

**CONTRATO POR ESCOPO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA À LUZ DO ART. 111
DA LEI Nº 14.133/2021 E DO DIREITO COMPARADO**

Michelle Marry Marques da Silva¹

***“O sucesso não é definitivo, o fracasso não é fatal, o que conta é a coragem de
continuar. O verdadeiro guia da vida é fazer o que é certo.”***

Winston Churchill

Resumo: O artigo versa sobre o regime jurídico aplicável aos chamados contratos por escopo previstos expressamente no art. 111 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, através da diferença entre os chamados contratos por prazo certo e aquele pretende-se revelar a importância da previsão do instituto na norma referida e sua necessária releitura para que seja atendido o interesse público, para tanto, inicia-se o estudo demonstrando que o contrato por escopo é também, assim como, os contratos por prazo certo contrato administrativo, em um segundo momento, por meio da definição de institutos como: prazo de execução, prazo de vigência, prorrogação e renovação chama-se a atenção para a necessária diferenciação entre os contratos que são substituídos ao longo da sua execução por outros contratantes, mas, com a permanência da demanda pela Administração Pública, daqueles para os quais a conclusão do objeto pactuado encerra aquela necessidade administrativa específica. Ao final, o estudo buscou evidenciar que em homenagem ao que já vinha se manifestando o Tribunal de Contas da União a possibilidade de prorrogação automática do contrato por escopo foi considerada no texto legal da nova lei de licitações e contratos administrativos como possível, o que

¹Advogada da União desde 2007. Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitação, Contratos e Instrumentos Congêneres no Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pós-graduada em direito público pela UNB e pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Autora do e-book As parcerias entre os setores público e privado como mecanismo de implementação de políticas públicas: novos paradigmas inaugurados pelo MROSC e pela NLLC para a sedimentação da inviabilidade de competição entre as instituições parceiras. Coautora do livro RDC – Regime Diferenciado de Contratações, do Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos, do Governança e Compliance no setor público e do Compras Públicas Centralizadas no Brasil. É Coordenadora da Câmara Nacional de Licitação e Contratos e membra da Câmara Nacional de Convênios e Instrumentos Congêneres da Consultoria-Geral da União/AGU. Estudou Fundamentos do Direito Americano na Thomas Jefferson School of Law 2011 (EUA - 2011) e sobre Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública (Portugal - 2012). Estudou técnicas de negociação avançada na FGV e regulamento de aquisições do Banco Mundial. Membro efetiva do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal - IDADF e do Instituto Nacional de Contratações Públicas (INCP). Professora, palestrante e autora de artigos.

está consentâneo com as previsões da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, com o novo parâmetro de interpretação para a teoria das nulidades ofertado pela Lei nº 14.133/2021 e com os anseios da sociedade atual.

Palavras-chave: Contrato administrativo; Contrato por escopo; Contrato por prazo certo; Prazo de execução; Prazo de vigência; Prorrogação; Renovação; Nulidades; Convalidação;

1. INTRODUÇÃO

O microsistema jurídico inaugurado pela Lei nº 14.133/2021 exige de todos os agentes públicos uma releitura da sistemática das contratações públicas, nesse sentir, com o contrato por escopo não é diferente.

O objetivo deste artigo, portanto, é analisar as alterações processadas pelo art. 111 da Lei nº 14.133/2021 na espécie de contrato administrativo denominado contrato por escopo e em que medida deve ser realizada sua releitura à luz das disposições constantes desse diploma normativo e do direito comparado.

Dessa maneira, a primeira parte vai discorrer sobre o conceito de contrato administrativo e do contrato por escopo com a intenção de demonstrar que são faces da mesma moeda podendo ser considerado o segundo como uma espécie de contrato administrativo.

Na segunda intervenção são apresentados os conceitos de contrato por prazo certo e do contrato por escopo sendo também traçadas suas diferenças, ainda, conceitos como prazo de execução e prazo de vigência são trabalhados para que possam ser relacionados com o contrato por escopo.

Seguindo com o propósito principal do estudo é apresentado o regime de nulidades na Lei nº 14.133/2021 e a possibilidade de convalidação dos atos administrativos praticados com a intenção de dar seguimento aos ajustes formalizados pela Administração Pública, o que reforça a necessidade de releitura do contrato por escopo.

À guisa de conclusão, é apresentada a posição adotada pelo Tribunal de Contas da União relacionada ao tema evidenciando que o texto do art. 111 da Lei nº 14.133/2021 está em harmonia com o que já vinha decidindo a Corte de Contas e o

direito comparado. O estudo é finalizado com a defesa pela possibilidade de aplicação analógica das balizas construídas para o contrato por escopo aos convênios firmados pela Administração Pública resultando tudo isso na perspectiva, por exemplo, que o cenário atual de obras inacabadas ao longo dos próximos anos venha a sofrer forte impacto positivo.

2. DOUTRINA APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO E CONTRATO POR ESCOPO: FACES DA MESMA MOEDA?

O artigo 89 da Lei nº 14133, de 1º de abril de 2021, dispôs expressamente que “Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”, logo, o que a lei pretendeu deixar claro foi que o regime jurídico dos contratos por ela disciplinados, que são os destinados às contratações públicas, será predominantemente público podendo sofrer suplementação pelos princípios e os preceitos do direito privado.

Nessa toada, passa a importar para o presente estudo a definição do que é o contrato administrativo, o qual é conceituado por José dos Santos Carvalho Filho² da seguinte maneira:

Nesse teor, pode-se conceituar o contrato administrativo **como ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, ou entre dois entes públicos, regulado basicamente pelo direito público e supletivamente pelo direito privado, e tendo por objeto atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.** (grifei)

Sobre o tema Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ pontuou a diferença existente entre contratos da Administração Pública e contratos administrativos no seguinte sentido:

a expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, segundo regime

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição. Página 152.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Página 297.

jurídico de direito público. (grifei)

Além disso, o traço característico do regime de direito público aplicado aos contratos administrativos, o qual leva em consideração o fato de ser o Estado o guardião do interesse da sociedade devendo assegurar, assim, a finalidade pública da contratação, tem relação com a previsão legal de determinadas prerrogativas asseguradas ao Estado contratante (art. 104 da Lei nº 14.133/2021) em relação ao particular contratado em decorrência da posição de supremacia daquele em relação a este, por isso a existência das chamadas cláusulas exorbitantes.

