorre quando a contratada **firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores anteriormente impactados na contratação.**

Ao admitir a prorrogação contratual, nas mesmas condições, sem a prévia solicitação da adequação do valor contratual, **o contratado estaria abrindo não, tacitamente, da ampliação (atualização) do valor devido.**

Atenção Uma vez que o reequilíbrio econômico pode também dar ensejo à redução dos valores contratuais, seria possível suscitar que, admitindo-se a preclusão lógica para o reequilíbrio econômico, **este fenômeno pode ocorrer também em detrimento da Administração.**

2) REEQUILÍBRIO ECONÔMICO - Poderá ocorrer em momento anterior ao período mínimo de um ano de sua vigência.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 22, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser **concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual**, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “D” do inc. II do art. 65, da lei no 8.666, de 1993.

Premissas fundamentais:

1) REAJUSTE E REQUERIMENTO FORMAL

- **Não é necessária tal solicitação** já que os índices e o período estão definidos no contrato (cláusula obrigatória – Acórdão TCU nº 2205/2016), e já que não é alteração pode ser realizado por APOSTILA. (ÁLEA ECONÔMICA ORDINÁRIA)

2) IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO REAJUSTE SEM PREVISÃO NO EDITAL OU CONTRATO

3) REAJUSTE E PRECLUSÃO LÓGICA (N)

Segundo Prof. Ronny Charles, “sendo a aplicação do REAJUSTE uma decorrência objetiva daquilo prescrito pelo edital, em princípio, **não se justifica a alegação de preclusão lógica em relação a ele**, mesmo nas situações em que tal reajustamento não tenha ocorrido antes de ultrapassado o momento de renovação (prorrogação) da vigência contratual.

Exceção: Salvo no caso do próprio contrato estabeleça que o REAJUSTE precisa ser requerido pela parte contratante, o que geraria “o indeferimento do pleito de reajuste em relação aos períodos anteriores à prorrogação, quando não houver solicitação tempestiva.

PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS - REACTUAÇÃO

Premissas fundamentais:

- 1) Não se vincula a disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho **que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado**, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei (art. 135, §1º);
- 2) Deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última reactuação (art. 135, §3º);
- 3) Poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, podendo ser realizada em momentos distintos (art. 135, §4º);
- 4) Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, **poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas** (art. 135, §5º);
- 5) Será precedida de solicitação do contratado (requerimento), acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos (art. 135, §6º); **(Possibilidade de Preclusão lógica “quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados” – Acórdão TCU nº 1601/2014 - Plenário)**
- 6) Será formalizada por apostilamento (art. 136).



PONTO DE ATENÇÃO 09

ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS - REEQUILÍBRIO E O TERMO ADITIVO

Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

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

Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro **deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.**

Art. 132. A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, **salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.**

PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, **após a data da apresentação da proposta**, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Rompimento do equilíbrio econômico-financeiro

Requisito: vínculo entre a incidência tributária a prestação auferida pelo particular contratado

Art. 65, § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso

Art. 135. Os preços dos contratos **para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra** serão **repassados** para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I – **à da apresentação da proposta**, para custos decorrentes do mercado;

II – **ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada**, para os custos de mão de obra.

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.



PONTO DE ATENÇÃO 09 - ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

Art. 65, § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

I – variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;

