Doutrina

CONTRATOS - 03 | 13 | DEZ | 2009

Título: **ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: RELEITURA DAS NORMAS DE REGÊNCIA À LUZ DO GERENCIAMENTO DE RISCOS, EM GESTÃO PÚBLICA COMPROMETIDA COM RESULTADOS - PARTE III**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (7. ed.) e Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.).

Por: Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União.

12 Alterações e prorrogações no Sistema de Registro de Preços (SRP)

12.1 Breves considerações sobre o SRP

Preceitua o art. 15 da Lei nº 8.666/93 que as compras, sempre que possível, devam ser processadas através de sistema de registro de preços, exigindo o dispositivo sua regulamentação por decreto. Assim se fez por meio do Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998, que veio regulamentar o SRP exclusivamente para a aquisição de bens, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Em 20 de setembro de 2001, foi publicado no DOU o Decreto nº 3.931, que, além de revogar o Decreto nº 2.743, estendeu a utilização do SRP às contratações de serviços (art. 1º, parágrafo único, I), permitindo a utilização da modalidade do pregão para o registro formal de preços (art. 3º), antes só possível na modalidade concorrência. Com a publicação do Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, foram introduzidas algumas alterações no Decreto nº 3.931/01, notadamente em seus arts. 1º, *caput,* inciso I, 3º, §1º, 4º, §1º, 8º, §3º e 9º, *caput*.

A formação do Sistema de Registro de Preços (SRP) cabe, preferencialmente: (a) nas licitações cujo objeto porte características que demandem contratações frequentes; (b) quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições; (c) quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e (d) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

O Sistema reveste-se de alguns traços peculiares, tais como: (a) a instauração da licitação independe da existência de recursos orçamentários; (b) o ingresso na licitação de outros órgãos e entidades públicas, na condição de participantes; (c) as contratações não são obrigatórias e se efetivam à

medida que surgirem as necessidades do órgão gestor e dos órgãos participantes, se existentes; (d) o critério de aceitabilidade da proposta é baseado exclusivamente na fixação de preço máximo; (e) possibilidade de registro de vários fornecedores para atingir o total estimado do item; (f) utilização da Ata de Registro de Preços como documento vinculativo das partes, de cunho obrigacional e com característica de compromisso para futuras aquisições; (g) possibilidade de que outros órgãos ou entidades da Administração Pública, que não tenham participado do certame, venham a aderir à Ata de Registro de Preços - são os chamados "caronas"; (h) desnecessidade de reanálise e aprovação das minutas de edital e seus anexos, entre eles a Ata de Registro de Preços, pela assessoria jurídica do órgão "carona"; e (i) possibilidade de revisão do preço registrado diante da redução daquele praticado no mercado para o mesmo objeto do registro.

O Sistema apresenta-se, na atualidade, como modelo eficaz à superação de problemas enfrentados pela Administração Pública, mormente as questões atinentes ao fracionamento de despesas e à inexistência de recursos orçamentários para licitar.

12.2 Alterações na Ata de Registro de Preços

A Ata de Registro de Preços admite alterações e a razão é evidente: as normas gerais da Lei nº 8.666/93 são aplicáveis, por força do at. 22, XVII, da CR/88, aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que promovam licitações, inclusive quando o objeto for a formação do Sistema de Registro de Preços, que integra os institutos definidos na Lei Geral, art. 15, II e parágrafos. Por isto que o art. 12 do Decreto nº 3.931/01 remete a possibilidade de alterar-se a Ata de Registro de Preços às disposições do art. 65 da Lei nº 8.666/93. E o art. 3º, §3º, III, do mesmo decreto enuncia que o órgão participante do SRP deve tomar conhecimento da Ata de Registro de Preços e das alterações que lhe hajam sido introduzidas.

