



ENTREVISTA COM A MESTRE

Dra. Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli

Doutoranda em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Associada fundadora do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Presidente da Comissão de Estudos de Reforma Administrativa do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Professora convidada em Cursos de Extensão e Especialização (PUC/SP, ESA/OAB-SP e Escola de Contas do TCM-SP). Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP (a partir de jan./2022). Foi Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP (dez./2010 a dez./2016) e da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa da OAB/SP. Advogada especializada em Direito Público. Sócia no Escritório Fritoli & Moraes Advogados Associados.

Extinção dos Contratos Administrativos, em face da nova Lei de Licitações

De início, quais são as causas de extinção contratual, nos termos da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021)?

A extinção de um contrato administrativo pode se dar de forma regular ou anômala. Ela ocorre de forma regular quando o seu objeto é exaurido, seja porque o termo final do contrato foi atingido ou porque as partes cumpriram com as suas obrigações de forma satisfatória, executando a bom termo o objeto contratual. Já a extinção de forma anômala ocorre quando o contrato é extinto em decorrência de situações que impedem ou dificultam o alcance de sua finalidade.

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), ao tratar do tema, disciplinou as hipóteses de extinção dos contratos administrativos de forma anômala, em seu artigo 137, mas não apenas neste dispositivo.

As causas anômalas de extinção do contrato podem se dar mediante a ocorrência de (i) culpa do contratado; (ii) culpa da Administração; (iii) evento alheio à vontade das partes; (iv) razões de interesse público; (iv) vícios insanáveis em sua constituição.

As causas de extinção do contrato por culpa do contratado são aquelas em que o contratado é o responsável pelo término do ajuste. Elas estão previstas nos incisos I a IV e IX do art. 137 da Lei

nº 14.133/2021. São elas: I – descumprimento ou cumprimento irregular de normas do edital, cláusulas contratuais, especificações, projetos ou de prazos; II – desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior; III – alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato; IV – decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado; IX – não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Já as causas de extinção do contrato decorrentes de culpa da Administração ocorrem quando a Administração for a responsável pela causa extintiva do ajuste. Elas estão previstas no art. 137 e no seu § 2º e, uma vez caracterizadas, conferem ao contratado o direito à extinção do contrato. São as hipóteses de: I – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 da Lei; II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses; III – repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; IV – atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos; V – não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Nos casos previstos nos incs. II, III e IV – atrasos no pagamento ou suspensão da execução do contrato, nos prazos ali assinalados –, o contratado poderá optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação.

Constatadas essas situações, o contratado deverá ser resarcido pelos prejuízos porventura suportados e, de acordo com o § 2º do art. 138, em caso de extinção, terá direito à devolução da garantia, aos pagamentos pela execução do contrato até a data de extinção e ao custo da desmobilização. No entanto, tendo em conta as consequências jurídicas advindas dessa espécie de extinção – muito mais gravosas para a Administração –, a lei veda que esta seja considerada em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído (§ 3º do art. 137 da lei).

Há também casos de extinção que podem ser ocasionados tanto pelo contratado como pela Administração, sendo que a responsabilidade pela sua ocorrência deve ser imputada à parte que deu causa ao evento ou que tinha algum controle sobre este. Ocorrem quando se verificar atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto (V); e atraso na liberação das áreas sujeitas à desapropriação, à desocupação ou à servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas (VII);

O contrato também pode ser extinto por eventos alheios à vontade das partes, nos casos de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato. Nestes casos, não há que se falar em imputação de culpa às partes, mas da ocorrência de eventos que inviabilizem a execução das obrigações contidas no ajuste.

O contrato também pode ser extinto em decorrência de vícios de legalidade no certame ou na execução contratual que sejam insanáveis. O art. 147 da nova Lei de Licitações prevê que a decisão que determinar a extinção por esse fundamento somente poderá ser adotada se vier ao encontro do interesse público, mediante análise e ponderação de diversos aspectos concernentes aos efeitos dessa decisão.

A Lei 14.133/2021 também prevê hipóteses de extinção de contrato de serviços e fornecimento continuados, no art. 106, inc. III, que autoriza a Administração a extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

Essa forma de extinção é de legalidade bem duvidosa, pois parece violar não apenas os direitos dos contratados, mas o próprio princípio da licitação, já que a Administração deflagrará um certame para contratar por vários anos e estará autorizada a extinguir o ajuste quando entender que ele não é mais vantajoso, “sem ônus”. Ora, é evidente que o contratado, diante de uma extinção dessa natureza, deverá ser indenizado! Além disso, o fator “tempo” reflete não apenas no preço final do contrato, mas na participação de possíveis interessados em no certame.

O § 1º do art. 106 da Lei nº 14.133/2021 limita essa forma de extinção, ao dispor que esta ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

Tivemos boas novidades neste campo, em comparação à Lei nº 8.666/1993?