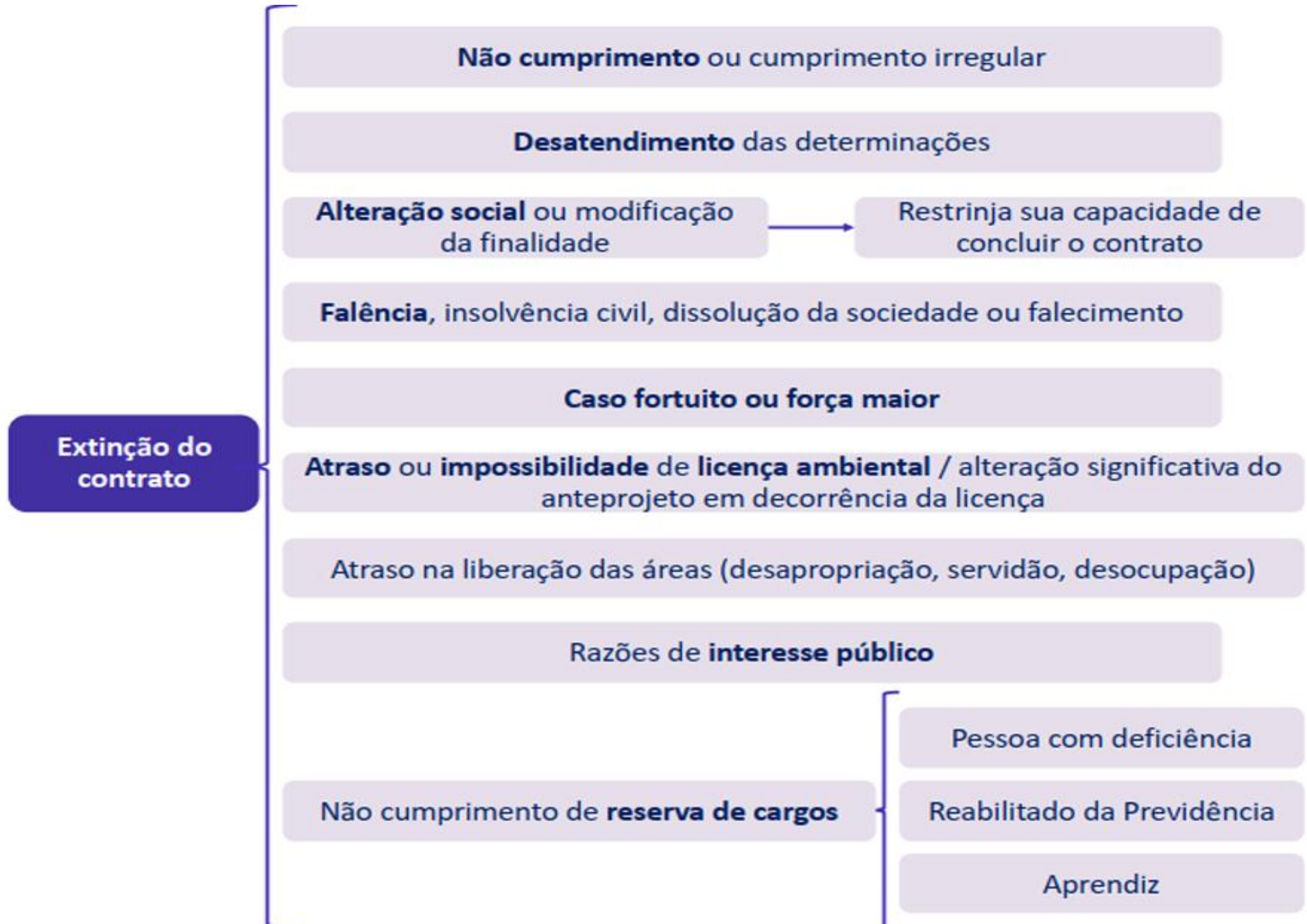
II – atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;

III – alterações na razão ou na denominação social do contratado;

IV – empenho de dotações orçamentárias;

PONTO DE ATENÇÃO 10

MOTIVOS PARA EXTINÇÃO DO CONTRATO – ART 137



PONTO DE ATENÇÃO 10

HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DO CONTRATO – ART 137, § 2º

Contratado
direito à
extinção do
contrato

Supressão, por parte da Administração além do limite permitido

Não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, **de área, local ou objeto**, para execução

Suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses

Repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis

Atraso superior a dois meses dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração

Não se aplicam em

Calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra

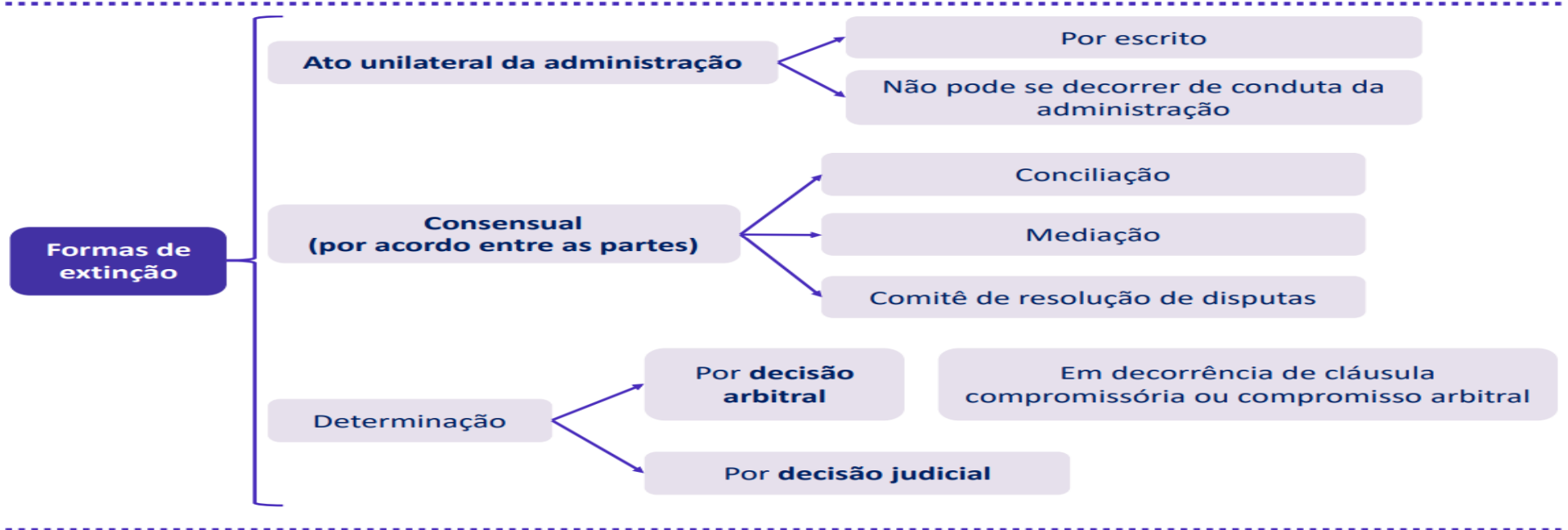
Ato ou fato que o contratado praticou, participou ou contribuiu

Contratado poderá optar por

Suspender o cumprimento das obrigações até a normalização

PONTO DE ATENÇÃO 10

FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO – ART 138



Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

III - execução da garantia contratual para:

a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;

b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;

c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;

d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

PONTO DE ATENÇÃO 11 - NULIDADE DOS CONTRATOS

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;

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;

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, **o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos**, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

PONTO DE ATENÇÃO 11 - NULIDADE DOS CONTRATOS

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato (...)

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, **sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.**

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, **poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez. (...)**

VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Art. 150. **Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.**

Art. 59

(...) Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Art. 7º, § 2º, III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

PONTO DE ATENÇÃO 12 - CUIDADO COM A ORDEM DOS PAGAMENTOS

Art. 141. No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos:

I - fornecimento de bens;

II - locações;

III - prestação de serviços;

IV - realização de obras.

§ 1º A ordem cronológica referida no **caput** deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

PONTO DE ATENÇÃO 12 - CUIDADO COM A ORDEM DOS PAGAMENTOS

Art. 141. § 1º (...)

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

§ 2º A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no **caput** deste artigo ensejará a **apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.**

§ 3º **O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação em seu sítio na internet,** a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem.

Art. 142. Disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador.

Art. 143. No caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento.

PONTO DE ATENÇÃO 12 - CUIDADO COM A ORDEM DOS PAGAMENTOS

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida **remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.**

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

§ 2º A utilização de remuneração variável **será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.**

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

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

§ 2º A Administração poderá exigir a prestação de **garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.**

§ 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.