Ante o que foi até aqui exposto é possível perceber as características marcantes dos contratos administrativos com predominância do regime de direito público, sendo elas: 1) a supremacia da Administração Pública em relação ao particular notadamente pela existência das cláusulas exorbitantes; 2) a finalidade pública a ser buscada por meio do atendimento ao interesse da sociedade; 3) o respeito às formalidades legalmente previstas em associação com o necessário controle de legalidade das contratações públicas firmadas.

Nesses termos, a Lei nº 14.133/2021 em seu artigo 111 estabeleceu expressamente que:

Art. 111. Na contratação que prever 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. (grifei)

À vista disso, a norma expressamente sedimentou no âmbito das contratações públicas a possibilidade de utilização do chamado contrato por escopo, os quais para José dos Santos Carvalho Filho⁴ acontecem:

Quando a contratação tiver um escopo predefinido, ou seja, quando o objeto contratual for dotado de precisão quanto ao resultado a ser alcançado (por exemplo, a construção de um muro de arrimo contra deslizamentos), o prazo de vigência será considerado automaticamente prorrogado quando o objeto não for concluído no prazo fixado. Os efeitos, entretanto, variam de acordo com a parte culpada. Se a culpa couber ao contratado, será ele constituído em mora e sujeito às sanções administrativas cabíveis; além disso, a Administração pode optar pela extinção do contrato e adotar as medidas adequadas à continuidade da execução (art. 111 e parágrafo único, I e II). Caso a culpa seja da Administração, poderá haver efeitos gravosos para esta, dependendo da ocorrência dos casos previstos no art. 137 do Estatuto. (grifei)

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição, página 165.

Nesse diapasão, forçoso concluir que o contrato por escopo é uma espécie de contrato administrativo e assim considerado todas as características pertencentes à essa categoria de contratos também a ele se aplica. Além disso, fácil é notar do texto precitado que a norma utilizou a expressão “prorrogação automática” levando a crer que ultrapassado o prazo inicial acordado para a finalização do objeto e não havendo conclusão do seu escopo automaticamente ele seria elasticado como resultado natural da permissão legalmente concedida (*ope legis*), o que vai perdurar até a conclusão do objeto sem necessidade de formalização de termo aditivo.

Entretanto, apesar do texto normativo permitir o entendimento supramencionado é importante estar atento ao parágrafo único, ocasião que verificado pela Administração Pública que o prazo de execução inicialmente previsto foi extrapolado é recomendável o registro nos autos do processo de eventual responsabilidade pelo atraso na entrega do objeto com a devida motivação sobre a necessidade da “prorrogação automática”, alteração do cronograma de execução, prazos etc. do contrato, até mesmo para efeito de controle.

Além disso, a expressão “prorrogação automática” pode levar à uma possível conclusão de prazo indefinido para a avença, o que é inverídico.

De fato, o objeto da contratação é delimitado na fase interna do processo licitatório, de acordo com o artefato específico a ser utilizado, que vai também dimensionar o tempo de duração do contrato, os quais pela Lei nº 14.133/2021 se o objeto for de serviços e fornecimentos contínuos a duração pode chegar a até 5 anos (art. 106 da Lei nº 14.133/2021), com possibilidade de prorrogação sucessiva para até 10 anos (art. 107 da Lei nº 14.133/2021).

Ainda, em alguns casos específicos de dispensa de licitação a norma possibilitou a duração de até 10 anos do contrato (art. 107), também permitiu a contratação por prazo indeterminado quando o objeto estiver relacionado aos chamados serviços públicos oferecido em regime de monopólio, por fim, nos contratos de receita e nos contratos de eficiência o prazo pode chegar até 35 anos (art. 110) e nos contratos com escopo predefinido possibilitou a prorrogação automática para que objeto seja entregue e a necessidade da Administração Pública contratante seja plenamente atendida tendo em vista o interesse público maior, que é o público.

Portanto, o que vai dimensionar o tempo de duração do contrato administrativo é o objeto a ser contratado e a especificação feita na fase interna do processo licitatório por meio do artefato específico da contratação não sendo diferente com os contratos por

escopo, para os quais foi aberta a possibilidade de “prorrogação automática”, desde que apresentados fatos supervenientes à formalização da avença possibilitando, desse modo, a conclusão do objeto e o atendimento do interesse público, mesmo assim, com a eventual necessidade de apuração de responsabilidade pelo prolongamento do prazo inicialmente ajustado tanto da Administração contratante, quanto do contratado. No ponto, torna-se importante ressaltar que a Lei nº 14.133/2021 permitiu contratos por prazo indeterminado apenas nos que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio (art. 109).

2.2. CONTRATO POR PRAZO CERTO E CONTRATO POR ESCOPO

No que se refere a importância da diferença entre o que se entende por contrato por prazo certo e contrato por escopo tem-se que o adimplemento da obrigação por parte do contratado passa a ter contornos próprios e vai depender do tipo de contrato formalizado.

Leciona Marçal Justen⁵ Filho que:

Alude-se a contrato por escopo para indicar avença que impõe ao contratado executar um objeto dotado de individualidade, cuja execução satisfaz o interesse do credor e implica o exaurimento do vínculo contratual. Suponha-se um contrato de obra pública, que tem por objeto a execução pelo contratado de um edifício. Cabe ao contratado adotar todas as providências pertinentes. Concluída a obra e entregue à Administração o contato se extingue. Já os contratos de duração se caracterizam pela fixação de um período de tempo para o devedor executar a prestação, cujo conteúdo se renova seguidamente. Assim se passa, por exemplo, com os serviços de vigilância. O contratado está obrigado a desempenhar todas as atividades pertinentes, durante um período de tempo. A circunstância de executar a prestação durante um dia, uma semana ou um mês não acarreta a extinção do contrato.

