



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 133 /2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO: 00400.014816/2010-98
INTERESSADO: NAJ/MG
ASSUNTO: Nota nº AGU/CGU/NAJ/MG-0371/2010-PPM. Procedimento de uniformização. Contrato administrativo por escopo ou por objeto. Distinção entre prazo de execução e prazo de vigência.

1. Propostas de Orientações Normativas apresentadas pela Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais para uniformização de entendimento.
2. Os contratos administrativos são classificados segundo diversos critérios, um dos quais depende da natureza do prazo de duração do contrato. Por esse critério, o contrato administrativo poderá ser a termo ou por escopo.
3. Os contratos por escopo impõem ao contratado o dever de realizar uma conduta específica e definida. Caso advenha o termo final do contrato e o objeto não tenha sido concluído por culpa do contratado, poder-se-á optar, visando à melhor forma de atingir o interesse público, pela aplicação das sanções decorrentes da mora ou pela rescisão do contrato.
4. O não cumprimento do objeto do contrato no prazo estipulado deve ser excepcional, pois este foi inicialmente fixado tendo-se em mente o interesse público na execução do contrato.
5. O prazo de execução não se confunde com o prazo de vigência do contrato. Este corresponde ao prazo previsto para as partes cumprirem as prestações que lhes incumbem, enquanto aquele é o tempo determinado para que o contratado execute o seu objeto.
6. Deverá haver previsão contratual dos dois prazos: tanto o de vigência quanto o de execução, pois não se admite contrato com prazo indeterminado e o interesse público exige que haja previsão de fim tanto para a execução do objeto quanto para que a Administração cumpra a sua prestação na avença.
7. 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, que, se cabível, deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada, por meio de termo aditivo aprovado pela assessoria jurídica, pela autoridade competente para celebrar o contrato.
8. A vigência dos contratos cuja duração deve ser adstrita à vigência dos créditos orçamentários pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam empenhadas até 31 de dezembro do mesmo exercício financeiro, permitindo-se, assim, sua inscrição em Restos a Pagar.

Senhora Coordenadora-Geral,

- 1 -



A Consultoria Jurídica da União¹ em Minas Gerais enviou cópia da NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG – 0371/2010-PPM, que teve por objetivo uniformizar entendimento acerca das seguintes questões:

“CONTRATO DE ESCOPO OU “POR OBJETO”. Vigência: Efeitos extintivos ou moratórios? Prazo de execução X prazo de vigência. Há necessidade de distinção? O vencimento do prazo de “vigência” implica na rescisão automática dos contratos de escopo, mesmo quando a medida é prejudicial ao interesse público? É possível a prorrogação de contrato de escopo, mediante o estabelecimento de novo prazo de execução, após caracterizada a mora da contratada?” (fl. 02).

2. Em resposta às indagações citadas, a NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG – 0371/2010- PPM apresentou as seguintes conclusões:

- a) é imprescindível a distinção entre os prazos de execução e de vigência nos contratos de escopo;
- b) o prazo de execução só pode ser prorrogado nas hipóteses enumeradas no § 1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93. No caso de culpa exclusiva do contratado pelo atraso na entrega do objeto, o prazo de execução está expirado e não pode ser prorrogado;
- c) não é adequado fixar no instrumento de um contrato de escopo um prazo de vigência expresso em data, mas apenas um prazo de execução. Caso conste um prazo de vigência o mesmo possuirá efeitos meramente moratórios, mas a duração do contrato deve respeitar a vigência dos respectivos créditos orçamentários (máximo 31 de dezembro do exercício subsequente ao do empenho da despesa);
- d) é desnecessária a formalização de termo aditivo para a prorrogação do prazo de vigência eventualmente fixado no contrato;
- e) o entendimento técnico-jurídico mais adequado sobre os efeitos do prazo de vigência não está em sintonia com a jurisprudência mais recente do TCU, sendo temerário, no momento, recomendar aos órgãos assessorados a adoção de todas as conclusões acima;
- f) é admissível que o NAJ/MG adote, desde já, o entendimento acerca da regularidade da contratação de fornecimento/serviço cujo prazo de entrega/execução ultrapasse o exercício financeiro de empenho da despesa, desde que, obviamente, exista a disponibilidade de caixa suficiente para a inscrição da despesa em restos a pagar” (fls. 25/26).