Acho que a Lei nº 14.133/2021, apesar de ter reproduzido muitos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, trouxe muitas novidades positivas neste campo. Fica até difícil lembrar de todas, mas vou mencionar as que considero mais relevantes.

A primeira delas diz respeito à redução dos prazos conferidos à Administração, nas hipóteses de suspensão da execução do contrato (de 120 dias para 3 meses) e de atraso de pagamentos (de 90 dias para 2 meses), pois sabemos que muitas empresas não contam com capital suficiente para cumprir com as suas obrigações sem receber os valores devidos pela execução do ajuste. Assim, para suportarem as obrigações contratuais, tinham que contrair empréstimos, a juros altíssimos, para saldar as dívidas decorrentes desses atrasos da Administração, sendo que muitas chegam a falir por conta disso.

A nova lei também trouxe exigências contratuais que consubstanciam ações afirmativas, introduzindo espécie de extinção do vínculo pela ausência de cumprimento de obrigações relativas à reserva de cargos para pessoas com deficiência, reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz (inc. IX do art. 137).

A lei prevê, ainda, novas hipóteses de extinção amigável do contrato, de resolução consensual de litígios, o que considero importante para a Administração e para o contratado (inc. II do art. 138).

Outra novidade que considero bem relevante foi a adoção expressa do consequencialismo como método de interpretação e aplicação do Direito, impondo ao agente público o dever de ponderar, analisar e motivar as consequências da decisão que declarar a nulidade de contrato por vícios de legalidade insanáveis. Aqui, a nova Lei de Licitações foi na linha do que dispôs a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB (Dec.-lei nº 4.657/1942).

Não poderia deixar de mencionar, ainda, que a nova lei, ao tratar dos vícios no certame e/ou no contrato, impõe, como regra [sempre que possível], o dever de convalidação de irregularidades, acolhendo os ensinamentos que a Professora Weida Zancaner sustenta há anos.

Por fim, a lei autorizou expressamente a modulação dos efeitos da declaração de invalidade do contrato, admitindo a sua declaração com efeitos prospectivos, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez (§ 2º do art. 148).

A Lei nº 8.666/1993 fala em rescisão contratual, enquanto a Lei nº 14.133/2021 fala em extinção do contrato. Rescisão e extinção podem ser consideradas sinônimos?

Rescisão e extinção não são termos sinônimos. Tecnicamente, “rescisão” é uma das formas de extinção.

Conforme eu havia mencionado, o contrato administrativo pode ser extinto apenas com o advento de seu termo final. E, nesses casos, não estamos diante de uma rescisão.

A rescisão ocorre naquelas hipóteses de extinção do contrato de forma anômala, ou seja, quando houver algum evento que impeça o atingimento de seu resultado, podendo ocorrer por diversos motivos, tais como inadimplemento, caso fortuito ou força maior, razões de interesse público.

Contudo, há autores que reservam o termo rescisão apenas para casos de inadimplemento contratual.

Não há uma uniformização na doutrina, em relação às nomenclaturas utilizadas para as diferentes espécies de extinção contratual.

A seu ver, o rol do art. 137 da Lei nº 14.133/2021 é exaustivo ou meramente exemplificativo?

O rol do art. 137 é exemplificativo, pois, na própria Lei de Licitações, temos hipóteses de extinção anômala do contrato que não estão previstas de forma expressa neste artigo, como, por exemplo, as situações previstas no art. 106, inc. III, da Lei. Outro exemplo está previsto no art. 22, § 2º, inc. II, que menciona como causa extintiva do contrato a existência de evento superveniente que majorar excessivamente os encargos da parte, criando uma onerosidade excessiva, que deve ser considerada, segundo o professor Marçal Justen Filho, ainda que não exista uma matriz de risco no instrumento contratual.

Compete a quem a condução dos processos de extinção dos contratos?

A extinção do contrato por ato unilateral da Administração e a extinção consensual exigem autorização prévia, de forma escrita e fundamentada, da autoridade competente, que, no caso, é a autoridade que tenha poder de decisão na entidade. Pode ser a autoridade que tenha firmado o contrato ou a autoridade superior da entidade contratante.



Se a Administração entender por bem assumir o objeto do contrato ou ocupar o local e se utilizar dos meios necessários para dar continuidade à sua execução, a nova lei exige que o ato que autoriza essas situações deverá ser emitido pela autoridade superior responsável pela respectiva Pasta (o Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou o Secretário Municipal competente). Há quem entenda que essa exigência é inconstitucional, tendo em vista que a lei federal acaba por atribuir competência a agentes políticos de outros entes federados para a edição de atos de autorização.