12.3 Publicidade no SRP

De acordo com o art. 17, §6º, do Decreto nº 5.450/05 - que regulamenta o pregão, no formato eletrônico, para a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito dos órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União -, a divulgação do chamado pregão eletrônico, realizado para a formação de SRP, independentemente do valor estimado, exige a publicação de aviso pelos seguintes meios de divulgação: Diário Oficial da União, meio eletrônico, Internet, e jornal de grande circulação regional ou nacional. O Decreto nº 3.931/01 não provê acerca da publicação do aviso de edital, mas estabelece, em seu art. 10, *caput*, que, homologado o resultado da licitação, o órgão gerenciador, respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, convocará os interessados para assinatura da Ata Registro de Preços que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

De que forma a Administração Pública deve cumprir o princípio da publicidade da Ata de Registro de Preços, preconizado pelo dispositivo, se o Decreto nº 5.450/05, a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 8.666/93 indicam os veículos apenas para a hipótese de divulgação do aviso de licitação?

Cumpre-o ao divulgar o aviso, contendo o resumo do edital, por meio dos veículos enunciados no art. 17, §6º, do Decreto nº 5.450/05, tratando-se de pregão na forma eletrônica; no art. 4º, I, da Lei nº 10.520/02, tratando-se de pregão na forma presencial; e dos veículos indicados pela Lei nº 8.666/93, quando a modalidade for a concorrência.

Veja-se que o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 determina que os instrumentos de contrato devam ser publicados resumidamente pela imprensa oficial. A definição do que seja instrumento de contrato ou, simplesmente, contrato, consta no art. 2.º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Considera-se contrato a definição, por operacional, estende-se ao seu instrumento formalizador - todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. São espécies de instrumento de contrato o termo, a nota de empenho, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço etc.

A Ata de Registro de Preços, como definida pelo Decreto nº 3.931/01, é documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

A Ata de Registro de Preços amolda-se ao enunciado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 (ajuste entre a Administração Pública e o particular, conforme regulamentação no instrumento convocatório, estabelecendo obrigações recíprocas), o qual menciona que a formação de vínculo entre as partes independe da denominação que venha a ser utilizada. Segue-se que a publicação a que se refere o art. 10, *caput,* do Decreto nº 3.931/01, por aplicação do disposto no parágrafo único do art. 61, da Lei nº 8.666/92, deva ser realizada por meio da imprensa oficial. Os contratos decorrentes do SRP também exigem publicação na imprensa oficial, por aplicação do mesmo dispositivo.

12.4 Alterações da Ata de Registro de Preços

A Ata de Registro de Preços pode sofrer alterações, de acordo com o art. 12 do Decreto nº 3.931/01, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666/93. O regime por estas disciplinado estende-se, portanto, à Ata de Registro de Preços, a saber: (a) prerrogativa conferida à Administração Pública para alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares e de serviço, nas hipóteses descritas nas alíneas "a" e "b" do inciso I; (b) alterações decorrentes do acordo de vontade entre as partes contratantes, conforme preceituam o inciso II e suas alíneas "a" a "d"; (c) limites para os acréscimos e supressões do objeto, tendo como base o valor atualizado do contrato; (d) possibilidade de excederem-se os limites previstos para as supressões, desde que mediante acordo entre as partes contratantes; (e) direito do contratado à indenização, no caso de supressão do objeto, se comprovada a aquisição dos materiais necessários à sua execução, postos no local dos trabalhos; (f) hipóteses que autorizam a alteração do valor contratual, decorrentes do desequilíbrio da equação econômico-financeira, com base no inciso II, alínea "d", e no §5º; (g) formalização das alterações por simples apostila, nas hipóteses enunciadas pelo §8º.

As alterações unilaterais e por acordo de vontade entre as partes, estabelecidas nos incisos I e II, e do valor contratual em decorrência das hipóteses previstas no inciso II, alínea "d", e no §5º, do art. 65, que se fizerem necessárias na Ata de Registro de Preços, exigem formalização por meio de termo aditivo, cuja minuta deverá ser analisada e aprovada pela assessoria jurídica, competindo ao órgão gerenciador publicá-lo na imprensa oficial por força do disposto no parágrafo único, do art. 61, da Lei nº 8.666/93. As alterações somente serão válidas se ocorrerem dentro do prazo de vigência (ou validade) da Ata de Registro de Preços.

