

LICITAÇÕES - A NOVA LEI - 12

Ivan Barbosa Rigolin
(jul/21)

Art. 96

CAPÍTULO II *DAS GARANTIAS*

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.

§ 3º O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado quando optar pela modalidade prevista no inciso II do § 1º deste artigo.

Artigo sobre as garantias exigíveis dos licitantes, baseia-se no art. 56 da L 8666, afóra os dois parágrafos que constituem matéria original. A garantia visa ressarcir – dentro do seu limite financeiro que é muito pequeno - o prejuízo do ente contratante em caso de o contratado descumprir sua obrigação.

O edital da licitação poderá exigir prestação de garantia pelo licitante como requisito de contratação: sendo vencedor, então esse licitante presta a garantia para poder ser contratado.

O contratando opta por alguma das três modalidades admitidas para a garantia, sejam (I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública (até há algum tempo alcunhados *moeda padre*); (II) seguro-garantia, contratado com alguma seguradora, ou (III) fiança bancária emitida por banco oficialmente autorizado – a qual não é barata. Quem elege a modalidade é apenas o licitante vencedor, quando a isso obrigado pelo ente contratante.

Pelo § 2º, atento à regra civil de que quando uma parte do contrato descumpre sua obrigação nesse passo desobriga a outra da sua, autoriza o contratado, que teve o contrato suspenso por culpa ou por responsabilidade da Administração, de renovar a garantia. Absolutamente jurídico e justo, e custa mesmo crer que fosse preciso a lei dispor sobre isso, tão evidente parece.

O final § 3º, absolutamente infantil e desnecessário, fixa um prazo mínimo para o vencedor prestar a garantia, a contar da homologação do certame, prazo esse que poderia perfeitamente ser ditado pelo ente contratante a cada caso, e que não precisaria ser de um mês – que em certos casos é uma eternidade... Inovação sem nenhum sentido, consideravelmente irritante.

Art. 97

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Curto artigo ainda sobre garantias, aborda deste vez o seguro-garantia, e o faz de modo mais racional que a equivalente matéria anterior.

Informa que visa assegurar prejuízos ou créditos do ente contratante por inadimplemento pelo contratado, e dentre os créditos inclui as multas impostas – supostamente exigíveis após esgotados os recursos cabíveis -, o que aperfeiçoa o direito anterior que mandava executar as multas não pagas, mesmo tendo sido prestada garantia. Em descumprindo alguma obrigação contratual servirá o seguro para cobrir o prejuízo resultante ao contratante e que este consiga demonstra, ou que já esteja contemplado no contrato – além de eventuais multas.

O inc. I manda que o prazo da apólice seja igual ou superior ao do contrato a que se refere – o que parece óbvio mas não é demais que se preveja -, e ainda que deve ser ampliado através de endosso pela seguradora sempre que o contrato seja prorrogado ou estendido, ou ainda suspenso e depois retomado, de modo que o contrato precisará *sempre* estar coberto pelo seguro-garantia originário.

Pelo inc. II o ente contratante se livra de manter o contrato descoberto pelo seguro que acaso não teve o prêmio à seguradora coberto no prazo pelo contratado. De fato o problema não é do contratante mas do contratado – que evidentemente terá incluído o valor do prêmio no seu preço -, de modo que o contratante considerará segurado o contrato mesmo que o contratado incidentalmente descumpra sua obrigação junto à seguradora. E nessa

hipótese o contratado pagará ao contratante o que a seguradora pagaria, é a única conclusão possível.

O § 2º permite à Administração substituir seis por meia dúzia, ao autorizar ao contratado trocar uma apólice por outra igual, mantendo-se a cobertura do contrato. Merece a chancela do Conselheiro Acácio.

Art. 98

Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

*Parágrafo único. Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no **caput** deste artigo.*

Artigo que mantém o fingimento lamentável do direito anterior, de tentar vender ao mundo a ideia de que uma garantia de 5% (cinco por cento) do valor do contrato garante alguma coisa, ou serve para alguma coisa.

Hipocrisia legislativa que se repete de lei para lei, esse traste jurídico não consegue nem chegar perto do *bid bond* (garantia da proposta) do direito americano, que assegura, esse, sim, a integralidade – 100 % - do valor do contrato para o caso da inadimplência operacional pelo contratado.

E essa esmola ou mendicância pode ser ampliada para até 10% do valor contratual, dependentemente de *análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos*. Nunca terá sido preciso haver tanta análise para uma insignificância tão absoluta.

