

EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

(arts. 115 a 123)

Ivan Barbosa Rigolin

(mai/24)

I – Estes arts. 115 a 123 entraram na nova lei no lugar dos arts. 66 a 76 da Lei nº 8.666/93, constituindo na Lei nº 14.133/21 o Capítulo VI, *Da execução dos contratos*, do Título III, *Dos contratos administrativos*. A sistematização desta matéria foi diferente daquela da lei anterior que continha uma Seção *Da inexecução dos contratos*, a qual inexistia na nova lei. Quanto a isso, ponto para a nova lei.

Muito da matéria da lei anterior foi copiada, e essa parte é velha conhecida da Administração; por essa razão aqui interessou sobretudo destacar as novidades da nova lei, em geral de boa qualidade.

II – O art. 115, *caput*, é cópia do seu equivalente art. 66 da lei anterior. O contrato deve ser executado fielmente pelas partes – e tal seria se não fosse assim.

O § 1º, de uma obviedade canina, proíbe à Administração retardar imotivadamente a execução. Pelas barbas de Júpiter ! É preciso a lei pronunciar algo assim ? Poderia então o ente

publico *sem motivo* retardar a execução, acarretando toda sorte de prejuízo a todos os envolvidos ? Faltará ao legislador, tanto assim, o que fazer ?

Vetados os §§ 2º a 4º - e a considerar a qualidade dos parágrafos nesta lei lamenta-se que não tenham sido todos -, o § 5º fixa a prorrogação automática do cronograma de execução em caso de qualquer impedimento, administrativo ou judicial, que trave a sua regular continuidade.

É melhor isto do que dizer, como alhures nesta lei, que a duração *do contrato* é automaticamente prorrogada – porque isso não existe em direito administrativo -, porém as coisas, mesmo na prorrogação apenas do cronograma, podem não se revelar tão simples na prática.

Se por exemplo o cronograma de execução *coincide* com a duração do contrato – o que é de uma imprudência própria de amadores -, então não há meio jurídico de prorrogar o cronograma sem antes se prorrogar o próprio contrato. aumentando-se a sua duração.

Por isso se recomenda *jamins* fazer coincidir duração e cronograma em contratos de obra ou de serviço prolongado. Seja a duração *folgadamente maior* que o cronograma, como, muitas vezes, o é uma roupa do finado quando o filho a tenta utilizar (o cadáver não se compadece da diversidade dimensional da família que deixou).

Isso se recomenda sobretudo em obras, as quais como se sabe *jamins, em nenhuma hipótese*, são entregues no cronograma originário, e pelas mais variadas e ponderáveis razões.

Cronograma de três anos, então que seja a duração do contrato de quatro anos, por exemplo. A prudência e os cabelos brancos do conceptor dos contratos devem falar mais alto ⁽¹⁾.

O § 6º ingressa no mundo romanesco e casuístico das novelas de licitação. Se a paralização referida no § 5º durar mais que um mês o ente precisará divulgar esse fato em sítio eletrônico e em *paredro* (placa, aos que não se lembram do *Colocador de pronomes*, de Monteiro Lobato) no local da obra paralisada, com indicação do motivo da paralisação e do responsável pela inexecução temporária – se existir e se for identificável – e ainda com a data prevista para a retomada.

Medida enfim organizatória, mas que pelo detalhismo é de duvidar de que venha a ser cumprida nos seus precisos termos. Vendo acontecer, acreditá-lo-emos.

O § 7º, fechando o artigo, informa que o texto da mensagem citada no § 6º deve ser elaborado pela Administração. Imaginaria talvez o legislador que fosse contratada a redação da placa a algum Nobel de literatura, ou ao menos ao presidente da Academia Brasileira de Letras ? Ou que fosse aberto um concurso de redação de placa ?

Que trilhas percorre a lei nacional das licitações, a ponto de precisar informar quem deve escrever a placa de obra paralisada ... isso é, como na gíria dos anos 60 ou 70, de entortar o cano...

¹ O diabo é poderoso não por diabo mas por velho, consoante se sabe. Prudência e água benta nunca são demais.

III – O art. 116 sai da matéria propriamente licitatória ou contratual para adentrar a área trabalhista. A preocupação, mais que negocial da Administração, é social.

O contratado precisará manter durante toda a execução do contrato os empregos destinados por força de lei a deficientes ou reabilitados da previdência, e sempre que requerido pelo ente contratante deverá demonstrar o atendimento dessa obrigação.

O mérito é inegavelmente bom, indicando preocupação efetiva do legislador com aquelas parcelas desfavorecidas de trabalhadores.