Outros requisitos aplicáveis às alterações da Ata de Registro de Preços com supedâneo no art. 65: (a) carecem de prévio projeto básico as alterações cujo objeto seja a modificação qualitativa ou

quantitativa do projeto ou das especificações inicialmente adotadas; (b) autorização motivada do aditamento pela autoridade competente, que poderá valer-se de pareceres e estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, com o fim de configurar a superveniência, em relação à época de instauração da licitação, dos fatos determinantes das alterações; (c) demonstração de que existem recursos orçamentários, na hipótese de as alterações acarretarem aumento de despesas.

O tratamento dispensado pelo art. 65 às alterações contratuais é igualmente aplicável aos contratos, e suas alterações, decorrentes de Ata de Registro de Preços.

12.4.1 Alteração do preço registrado

O art. 12, §1º, do Decreto nº 3.931/01 aduz que os preços registrados na Ata poderão ser alterados em decorrência de eventual redução daqueles praticados pelo mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, competindo ao órgão gerenciador da Ata promover as necessárias negociações junto aos fornecedores.

A revisão dos preços registrados, objetivando o reequilíbrio econômico-financeiro, independe de previsão no instrumento convocatório, na Ata de Registro de Preços ou no contrato decorrente do SRP e de lapso temporal. Sobrevindo os fatos previstos no inciso II, alínea "d", e no §5º, do art. 65[2], exsurge o direito do fornecedor registrado ao restabelecimento da relação pactuada com a Administração, desde que comprovada a repercussão nos preços registrados. A revisão consubstancia-se no restabelecimento do valor contratual inicialmente pactuado pelas partes, desde que tenha sido alterado por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado.

Trata-se do mesmo direito, consagrado no art. 37, XXI, da CR/88, à manutenção da justa remuneração devida ao fornecedor registrado, ante a sobrevinda de circunstâncias externas que rompam o equilíbrio da equação econômico-financeira inicial. Tal fundamento pressupõe que a revisão do preço, com base no art. 12, §2º, do Decreto nº 3.931/01, só pode ser concedida se comprovada, pela Administração, a repercussão, sobre os preços registrados, de um dos fatos previstos no inciso II, alínea "d" e no §5º, do art. 65, e avaliada a vantagem de manter-se a relação contratual com o fornecedor registrado. É que, no SRP, a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles possam advir, sendo-lhe facultada a realização de licitação específica para a aquisição do item pretendido, ainda que assegurada preferência ao fornecedor registrado, em igualdade de condições (art. 7º do Decreto nº 3931/01).

12.4.2 O reajuste no SRP

O art. 2º, §1º, da Lei nº 10.192/01 declara ser nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade igual ou inferior a doze meses. A vedação abrange o SRP, uma vez que o art. 4º do Decreto nº 3.931/01 estabelece a validade da ata de registro de preço por até doze meses, já computadas eventuais prorrogações.

A proibição deve levar em consideração que o prazo é contado da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, conforme ficar estabelecido no edital (art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93), o que poderá ensejar o reajuste caso o período inicial de um ou outro evento e o prazo final de vigência da ata ultrapassarem doze meses. Recomenda-se à Administração licitante, tendo em vista que a vigência da Ata de Registro de Preços, no caso concreto, poderá alcançar doze meses, computadas as prorrogações, a fixação do índice de reajuste de preços no instrumento convocatório, bem como a clara indicação do evento a partir do qual fluirá o período de doze meses para a

concessão automática do reajuste: da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. A formalização dar-se-á por meio de apostila, como preceitua o §8º do art. 65, da Lei nº 8.666/93.