3. Aprovando a Nota que apresentou as conclusões acima transcritas, o Consultor Jurídico sugeriu a seguinte redação para as duas Orientações Normativas propostas sobre o tema:

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE ESCOPO – DISTINÇÃO ENTRE PRAZO DE EXECUÇÃO E PRAZO DE VIGÊNCIA – PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE EXECUÇÃO – VIGÊNCIA ATRELADA À CONCLUSÃO DO OBJETO.

1. Caracteriza-se como contrato de escopo aquele no qual o prazo de vigência não constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado (Ex: Contratação de obra

¹ Anteriormente denominada “Núcleo de Assessoramento Jurídico”. Alteração feita pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, publicado no Diário Oficial da União em 14/12/2010.

- sob o regime de empreitada integral ou por preço global, aquisição de bem ou prestação de serviços com previsão de entrega imediata e por uma só vez, contratos sem caráter de continuidade, que não se prestam a atender às necessidades diárias rotineiras do contratante).
2. Os prazos de execução e de vigência nos contratos administrativos de escopo não se confundem.
 3. O prazo de execução só pode ser prorrogado nas hipóteses enumeradas no § 1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93. No caso de culpa exclusiva do contratado pelo atraso na entrega do objeto o prazo de execução está expirado e não pode ser prorrogado, sendo possível a continuidade da execução do objeto com a constituição do contratado em mora.
 4. O prazo de vigência é atrelado ao exaurimento do objeto da contratação, não sendo adequado fixar no instrumento de contrato de escopo prazo de vigência expresse em data, pois a extinção do contrato opera-se apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração.

EXECUÇÃO CONTRATUAL ALÉM DO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE EMPENHO – INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR.

1. Embora o exercício financeiro, a princípio, coincida com o ano civil, pertencem ao exercício financeiro respectivo as despesas nele legalmente empenhadas. O pagamento dos “restos a pagar” (despesas empenhadas mas não pagas até 31/12) é garantido pelas disponibilidades financeiras existentes e oriundas do exercício já encerrado, elastecendo a vigência dos créditos orçamentários até 31 de dezembro do ano subsequente, nos termos do parágrafo único, do art. 68, do Decreto nº 93.872/86, pois após tal data a inscrição de restos a pagar do exercício anterior é cancelada.
 2. Admite-se a contratação de fornecimento/serviço cujo prazo de entrega/execução ultrapasse o dia 31 de dezembro do ano da contratação, desde que haja o empenho integral da despesa no exercício financeiro em que ocorrer a contratação, possibilitando o seu pagamento no exercício subsequente pela inscrição da despesa em restos a pagar.
4. Por fim, a Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais enviou a referida Nota a este DECOR/CGU para que:
- a) tenha ciência da controvérsia acerca dos efeitos do prazo de vigência nos contratos administrativos por escopo e, se entender relevante, defina o melhor posicionamento sobre o tema;
 - b) firme entendimento sobre a questão relativa à regularidade da inscrição corriqueira de despesas como restos a pagar, em razão de aparente divergência entre o entendimento exposto na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 325/2008 – JGAS e recentes decisões do TCU;
 - c) analise a proposta de adoção das Orientações Normativas acima mencionadas.
5. Por se tratar de questão relevante que atinge toda a Administração Pública Federal e de proposta de edição de Orientações Normativas, foram enviados Memorandos aos então denominados Núcleos de Assessoramento Jurídico e às Consultorias Jurídicas solicitando manifestação sobre o tema em debate, com o objetivo de subsidiar o pronunciamento desta Consultoria-Geral da União (fl. 39).
6. É o relatório. Passo a opinar.





- II -

7. Inicialmente, cumpre destacar que a competência deste DECOR para responder à consulta encontra previsão no Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, *verbis*:

Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete:

- I – orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:
 - a) uniformização da jurisprudência administrativa;
 - b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e
 - c) prevenção de litígios de natureza jurídica.
- (...)

8. A NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG – 0371/2010-PPM apresentou relevante questionamento acerca de tema sobre o qual há divergência interna naquele Núcleo. Após o recebimento de manifestações de diversos órgãos de assessoramento jurídico, constata-se que o tema não tem tratamento unânime dentro da Advocacia-Geral da União, apesar de a grande maioria desses órgãos adotar posicionamentos semelhantes entre si e de acordo com as Orientações Normativas propostas pela Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais.

9. Revela-se oportuno, portanto, o pronunciamento deste Departamento sobre o assunto.

- III -

10. Para a primeira proposta de Orientação Normativa foi sugerida a seguinte redação:

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE ESCOPO – DISTINÇÃO ENTRE PRAZO DE EXECUÇÃO E PRAZO DE VIGÊNCIA – PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE EXECUÇÃO – VIGÊNCIA ATRELADA À CONCLUSÃO DO OBJETO.