IV – O art. 117, calcado no anterior art. 67 da Lei nº 8.666/93, amplia saudavelmente as antigas previsões sobre a gestão ou fiscalização do contrato.

O contrato precisará ser fiscalizado por um ou mais de um servidor(es) público(s) designado(s) pelo ente contratante com observância, dentro do possível, das condições do art. 7º (terem atribuições vinculadas a licitações e contratos, e não terem vínculo familiar ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com o contratado).

Pode o ente contratar terceiros para auxiliar o fiscal, os quais terceiros (I) assumirão total responsabilidade pela orientação técnica expendida, e (II) não eximirão o fiscal da sua responsabilidade originária, nos limites da orientação acaso recebida (§ 4º). Recomenda-se que seja exigida orientação *por escrito* em qualquer caso, eis que as palavras voam mas os escritos ficam.

Como na lei anterior, o fiscal anotará as ocorrências relevantes da execução e determinará, dentro das suas atribuições que também em boa técnica devem estar escritas, as medidas necessárias ao bom andamento da execução (§ 1º), e comunicará ao seu competente superior as situações cujo encaminhamento acaso ultrapassar as suas expressas competências, se for o caso sugerindo a providência tal ou qual (§ 2º).

É importantíssima, essencial mesmo, a função do fiscal do contrato, ocasionalmente tratado alhures como gestor, e todos os instrumentos institucionais e operacionais de que dependa uma boa fiscalização lhe devem ser fornecidos.

Mesmo assim, o que historicamente se observa na Administração pública brasileira é uma fiscalização frequentemente *abaixo de péssima, inferior a qualquer crítica* – quando existe. De nada adianta designar um fiscal e deixá-lo *virar-se* por sua conta, desprovido dos meios mínimos de atuar com eficiência; ou então designar um profissional de área absolutamente diferente daquela do objeto contratado. Esses, tais quais alguns Ministros, não sabem nem por onde começar.

Deveriam as autoridades contratantes ser responsabilizadas por isso – em face da pesada lesão aos interesses públicos que a sua omissão e o seu desinteresse acarretam -, mas essa responsabilização, tão frequente em outras áreas do serviço público, é rara de se constatar.

V - O curto art. 118 copiou o art. 68 da lei anterior.

O contratado deve manter um preposto, ou representante designado, que seja aceito pelo ente contratante – porque pode ser recusado pelas mais variadas razões, desde que justificadamente porque tal recusa é prejudicial ao indicado – para representá-lo durante a execução.

O preposto não precisará estar a todo tempo presente no palco da execução, mas essa matéria deve ser objeto de tratativa e acordo entre as partes, dentro do que lhes seja razoável e adequado.

Tal qual o fiscal da Administração, o preposto em boa técnica terá atribuições escritas pelo contratado, para que saiba até onde pode dirigir a execução, e portanto saiba o que está além das suas atribuições, para comunicação a seus superiores. Mas esse problema não pertence em absoluto ao contratante público.

VI – O art. 119, cópia do art. 69 da lei anterior, fixa nada mais que a obrigação de o contratado cumprir o contrato, ou seja entregar o objeto sem falhas, completo e perfeito.

Se não o fizer em face de execução defeituosa, ou de materiais ruins que haja utilizado, na forma do que deve ter previsto o contrato não receberá a parcela equivalente, além de se sujeitar a outras punições, sobretudo pecuniárias, estabelecidas no contrato.

O contrato desempenha, como se denota, papel fundamental na definição de direitos e deveres interpartes; quem imagina que a lei isolada o faça equivoca-se rotundamente.

Mas o mais importante é que, além de eventuais penalidades contratuais e legais, será obrigado a reparar os vícios ou defeitos verificados pela fiscalização quanto à parte entregue do objeto. Se administrativamente não o fizer poderá ser compelido judicialmente a fazê-lo, em ação movida pelo ente contratante e cuja probabilidade de êxito, se é certa a falha do contratado na execução, gira em torno de 100%.

VII – O art. 120 repete a *asnice* do art. 70 da Lei nº 8.666/03.

O autor daquela lei, como o autor desta Lei nº 14.133/21, pelo visto não leram o art. 37, § 6º, da Constituição, e repetem na lei de licitações a mesma patacoada trinta e cinco anos após promulgada a Carta. É lastimável um legislador federal não conhecer a Constituição, a qual, de resto, ele próprio editou em 1.988. Ou, se a leu, não a cumpre.

Reza que ‘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’.

