

# EXTINÇÃO DE CONTRATOS

(segunda parte - arts. 138/9)

*Ivan Barbosa Rigolin*

(mar/24)

I – Esta é a sequência do artigo *Extinção de contratos – art. 137*, recentemente publicado. Aqui se verificam dois curtos artigos, que encerram o disciplinamento do, para nós temível, tema da extinção de contratos, iniciado pelo longo art. 137.

São os seguintes:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

§ 1º A extinção determinada por ato unilateral da Administração e a extinção consensual deverão ser precedidas de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.

§ 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será

ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

- I - devolução da garantia;
- II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;
- III - pagamento do custo da desmobilização.

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.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do **caput** deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso.

II – A matéria do art. 138 é em larga medida a mesma da lei anterior, bafejada por atualizações como a referência aos novos métodos de resolução de controvérsias, que inexistiam em 1.993.

A extinção pode se dar por (inc. I) ato *unilateral* do ente contratante, ou (inc. II) por *consenso* entre as partes, ou por fim por (inc. III) decisão *judicial ou arbitral*.

Não poderá existir extinção unilateral no caso de o contratado descumprir obrigação contratual em face de conduta do ente contratante, como por exemplo uma ordem de suspender a execução, ou então o descumprimento de uma obrigação relativa a colocar à disposição do contratado uma área, um equipamento ou uma licença.

Nessas hipóteses e em qualquer outra em que a falha de execução se deveu a inadimplência da Administração contratante e não ao contratado, qualquer extinção haverá de ser consensual, ou judicial, ou arbitral, para ser admissível.

III – Em qualquer hipótese poderá haver extinção consensual do contrato, por acordo entre as partes através de *conciliação* (arts. 151/4 da lei), ou *mediação*, ou por *decisão de*

*comitê de resolução de disputas – mesmo que essas possibilidades não constem nem do edital nem do contrato.*

A simples previsão daquelas instituições na lei já autoriza a sua aplicação aos contratos, o que é uma disposição elogiável por simplificar e desburocratizar o procedimento extintivo.

A última forma admissível de extinção do contrato é através de *decisão arbitral* (art. 138, inc. III), desde que esse instrumento esteja admitido no contrato por cláusula compromissória ou por compromisso arbitral.

O ente público ao redigir o edital e a minuta do contrato naturalmente é livre para incluir nesses documentos a previsão de resolução de eventuais disputas que ocorram em face ao contrato.

Caso o faça, então em caso de necessidade pode compelir o contratado a submeter-se à decisão da arbitragem, que deve ser descrita e qualificada, ainda que sumariamente, no edital e/ou no contrato.

Diferentemente da conciliação, da mediação e da decisão de comissão de resolução de disputas, que não precisam constar do contrato, a arbitragem precisa, e somente poderá ser utilizada caso ao menos o contrato a preveja expressamente.

IV – Não existe novidade no § 1º do artigo. A extinção unilateral há de ser fundamentadamente autorizada pela autoridade contratante, em despacho a constar do processo da contratação.

Não poderia ser diferente, porque a terminação por ato unívoco da autoridade contratante quase certamente *atropela* direitos e expectativas do contratado, de manutenção e continuidade do ajuste, e de prestação do serviço ou, genericamente, de entrega do objeto.

Não pode portanto ser alegre e despreocupada essa extinção, porque precisará observar todo o rigor formal que as invasões de direito alheio devem trilhar para serem juridicamente regulares e aceitáveis.

Pelo § 2º, que reproduz o correto direito anterior, se a extinção se der por culpa exclusiva do ente público contratante o contratado terá direito às seguintes prestações reparativas:

a) ressarcimento de prejuízos demonstrados, nos quais se incluem danos emergentes e lucros cessantes, o que representa em geral o maior valor a apurar em rescisões, ou nesta enigmática extinção da lei atual - seja lá isso o demônio que for. Costuma ser algo simplesmente pesadíssimo;

b) devolução antecipada da garantia. corrigida se tiver sido prestada em dinheiro;

c) pagamento pela execução do contrato até o ato da extinção. Não se imagina fosse diferente, e chega a ser infantil a previsão, que vem da lei anterior, e

d) pagamento da desmobilização, o qual já estava incluído nos pagamentos ao contratado e que não seria destacado ou diferenciado como nesta extinção deverá ser.

Sempre aludimos a que o custo da rescisão – ou o desta juridicamente *pavorosa* extinção – recorda o ônus de um divórcio, em que o cônjuge varão insiste em cogitar. Quando esse desavisado cidadão toma consciência do preço de divorciar-se geralmente o amor marital, num milagre divino, retorna a jato como um meteoro, o céu refulge num azul inigualável nunca visto, e ele jamais torna a considerar semelhantes insânias.

Há portanto de ser muito ponderada e estudada a pretensão pública de unilateralmente extinguir um seu contrato, sempre que o contratado não tenha contribuído decisivamente para a terminação da avença.