1. Caracteriza-se como contrato de escopo aquele no qual o prazo de vigência não constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado (Ex: Contratação de obra sob o regime de empreitada integral ou por preço global, aquisição de bem ou prestação de serviços com previsão de entrega imediata e por uma só vez, contratos sem caráter de continuidade, que não se prestam a atender às necessidades diárias rotineiras do contratante).
2. Os prazos de execução e de vigência nos contratos administrativos de escopo não se confundem.

Au



3. O prazo de execução só pode ser prorrogado nas hipóteses enumeradas no § 1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93. No caso de culpa exclusiva do contratado pelo atraso na entrega do objeto o prazo de execução está expirado e não pode ser prorrogado, sendo possível a continuidade da execução do objeto com a constituição do contratado em mora.
4. O prazo de vigência é atrelado ao exaurimento do objeto da contratação, não sendo adequado fixar no instrumento de contrato de escopo prazo de vigência expresso em data, pois a extinção do contrato opera-se apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração.

11. A ON proposta trata, portanto, da definição de contratos administrativos por escopo, da diferença entre prazo de vigência e prazo de execução nesses contratos, da possibilidade de prorrogação do prazo de execução e da relação entre o prazo de vigência e a conclusão do objeto pelo contratado.

12. Contratos administrativos são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público². São firmados, em regra, como resultado de procedimento licitatório em que tenha sido selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração e, de acordo com o objeto contratado, podem ser de obras, serviços, compras, alienações ou locações.

13. Os contratos administrativos podem ser extintos por diversas formas, sendo que as mais naturais e esperadas são o escoamento do prazo de cumprimento e a própria extinção do objeto contratual como resultado do adimplemento das obrigações das partes contratantes, diferenciação que identifica, respectivamente, o contrato a termo e o contrato por escopo.

14. Assim, os contratos administrativos são classificados segundo diversos critérios, um dos quais depende do objeto contratado, o que resultará nas diferentes formas como o contrato pode ser extinto. Por esse critério, o contrato administrativo poderá ser a termo ou por escopo.

15. 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 a 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

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo; Editora Atlas, 2008. p. 237.

*objeto, como ocorre na concessão de serviço público*³. Nos contratos a termo, o termo final do prazo de vigência e o fim da obrigação coincidem.

16. Já nos contratos por escopo – como, por exemplo, o de edificação de um prédio –, o natural é que a extinção contratual se verifique quando alcançado o seu objeto, *“uma vez que a finalidade da contratação é a realização do escopo contratado”*⁴. Nesses casos, o termo final do prazo e o fim da obrigação podem não coincidir, pois a obrigação pode ser cumprida antes do último dia do prazo ou o prazo estimado para o seu cumprimento pode terminar e o escopo (a obra, por exemplo), não estar concluído.

17. Nas palavras de Diógenes Gasparini: *“A execução do objeto, com conseqüentes entrega pelo contratado e recebimento pela Administração contratante, compõe, portanto, a principal causa de extinção do contrato administrativo, como é de outros ajustes”*⁵. 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.

18. Nesse sentido:

*“A Administração Pública comumente necessita de obras (pontes, edifícios, estradas), de serviços (pintura de prédio, auditorias, peças jurídicas) e de bens (veículos, alimentos). Para conseguir uns e outros celebra, mediante licitação ou diretamente com o seu escolhido, os respectivos contratos com quem, quase sempre um particular, possa atender-lhe. Concluído o objeto pelo contratado e recebido pela Administração Pública, extingue-se o contrato, independentemente de qualquer formalidade. Com efeito, se o contrato foi firmado em função do desejado pela Administração e essa pretensão foi plenamente satisfeita, não há razão para a continuidade do contrato”*⁶.

19. Dessa diferenciação entre contratos a termo e contratos por escopo conclui-se que os requisitos necessários para a constatação do adimplemento da parte contratada dependerão do tipo de contrato firmado.

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 contrato⁷.

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

³ Hely Lopes Melrelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição, São Paulo; Malheiros, 2004. pp. 228/229.

⁴ Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de. *As Contratações Administrativas por Escopo e suas Peculiaridades*. In: *Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2004. p. 303.