Assim sendo, o contrato de execução continuada (por prazo certo) seria aquele no qual a necessidade da Administração Pública é contínua, logo, ela não acabará com o prazo final de execução e a entrega do objeto sendo necessário que seja firmado novo ajuste para atendimento da demanda administrativa.

Em contrapartida, o contrato por escopo é aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para o contratante o objeto contratado, portanto, o tempo não é determinante para que se considere encerradas as obrigações do contratado, dito de outro modo ele apenas irá caracterizar ou não se o contratado está em mora.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Páginas 1294 e 1295.

A Advocacia-Geral da União por meio do seu Departamento de Coordenação e Orientação de órgãos jurídicos no Parecer nº 133/2011/DECOR/CGUAGU entendeu corretamente que:

16. Nos contratos a termo, ou por tempo determinado – como, por exemplo, o de prestação de serviço, de manutenção de um equipamento ou de conservação de um jardim -, é estipulado um prazo final para execução do contrato, findo o qual estará também terminada a própria vigência do contrato. Segundo Hely Lopes Meirelles, ‘a extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, de modo que, uma vez expirado, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público’. **Nos contratos a termo, o termo final do prazo de vigência e o fim da obrigação coincidem.**

17. Nas palavras de Diógenes Gasparini: ‘A execução do objeto, com consequentes entrega pelo contratado e recebimento pela Administração contratante, compõe, portanto, a principal causa de extinção do contrato administrativo, como é de outros ajustes.’ Nesses contratos, o normal e esperado é que o contrato termine pela conclusão de seu objeto, o que deve ocorrer até o último dia do prazo fixado para sua execução.

[...]

20. No caso dos contratos a termo, o termo final do prazo representará o momento em que o contratado deverá deixar de responder por aquela determinada prestação ou serviço. Nesse caso, a expiração do prazo, que é, ao mesmo tempo, de execução e de vigência do acordo, marca a própria extinção do contrato.

21. Já nos contratos por escopo, é o cumprimento do objeto dentro do prazo de execução que resulta no adimplemento da parte contratada. Findo o prazo fixado no contrato sem o contratado tenha concluído o objeto por sua culpa, caracteriza-se a inadimplência contratual.

22. Segundo ensina Lúcia Vale Figueiredo:

‘(...) casos há em que o último dia de prazo contratual será também o último dia para o contratado terminar a execução do objeto contratual.

De conseguinte – se não concluído ainda o objeto contratual -, o dia subsequente ao último dia do prazo corresponderá ao termo inicial para a caracterização da inadimplência contratual.

Damos um exemplo. Determinada obra deverá ser concluída em noventa dias.

Ao cabo deste tempo, se não concluída a obra, não se esgotou o contrato, porque não implementado ainda o objeto contratual. Mas, inquestionavelmente, o prazo para que se considere o contratado adimplente estará expirado, tendo, a partir daí a Administração o dever de sancioná-lo.

Como, nesta segunda hipótese, não teria sido cumprido o contrato, impende perquirir por que não o foi, e se a culpa é do contratado. Se assim for, caracterizada ficará sua inadimplência. Ou, de revés, se é de ser imputada à própria Administração, hipótese em que não haverá inadimplência do contratado.’

23. Desse modo, o contrato por escopo se extingue com a conclusão de seu objeto, que se ocorrer até o dia fixado resultará na cessação da obrigação do contratado para com a Administração Pública. No entendimento de Marçal Justen Filho, os contratos de escopo, a que o doutrinador se refere como ‘contratos de execução instantânea’, ‘impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez que cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante (...)’

24. Em outras palavras, ‘celebrando-se um contrato para que determinado objeto seja executado, executado este, cumprido estará o contrato.’ Caso advenha o termo final do contrato e o objeto não tenha sido concluído por culpa do contratado, este será considerado inadimplente e estará sujeito às sanções impostas na lei.

25. Em razão do exposto é que se entende que, no caso de contrato administrativo por escopo, terminado o prazo fixado, a obrigação não estará extinta se o objeto do contrato ainda não estiver concluído e, por esse motivo, o prazo fixado no contrato teria índole moratória, e não extintiva da obrigação.(grifei)

Em vista disso, a conclusão para este ponto específico é que no contrato por escopo o prazo fixado no contrato para execução do objeto é considerado moratório, logo, ele

não necessariamente irá extinguir a obrigação resultando caso não cumprido o prazo inicialmente acordado na necessidade de apuração de responsabilidade e aplicação de sanção, mas, não a extinção do contrato.

2.3. PRAZO DE VIGÊNCIA E PRAZO DE EXECUÇÃO

É o capítulo V da Lei nº 14.133/2021 que dispõe sobre a duração dos contratos administrativos prevendo expressamente no artigo 111 sobre o contrato por escopo.

Todavia, relevante se torna destacar na doutrina aplicada aos contratos administrativos por escopo a distinção que se faz necessária entre o prazo de vigência e o prazo de execução nesses tipos de contratos.

Nesse diapasão, Joel de Menezes Niebuhr⁶ dispõe que:

[...] Então, os contratos administrativos, via de regra, são válidos a partir do momento em que o instrumento é assinado pelas partes e desde que ele não se oponha à legalidade.

Contrato vigente é aquele que está apto a produzir efeitos. Não significa que ele produza efeitos; apenas que está apto, que pode produzir efeitos. Enquanto o contrato estiver apto a produzir efeitos ele permanece vigente [...] Enquanto houver obrigações pendentes, o contrato permanece vigente.