V – O art. 139 cuida da extinção unilateral do contrato, procedida pela Administração, e indica algumas possíveis consequências, ou seria melhor que estivesse escrito ‘providências’, porque se trata de atitudes que o contratante pode ou não tomar, e não de consequências que muita vez são automáticas. Nada de automático existe aqui.

A matéria também se origina da lei anterior, e sofreu pouca modificação.

Se o ente extingue o contrato poderá:

a) (*inc. I*) assumir o objeto para executá-lo, ele mesmo. Soa como piada. O contratante então vai terminar a construção da ponte, ou do prédio que contratou a terceiro ? Ou vai dar a manutenção predial que contratara ?

É evidente que não, e que contratará outro particular para fazê-lo, quer aproveitando a classificação na licitação

realizada, quer realizando outra, quer contratando diretamente se for o caso;

b) (*inc. II*) ocupar o imóvel palco da execução, e utilizar equipamentos, material e pessoal. Outra sonora e ridícula piada, que deriva da lei anterior e não é matéria original desta lei.

Quer significar que o ente público passaria a ser o empregador dos empregados do contratado que teve o contrato extinto ? Contratará esse pessoal ? Utilizá-lo-á em condições análogas à escravidão ?

Nada poderia ser mais ridículo, e já o é há mais de 30 (trinta) anos, sob a lei anterior. Se o ente público pode e/ou quer executar ele mesmo o objeto, então por que o licitou ?

O que ocorrerá é o mesmo que se dará com relação ao previsto no inciso anterior: empresa será contratada, e a vida seguirá placidamente;

c) (*inc. III*) (*al. a*) executar a garantia pelos prejuízos acarretados pelo contratado, ou (*al. b*) para cobrir verbas trabalhistas ou previdenciárias inadimplidas pelo contratado, ou (*al. c*) para pagar as multas aplicadas, ou ainda (*al. d*) pagamento da seguradora que precisou assumir a execução, se isto estava previsto no edital e no contrato, inclusive com a participação da seguradora.

Quem lê a lei talvez imagine que seja simples a execução destas medidas, como cobrir débitos trabalhistas do contratado. Trata-se de procedimentos extremamente complicados, burocráticos, quase sempre dependentes de decisões judiciais, e de todo, e por tudo, difíceis e demorados;

e) reter os créditos decorrentes do contrato extinto até o limite dos prejuízos causados pelo contratado. Outra medida simplíssima de falar mas complicadíssima para executar, a começar pela dificuldade ingente de se calcularem aqueles prejuízos, que na conta do contratante são de dez e na conta do contratado são de um.

Estas são as *possíveis* consequências da extinção unilateral do contrato. A Administração extintora do contrato – que talvez seja obrigada a fazer as vezes de extintora de incêndio – inquestionavelmente fará todo o possível para reter créditos e aplicar sanções *patrimoniais* ao contratado, porque na Administração pública, na vida privada e no universo inteiro apenas e exclusivamente o dinheiro interessa.

E em se tratando de administrar valores públicos, é dever primário da Administração perseguir seus créditos – ou o que entenda que sejam - por todos os meios. Mas de qualquer modo é inimaginável que o busílis se resolva no plano administrativo, sem ações judiciais que durem por vezes algumas décadas.

VI – Encerram o artigo os §§ 1º e 2º.

O § 1º é absolutamente despiciendo. Não tem o menor papel, na medida em que reafirma o que está escrito no *caput*, que apenas autoriza o que segue, sem obrigar o ente público a nada, na extinção do contrato. Não era necessário outro dispositivo para repetir a regra facultativa.



O § 2º segue a péssima qualidade do anterior, e do que existe de pior nesta lei e na sua antecessora Lei nº 8.666/93, da qual estes parágrafos foram copiados.

Exige que a ocupação do local da execução do contrato extinto pela Administração seja autorizado pelo Ministro de Estado, secretário estadual ou secretário municipal.

Esquece-se a lei de que também o Judiciário pode construir obras – como o STJ, cujo prédio, que construiu, tem 155.000 m<sup>2</sup> -, e também o Ministério Público pode, e também as Assembleias Legislativas o podem, como as Câmaras Municipais, sem dizer dos Tribunais de Contas - e todos esses poderes do Estado não têm Ministros de Estado, nem Secretários de Estado, e deles não dependem para aplicar a lei de licitações.

E também se olvidou o legislador de que muitos Municípios não têm Secretários, mas diretores ou chefes de departamentos apenas. E de que nenhum Estado precisa ter Secretários.

É mais do que óbvio que o parágrafo é *conversa mole para boi dormir*, e que nem só auxiliares diretos dos Executivos podem autorizar a ocupação do local, na forma do inc. II do artigo.

Com base na autonomia administrativa constitucionalmente assegurada a Estados, Distrito Federal e Municípios, cada autoridade local ou regional faz o que a legislação respectiva determina ou autoriza. Não é lei nacional de assunto nenhum que dirá o que autoridades estaduais, distritais ou municipais podem fazer em matéria de administração interna.

Temos portanto uma lei que *de vez em quando dá certo*. E aqui, como se vê, algumas aleivosias de uma lei (L. 8666) são assumidas pela sua sucessora. Não era preciso ...