O parágrafo único tenta esboçar um esclarecimento ou uma informação, mas não tem salvação: não diz nada com nada, lê com cré nem coisa nenhuma. Uma ideia não fecha com outra, nem com ela guarda qualquer relação. É embaraçoso.

Art. 99

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Limitado ao *caput*, este artigo melhora um pouco a penúria constrangedora do anterior. Permite que o seguro-garantia - e apenas essa modalidade de garantia, e não outra - já no edital seja exigido e que cubra até 30% do valor inicial do contrato. É ainda pouco como efetiva garantia, mas melhor que 5 ou 10%.

Apenas na contratação de obras e de serviços de engenharia de grande vulto, como definidos nesta lei, pode ser aplicada essa alíquota, e ainda pode constar do contrato a *cláusula de retomada* objeto do art. 102, ainda que ali figure sem essa denominação, e como se irá examinar.

Art. 100

Art. 100. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

Artigo baseado no § 4º do art. 56 da L 866, fixa a devolução da garantia, corrigida monetariamente quando prestada em dinheiro, após a execução perfeita do contrato ou então após a sua extinção por culpa ou responsabilidade exclusiva do ente contratante.

Nada mais adequado e juridicamente correto, pois que em hipóteses assim a garantia perde sua função por completo, merecendo ser devolvida a quem a prestou, com a reparação integral da desvalorização monetária segundo índices fixados no edital ou no contrato.

Art. 101

Art. 101. Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o

contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.

Artigo que reproduz o § 5º do art. 56 da L 8666, manda acrescentar ao montante do seguro o valor dos bens, como máquinas e equipamentos, que o ente contratante entrega à custódia do contratado para favorecer a execução e, naturalmente, reduzir o seu preço.

Natural e correto, uma vez que essa parte da relação contratual, que não existe se o ente não cede bens, corre em paralelo ao corpo principal do ajuste, e implica responsabilidades autônomas com relação à execução mesma.

Art. 102

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;

b) acompanhar a execução do contrato principal;

c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Este artigo disciplina o que o art. 99 denomina *cláusula de retomada*, que outra coisa não é senão a forçada assunção, pela seguradora que prestou garantia ao contratado, da execução do contrato, no ocasional inadimplemento daquelas obrigações pelo contratado.

Esta importantíssima retomada há de estar prevista no edital e/ou no contrato, pena de não poder ser determinada nem exigida pelo contratante.

Mas é interessante a disposição de abertura, pela qual a seguradora poderá ver-se obrigada, já pelo edital, a assumir a execução naquela hipótese de o contratado, que ela garantiu, não o conseguir fazer.

Em casos assim a seguradora precisará (I) firmar contrato e aditivos como o faz o próprio contratado, e tal lhe assegurará a) livre acesso ao palco da execução; b) acompanhar *pari passu* a execução; c) livre acesso a quantas auditorias existam sobre a execução, públicas ou privadas, e d) requerer (e naturalmente obter) informações e esclarecimentos de seu interesse, prestadas pelo responsável técnico pela execução do contrato.

Natural que assim seja, eis que a seguradora verdadeiramente substitui o inadimplente contratado que garantira perante a Administração contratante. E deve ter vindo o dispositivo em face de que os entes contratantes se devem haver cansado de ver seus contratos de um momento para outro descumpridos, mesmo que (irrisoriamente) segurados, e ninguém se responsabilizar pela sua continuidade e conclusão, com o conhecido prejuízo público que é de esperar.

Pelo inc. II os empenhos poderão ser emitidos em nome da seguradora que assumiu o contrato, o que é também praticamente obrigatório uma vez que o contratado simplesmente saiu de cena, e nessa condição não poderia merecer empenhamento de pagamentos futuros.

O inc. III, meritoriamente correto, permite à seguradora que assumiu subcontratar total ou parcialmente a conclusão do

contrato, o que significa que o ente contratante *não precisará autorizar essa contratação*, já que a própria lei o faz. Duvida-se entretanto, e não se o recomenda, que alguma subcontratação seja firmada sem a prévia ciência do contratante, o que recordaria a *banda-bandalha* em que cada músico toca o que quer.