⁵ *Extinção, sustação e suspensão do contrato administrativo*. In: *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba: Zênite, n. 200, p. 1038, out. 2010, seção Doutrina.

⁶ *Ibidem*. p. 1042.

⁷ Figueiredo, Lucia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo; Malheiros, 1998. p. 24.



contrato sem que o contratado tenha concluído o objeto por sua culpa, caracteriza-se a inadimplência contratual.

22. Segundo ensina Lucia Valle 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"⁸.

23. Desse modo, o contrato por escopo se extingue com a conclusão de seu objeto⁹, 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 cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante (...)*"¹⁰.

24. Em outras palavras, "*celebrando-se um contrato para que determinado objeto seja executado, executado este, cumprido estará o contrato*"¹¹. 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.

26. Segundo a primeira das propostas de orientação normativa da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, o prazo contratualmente estabelecido no contrato de escopo serviria apenas para a demarcação do tempo concedido ao contratado para a implementação de seu objeto. De fato, o vencimento do prazo de execução não extingue o contrato automaticamente, tal como ocorre nos contratos por prazo, mas suscita, apenas,

⁸ Ibidem, p. 25.

⁹ Hely Lopes Meirelles. Op. cit., pp. 228/229.

¹⁰ Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª edição. São Paulo; Dialética, 2005, pp. 502/503.

¹¹ Figueiredo, Lucia Valle. Op. cit., p. 31.

A

o exame da ocorrência ou não da mora do contratado no cumprimento de suas obrigações, com consequente aplicação das sanções contratuais.

27. No mesmo sentido:

"Contrato por escopo é aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para a Administração o objeto contratado. Daí que o tempo não importa o encerramento das obrigações. O tempo apenas caracteriza ou não a mora do contratado. Por exemplo, a Administração contrata alguém para construir um prédio de três andares, prevendo prazo de execução de seis meses. Se o contratado não constrói o prédio em seis meses, ele está em mora. Mas, isso não significa que, ao cabo de seis meses, o contrato está extinto e que as obrigações enfeixadas nele também. O descumprimento do prazo de execução de seis meses caracteriza a mora do contratado. Como ele não executou o objeto do contrato no prazo avençado, ele incorre em mora. No entanto, até que ele execute e até que a Administração, depois de executado, pague o que é devido, o contrato é vigente"¹².

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 o 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*"¹³. 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 para 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.

30. No mesmo sentido:

"(...) o contrato é vigente a partir do momento em que ele está apto a produzir efeitos. Ele deixa de ser vigente quando não está mais apto a produzir efeitos, quando as partes já cumpriram as suas obrigações. Isso significa que o prazo de vigência estende-se do momento em que o contrato está apto a produzir efeitos até o momento em que as partes cumprem as suas obrigações.

Prazo de execução é o tempo determinado no contrato para que o contratado execute o seu objeto. Ora, o contratado deve executar uma prestação. O prazo de execução é o prazo de que ele dispõe para executá-la.

O prazo de execução normalmente não se confunde com o prazo de vigência. Isso porque, via de regra, o contratado executa o seu objeto, cumpre a sua obrigação, e a Administração, contratante, dispõe de outro prazo para receber o objeto e realizar o pagamento. A Administração somente cumpre sua obrigação quando realiza o pagamento. Enquanto ela não paga, há obrigações pendentes e o contrato continua vigente. Por via de consequência, cabe afirmar que o prazo de vigência é usualmente mais longo do que o prazo de execução. Como salientado, a execução do objeto por parte do contratado não encerra a vigência

¹² Niebuhr, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba; Zênite, 2008. p. 453.

¹³ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 502.



se ainda há obrigações a serem cumpridas pela outra parte, isto é, se a outra parte ainda deve realizar o pagamento¹⁴.

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.

32. Registre-se que as hipóteses de prorrogação de prazo previstas no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 não incluem situação em que o não cumprimento do contrato se dá por culpa do contratado. Pelo contrário, as hipóteses tratam apenas de situações em que o não cumprimento do prazo resulta de fato do príncipe, fato da administração, aplicação da teoria da imprevisão e fato de terceiro¹⁵, como se constata de sua leitura:

§ 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.

33. No mesmo sentido:

"Veja-se que todas as hipóteses versadas pelos incisos que compõem o § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 pressupõem fatos que ocorrem independentemente da vontade ou da culpa do contratado. Trata-se de fatos ocorridos por força da Administração, do comportamento comissivo ou omissivo dela, fatos de terceiros ou mesmo de Estado, como ocorre com o fato do príncipe"¹⁶.

