

A PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DOS CONTRATOS DE ESCOPO

Por Paulo Sérgio de Monteiro Reis¹

Como bem dispõe o art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, os contratos firmados pela administração pública direta, autárquica e fundacional regulam-se pelas suas cláusulas e pelas regras de direito público, a eles se aplicando, apenas supletivamente, as regras de direito privado. É uma característica desse tipo de avença, onde a presença da administração representando a coletividade e, conseqüentemente, defendendo o interesse público primário, impõe a ela uma supremacia em relação ao contratado privado, superioridade essa representada pelas assim denominadas cláusulas exorbitantes. Situação diversa, portanto, dos contratos firmados pelas empresas estatais, sociedades de economia mista e empresas públicas, regidas pela Lei nº 13.303, de 2016, cujos contratos regulam-se por regras de direito privado, consoante disposição do seu art. 68.

Tema rotineiramente discutido desde a vigência de Lei nº 8.666, de 1993, era sobre o prazo de vigência dos contratos de escopo. Lembremos que esse tipo de acordo se formaliza quando há um objeto perfeitamente definido no tempo e no espaço, considerando-se que estará cumprido e, conseqüentemente, encerrado quando esse objeto for plenamente executado de acordo com as condições avençadas. Essa é a regra que prevalece no mundo privado: alguém, contratante, contrata, estabelece um prazo para cumprimento das obrigações por parte do contratado. Mas, a vigência desse contrato será efetivamente até a conclusão do objeto colimado, a execução do objeto, recebimento, pagamento etc. Por exemplo: alguém adquire um bem em uma loja, que promete entregar em 4 dias. Se, ao final desse prazo, o bem não estiver entregue, não significa que o contrato estará encerrado, por se tratar de escopo definido. O contrato se estenderá até que sejam cumpridas as obrigações assumidas pelas duas partes.

No caso da administração pública, no entanto, outras considerações precisam ser feitas. Ao contrário do que ocorre no direito privado, onde a regra costumeira é o contrato verbal, os contratos de direito público precisam ser formalizados, como regra, ressalvando-se exceções previstas na própria legislação. O processo administrativo é formal, ainda que não deva ser formalista. Mesmo nos dias de hoje, onde os processos são conduzidos, rotineiramente, de forma eletrônica, há a obrigatoriedade do registro dos atos praticados, não mais em papel, como se fazia antigamente, mas, no sistema adotado.

Por tudo isso, sempre se discutiu se, no caso dos contratos administrativos, prevaleceria ou não a regra dos contratos por escopo só se extinguirem com a conclusão das obrigações contratuais, tendo em vista que os mesmos, obrigatoriamente, estabeleciam expressamente um prazo de vigência. Extinto esse prazo, estaria ou não

¹ Paulo Sérgio de Monteiro Reis é advogado e engenheiro civil, palestrante na área de licitações e contratos administrativos, autor e coautor de diversos livros sobre o tema.

extinto o contrato, com o fim das obrigações? Mesmo na administração pública, onde o contrato é formal, como regra, poderíamos ou não aplicar a regra do direito privado?

Essa dúvida permaneceu por muito tempo e foi registrada, inclusive, em deliberações do Tribunal de Contas da União. Podemos citar como exemplos algumas dessas deliberações. Vejamos, por exemplo, o que foi deliberado na Decisão nº 60/1999-1ªC:

“12. A falha apontada, mesmo que não possa ser atribuída unicamente ao administrador local, constitui notória ilegalidade. A prática descrita acima conduz a Administração a um nítido impasse. Ao permitir a prestação do serviço sem o devido amparo contratual, fica a Administração desprovida de instrumentos jurídicos para exigir a correta execução das tarefas e aplicar, quando necessário, as medidas punitivas cabíveis. Por outro lado, vê-se a Administração, ainda que na ausência de termo formal de contrato, obrigada a indenizar a empresa pelo serviço prestado, de modo a evitar a caracterização de enriquecimento sem causa, vedação imposta a ambas as partes em qualquer espécie de ajuste. Em resumo, o que ocorre com a adoção de tal medida é a descaracterização dos pressupostos básicos que sustentam o instituto do contrato administrativo.”