O parágrafo único fecha o artigo I) isentando a seguradora que assumiu o contrato de pagar o que pagaria, se não tivesse assumido o contrato, pela inadimplência do contratado que segurara – medida absolutamente correta e lógica -, e II) obrigando-a a pagar aquela importância caso não assuma a continuação, o que nem precisaria estar escrito na lei porque o seguro foi prestado exatamente para cobrir a inadimplência do contratado.

Art. 103

CAPÍTULO III DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

*§ 1º A alocação de riscos de que trata o **caput** deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.*

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 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.

*§ 6º Na alocação de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.*

Artigo mais ou menos futurístico, introduz na lei de licitações conceitos de seguros e de planejamento econômico que ficam bem na legislação securitária e eventualmente nas esferas governamentais superiores, mas que no âmbito das licitações raramente são de fato proveitosos: *matriz de risco, alocação de riscos.*

Assunto esotérico em licitações, funda-se em adivinhações ao feitio de Mãe Dinah, e em suposições. lucubrações e profecias entrecruzadas, as quais, compulsadas harmonicamente no seu conjunto inteiro, não conduzem a absolutamente nada, e não fazem a Administração andar um centímetro em direção nenhuma.

O que tem de conveniente o dispositivo é que apenas *faculta, permite, autoriza* o ente licitador a considerar esses conceitos e esses prismas, e os inserir na licitação e no contrato.

Na imensa maioria das vezes é francamente desaconselhável fazê-lo, tanto quanto não se recomenda a ninguém *procurar chifre em cabeça de cavalo, ou tentar encontrar pelo em ovo.* Os problemas reais da Administração são sempre maiores do que ela pode resolver, de maneira que nenhum ente público, por princípio, precisa correr atrás de novos problemas, sobretudo quando *artificiais* como neste caso.

Quem quiser se preocupar com alocação de riscos – como se nada mais tivesse com que se preocupar -, então siga o artigo, que em

resumo (porque como mera faculdade não merece mais do que um resumo) prevê:

- o edital poderá prever, como bem entender, uma matriz de riscos inerentes ao contrato pretendido, distribuindo-os entre contratante e contratado conforme a sua natureza e as suas imagináveis características (*caput* e § 1º);

- não merecendo nem sequer ser lido o § 2º, o § 3º e o § 4º informam o óbvio do que a alocação de riscos serve para informar os custos do contrato e com isso definir o seu equilíbrio econômico-financeiro inicial – como se pudessem servir para alguma coisa mais;

- o § 5º, não se dando conta do seu patético ridículo, informa que se forem mantidas as condições da alocação de riscos *as partes renunciam ao pedido de reequilíbrio ! A lei renuncia ao pedido pelos contratantes ! A lei suprime a vontade das partes, e renuncia por elas !*

E nos incisos a lei estabelece *em que hipóteses as partes não renunciam !* A lei decide pelas partes ! Não existe comentário possível;

- o, felizmente último, § 6º deste degradante artigo, informa que na alocação de riscos *poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas.*

Outra vez a lei inventa a roda, descobre o fogo e tece as platitudes mais infantis, que nem o Conselheiro Acácio levantaria, tal qual pudessem existir métodos fora da ordem pública e da iniciativa privada, talvez n'algum planeta do sistema solar. Este artigo é exorcizável.

Art. 104

CAPÍTULO IV DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

*§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

Artigo melhor que o do direito equivalente da L 8666, por mais racional, econômico e objetivo. Quando se confronta um artigo como este com o anterior art. 103 nítida resta a impressão de este 104 foi redigido pelo arcanjo Gabriel, e o outro por um espírito maldelazento das trevas. É absurdo o contraste qualitativo das duas concepções, lado a lado na lei.

Este artigo enfeixa, resumindo-as, as chamadas *cláusulas exorbitantes* do contrato, as que exorbitam o direito comum (civil) para privilegiar a Administração pública em nome da prevalência do coletivo sobre o individual *sempre que não forem prejudicados os direitos e as garantias individuais constantes do art. 5º da Constituição* – porque é certo que estes prevalecem sobre qualquer direito coletivo, que muda, oscila, periclita e se revolve ao sabor do vento por entre as pilastras de *rigidez imutável dos direitos individuais* (¹).

¹ Com todo efeito, e por estranho que pareça, o próprio interesse público ninguém sabe exatamente que cara tem nem onde neste momento se situa, porque ontem era um, anteontem era outro, hoje é outro ainda e amanhã ninguém imagina que feição terá. O art. 37 da

A existência destas cláusulas, ou de algumas delas, nos contratos evidencia a presença do *contrato administrativo*, que desiguala direitos iniciais das partes dando à parte pública contratante direitos que o particular contratado não tem, e impondo ao particular obrigações de fazer ou de suportar que alhures são incabíveis para a outra parte.