¹⁴ Niebuhr, Joel de Menezes. Op. cit., p. 452.

¹⁵ Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6ª edição. Rio de Janeiro; Renovar, 2003. p. 595.

¹⁶ Niebuhr, Joel de Menezes. Op. cit., p. 467.



34. Dessa forma, fatos do contratado não foram incluídos no rol de aplicação desse artigo.

35. Entendimento contrário levaria à conclusão de que a hipótese de atraso na execução do contrato por mora do contratado deveria resultar diretamente na rescisão do contrato como prevista no inciso III do artigo 78 da Lei nº 8.666/93. Adotando-se esse raciocínio, porém, após a rescisão do contrato, sem que o objeto tenha sido executado, a Administração deveria proceder à instauração de novo procedimento licitatório, o que atrasaria ainda mais a conclusão do objeto. Alternativamente, poderia ser superada a exigência de novo procedimento licitatório para se permitir a contratação direta pelo inciso XI do artigo 24 da mesma lei, firmando a Administração novo contrato com outra pessoa, nas mesmas condições do contrato anterior, inclusive em questão de preço, devidamente corrigido. Ou seja, a despesa seria, no mínimo, igual à do contrato anterior.

36. No entanto, a rescisão do contrato nesse caso pode não ser a melhor solução, pois pode significar o retardamento ainda maior a execução do objeto do contrato, resultando na insatisfação do atendimento do interesse público, e, possivelmente, redundando em prejuízo para a Administração, devido ao aumento da despesa inicialmente prevista.

37. Na opinião de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“(..) acentue-se que nos contratos por objeto – como o de empreitada de obra pública – a interrupção da execução, com a substituição da contratada, apresenta relevante grau de dificuldade, podendo trazer sérios prejuízos para a Administração. Isso porque, nesses contratos, a interrupção da prestação significa um obstáculo frequentemente intransponível a que se atinja o resultado. Assim, a rescisão do contrato nos casos em que o prazo se esgotou, mas o objeto não foi concluído, quase sempre é a pior solução”¹⁷.

38. Seguindo o mesmo entendimento:

“Se houver relativa inadimplência, por hipótese, mora no cumprimento das obrigações contratuais, - mora, esta, capaz de ser sanada -, não deverá haver rescisão, mas sim sanção pecuniária”¹⁸.

39. Por essas razões, a melhor solução no caso concreto pode ser a aplicação das sanções previstas em lei sobre o contratado que incorre em mora contratual ou, se for o caso, pode ser a própria rescisão do contrato. A escolha deverá ser pautada tendo-se em vista a execução do objeto contratual e a forma como melhor será atendido o interesse público.

40. É importante destacar que deverá haver previsão contratual dos dois prazos: tanto o de vigência¹⁹ quanto o de execução, pois não se admite contrato com prazo

¹⁷ *Licitação e Contrato Administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte; Fórum, 2006, p. 151.

¹⁸ Figueiredo, Lucia Valle. Op. cit., p. 40.



indeterminado²⁰ 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.

41. Assim, por um lado, caso o termo final do prazo de execução seja atingido sem que o contratado tenha cumprido com sua obrigação por culpa sua, poder-se-á optar, visando à melhor forma de atingir o interesse público, pela aplicação das sanções decorrentes da mora ou pela rescisão do contrato, com base no inciso I do artigo 79 da Lei nº 8.666/93.

42. Por outro lado, 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 prorrogação²¹. Esta, se cabível, deve ter previsão no instrumento contratual e ser motivada, indicando-se os fatos e os dispositivos legais que lhe servem de fundamento, para fins de controle e transparência, e deve ser autorizada, por meio de termo aditivo devidamente aprovado pela assessoria jurídica, pela autoridade competente para celebrar o contrato. Conforme preceitua o § 2º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, "*toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato*".

43. Nesse sentido:

"(...), a prorrogação deve ser formalizada por meio de aditivo, por ser uma espécie de alteração contratual. Esse aditivo, na forma do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, deve ser aprovado previamente pela assessoria jurídica"²².

44. Entretanto, é preciso advertir para o caráter excepcional que deve revestir o não cumprimento do contrato no prazo previamente fixado. Como adverte José Cretella Júnior:

¹⁹ No mesmo sentido é o enunciado nº 191 do Tribunal de Contas da União, incluído no manual de orientação "*Obras Públicas – Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas do Tribunal de Contas da União*", verbis: "*Torna-se, em princípio, indispensável a fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, não havendo, entretanto, obstáculo jurídico à devolução de prazo, quando a Administração mesma concorre, em virtude da própria natureza do avençado, para interrupção da sua execução pelo contratante*".