Mas o § 6º do art. 37 da Constituição prevê um pouco diferente:

As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de

regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Evidentemente prevalece a Constituição sobre a lei, de modo que o contratado do poder público apenas responderá pelo dano que sua execução ensejar a terceiros – incluída a Administração pública para esse efeito – se o ente público contratante demonstrar que o dano ocorreu por dolo ou culpa do contratado, e não responderá se assim não for.

Dolo em direito penal é a vontade ou a intenção de praticar o ato (dolo específico), ou então a inescusabilidade ou ‘indesculpabilidade’ da conduta danosa, ainda que não intencional (dolo eventual). O específico é mais grave que o eventual, porém ambos são bastante sérios e severamente apenados na lei penal.

Culpa é a qualidade do ato praticado com imprudência, negligência ou imperícia, portanto muito menos grave que o dolo e com isso apenado com menos severidade.

Ocorrendo o sinistro provocado pela execução do contratado, trate então o ente público contratante de apurar se se deveu a dolo ou a culpa do contratado; se o demonstrar, e se o contratado ainda tiver dinheiro a receber, deduzirá dos pagamentos o valor daquele dano – que o ente público ressarcir ao terceiro prejudicado.

Então, pela regra da *responsabilidade objetiva do Estado* (CF, art. 37, § 6º) o ente público paga objetivamente ao terceiro prejudicado pelo ato do seu contratado, e apenas a seguir procurará dolo ou culpa do contratado, para nesse caso se ressarcir do

que pagou ao terceiro – ou por bem (administrativamente) ou por mal (judicialmente).

Se a Administração não conseguir demonstrar a existência de dolo ou de culpa no ato do seu contratado – porque por exemplo pode ter acontecido algum caso fortuito, ou algum fenômeno natural prejudicial à execução, sem culpa do contratado -, então arcará com o pagamento ao terceiro e não terá a quem se ressarcir. Nesse caso, o ente público *paga e não chia*.

E nessa hipótese o art. 120 vira conto da carochinha, e já era hora de o legislador aprendê-lo.

VIII – O longo, arrastado e penoso art. 121 entrou no lugar do art. 71 da lei anterior, ampliando-o e o modificando com os bafejos jurisprudenciais ocorridos em 2.011 ante a alteração da Súmula TST nº 331 – que tanta celeuma e confusão provocaram, até mesmo entre instâncias da Justiça do Trabalho, e que não merecerá nenhuma outra menção neste comentário.

O *caput* enfaticamente fixa que ‘Somente o contratado será responsável pelos encargos *trabalhistas* (salários, auxílios, adicionais, férias), *previdenciários* (INSS, seguro de acidentes de trabalho, FGTS), *fiscais* (impostos, encargos tributários) e *comerciais* (registros comerciais, licenças, emolumentos comerciais) resultantes da execução do contrato’ (e os parênteses são nossos), o que o § 2º se apressa em desdizer.

Pela ordem, o § 1º desnecessariamente confirma o *caput* apenas com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, e não com relação aos previdenciários. Com efeito, se a

regra fixa a responsabilidade exclusiva do contratado, então nenhum acréscimo é necessário para informar que a inadimplência do contratado não transfere ao contratante público aquela responsabilidade.

O § 2º, entretanto, contraria o *caput* ao prever que a responsabilidade pelos encargos *previdenciários* nas contratações de serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra é *solidária* entre contratado e contratante público, no caso de comprovada falha na fiscalização pública dos recolhimentos previdenciários pelo contratado.

Responsabilidade solidária é aquela repartida desde o início entre mais de uma pessoa. O credor escolhe quem vai executar, indiferentemente para o direito, inexistindo devedor ‘principal’.

Então, se por falha na fiscalização pelo contratante público o contratado deixou de recolher os encargos previdenciários que devia em razão do contrato, nesse caso o ente contratante passa a ser solidário, junto aos órgãos previdenciários, por aqueles encargos.

Se entretanto o ente público não falhou no seu trabalho e fiscalizou corretamente os recolhimentos, mas mesmo assim, por algum motivo alheio à atuação do ente contratante, houve falha nos recolhimentos, então o ente público não responde, continuando a ser o contratado o único responsável pelos recolhimentos que deveriam ter sido realizados.

A seguir a lei, ciente da pesada responsabilidade fiscalizatória do contratante também quanto aos

encargos trabalhistas resultantes do contrato, e já saindo entretanto do assunto previdenciário, ingressa no tema da fiscalização dos encargos trabalhistas a cargo do contratado.