Aquelas cláusulas exorbitantes ou *derrogatórias do direito comum* nesta lei se resumem a poder o ente público contratante:

I – modificar unilateralmente os contratos com vista à melhor adequação ao atendimento do interesse público, desde que, como afirmado acima, meticulosamente respeitados os direitos individuais do contratado;

II – extinguir unilateralmente os contratos, nas hipóteses especificados na lei, naturalmente assumindo as consequências respectivas;

III - fiscalizar a execução dos contratos, e quanto a isso não parece ser esse um privilégio público, uma vez que todo contratante, do que quer que seja na face da terra, tem poder de fiscalizar a execução do contrato de que faz parte, de modo mais apertado e intenso ou de modo mais estrito, porém todos a têm;

IV - aplicar sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. São as penalidades da lei, entre as quais as multas, estas últimas se e como estabelecido no contrato enquanto que as demais constam suficientemente da lei;

V – ‘ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais, ou b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato’.

Constituição é a *casa da sogra* do direito brasileiro: vale tudo, e a cada tempo é de um jeito. Os direitos e as garantias individuais do art. 5º da Carta, entretanto, enfeixa as suas *cláusulas péticas* mais sagradas, que não mudam a não ser, raramente para ficarem ainda maiores e mais protegidas. Então, no frigidar desses ovos, o quê afinal é mais importante ?..

Trata-se da intervenção do poder público na iniciativa privada, admissível nas restritas hipóteses, supra, das alíneas *a* e *b*, na primeira das quais existe risco iminente, ou prejuízo atual, de continuidade de serviços públicos essenciais, de que a população usuária depende, e para que não colapse de vez.

A al. *b* entretanto não cuida de risco ou prejuízo aos usuários, mas de eventuais faltas do contratado a apurar, mesmo que já encerrado o contrato e a execução. É como se iterou a intervenção pública nos domínios privados do contratado, que seria impossível de outro modo nestas bases e condições mas que a lei autoriza diante de indícios ou de evidências de irregularidades praticadas durante a execução contratual, a exigir apuração.

Os curtos parágrafos que encerram o artigo melhoraram em muito o prolixo direito anterior, o § 1º dispondo, em favor da relação economicamente equilibrada que deve existir no contrato administrativo, que *‘As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado’*.

Perfeito, porque um contrato é um acordo bilateral, um pacto dito sinalagmático – um acordo de vontades ou sinalagma -, constituído bilateralmente e que portanto, e em princípio, não se pode alterar pela vontade exclusiva de uma das partes. Assim como *quando um não quer dois não brigam*, em direito quando uma parte não quer a outra não altera do contrato. Tal seria se assim não fosse, num estado democrático de direito...

Pelo § 2º, corolário e quase que já inteiramente compreendido na regra do § 1º, na hipótese de alteração do contrato *as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual*.

Natural e forçoso, ou de outro modo restaria anulada a bilateralidade necessária da alteração operacional e econômica do contrato, caso uma parte tivesse de suportar aumento de obrigações e de ônus sem merecer o correspondente diferencial remuneratório.

Mas o artigo procede muito bem ao se encerrar neste ponto, cortando as repetições e as rebarbatividades do art. 65 da L 8666. O legislador aqui soube a hora de parar de escrever, pelo que merece sincero elogio.

ART. 105

CAPÍTULO V DA 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.

Imbuído e imerso no mesmo espírito de economicidade, concisão e objetividade do artigo anterior, este artigo inicia a reformulação total da estrutura da L 8666 quanto à duração dos contratos administrativos, a qual reestruturação os artigos subsequentes complementam.

Art. 106

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;

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.

Este artigo sucede o inc. II do art. 57 da L 8666, detalhando mais a hipótese de contratações, por até cinco anos, de serviços continuados. Esse contrato, para esse objeto de serviço, poderá ter a duração inicial já de cinco anos, sem necessidade de prorrogações anuais como era da infeliz idéia da L 8666, quando todos sabiam e sabem que o serviço foi preciso ontem, é preciso hoje e o será sempre.