Contrato eficaz é aquele que produz efeitos, isto é, que é cumprido pelas partes. Ao contrário, contrato ineficaz é aquele que não produz efeitos, ignorado pelas partes. A eficácia não é um conceito eminentemente jurídico, mas sociológico [...]" (grifei)

Dessarte, em relação ao prazo de vigência pode-se entender como o período no qual é ajustada a duração do contrato, assim, o intervalo de tempo no qual os efeitos do contrato estão aptos a serem produzidos, que as obrigações devem ser cumpridas, já prazo de execução é o tempo que o contratado possui para executar o objeto do contrato sendo o ideal que seja acordado entre as partes.

Marçal Justen Filho⁷ é da seguinte opinião sobre o tema:

Não se confundem os conceitos de prazo para execução da prestação e prazo contratual.

O prazo contratual consiste no período de tempo durante o contrato o qual o contrato vigora, produzindo seus efeitos para disciplinar a conduta das partes.

O contrato prevê direitos e obrigações para as partes. Estabelece que a parte estará obrigada a executar uma ou mais prestações num período de tempo determinado. Esse é o prazo para a execução da prestação.

Os dois prazos usualmente não se identificam. (grifei)

Nessa perspectiva, conclui-se que o prazo de execução do contrato por escopo apenas irá ser finalizado com a entrega do objeto contratado e que ele pode ser diferente

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. Páginas 451/452.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Página 1302.

do prazo de vigência, o qual é utilizado para as partes cumprirem as prestações ou obrigações que lhe incumbem.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio o Parecer nº 133/2011/DECOR/CGUAGU esclareceu seguinte:

28. Portanto, em tese, o prazo de execução previsto nos contratos por escopo é apenas moratório, o que significa dizer que sua expiração não resulta na extinção do ajuste. Contudo, não se confundem prazo de vigência e o prazo de execução nos contratos por escopo.

29. O prazo de vigência corresponde ao ‘prazo previsto para as partes cumprirem as prestações que lhes incumbem’. Já o prazo de execução é o tempo determinado no contrato para que o contratado execute o seu objeto. Após a execução do objeto pelo contratado, a Administração possui ainda um prazo recebê-lo e efetuar o pagamento. Por esse motivo, distinguem-se o prazo de execução e o prazo de vigência, já que, enquanto a Administração não efetua o pagamento, ainda há obrigações pendentes e o contrato continua vigente.(grifei)

31. Assim, restando diferenciados os prazos de execução e de vigência, é certo que, nos contratos por escopo, ainda que terminado o prazo de execução, a avença continua válida no mundo jurídico enquanto o prazo de vigência não tiver sido ultrapassado, sendo necessária a rescisão do contrato nesse caso para que se possa falar na sua extinção. Em cada caso concreto, contudo, deve ser estudado se a aplicação das diversas sanções previstas em lei ou no próprio instrumento do ajuste é a melhor solução para o problema da inadimplência por mora do contratado, sem que seja necessário rescindi-lo.

40. É importante destacar que deverá haver previsão contratual dos dois prazos: tanto o de vigência, quanto o de execução, pois não se admite contrato por prazo indeterminado e o interesse público exige que haja previsão de fim tanto para a execução do objeto do contrato quanto para que a Administração cumpra a sua prestação na avença. (grifei)

Portanto, o prazo de execução nos contratos por escopo é diferente do prazo de vigência, sendo o primeiro considerado como o prazo necessário para a entrega do objeto e o segundo como o prazo para cumprimento de todas as obrigações relacionadas ao contrato pelas partes, pelo texto da Lei nº 14.133/2021 o prazo de vigência sofrerá “prorrogação automática” no contrato por escopo quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato, ora, a inteligência do artigo é no sentido de que necessitando ser elástico o prazo de execução obrigatoriamente o prazo de vigência sofrerá “prorrogação automática”.

2.4. DIFERENÇA ENTRE PRORROGAÇÃO E RENOVAÇÃO DO PRAZO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Na renovação e na prorrogação do contrato administrativo o efeito direto é o elástico do prazo de vigência originalmente acordado, claro, devendo os limites legalmente estabelecidos serem respeitados, mas, são considerados institutos distintos.

Defende a mesma posição Marçal Justen Filho⁸:

A prorrogação consiste na alteração do prazo original de vigência do contrato, fixando-se um período de tempo mais longo para a execução das obrigações contempladas no contrato.

A prorrogação não implica a pactuação de um novo contrato. Isso significa que **as partes mantêm relacionamento original, sem introduzir inovações no tocante a direitos e obrigações – ressalvados aqueles que se constituam em implicação da alteração do prazo.**

[...]

No entanto, existem hipóteses em que a prorrogação do prazo de execução da prestação afeta o prazo de vigência do contrato. Isso ocorre nos casos em que o prazo de vigência do contrato é fixado em vista do prazo de execução. Por exemplo, as partes estabelecem que o devedor tem o prazo de dez dias para entregar o produto objeto de uma compra determina que o contrato será extinto quando o devedor executar a obrigação. A alteração do prazo para a execução da prestação se reflete sobre o prazo de vigência do contrato.

Uma outra hipótese se verifica quando a prorrogação do prazo para executar a prestação acarreta a superação do prazo original de vigência do contrato.

A renovação é ato bilateral, de natureza convencional. Isso significa a impossibilidade de ‘renovação automática’ do contrato. É necessária manifestação de vontade de ambas as partes, tanto pela Administração como pelo contratado. Portanto, não é possível que se imponha contra a vontade de qualquer das partes. (grifei)

Outrossim, não se pode concluir que na prorrogação haverá uma nova relação contratual, apenas que a anterior será prolongada justamente para que o objeto da avença seja executado, em razão disso nos contratos por escopo tanto o prazo de execução, quanto o prazo de vigência devem sofrer prorrogação, caso venham ocorrer fatos supervenientes na execução do contrato, que resultem nessa necessidade, por isso, o texto da Lei nº 14.133/2021 foi expresso quando firmou o entendimento que a “prorrogação deve ser automática”, apesar de não ter feito a diferenciação entre prazo de execução e de vigência tão claramente.