Essa extinção do contrato por ato unilateral não pode se dar de forma imediata. A Administração, antes de proferir a sua decisão, deve intimar o contratado para se manifestar acerca dessa pretensão, assegurando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

E aqui faço um registro importante: quando a lei impõe, para todos os casos de extinção do contrato, o respeito ao contraditório e a ampla defesa antes da decisão final da Administração, entendo que este direito não pode ser observado apenas do ponto de vista formal, para “cumprir tabela”. Garantir o contraditório e a ampla defesa é oportunizar, receber e analisar a manifestação do particular.

A Administração deve analisar e enfrentar os argumentos trazidos pelo contratado de forma motivada, seja para acolhê-los ou refutá-los. Feita essa análise, a Administração poderá proferir a sua decisão final, devendo determinar a extinção do contrato, se for o caso, de forma motivada.

Em caso de extinção por culpa da Administração, a extinção do contrato normalmente ocorre judicialmente ou, em se tratando de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, pela via da arbitragem, sem prejuízo também de que seja realizada administrativamente, pois a Administração pode reconhecer às suas falhas e reparar, espontaneamente, os danos porventura causados ao contratado.

No entanto, em caso de culpa da Administração, a lei veda que a extinção do contrato ocorra por ato unilateral da Administração.

O inc. VIII do art. 137 da Lei nº 14.133/2021 fala em “razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante”. Esta autoridade máxima pode delegar tal ato motivador a outro servidor ou empregado público? Se sim, qual o procedimento adequado?

A autoridade máxima pode solicitar subsídios de órgãos e servidores da entidade para que estes forneçam os elementos necessários, sobretudo os de natureza técnica, para a tomada da decisão.

Muito embora o § 1º do art. 137 da Lei nº 14.133/2021 preveja a possibilidade de edição de regulamento para a fixação de procedimentos e critérios para a verificação dos motivos de extinção do contrato administrativo, entendo que a decisão final não pode ser objeto de delegação.

O regulamento poderá até mesmo exigir a oitiva do agente público subalterno que conheça mais de perto as razões pelas quais o ajuste deva ser extinto, mas a decisão final será sempre da autoridade máxima da entidade ou órgão, que poderá aceitá-las, adotando-as como razão de decidir, ou refutá-las (total ou parcialmente), de forma motivada.

Como se dá o processo de extinção do contrato, quando a culpa for da Administração? Seria apenas pela via judicial? O contratado poderá suspender a execução do ajuste antes da efetiva extinção contratual?

A extinção do contrato nos casos de culpa da Administração pode ser feita pela via judicial, arbitral ou administrativa, desde que, nesta última hipótese, não seja por ato unilateral.

Conforme já mencionei, o contratado poderá suspender a execução do ajuste antes da efetiva extinção do contrato, desde que caracterizadas as situações previstas nos incisos II, III e IV.

Constatadas essas situações, o contratado deverá ser resarcido dos prejuízos porventura suportados e, de acordo com o § 2º do art. 138, em caso de extinção, terá direito à devolução da garantia, aos pagamentos pela execução do contrato até a data de extinção e do custo da desmobilização.

A Lei nº 14.133/2021 apresenta novas hipóteses de extinção amigável do contrato. A senhora poderia explicar tais hipóteses, seus benefícios e quando deverão ser utilizadas? A extinção amigável poderá ocorrer mesmo quando a Administração contratante ainda tiver interesse na prestação do serviço ou fornecimento do objeto?

A Lei nº 14.133/2021, ao tratar das hipóteses de extinção amigável do contrato, dispõe que esta pode se dar por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas [conhecido também como *Dispute Boards*], desde que haja interesse da Administração (inc. II do art. 138).

A doutrina costuma diferenciar essas formas de resolução de controvérsias, afirmando que as partes podem chegar a uma solução amigavelmente, negociando sem o apoio de terceiros, ou mediante conciliação e mediação, que contará com esse auxílio.

O novo CPC, ao tratar da conciliação e da mediação, em seu art. 165, as diferencia da seguinte forma: o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e tem como função sugerir soluções para o litígio. Já o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender o conflito para que as partes possam identificar, por si próprios, soluções consensuais.

Por sua vez, os comitês de resolução de disputas, também denominados de *Dispute Boards*, são comitês criados para resolver disputas contratuais em ajustes de longa duração, em que normalmente surgem muitos conflitos. Os seus membros são nomeados para acompanhar toda a execução do contrato, atuando de forma preventiva, ao expedir recomendações, e repressiva, proferindo decisões acerca de controvérsias surgidas ao longo da execução contratual.

Essas formas consensuais de extinção do contrato poderão se dar a qualquer momento, pois o art. 153 da nova lei autoriza a celebração de aditamento contratual para permitir a adoção de meios alternativos para a resolução de controvérsias.

Deve haver, no entanto, interesse da Administração nessa forma de extinção. Isto porque o que devemos recordar em primeiro lugar, quando falamos em mecanismos consensuais de solução de controvérsias entre a Administração Pública e os particulares, são as lições dos grandes administrativistas acerca da indisponibilidade do interesse público.