Já no Acórdão nº 1674/2014-P, o Tribunal se posiciona de forma diferente, como vemos no seguinte excerto:

“16. Quanto à legalidade da retomada do contrato após a sua paralisação, é certo que se pode considerar o contrato de obras públicas como um 'contrato por escopo', cuja extinção só se dá com a conclusão do objeto.

17. Conforme o Tribunal já asseverou em situação similar: 'não havendo motivos para a cessação prévia do ajuste, a extinção do contrato firmado (...) operar-se-ia apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração (...) ' (Decisão nº 732/1999-Plenário - destaques acrescidos).

18. Ademais, recentemente, o Tribunal admitiu a recuperação de contrato após a sua paralisação.”

Pouco tempo depois, ainda no mesmo ano de 2014, o TCU assim se posicionou no Acórdão nº 1936/2014-P:

“Observa-se que, apesar do Contrato 001/1999 não estar anulado, as obras não poderão ser executadas por meio do referido instrumento, tendo em vista a expiração da vigência contratual, sob pena de se configurar recontração sem licitação, o que infringe a Lei 8.666/1993, art. 2º e 3º, e a Constituição Federal/88, art. 37, inciso XXI.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles em seu livro *Licitação e Contrato Administrativo*, 2010, Malheiros Editores, 15ª edição, p. 314 explica o seguinte:

"A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras anteriormente contratados. O contrato extinto não se

prorroga, nem se renova: é feito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior" (sublinhados acrescidos).

Cita-se ainda trecho do Acórdão 1335/2009-TCU-Plenário, com entendimento deste Tribunal sobre a impossibilidade de execução de serviços por meio de contratos com vigência expirada:

"9.9. determinar à Infraero que:

9.9.5. não realize serviços sem a devida cobertura contratual e não celebre contratos e aditivos com prazos de vigência retroativos, evitando situações irregulares semelhantes às dos Contratos 029-ST/2004/0001, firmado com a empresa Artplan Comunicação S.A., e 030-ST/2004/0001, com a Signo Comunicação Ltda.".

Esse entendimento foi novamente comprovado no Acórdão nº 127/2016-P, do qual transcrevemos o seguinte excerto, importante pela análise mais profunda ali realizada:

“Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Contas se consolidou ao longo do tempo no sentido de considerar irregular o aditamento feito após o término da vigência contratual, ainda que amparado em um dos motivos do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que o contrato original estaria formalmente extinto, de sorte que não seria juridicamente cabível a sua prorrogação ou a continuidade da sua execução (v.g.: Acórdãos 66/2004, 1.717/2005, 216/2007, 1.335/2009, 1.936/2014 e 2.143/2015, todos do *Plenário* do TCU).

Como se sabe, a Lei de Licitações e Contratos permite a prorrogação do contrato nas situações em que a contratante determina a paralisação da obra, autorizando, inclusive, a prorrogação do cronograma de execução, por igual período, contudo, tal previsão não dispensa a formalização do aditamento, a fim de ajustar os prazos de conclusão das etapas e de entrega da obra, até porque toda e qualquer prorrogação de prazo deve ser previamente justificada e autorizada (§ 2º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993).

Nessa esteira também é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 191 do TCU, segundo a qual é indispensável a fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, bem como na Orientação Normativa nº 3/2009 da Advocacia-Geral da União (AGU), que aduz: *"na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação"*.

Ocorre que, nos chamados contratos por escopo (em que o objeto consistiria na obtenção de um bem ou na construção de uma obra), o prazo de execução só seria extinto quando o objeto fosse definitivamente entregue à administração e as demais obrigações fixadas no ajuste fossem plenamente satisfeitas, de modo que, inexistindo motivos para rescisão ou anulação, a extinção desse tipo de ajuste somente se operaria com a conclusão do objeto e com o seu recebimento definitivo pela administração, diferentemente do que ocorreria nas avenças por tempo determinado (em que o objeto consistiria na prestação de serviços contínuos), nos quais o prazo constituiria elemento

essencial e imprescindível para a consecução ou a eficácia do objeto avençado.

Considerando tal raciocínio, o TCU tem acolhido, em caráter excepcional, na análise de alguns casos concretos, a tese de diferenciar os efeitos da extinção do prazo de contratos de obra, como se verifica nos seguintes julgados: Decisão 606/1996-Plenário; Decisão 732/1999-Plenário; (...).