Em vista do que foi acima afirmado forçoso concluir que nas situações de renovação contratual há necessidade de concordância de ambas as partes o que se perfaz por meio do termo aditivo, isso tendo em vista que com a renovação do contrato será aberta a possibilidade para “introduzir inovações no tocante a direitos e obrigações” renovando, então, a relação contratual, existindo, dessa maneira, um novo contrato com objeto idêntico àquele que antes já foi satisfatória e integralmente executado, mas, agora com a possibilidade de pactuação de novos direitos e obrigações. Ora, nada mais lógico compreender dessa forma, já que nos contratos contínuos o prazo de execução e de vigência serão o mesmo, o que não ocorre nos contratos por escopo.

Pois bem, denota-se por tudo até esse ponto exposto que: 1) o prazo de vigência não se confunde com o prazo de execução, e; 2) havendo a necessidade de se elastecer o prazo inicialmente previsto no contrato por se revelar supervenientemente insuficiente

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Página 131 - 1302.

para a execução de seu objeto no caso dos contratos por escopo será realizada a prorrogação do contrato administrativo e não sua renovação, desnecessário, portanto, a formalização de termo aditivo, já que não haverá em tese necessidade de concordância das partes.

2.5. DA CONVALIDAÇÃO E DO REGIME DE NULIDADES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Sobre a possibilidade de convalidação da prorrogação não processada por meio de termo aditivo ainda sob o regime do microsistema jurídico da Lei nº 8.666/1993, no qual o entendimento majoritário era pela necessidade de termo aditivo tanto nas prorrogações, quanto nas renovações dos contratos administrativos, Joel de Menezes Niebuhr⁹ defendia que:

"[...] Sucede que o contrato e a alteração do contrato existem a partir do momento em que há o acordo de vontades para criar ou modificar obrigações. Nesse passo, o instrumento de contrato não cria o contrato, apenas o formaliza. O mesmo acontece com o termo aditivo, não cria a alteração, apenas a formaliza.

Sob essa luz, é de reconhecer que **a partir do momento em que se consegue identificar o acordo de vontades para prorrogar o contrato ele está prorrogado. O termo aditivo apenas formaliza a prorrogação, que é em si o acordo de vontades. E o fato é que o acordo de vontades pode ser identificado e comprovado por diversas outras formas que não por meio do termo aditivo, como, por exemplo, ofícios trocados entre as partes ou ata assinada por elas ou qualquer documento equivalente.**

[...]

Portanto, **se o termo aditivo de prorrogação não é firmado dentro da vigência do contrato, porém se consegue demonstrar que anteriormente houve acordo de vontades entre a Administração e o contratado para prorrogá-lo, deve-se considerar que houve a prorrogação e que a falta do termo aditivo constitui vício de formalidade, que pode ser convalidado. A convalidação seria produzida pela assinatura e publicação do termo aditivo, ainda que posteriormente ao advento do prazo previsto no instrumento de contrato [...]" (grifei)**

Com efeito, o instrumento de contrato não cria o contrato, bem como o termo aditivo não cria a alteração. Nessa toada, o termo aditivo apenas irá formalizar a prorrogação que iria ser processada de todo modo, seguindo essa linha de raciocínio, fácil é concluir que a prorrogação não requer a necessidade de concordância de ambas as partes no contrato por escopo, visto que são contratos que formalizados ou não por termos aditivos deverão ser prorrogados.

Por isso, se existir um contrato por escopo com ocorrência de fato superveniente que leve à necessidade de prorrogação de prazo e esse não tenha sido processado por

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. Páginas 451/452.

meio de termo aditivo não é razoável que esse contrato seja extinto podendo, então, ser convalidado.

Sobre o assunto José dos Santos Carvalho Filho dispõe:

“A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte.

[...] A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos ex tunc, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.

[...]

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos [...]” (grifei)

Também a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 55 tratou do tema, nos seguintes termos:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Por este ângulo, vícios de forma, incluídos os aspectos formais dos procedimentos administrativos são convalidáveis, de mais a mais, a possibilidade de convalidação de um ato administrativo decorre do princípio da autotutela, sendo assim, a Administração possui o dever de rever seus atos irregulares para que possa restaurar a situação de regularidade do ato, observando-se, também, dessa forma, o princípio da legalidade.

Importantes lições sobre estas asserções fez Marcos Nóbrega¹⁰:

Diante de todo exposto, conclui-se que o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do ato administrativo - assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade - não serve ao Direito Administrativo atual. Este necessita de uma dogmática própria, em matéria de invalidação, permeável a regimes jurídicos elásticos e compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, atenta às complexidades dos problemas práticos e aos valores/interesses que deverão ser levados em conta.⁷⁴ Nesse sentido, substitui-se à legalidade tradicional pela noção de legalidade funcional.

¹⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos.** Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

As normas estatuídas pela nova Lei de Contratações Públicas, no que tange à teorização das invalidades, têm justamente esse objetivo. Orientar, induzir e até mesmo determinar que o administrador e o controlador ponderem sobre os interesses envolvidos, evitando que a invocação do princípio da legalidade seja realizada para amparar arbitrariedades.

[...]

A análise sobre invalidar ou preservar a conclusão da obra deve considerar duas questões complementares: 1) olhando exclusivamente para o volume de recursos adicionais para concluir e operar o projeto, bem como considerando os benefícios que ele trará, o projeto é viável econômica e financeiramente? 2) se a resposta à questão anterior for positiva, isto é, sendo viável econômica e financeiramente, faz sentido ser o setor público a financiar e/ou a realizar o restante do projeto?⁶¹ Paralisar uma obra pública implica, necessariamente, revisão ou cancelamento de contratos com projetistas, empreiteiras, montadoras, gerenciadoras, fabricantes de equipamentos etc. Isso desencadeia desequilíbrios econômico-financeiros às partes afetadas e provoca a proliferação de litígios judiciais (ou arbitrais) que acabam onerando bastante a Administração Pública e por um longo prazo.⁶² A existência de vício na licitação ou no contrato não pode ensejar automaticamente a suspensão ou interrupção da execução contratual, sob pena de trazer grande prejuízo à coletividade e à própria Administração Pública. Imperioso que se faça um juízo de ponderação levando-se em conta o equilíbrio dos interesses fragmentados/envolvidos, o que se materializa por meio do exame das evidências. Quando se paralisa abruptamente uma obra, por exemplo, deixa-se de fazer investimentos, de gerar empregos e de atender à demanda da sociedade em áreas essenciais como saúde, educação, transporte e segurança pública.