A indisponibilidade do interesse público, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, faz parte da fonte-matriz do sistema, é uma das pedras angulares do Direito Administrativo, ao lado da supremacia do interesse público sobre o privado.

Portanto, considerando que a solução amigável de conflitos implica realização de concessões, em maior ou menor medida, a Administração só deve se utilizar desses mecanismos consensuais quando houver a demonstração de que a solução a ser alcançada pelas partes, de comum acordo, será mais vantajosa para o interesse público.

Não é por outra razão que o parágrafo único do art. 151 da Lei, ao tratar da aplicabilidade desses mecanismos de solução de controvérsias, limita a sua incidência apenas às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, elencando quais seriam essas questões patrimoniais disponíveis: as que estão relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e ao cálculo de indenizações.

Contudo, esses direitos patrimoniais disponíveis, por envolverem dinheiro público, não são tão disponíveis assim... Nem todo direito patrimonial é direito disponível. Por isso, na minha opinião, nessa espécie de extinção, a Administração precisa analisar o que está em jogo e ponderar as consequências de sua decisão. Assim, na solução consensual de litígios, a Administração deve se valer, no processo



de tomada de decisão, dos mesmos mecanismos previstos para declarar a nulidade de contratos que contenham vícios insanáveis.

Desse modo, entendo que a extinção de um contrato de forma consensual pode ocorrer, em casos excepcionais, mesmo quando subsistir, para a Administração contratante, interesse na prestação do serviço ou fornecimento do objeto. Isso porque a extinção do contrato pode ocorrer diante de divergências entre as partes acerca da execução do ajuste, como, por exemplo, o alcance de determinadas cláusulas contratuais quanto às obrigações das partes, fazendo com que a Administração não tenha mais interesse na execução daquele contrato. Isto não significa, no entanto, que ela não possua mais interesse no serviço ou no fornecimento de seu objeto, mas apenas que aquele ajuste específico, por alguma razão a ser devidamente justificada (por conter, por exemplo, cláusulas contratuais mal redigidas, de modo a ensejar interpretações diversas, equivocadas e prejudiciais para a Administração), não atende ao interesse público.

Entretanto, se a Administração contratante tiver interesse em manter aquele determinado ajuste, não poderá extinguir o contrato de forma consensual, pois, caso contrário, estaria “abrindo mão” do interesse público, o que lhe é vedado.

Os benefícios dessa espécie de extinção são (i) resolução mais célere do conflito e (ii) menos custo e prejuízos para as partes, de forma a prestigiar o interesse público.

Vale registrar, para finalizar a questão, que alguns autores entendem que a arbitragem é meio para a extinção amigável, porém a vejo como meio alternativo de resolução de controvérsias, que

deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, cujas especificidades do contrato (alta complexidade de seu objeto, por exemplo) recomendem a utilização desse meio alternativo de solução de conflitos. Isto porque a decisão proferida em arbitragem não poderá ser questionada, exceto nos casos previstos. Portanto, não há solução amigável, mas proferida apenas fora do âmbito Judicial.

Considerações finais da entrevistada e agradecimentos.

Eu queria registrar o quanto me senti feliz e honrada pelo convite que me foi feito para participar da seção “Entrevista com a Mestre” do periódico SLC – Solução em Licitações e Contratos, especialmente porque se trata de uma edição comemorativa, do mês das Mulheres, que deve ser celebrado. Décadas atrás, podíamos contar nos dedos [de apenas uma mão] o número de mulheres administrativistas de destaque. Felizmente, hoje a realidade é outra. Mas, se conquistamos, merecidamente, algum espaço, devemos isso às mulheres de outras gerações, que quebraram diversos paradigmas. Não poderia deixar de citar o nome de grandes Professoras, que nos abriram muitas portas: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Weida Zancaner, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Lúcia Valle Figueiredo, Alice Gonzalez Borges, dentre outras. Atualmente, contamos com tantas administrativistas brilhantes que fica até difícil nominá-las, pois certamente cometaria algumas injustiças.

Gostaria de agradecer, ainda, ao Professor Gilberto B. de Oliveira Filho, pela oportunidade que me foi concedida, para tratar de tema tão relevante, e estendo os meus agradecimentos a todos da equipe da SGP – Soluções em Gestão Pública.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*”, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRITOLI, FERNANDA GHIURO VALENTINI. *Extinção do contrato administrativo pela administração por razões de interesse público*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/52467/extincao-do-contrato-administrativo-pela-administracao-por-razoes-de-interesse-publico>>. Acesso em: 15 out. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ZANCANER. Weida. *Da convalidação e da invalidação de atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/21 comentada por advogados públicos/ organizador Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada Lei nº 14.133/21/ Coordenadores Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun – 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.