As poucas condições para a licitude desses contratos são a) atestação pela autoridade da vantagem do prazo longo, com base em pesquisa de mercado e compulsamento da realidade diária dos negócios públicos; b) a atestação pública anual da existência de verba orçamentária para cada exercício, e a vantajosa manutenção do ajuste, ambas as quais fáceis de produzir, e c) a previsão contratual de que poderá o contrato ser extinto quando deixar de existir verba para o seu pagamento, ou superveniente inconveniência da manutenção, tudo o que com efeito pode ocorrer e, em geral lamentavelmente, acontece com alguma frequência.

O § 1º condiciona a extinção – que é sempre estranha, porque um contrato tornado inconveniente não se extingue, mas se *rescinde* - a um tempo certo, não anterior a dois meses do aniversário do contrato, o que torna a pouco palatável ideia mais aceitável, ainda que juridicamente arranhe as categorias e a teoria. É algo como extinguir um filho porque ocasionalmente se tornou inconveniente... e o direito, ou a vida do direito, não é exatamente assim.

O § 2º manda aplicar este artigo ao aluguel de equipamentos ou de programas de informática, o que é compreensível na medida em que os puristas do direito civil não consideram aluguel como sendo serviço, porque em verdade na locação nenhum serviço é prestado mas apenas um bem é cedido, onerosamente, ao uso de alguém.

Era preciso para a lei classificar o aluguel dentro de alguma espécie ou categoria de objeto da contratação (obra, serviço ou compra de bem), e num tal esquema o serviço é a mais propínqua a supradita loquela – como o diria José Pedro Xavier Pinheiro na sua tradução da *Divina comédia*. Isto

é e sempre foi, no mais e de resto, o que se praticava e o que se pratica na Administração: tratar aluguel, ou locação, como serviço.

Art. 107

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.

Curto artigo que abre exceção ao máximo quinquenal dos contratos de serviços contínuos, admitindo vigências de até dez anos. Faz mal o artigo em colocar fornecimentos contínuos junto com serviços contínuos, porque fornecimento é *compra com entrega parcelada*, e jamais serviço.

Não é nada fácil nem jurídica nem operacionalmente tratar compra como serviço, nem tratar serviço como se trata compra. O sistema de medições em uma espécie difere por completo do sistema da outra, e os impasses que podem decorrer desse baralhamento podem ser os mais embaraçosos e indesejáveis na execução e na formalização dos instrumentos.

Não se recomenda por isso incluir fornecimentos contínuos – seja lá isso o que for – no regime jurídico dos contratos de serviços contínuos, na medida em que óleo e água não se combinam nem por força de medida provisória.

Art. 108

*Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do **caput** do art. 75 desta Lei.*

Este artigo, curto mas de muito longo alcance, permite contratar por até dez anos a compra – em verdade o *fornecimento*, que é a compra com entrega periódica - de bens ou a prestação de serviços cumulativamente de alta complexidade e relativos à defesa nacional (al. f do art. 75); materiais para as forças armadas (al. g do art. 75); serviços e agências de

tecnologia (inc. V do art. 75, e L. 10.973/04); objetos que possam comprometer a segurança nacional (inc. VI do art. 75); transferências de tecnologia para o SUS (inc. XII do art. 75), e fornecimento de insumos estratégicos para a saúde, vendidos por pessoa jurídica de direito público e que sejam produzidos por entes públicos criados para essa finalidade (inc. XVI do art. 75).

Entendeu o legislador, judiciosamente segundo parece claro, que certos objetos estratégicos devem poder ser contratados por mais que os cinco anos máximos tradicionais dos contratos administrativos, e desse modo e para esse fim os discriminou neste artigo, o qual também se beneficia da muito desejável objetividade destes últimos artigos examinados da L 14133.

Art. 109

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.

Uma inovação formal absoluta na lei de licitações e contratos, este artigo permite que o ente público usuário de serviços públicos essenciais oferecidos em regime de monopólio mantenha esses respectivos contratos com prazo indeterminado de validade.

Isto contraria a regra anterior de que os contratos que envolvam a Administração não poderiam ter validade indeterminada, porém em verdade não faz mais do que traduzir a lógica nos contratos *civis* em que o ente público é contratante de serviço como qualquer cidadão, e do mesmo modo é deles usuário. E o será *per omnia saecula saeculorum*.

São contratos de fato *civis*, como os de fornecimento (nome *civil*, que em direito público significa outra coisa: compra com entrega periódica) de luz, telefone, *internet*, gás ou outros serviços essenciais, e não têm prazo de duração para nenhum usuário, na medida em que são indispensáveis em todo instante da vida de qualquer usuário.