[...]

Já Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza, conforme o regime jurídico aplicável, os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis. Os atos inexistentes seriam os que se encontram no campo do impossível jurídico, ou seja, aqueles cujo comportamento consiste na prática de crimes que ofendam os direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade. A diferença entre os atos nulos e anuláveis, segundo ele, reside basicamente na possibilidade de convalidação, a qual só existe em relação aos atos anuláveis. Ademais, no curso de uma lide, a arguição do vício dos atos nulos pode ser feita pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz; nos atos anuláveis, tal arguição somente pode ser feita pelo interessado.³⁰

Prega-se, portanto, a utilização da convalidação com fundamento não somente no princípio da segurança jurídica, mas também nos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, uma vez que se pode entender que a atuação desproporcionada é atentatória ou contrária à boa-fé. Consoante Clarissa Sampaio Silva,³⁹ deve-se adotar a convalidação nas hipóteses em que atos vinculados criaram benefícios aos particulares, por constituir meio menos gravoso do que a invalidação e atingir idêntico fim, que é a recuperação da legalidade ferida.

Assim, se a falta do termo aditivo leva à possibilidade de convalidação do ato nos contratos por escopo possibilitar que nesse tipo de contrato seja utilizada a prorrogação automática como fez a Lei nº 14.133/2021 resulta não só em eficiência, mas também, na eficácia da atividade administrativa.

3. POSIÇÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E NO DIREITO COMPARADO

A importância da releitura do contrato por escopo foi retratada pelo Tribunal de Contas da União muito antes das previsões constantes da Lei nº 14.133/2021, como se pode ver nas manifestações abaixo citadas:

Tomada de Contas Especial originada da conversão de autos de Representação apurou dano ao erário na retomada das obras de construção de rodovia vicinal no município de Maranguape/CE, de responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs). Segundo o relator, "a irregularidade principal foi o reinício das obras em 21/8/2007 (paralisadas em 23/4/2002), com a utilização do projeto original de 2001, apesar de se ter conhecimento das significativas alterações ocorridas na região em virtude da construção de um açude e de uma agrovila. Essa inadequação gerou o rompimento de bueiros e outras passagens de água da rodovia". Realizado o contraditório, o relator consignou que tanto a unidade instrutiva quanto o Ministério Público junto ao TCU acreditavam ser possível a retomada da avença "por se tratar de contrato por escopo, cuja extinção ocorreria apenas com a conclusão do objeto". Nessa linha reproduziu o relator excertos de duas deliberações do Plenário, dentre as quais o Acórdão 5466/2011-Segunda Câmara, no qual é reproduzido trechos do voto condutor da Decisão 732/1999-Plenário, com o seguinte teor: "No entanto, ao meu ver, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção de contrato pelo término de seu prazo somente se opera nos ajustes celebrados por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado, o que não é o caso do contrato firmado pelo DER/MG, no qual a execução prévia é o seu objetivo principal. Dessa forma, não havendo motivos para a cessação prévia do ajuste, a extinção do contrato firmado com o DER/MG operar-se-ia apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração, o que ainda não ocorreu". Constatando a inexistência nos autos de notícias sobre a rescisão do ajuste, concluiu o relator que, para o caso em exame, "a reativação do contrato pode ser aceita como legítima, com o consequente acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis, tendo em vista a natureza do seu objeto e o fato de que, conforme as informações disponíveis, a suspensão da execução não foi causada pela contratada". Considerou, contudo, "indevida a utilização do projeto original, ignorando as alterações físicas consideráveis ocorridas na região antes da retomada das obras". Nesses termos, considerando a ausência de elementos suficientes para a quantificação do dano, o Plenário, acompanhando o voto do relator, julgou irregulares as contas dos responsáveis, aplicando-lhes a multa capitulada no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/92." Acórdão 1674/2014-Plenário, TC 033.123/2010-1, relator Ministro José Múcio Monteiro, 25.6.2014. (grifei)

[...] 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; Acórdão 1.740/2003-Plenário; Acórdão 1.980/2004-1ª Câmara; Acórdão 2.068/2004-Plenário; Acórdão 1.808/2008-Plenário; Acórdão 3.131/2010-Plenário; Acórdão 5.466/2011-2ª Câmara; e Acórdão 778/2012-Plenário; e Acórdão 1.674/2014-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.**

Contudo, como cabe à entidade repassadora garantir o cumprimento dos objetivos dos convênios que deram suporte a tais contratações, entendo ser mais pertinente determinar à Seduc/TO que submeta ao FNDE, para que este apresente ao TCU, o plano de ação para o término das obras, a fim de priorizar a aplicação dos recursos federais já repassados na conclusão do maior número possível de escolas e de indicar os prazos para a realização dos repasses remanescentes, incluindo as providências a cargo dos partícipes para o ajuste dos cronogramas e a formalização dos aditivos necessários, respeitadas as demais cláusulas e condições previstas nos aludidos ajustes.[...] Acórdão 127/2016 – Plenário – TCU (grifei)

Nota-se que os acórdãos acima abordaram tema relevante para o deslinde da questão naquele momento analisada, qual seja: o interesse público. Não há razoabilidade em se considerar extinto o contrato que seu objeto decorra de investimento estatal, o qual é considerado de interesse social relevante para a comunidade, em decorrência pura e simplesmente da falta de cobertura contratual, sem que, ao menos, se tenha configurada alguma falta grave capaz de macular a continuidade do contrato.