²⁰ Artigo 57, § 3º da Lei nº 8.666/93. Além disso, ante a eventual necessidade de prorrogação do prazo, isso somente será possível se houver um prazo de vigência fixado, pois não se admite a prorrogação fora dos limites temporais da vigência da contratação.

Registre-se que Joel de Menezes Niebuhr entende que o § 3º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 refere-se ao prazo de execução do contrato, e não ao prazo de vigência, apesar do dispositivo expressamente prever que "*é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado*". Segundo o referido autor, a expressão utilizada é fruto de má técnica legislativa, pois a Administração determina o prazo de que dispõe o contratado para cumprir a sua obrigação principal, mas não determina o prazo de que ela própria dispõe para receber o objeto do contrato e realizar o pagamento. Em suas palavras: "*Sucedede que é muito difícil dispor precisamente do prazo de vigência, isto é, o momento exato em que a Administração irá realizar o pagamento e, portanto, extinguir a vigência do contrato. Esse prazo, de regra, não é expresso nos contratos e, pois, pode-se dizer, é indeterminado*" (Ibidem, pp. 468/469).

²¹ Segundo Hely Lopes Meirelles. "*A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato. O contrato extinto não se prorroga nem se renova, exigindo novo ajuste para a continuação das obras, serviços ou fornecimentos anteriormente contratados*" (Ibidem, pp. 228/229).

²² Niebuhr, Joel de Menezes. Op. cit., p. 468.

Ar



“O prazo de vigência do contrato celebrado pela Administração com o particular é sempre determinado, sendo vedado expressamente o contrato com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3º); é admissível, porém, a prorrogação de prazo, em algumas hipóteses, a critério do poder público, discricionariamente, caso em que a exceção prorrogatória deverá ser motivada, por escrito, e previamente autorizada pela autoridade competente. Trata-se, pois, de mera prorrogação e não de contrato indefinido, hipótese bem diferente, que conferiria privilégio ao particular contratante, excluindo os demais”²³.

45. Com efeito, o termo final do contrato foi estipulado tendo em vista a necessidade de conclusão do objeto e a viabilidade do prazo. Caso não venha o contrato a ser extinto no prazo previamente fixado, devem-se averiguar as responsabilidades pela falta, que podem ou não ser do contratado. Cuida-se, aqui, de análise do não cumprimento do prazo por culpa do contratado. Caso o não cumprimento do prazo se dê sem que possa ser imputada a responsabilidade ao contratado, aplicam-se as regras de prorrogação dispostas no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, acima transcrito.

46. Pelo que foi explicado, é possível elaborar algumas conclusões sobre a primeira proposta de ON formulada.

1. *Caracteriza-se como contrato de escopo aquele no qual o prazo de vigência não constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado (Ex: Contratação de obra sob o regime de empreitada integral ou por preço global, aquisição de bem ou prestação de serviços com previsão de entrega imediata e por uma só vez, contratos sem caráter de continuidade, que não se prestam a atender às necessidades diárias rotineiras do contratante).*

47. O contrato por escopo é definido como tipo de contrato administrativo em que se contrata um objeto determinado – como, por exemplo, a execução de uma obra – e se extingue com a própria execução do objeto. Em outras palavras, no contrato por escopo a execução não se prolonga no tempo, mas se dá de forma instantânea, uma vez cumprido o seu objeto. Distingue-se do contrato a termo, no qual a finalidade do contrato é a execução de um objeto durante determinado tempo – como, por exemplo, o de prestação de um serviço – e se extingue com a expiração do prazo contratado para sua execução.

48. Como consequência dessa classificação, o prazo de vigência do contrato por escopo não delimita o momento em que o objeto deve ser executado, o que corresponde ao prazo de execução do contrato, mas sim o prazo previsto para as partes cumprirem as prestações que lhes incumbem.

2. *Os prazos de execução e de vigência nos contratos administrativos de escopo não se confundem.*

²³ Das licitações públicas (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Rio de Janeiro; Revista Forense, 1999. p. 338. Destaque acrescido.



49. Como explicado, o prazo de vigência corresponde ao prazo de que as partes dispõem para cumprir suas obrigações contratuais, enquanto o prazo de execução é o tempo fixado no contrato para que o contratado execute o seu objeto.