A lei apenas passou para o papel a realidade inarredável que existia e que sempre existiu, e que bem traduz o conflito entre conceitos e regras comum, ou civis, e regras de direito administrativo. Cada símio deve ater-se, narra a sabedoria das gentes, às lindes de sua respectiva rama.

Art. 110

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

Este artigo foi além dos anteriores no admitir a dilatação dos prazos de alguns contratos, os *de eficiência*, conforme descritos no art. 6º, que reza:

III - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;

Assim, se o contrato de eficiência não envolver investimentos pelo contratado o seu prazo (inc. I) será de até dez anos, podendo ser menor.

Se o contrato envolver investimentos a serem realizados pelo contratado, então poderá ser maior o prazo, de até 35 anos, o que se explica pela razão de que o contratado, segundo o cálculo e estudo do ente contratante, poderá precisar de mais tempo que o decênio para recuperar o seu investimento e a partir de então lucrar (inc. II).

Variará esse prazo, naturalmente, com base no resultado do estudo sobre o prazo de amortização dos investimentos pelo

contratado, pois que existem investimentos de rápida amortização ao lado de outros de muito lenta, e mesmo incerta, recuperação.

Observe-se que nesta hipótese as benfeitorias permanentes a título de investimento que o contratado deverá realizar reverterão ao patrimônio público ao cabo do contrato, e isto constitui outro fator de sopesamento e de risco a ser considerado pela Administração e, sobretudo, pelo interessado em contratar.

Art. 111

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.

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, adotar as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Artigo também novidadeiro, tem boa qualidade. Se o contrato incluir a conclusão de um escopo objetivo e bem definido, e se esse escopo não for logrado pelo contratado dentro do prazo, o contrato será prorrogado automaticamente até que aquele o faça, reza o *caput*.

Mas essa situação não pode ter solução tão simples., e para isso ocorrem os dispositivos subsequentes. Se a culpa pelo inadimplemento for do contratado incorrerá em mora até a finalização do escopo, o que exigirá cálculos mas é rigorosamente justo (par. único, inc. I).

Ainda nessa hipótese de culpa do contratado ente contratante poderá optar por extinguir o contrato – e *rescindir* seria o melhor instituto -, e adotar as providências necessárias à finalização do objeto inconcluso (inc. II). A lei não detalha, mas evidentemente o contratado precisará ser responsabilizado pela sua inadimplência.

Art. 112

Art. 112. Os prazos contratuais previstos nesta Lei não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial.

Curtíssimo artigo também um tanto esotérico, estabelece que os genéricos prazos contratuais desta lei não revogam nem afastam os prazos de leis especiais aplicáveis ao objeto dos contratos.

Sem descer a casuísmos que certamente existem a respeito de leis específicas sobre temas específicos com os quais ocasionalmente lida o contratante público, não é muito fácil vislumbrar ou compreender como podem prazos legais fora dos contratos exercer ação ou prevalecer sobre os prazos contratuais estabelecidos segundo a conveniência do ente que contrata, e por força e na forma de lei licitatória e contratual nacional.

Reserva-se o direito de se admitir que hipóteses poderão existir em que a regra do artigo se justifique, mas francamente o dispositivo isolado não faz muito sentido ante as necessidades temporais e as regras internas de cada ente público. Não se vislumbra como leis específicas possam impor prazos técnicos específicos a entes públicos que, repita-se, licitam e contratam de acordo com o que precisam e com o que a lei nacional genérica lhes impõe ou lhes autoriza fazer.

Art. 113

Art. 113. O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei.

A lei parece iniciar a falar demais e muito casuisticamente nesta matéria contratual, ainda que através de artigos elogiavelmente curtos. Os últimos artigos poderiam aglutinar-se em um só com todo efeito, já que a sua multiplicação desnecessária dificilmente é de boa técnica. Este artigo em particular é confuso e mal escrito, e não faz muito sentido.

Quando o contrato é de fornecimento com prestação de serviço o seu prazo máximo é a soma do tempo do fornecimento, que o contrato define, com o quinquênio máximo da prestação do serviço, e como redigido dá a impressão de que podem ser cinco anos mais o tempo do fornecimento, o que não parece fazer sentido.

E pior fica quando se permite a prorrogação desse *imbroglio* por até dez anos, na forma do que admite o art. 107.