Ainda assim considerando o regime jurídico de nulidades adotado pela Lei nº 14.133/2021 restando configurado interesse público maior deve o contrato administrativo ser mantido, ainda que nulo. Veja que o art. 147 da lei referida repetindo o que já era previsto nas leis de diretrizes orçamentárias dispôs:

Art. 147. **Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público**, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. **Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.** (grifei)

É de salutar importância considerar que o interesse público nas mais diversas contratações está intrinsecamente relacionado à realização de determinado direito fundamental, cuja a titularidade é do Estado, visto que inviável a atribuição de sua titularidade aos particulares¹¹.

Na mesma linha Paulo Otero¹² em seu Manual de Direito Administrativo afirmou:

[...] **A definição do que seja o bem comum ou o interesse público a cargo da Administração Pública insere-se num processo de contínuas alterações resultantes das mutabilidades sociais e das responsabilidades que o Estado, em cada momento histórico, à luz da subsidiariedade, pretende assumir na satisfação das necessidades coletivas: o interesse público traduz uma opção política, sendo a sua definição condicionada pelo modelo ideológico refletido a nível político-económico.**

[...]

O interesse público é o fundamento, o limite e o critério do agir da Administração Pública. O interesse público desempenha o papel de 'farol orientador do desempenho público'.

¹¹ Relevante é considerar a exceção presente no art. 25, § 3º, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000: "Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.[...] §3º **Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.**" (grifei)

¹² OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016. Páginas 69-70.

Na prossecução do interesse público, a **Administração Pública tem sempre de se pautar por um critério decisório que visa alcançar o melhor interesse público, escolhendo os melhores meios, os meios mais convenientes ou adequados a habilitar uma solução ótima: o interesse público alicerça um dever de boa administração [...]** (grifei)

Ainda, pode-se encontrar no Código dos Contratos Públicos Português¹³ disciplina no sentido de que:

Art. 287, 2:

"As partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando razões de interesse público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: a) Não seja proibida por lei; b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato." (grifei)

Art. 336.º Negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais

"Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as partes têm a faculdade de fixar livremente o respectivo prazo de vigência e os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução, salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato." (grifei)

Nesse ponto de vista, para os contratos administrativos que tenham como objeto, por exemplo, obras o prazo de vigência refere-se ao período de duração do contrato, já o prazo de execução pode ser considerado como o tempo que é dado ao particular para executar o objeto da avença e, nesse último caso, cabe diferença entre os contratos de obras públicas e os que tenham natureza diversa. Não há como ser negado o fato de que nos contratos de obras públicas tem-se que a avença é firmada com o fim específico de que a obra seja entregue e nesse momento finalizado estará o objeto contratual inicialmente estabelecido.

Seguindo essa linha de raciocínio, no caso dos contratos de obra o prazo de execução será apenas para que haja demarcação do tempo estimado para que a contratada entregue a obra, justamente por ser considerado contrato por escopo, já no caso dos contratos que possuam natureza diversa o prazo de execução vai estar englobado no prazo de vigência, o qual deve ser suficiente para que o objeto seja finalizado.

Desse modo, no caso dos contratos de obra alcançado o prazo de execução deve-se verificar se o objeto pode ser entregue, caso não possa ser entregue, deve-se averiguar a ocorrência de mora ou não por parte da contratada ou da contratante. Ocorrendo mora por parte da contratada as consequentes sanções contratuais devem ser

¹³ MARTINS, Licínio Lopes. CORREIA, Jorge Alves. Coimbra. 2018. Gestlegal. Código dos Contratos Públicos. Páginas 175 e 202.

aplicadas, dentre as quais, está incluída, inclusive, a possibilidade de rescisão contratual dependendo da falta encontrada.

Entretanto, não necessariamente, o contrato será considerado executado e, portanto, extinto, logo, a prorrogação será consequência lógica, até mesmo porque não se faz necessário, nesse caso, que haja concordância das partes, como já destacado acima, assim, o acordo de vontades, nesse caso, foi externalizado quando o contrato foi firmado como contrato por escopo, sendo aditivo mera forma do ato, que pode ser convalidado, observadas as anotações anteriores.

Deve-se lembrar ainda que mesmo no regime do microsistema jurídico da Lei nº 8.666/1993 provavelmente no intuito de assegurar a continuidade da relação jurídica estabelecida nos contratos por escopo, nos quais torna-se difícil estabelecer um prazo imutável a referida norma no art. 57, § 1º, previu hipóteses que autorizam a prorrogação do prazo inicialmente acordado no contrato garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se não houver culpa do contratado nos atrasos provocados no cronograma das obras. *Verbis:*

“Art. 57. [...]”

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

- I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
- II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
- IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
- V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.”

Enfim, a Constituição da República atribuiu ao Estado o dever de prestar os serviços públicos (art. 175, **caput**), neles estando inseridos os serviços sociais, como, por exemplo, a obra para construção de uma escola, que irá resultar no atendimento aos direitos sociais (art. 6º da Constituição Federal). Quando em decorrência da falta de cobertura contratual é impossibilitado o atendimento ao direito fundamental garantido constitucionalmente a Administração Pública deixa de exercer a atividade a que se propôs, que deve estar pautada no atendimento à utilidade pública.

4. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA DOCTRINA APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AOS CONVÊNIOS

Ante o que foi até esse ponto exposto a grande questão que se coloca é saber se a doutrina aplicável aos contratos administrativos também pode ser aplicada aos convênios.

A diferença amplamente apontada pela doutrina entre os contratos administrativos e os convênios reside basicamente no fato de que nos convênios os objetivos são recíprocos e a cooperação mútua, já no contrato, o interesse das partes são contrapostos, visto que para a Administração o objetivo é a realização do objeto do contrato e para o particular, interessa o seu pagamento. Posto isso, pergunta-se: Essa diferença por si só pode resultar no entendimento de que nos convênios findo seu prazo de vigência o instrumento poderia ser considerado extinto, bem como o contrato administrativo dele resultante?