Importa destacar que nesses casos o Tribunal identificou a presença de circunstâncias objetivas atenuantes da conduta dos gestores, tais como: descontinuidade na liberação de recursos orçamentários; paralisação da obra motivada pela contratante; aplicabilidade do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, inclusive a contrato celebrado sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986; fundamentação do aditamento em parecer jurídico; prorrogação do cronograma de execução por tempo igual ao da paralisação, com suporte no art. 79, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993; e adoção de providências para o cumprimento do contrato, evitando prorrogação indefinida ou abusiva.

Bem se vê que neste caso concreto também estão presentes algumas dessas circunstâncias pontuadas na jurisprudência do Tribunal, em especial, o fato de os aditamentos considerados ilegais (posteriores ao término de vigência da avença) terem decorrido da premissa equivocada do governo estadual no sentido de que os prazos de vigência dos contratos por escopo seriam prorrogados automaticamente em decorrência dos sucessivos períodos de paralisação, com espeque nos arts. 57, § 1º, inciso III, e 79, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, sem a necessidade do tempestivo aditamento.

Assim, mostra-se adequada a solução proposta pelo dirigente da unidade técnica, a fim de autorizar, em caráter excepcional e em sintonia com os precedentes mencionados, a continuidade dos aludidos contratos, isso porque, como se sabe, a regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, já que o aditamento não pode produzir efeitos retroativos, mas a falta dessa providência tempestiva deve ser analisada sob a ótica do interesse público, mesmo porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal.”

Estávamos, portanto, diante de uma situação duvidosa, em que a administração pública, qualquer que fosse o caminho tomado, corria o risco de ser posteriormente questionada pelo órgão máximo do controle externo. Claro que a situação ideal seria manter um ativo controle sobre o prazo de vigência contratual, mesmo nos contratos de escopo, prorrogando-o antes de sua expiração. Mas, e se o controle falhasse e a vigência expirasse? Seria melhor cometer uma irregularidade e aditar o contrato com data retroativa? Seria melhor levar em conta que se tratava de contrato de escopo e considerar que o efetivo término viria apenas com a completa execução do objeto? A solução acabou vindo com a Lei nº 14.133, de 2021, que, no art. 111, assim dispõe:

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.

Aparentemente, estava resolvido o imbróglio: mesmo que a administração falhasse no controle dos prazos e deixasse expirar o de vigência contratual, ele estaria automaticamente prorrogado, mantendo firmes as condições avençadas. Mas, nem tudo é tão tranquilo quanto parece em se tratando de administração pública. Um novo questionamento surgiu: se a Lei determina a prorrogação AUTOMÁTICA do prazo de vigência nos contratos de escopo, haveria ou não a necessidade de formalização dessa prorrogação? E, ainda, com um desdobramento: em caso de resposta positiva, essa formalização deveria ser feita através de um aditivo ou poderia sê-lo por um simples apostilamento? Claro que a doutrina se dividiu a respeito do assunto, como sempre ocorre, alguns se posicionando em favor da desnecessidade de formalização, tendo em vista que o contrato estava prorrogado por expressa determinação legal; outros, em sentido contrário, defendendo a necessidade de formalização da prorrogação. Vamos registrar nosso posicionamento sobre o tema, com a devida fundamentação.

A não formalização, defendida por forte corrente doutrinária, implicaria em duas situações fáticas: a uma, passaríamos a ter um contrato verbal, de vez que o formal estabelecia uma condição, a vigência contratual, não mais atendida; a duas, passaríamos a ter um contrato com prazo de vigência indeterminado, como ocorre naqueles com escopo definido no mundo privado. Não entendemos possível essa situação. Assim dispõe o art. 95 da nova Lei:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)².

O *caput* desse artigo não costuma ser bem entendido, bem interpretado. Alguns intérpretes menos atentos entendem que ele está dispensando a existência de um CONTRATO nas hipóteses citadas nos incisos I e II da cabeça do artigo. Na realidade, está sendo permitida, apenas, a substituição do instrumento de contrato, documento através do qual a avença é rotineiramente formalizada, por outro instrumento hábil. O contrato, o acordo entre as partes, continuará existindo, por óbvio, sempre devidamente formalizado, como regra através de um instrumento completo, excepcionalmente através de um instrumento mais simples. A única hipótese de contrato verbal consta do § 2º do

² Hoje, o valor citado no § 2º é de R\$ 12.545,11, como dispõe o Decreto nº 12.343, de 30 de dezembro de 2024.

art. 95, que trata de pequenas compras ou prestação de serviço, de baixo valor, não rotineiras, usualmente realizadas através de suprimento de fundos em espécie ou em cartão de pagamento.