Recomenda-se por tudo isso que o prazo do fornecimento *seja contratualmente incluído dentro dos cinco anos máximos do serviço*, e se for admitida a prorrogação que seja incluído no prazo do serviço total, e não como um corpo estranho. A confusão, desse modo, diminui.

Art. 114

Art. 114. O contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

Outro artigo que tecnicamente deve se justificar sob o prisma do planejamento de informática, mas que formalmente poderia ter vindo junto a outro artigo maior sobre prazos. Contribui, assim solto, com a dispersão da atenção do aplicador, algo nada desejável.

A redação também merece retoque: o contrato não simplesmente ‘prevê’ a operação continuada, mas o contrato *é de operação continuada*; esse é o seu próprio objeto, e não uma mera previsão dentro de algum objeto maior.

No mais, espera-se que os profissionais de informatização saibam o que vem a ser um *sistema estruturante de tecnologia da informação* que possa ser mantido e que não seja, já apenas ele, o único objeto do contrato. De nossa parte, desistimos já de largada.

Ou seja: contrata-se um sistema de tecnologia de informação, o qual evidentemente tem sua estrutura, e o qual por óbvio pode e precisa ser mantido. No mais, a linguagem do planejamento de informática

continua a ser misteriosa para analistas jurídicos, sobretudo quando o profissional da informática pretende escrever o direito.

Art. 115

**CAPÍTULO VI
DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS**

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

§ 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.

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 4º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.

§ 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.

§ 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.

§ 7º Os textos com as informações de que trata o § 6º deste artigo deverão ser elaborados pela Administração.

Artigo cujo *caput* repete a infantil e bisonha dicção do art. 66 da L 8666, verdadeira pedra na sopa, tem no seu § 1º uma bisonhice equivalente: proíbe a Administração de retardar imotivadamente a execução dos contratos... ora, desde quando ela pôde fazer isso ? Se retarda sem motivo a

execução simplesmente *descumpra o contrato*, e deve arcar com as consequências desse ato inexplicável. Se o retardamento é motivado ou justificado, então a situação é outra

Foram vetados os §§ 2º a 4º, e se a qualidade dos dois primeiros for igual à da matéria antecedente, parabéns a Executivo. O § 4º, entretanto, tachado na publicação oficial do Planalto, está transcrito na lei, e não é nada ruim.

Manda que os licenciamentos ambientais a cargo da Administração estejam prontos e disponíveis antes de publicado do edital da licitação do objeto que os exija. Medida de planejamento e de boa organização, impede que o objeto seja licitado, e quiçá também contratado, e apenas após isso comece a batalha do ente contratante para obter o licenciamento que já deveria ter em mãos – manobra bem à brasileira, de nossa terra do samba, da farofa e do deus-dará. Não merece veto, mas franco elogio.

O § 5º mantém o correto direito anterior, no sentido de que 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’*.

Não seria justo para o contratado nem para ninguém, nem conveniente ao interesse público, que o ente contratante suspendesse a execução e o prazo originário continuasse correndo como se nada tivesse havido. Contrato não é folguedo de roda nem descomprometida brincadeira de crianças, e o exemplo de seriedade institucional precisa vir de cima, da contratante Administração pública. Apostila, por fim, é mera anotação, averbação ou registro, o mais informal possível dentro da sua função.

Pelo § 6º se a suspensão acima perdurar além de um mês deverá ser publicizada por aviso em sítio informático ou placa- ou *paredro*, como diria Monteiro Lobato - de fácil visualização, com indicação do motivo e do responsável, assim como da data prevista para a retomada.

Medida moralizadora e desejável mas um tanto casuística e outro tanto quixotesca, neste nosso país do frevo, do pagode e da

cerveja. Oxalá seja fiscalizada com rigor e funcione, no sentido de reduzir a desmoralização em que frequentemente incorre o ente público que tem paralisadas milhares de obras em todo o país, sem a mínima satisfação à sociedade.

Tomara sirva ao menos – e esse é o principal propósito de disposições como tais – para *intimidar* a omissão, a incúria e o desmazelo governativo, e a desfaçatez que a tudo acompanha.

O § 7º informa o óbvio ululante (e microscópico) de que os textos informativos a que se refere o § 6º serão elaborados pela Administração. Alguém imaginaria que o seriam pela Academia Brasileira de Letras, ou então licitados e terceirizados ? Francamente, poderia a lei passar sem esta *batatada*.