Para o deslinde da questão suprarreferida torna-se necessário entender que existem duas relações jurídicas que se formam quando se utiliza o convênio como instrumento de repasse de recursos financeiros para que o Estado ou Município execute determinada política pública, no nosso exemplo, convênio para execução de obra, existirá a relação jurídica do ente repassador do recurso, a União ou sua mandatária (contrato de repasse), e o recebedor, Estado ou Município e uma outra entre o Estado ou Município e a empresa contratada para executar a obra. Vê-se, portanto, claramente que as relações são distintas.

No caso da relação jurídica formada entre o Estado ou Município e a empresa contratada para executar a obra toda a doutrina defendida nesse arrazoado para os contratos administrativos por escopo será aplicada. Ocorre que, se eu passo a considerar, aplicando a doutrina dos contratos administrativos aqui defendida, que o contrato administrativo será automaticamente prorrogado, logo, não existe razoabilidade para não considerar que o prazo de vigência estabelecido no convênio também não o seja, haja vista que o recurso a ser repassado por meio do convênio é fundamental para a conclusão do objeto, dos dois instrumentos, diga-se de passagem.

Soma-se a tudo isso o fato de que no convênio os interesses são recíprocos, ou seja, não há interesses contrapostos, a intenção das partes no convênio é que a política pública seja realizada, então, mais razoável ainda considerar que se o convênio tiver como decorrência dele necessariamente um contrato por escopo ele deve ser

considerado prorrogado automaticamente ante a impossibilidade de cumprimento do prazo de execução, sem prejuízo da apuração das responsabilidades devidas.

Ocorre que, no que se refere à necessidade ou não em ser formalizado aditivo para prorrogação do prazo de vigência seja do convênio, seja do contrato, independentemente de ser contrato por escopo ou não, a Advocacia-geral da União por meio do PARECER Nº 133/2011/DECOR/AGU sob a égide do microsistema jurídico da Lei nº 8.666/1993 sedimentou entendimento no sentido de que “[...] 42. caso o termo final do prazo de vigência esteja para ser atingido e a Administração e o contratado pretendam estendê-lo, é necessário formalizar a prorrogação [...]”. Também a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União Nº 03, de 1º de abril de 2009, dispôs no mesmo sentido, senão vejamos:

“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.”

À vista disso, nota-se que o entendimento vigente da Advocacia-Geral da União é no sentido de que necessariamente deverá ser formalizado termo aditivo dentro do prazo de vigência seja do contrato, seja do convênio, para que produza efeitos jurídicos a prorrogação do prazo de vigência dos ajustes mencionados, essa posição deve ser revista em decorrência do microsistema jurídico de contratação pública inaugurado pela Lei nº 14.133/202, como demonstrado ao longo deste artigo, portanto, inegável que deve ser feita uma releitura do contrato por escopo mais próximo da atual realidade social e da Administração Pública complexa e gerencial que o marco legal referido tem como diretriz.

5. CONCLUSÃO

A agência Senado noticiou em 10.06.2022 o que segue:

De 30 mil contratos financiados pelo FNDE desde 2007, mais de 3,6 mil estão inacabados ou paralisados — o que equivale a 12% do total. Considerando apenas as 2,5 mil obras classificadas como inacabadas, o órgão desembolsou pelo menos R\$ 1,2 bilhão até 2019. Desses projetos, 352 nem sequer chegaram a começar. O diretor de Gestão Articulação e Projetos Educacionais do FNDE, Gabriel Vilar, participou de um debate com os senadores e alertou para a gravidade da situação.

[...]

As creches representam apenas uma pequena fração do problema. Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), o Brasil tem mais de 14 mil obras inacabadas, em contratos que somam R\$ 144 bilhões. São escolas, hospitais, pontes, praças, estradas, ciclovias, quadras esportivas, mercados públicos, abrigos, casas populares, aterros sanitários, sistemas de saneamento e urbanização, terminais de passageiros e uma infinidade de outros empreendimentos esquecidos num limbo

aparentemente insuperável — mas incrivelmente dispendioso. Se houvesse uma rubrica específica no Orçamento para cobrir as despesas com obras paradas, a dotação seria maior do que toda a verba dos Ministérios da Educação (R\$ 113,7 bilhões) e da Defesa (R\$ 112,6 bilhões).

[...]

No ano passado, a Corte de Contas promoveu uma nova investigação para monitorar a situação das obras inacabadas de 2019. O resultado foi aparentemente promissor: de 27 mil contratos analisados, apenas 7 mil estavam parados — metade do estoque de 14 mil obras encontradas dois anos antes.

No entanto, os auditores se depararam com um fato estarrecedor: informações sobre 11 mil contratos financiados pela União simplesmente desapareceram dos bancos de dados oficiais. O TCU chamou a atenção para “as significativas discrepâncias” e para “o risco” provocado pela supressão do conteúdo. Para a Corte de Contas, a comparação com o cenário de 2019 ficou comprometida.

O que se espera é que notícias como a acima não sejam mais disseminadas considerando o regime inaugurado pelo marco legal das contratações públicas, o qual no que se refere às nulidades, que foi direcionada para que seja conferida análise prévia da existência do interesse público envolvido no contrato que se pretende nulo, “impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos” alinhado ao entendimento de que não se faz necessário no contrato por escopo termo aditivo, até mesmo porque nesse tipo de contrato a prorrogação como se demonstrou ao longo deste arrazoado é processada de forma automática, o que não retira, diga-se de passagem, para efeito de controle da própria Administração, do administrado e dos órgãos de controle que atingido o prazo inicial previsto para a execução do contrato seja realizada análise antes de ser processada a prorrogação sobre a existência de culpa do contratado, nem o registro nos autos do elastecimento do prazo, alteração do cronograma de execução etc.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

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

MARTINS, Licínio Lopes. CORREIA, Jorge Alves. Coimbra. 2018. Gestlegal. **Código dos Contratos Públicos**.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.