É o § 3º deste art. 12, que se circunscreve, tanto quanto o parágrafo anterior, aos contratos de serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra. A seu teor, o edital e/ou o contrato pode(m) prever os seguintes direitos fiscalizatórios do contratante público:

(inc.I) exigir fiança, caução ou seguro-garantia para cobrir eventuais verbas rescisórias devidas e não pagas;

(II) condicionar os pagamentos contratuais à demonstração de quitação das obrigações trabalhistas vencidas;

(III) que o contratado pague em conta vinculada;

(IV) efetuar diretamente os pagamentos aos empregados do contratado, em caso de inadimplemento por esse último, deduzindo o total pago dos créditos do contratado, e

(V) pagar ao contratado os valores de férias, 13º salário, ausências legais e outras verbas rescisórias apenas na ocorrência dos fatos geradores – para que esse dinheiro também não desapareça.

Observa-se que graças ao *pavor* do ente público ante a possibilidade de, por força de reclamações e condenações trabalhistas, precisar pagar aos empregados do contratado ou que já havia pago ao próprio contratado, a lei erige o ente público contratante em verdadeiro fiscal trabalhista do contratado.

Estes poderes fiscalizatórios do contratante até aqui eram inimagináveis, porém são absolutamente justos e mesmo necessários uma vez que as monstruosas condenações trabalhistas contra o poder público, revoltantes e repugnantes tanto moral quanto financeiramente – ainda que juridicamente muita vez tenham todo fundamento - precisam ter fim.

Por isso é de imaginar que todo edital de licitação dos serviços com regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra preveja não um ou outro desses instrumentos, mas todos os cinco.

O § 4º torna ‘absolutamente impenhoráveis’ os valores depositados nas contas vinculadas referidas no inc. III do § 3º, o que é meritório e não é de estranhar ante todo o cuidado que a dedica a proteger o interesse público nestas hipóteses.

O § 5º fecha o artigo de maneira bisonha, a informar que o recolhimento das contribuições previdenciárias segue a regra legal disciplinadora do recolhimento das contribuições previdenciárias ... e o Conselheiro Acácio não faria melhor.

IX – O art. 122 cuida do tema da subcontratação, fazendo-o de modo bastante melhor do que a anterior lei o fazia, com isso resolvendo alguns impasses anteriores.

Subcontratação é a contratação de alguém pelo contratado para que em seu nome execute as partes do contrato que a Administração contratante autorize, sem entretanto desvincular-se das responsabilidades assumidas quando da contratação originária, ou seja: subcontrata-se parte da execução, mas não se transfere nenhuma

responsabilidade pela perfeição do objeto a ser entregue, que continua sendo do contratado.

Diferentemente da lei anterior, esta lei (art. 122, § 1º) exige que o contratado apresente ao contratante documentação comprobatória da capacidade técnica do *subcontrando*, o qual poderá ser aprovado ou justificadamente rejeitado pelo ente público contratante.

Além disso o § 2º atribui poder a algum regulamento ou ao próprio edital para condicionar a subcontratação, o que se imagina que irá ser bastante utilizado sobretudo em obras e em grandes serviços. Ninguém se olvide de que muita vez uma boa subcontratação *salva o contratado e o contrato*.

O § 3º restringe a subcontratação, impedindo-a em favor de pessoa física ou jurídica que mantenha vínculo técnico, comercial, econômico, financeiro, trabalhista ou civil com dirigente do ente contratante, ou com servidor participante da licitação havida.

Há ainda desdobramentos dessas restrições, mas tudo isso por vezes tem um lado subjetivo que impede definição rápida dos impedimentos. Muita confusão deverá resultar da aplicação deste dispositivo, elaborado com boa intenção mas que gera dúvidas e incertezas talvez insuspeitadas pelo legislador.

Se o legislador quer ter problemas, então escreva muito, e entre em detalhismo exagerado. A incerteza para a aplicação é garantida.

X – Fecha o Capítulo o art. 123, cuja redação é um primor de esquiva e tergiversação. Obriga o ente a responder todas

as indagações sobre a execução do contrato, desde que ‘não manifestamente impertinentes, meramente protelatórias ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato’.

Quem decide o que é impertinente, protelatório ou desinteressante ? Esse subjetivismo absoluto impede qualquer objetividade na ordem do *caput*, de modo que temos aqui outro mandamento *mais ou menos*, tão rigoroso quanto alguém entenda que é...

E para cumpri-lo o prazo (parágrafo único) é de um mês *prorrogável por outro mês* – quando provavelmente nenhum interesse ainda restará na resposta -, a não ser que o contrato haja fixado prazo diverso, como por exemplo o de um ano. Conhecendo-se a invariável urgência dos licitantes e dos contratados, parece brincadeira.

Tal lembra o cidadão que, molestado por outro passageiro no trem em que viajavam, foi duro e taxativo: - você tem vinte e quatro horas para parar com isso.