50. Nos contratos a termo, o prazo de vigência e o prazo de execução se confundem, pois o contratado deve cumprir sua obrigação por determinado período, findo o qual o próprio contrato é extinto.

51. Já nos contratos de escopo, o prazo de que o contratado dispõe para executar o objeto do contrato não corresponde exatamente ao prazo de vigência, pois a não execução do objeto no prazo previsto não necessariamente encerra o contrato, podendo-se optar, tendo em vista a melhor forma de atingir o interesse público, pela aplicação das sanções decorrentes da mora, caso esta tenha decorrido de culpa do contratado.

3. O prazo de execução só pode ser prorrogado nas hipóteses enumeradas no § 1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93. No caso de culpa exclusiva do contratado pelo atraso na entrega do objeto o prazo de execução está expirado e não pode ser prorrogado, sendo possível a continuidade da execução do objeto com a constituição do contratado em mora.

52. As hipóteses previstas no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 para prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega pressupõem motivos que independem de culpa do contratado e são resultado de fato do príncipe, fato da administração, aplicação da teoria da imprevisão ou fato de terceiro.

53. No caso de culpa exclusiva do contratado pela não execução do objeto no prazo contratado, pode ser que a melhor forma de atingir o interesse público seja com a aplicação das sanções legais decorrentes da mora, sem que seja preciso rescindir o ajuste.

4. O prazo de vigência é atrelado ao exaurimento do objeto da contratação, não sendo adequado fixar no instrumento de contrato de escopo prazo de vigência expresso em data, pois a extinção do contrato opera-se apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração.

54. O prazo de vigência do ajuste deve ser previsto no instrumento contratual, pois não se admite contrato com prazo indeterminado. O ideal e esperado nos contratos por escopo é que o contratado execute o objeto no prazo de execução previsto e o contrato seja extinto dentro do prazo de vigência preestabelecido. Contudo, 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, que, se cabível, deverá ser

A



Justificada por escrito e previamente autorizada, por meio de termo aditivo aprovado pela assessoria jurídica, pela autoridade competente para celebrar o contrato.

- IV -

55. Quanto à segunda proposta de Orientação Normativa, foi sugerida a seguinte redação:

EXECUÇÃO CONTRATUAL ALÉM DO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE EMPENHO – INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR.

1. Embora o exercício financeiro, a princípio, coincida com o ano civil, pertencem ao exercício financeiro respectivo as despesas nele legalmente empenhadas. O pagamento dos "restos a pagar" (despesas empenhadas mas não pagas até 31/12) é garantido pelas disponibilidades financeiras existentes e oriundas do exercício já encerrado, elidindo a vigência dos créditos orçamentários até 31 de dezembro do ano subsequente, nos termos do parágrafo único, do art. 68, do Decreto nº 93.872/86, pois após tal data a inscrição de restos a pagar do exercício anterior é cancelada.
2. Admite-se a contratação de fornecimento/serviço cujo prazo de entrega/execução ultrapasse o dia 31 de dezembro do ano da contratação, desde que haja o empenho integral da despesa no exercício financeiro em que ocorrer a contratação, possibilitando o seu pagamento no exercício subsequente pela inscrição da despesa em restos a pagar.

56. A ON proposta trata, portanto, da possibilidade de inscrição de despesa em Restos a Pagar e suas características.

57. Segundo o *caput* do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, a duração dos contratos administrativos deve ser adstrita à vigência dos créditos orçamentários, com exceção das hipóteses previstas nos incisos do mesmo artigo. O período de vigência dos créditos orçamentários coincide com o ano civil, logo, abrange o interregno que se estende de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Essa previsão decorre da necessidade de que a duração dos contratos administrativos se harmonize com a vedação constitucional de início de programas e projetos não previstos na lei orçamentária anual. Com isso, garante-se que todo contrato administrativo tenha apoio orçamentário. Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr:

"(...), essa relação, entre a duração dos contratos administrativos e crédito orçamentário, não é aleatória. De plano, percebe-se que ela tem fundo constitucional, aproximando-se do preceituado no inciso I do artigo 167 da Constituição Federal, cujo texto veda o início de programas e projetos não previstos na lei orçamentária anual. A ideia é assegurar que todo contrato firmado pela Administração Pública encontre guarida orçamentária, a fim de inibir contratações aventureiras, realizadas ao desamparo do orçamento, que costumam gerar a inadimplência da Administração. Portanto, o contrato e a

A



própria licitação devem ser precedidos de previsão orçamentária, como deflui do inciso III do § 2º do artigo 7º, do artigo 14 e do inciso V do artigo 55, todos da Lei nº 8.666/93. E ademais, em complemento, a duração do contrato não deve ultrapassar o crédito orçamentário”²⁴.