Ora, se essa é a única hipótese de contrato verbal e se a não formalização da prorrogação automática do art. 111 conduziria exatamente à situação de avença verbalizada, já temos aí uma posição inaceitável, que contrariaria expressamente as disposições legais. Mas, não é só.

A Lei dedicou um Capítulo inteiro à DURAÇÃO DOS CONTRATOS. É o CAPÍTULO V, que engloba os arts. 105 a 114. Nesse Capítulo, a norma legal, estabelecia as várias situações relativas à vigência contratual. Interessa-nos particularmente o 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.

Ao estabelecer expressamente a situação em que se admite o contrato com prazo indeterminado, a Lei deixa claro que, em todos os demais casos, tal solução não será permitida. Ou seja: a regra é o contrato administrativo com prazo de vigência DETERMINADO; a exceção do art. 109 trata do contrato administrativo com prazo de vigência INDETERMINADO. Uma única exceção.

Mais uma vez: a prorrogação automática prevista no art. 111 torna o contrato de escopo uma avença com prazo indeterminado. Havia uma data para extinção da avença. Se, ultrapassada essa data, a vigência se prorroga sem uma expressa definição do seu término, passaríamos a ter um prazo indeterminado, o que não é permitido pela Lei, como visto acima.

Já podemos concluir com nosso entendimento: o art. 111 da nova Lei tem como finalidade única evitar que um contrato de escopo perca eficácia pela expiração do prazo de vigência nele determinado. Essa irregularidade não mais existe. Mas, parece-me evidente que, tão logo constata essa situação, a administração contratante deverá providenciar a formalização da prorrogação do prazo de vigência, estabelecendo uma nova data limite, para evitar que passemos a ter um contrato verbal e com prazo de vigência indeterminado, situações vedadas pela Lei nº 14.133, de 2021.

Resta-nos analisar, então, a segunda situação: essa formalização deve ser feita por aditivo ou pode ser realizada por simples apostila? Entendemos que, mais uma vez, a própria Lei deixa essa resposta muito clara, na medida em que ela seja interpretada como um sistema legal, um CONJUNTO de disposições que se complementam, e não um conjunto de disposições isoladas. Vejamos o que dispõe o art. 136, *in verbis*:

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

- I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;
- II - atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;
- III - alterações na razão ou na denominação social do contratado;
- IV - empenho de dotações orçamentárias.

Como deve ser interpretado esse artigo? É simples: a regra é o contrato devidamente formalizado com a administração, podendo essa formalização ser feita por um instrumento completo ou por um instrumento mais simples, salvo a exceção já citada do art. 95, § 2º. Em relação às alterações contratuais, a regra é a mesma, como dispõe expressamente o art. 132. Mas, toda regra tem exceção. Nesse caso, a exceção está no art. 136, que relaciona situações de registros que não caracterizam alteração do contrato. Ou seja: alterado o contrato, deve-se formalizar a alteração por um aditivo; não alterado o contrato, deve-se realizar um registro, através de um apostilamento.

No caso sob análise, a prorrogação automática prevista no art. 111 deve ser formalizada, como visto alhures. Poderia ser essa formalização por simples apostila? Entendemos que não. Não se trata de apenas um registro; trata-se de uma ALTERAÇÃO CONTRATUAL. Afinal, o prazo de vigência do contrato, expressamente estabelecido inicialmente, será ALTERADO. E, em se tratando de alteração, a regra é a formalização através de aditivo.

Por tudo o que foi analisado, encerramos assim nosso entendimento: as disposições do art. 111 servem, exclusivamente, para evitar a expiração da vigência contratual antes da conclusão do objeto, nos contratos de escopo. Essa prorrogação automática, no entanto, deve ser imediatamente formalizada, para evitar que a administração mantenha em execução um contrato verbal e com prazo de vigência indeterminado. E, a única forma legal de fazer a formalização dessa prorrogação é através de um aditivo, considerando que o acordo inicial está sendo alterado, não sendo possível a utilização do apostilamento, hipótese prevista apenas para registros que não caracterizam alteração da avença.