58. O artigo 35 da Lei nº 4.320/64 estatui que pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas. O regime contábil adotado para a despesa pública, portanto, é o regime de competência, o que quer dizer que, se a despesa foi empenhada em determinado exercício financeiro, ainda que venha a ser paga no exercício posterior, pertencerá ao primeiro exercício. O exercício financeiro coincide com o período de vigência do orçamento e, portanto, coincide com o ano civil.

59. Tendo sido adotado o regime de competência e fixados os limites do exercício financeiro, a lei estabeleceu alguns procedimentos técnico-contábeis para o encerramento do exercício financeiro. Dentre os procedimentos estabelecidos constou a previsão da conta Restos a Pagar, que, conforme estatui o artigo 36 da Lei nº 4.320/64, são compromissos assumidos pela Administração Pública por despesas empenhadas mas não pagas até o final do exercício financeiro, ou seja, até o dia 31 de dezembro, para pagamento no exercício seguinte.

60. Note-se que pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas (artigo 35). Ou seja, se a despesa foi empenhada em determinado exercício financeiro, ainda que venha a ser paga no exercício posterior, pertencerá ao primeiro. Assim, tanto a despesa a ser inscrita como Restos a Pagar quanto o crédito correspondente que garantirá o seu pagamento pertencem ao exercício financeiro encerrado, como explicado na NOTA/CGU/DECOR nº 325/2008 – JGAS, em anexo.

61. Seguem transcritos os artigos 34 a 36 da Lei nº 4.320/64:

Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:

- I - as receitas nele arrecadadas;
- II - as despesas nele legalmente empenhadas.

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas. Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.

62. Além disso, o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, dispõe expressamente sobre as despesas inscritas em Restos a Pagar, *verbis*:

²⁴ Op. cit., pp. 454/455.



Art. 67. Considerem-se Restos a Pagar as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas (Lei nº 4.320/64, art. 36).

§ 1º Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto.

§ 2º O registro dos Restos a Pagar far-se-á por exercício e por credor.

Art. 68. A inscrição de despesas como restos a pagar será automática, no encerramento do exercício financeiro de emissão da Nota de Empenho, desde que satisfaça às condições estabelecidas neste Decreto para empenho e liquidação da despesa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.708, de 2008)

Parágrafo único. A inscrição de restos a pagar relativa às despesas não processadas terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente. (Incluído pelo Decreto nº 6.708, de 2008)

Art. 69. Após o cancelamento da inscrição da despesa como Restos a Pagar, o pagamento que vier a ser reclamado poderá ser atendido à conta de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores.

Art. 70. Prescreve em cinco anos a dívida passiva relativa aos Restos a Pagar (CCB art. 178, § 10, VI).

63. Ante o exposto, é possível concluir que a vigência dos contratos cuja duração deve ser adstrita à vigência dos créditos orçamentários pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam empenhadas até 31 de dezembro do mesmo exercício financeiro, permitindo-se, assim, sua inscrição em Restos a Pagar.

64. Já há, porém, proposta de orientação normativa com objeto semelhante atualmente sob análise do Advogado-Geral da União, apresentada pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria/CGU nº 9, de 20 de setembro de 2010. Por esse motivo, revela-se oportuno que se aguarde a decisão final sobre a proposta já apresentada.

- V -

65. Pelas razões aduzidas, conclui-se que a primeira Orientação Normativa proposta não merece aprovação, devido ao fato de que o prazo de vigência do ajuste deve ser sempre previsto no instrumento contratual, pois não se admite contrato com prazo indeterminado.

66. Quanto à segunda proposta, é adequado que se aguarde a decisão do Advogado-Geral da União sobre outra proposta com objeto semelhante já apresentada, resultante dos estudos do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria/CGU nº 9, de 20 de setembro de 2010.



67. Por fim, sugere-se o envio dos autos ao DEAEEX para que seja analisada a viabilidade de formulação de consulta ao TCU sobre o tema, em atendimento à solicitação do signatário da NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG – 0371/2010-PPM (item 44 – fl. 24).

À consideração superior.

Brasília, 18 de fevereiro de 2011.

Maria Carla de Avelar
Maria Carla de Avelar
Advogada da União