12.5 Prorrogações no SRP

Nada obstante a regra do art. 4º do Decreto nº 3.931/01 - o prazo de validade da Ata de Registro de Preços não poderá ser superior a doze meses, computadas eventuais prorrogações -, a Administração, segundo critérios de oportunidade e conveniência, poderá estabelecer no instrumento convocatório que a Ata tenha vigência (validade) inferior àquele prazo, e prevendo a possibilidade de prorrogação até o limite de doze meses.

Exemplifica-se: vigência de seis meses, possível a prorrogação por mais seis. Deve a Administração sopesar bem a decisão, tendo em vista que o fornecedor registrado não é obrigado a aceitar a prorrogação. Tampouco a Administração é obrigada a prorrogar a Ata de Registro de Preços. Assim como sucede nos contratos administrativos, o fornecedor registrado possui expectativa de direito à prorrogação da Ata. Por esse motivo, nada impede e tudo recomenda que o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços seja fixado pelo período de doze meses, evitando-se o risco da recusa do fornecedor em prorrogar o prazo.

12.5.1 Prorrogação excepcional no SRP

De acordo com o art. 4º, §2º, do Decreto nº 3.931/01, o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços comporta prorrogação por até doze meses, desde que em caráter excepcional, devidamente justificado, autorizado pela autoridade superior àquela com poderes para firmar os contratos do órgão gerenciador, e desde que os preços registrados permaneçam mais vantajosos, segundo pesquisa de mercado.

Deve a Administração ponderar sobre a vantagem entre prorrogar excepcionalmente a vigência da Ata de Registro de Preços, por até doze meses, e realizar nova licitação para a formação de SRP para o mesmo objeto, à luz dos seguintes motivos: (a) na prorrogação, se deve observar o quantitativo já adquirido, somente procedendo-se à contratação pelo saldo da quantidade total fixada, enquanto que nova licitação permite que seja adquirido o mesmo objeto do registro segundo as novas necessidades estimadas e pelo período de até doze meses; (b) a Administração, se estável a conjuntura econômica, ao realizar nova licitação, pode fixar os mesmos preços máximos admitidos na licitação anterior ou, até, inferiores a eles; (c) a realização de ampla pesquisa de preços é obrigatória para a nova licitação e para a prorrogação, sendo que, nesta, amplia-se a finalidade da pesquisa para a verificação de os preços registrados permanecerem vantajosos; (d) o caráter excepcional da prorrogação exige motivação eficaz; não se trata, apenas, de indicar o dispositivo legal aplicável e/ou informar que a prorrogação é necessária para a contratação do bem ou serviço, indispensável ao desenvolvimento das atividades do órgão; devem ser demonstradas as razões de fato e de direito que embasam a prorrogação em caráter excepcional, qual a consistência dessa excepcionalidade e as conseqüências da não prorrogação; (e) a prorrogação exige a aquiescência do fornecedor registrado, sem a qual é afastada a hipótese do art. 4º, §2º, do Decreto nº 3.931/01.

A prorrogação deve ocorrer dentro do período de vigência da Ata de Registro de Preços e ser formalizada por termo aditivo, cuja minuta deverá ser analisada e aprovada pela assessoria jurídica, seguindo-se de sua publicação resumida na imprensa oficial.

12.5.2 Vigência dos contratos decorrentes do SRP

O art. 4º, §1º, do Decreto nº 3.931/01 estabelece que a vigência dos contratos decorrentes do SRP obedecerá às disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, e no disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93. Significa ser possível licitar-se a formação de SRP para futura contratação de serviços, contínuos ou não. O contrato decorrente, para serviço contínuo, pode ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, até o limite de sessenta meses, desde que observadas as seguintes condições: (a) haja interesse da Administração e do fornecedor registrado na prorrogação; (b) seja verificado em pesquisa que os preços contratados permanecem vantajosos para a Administração; (c) seja justificada e motivada por escrito, nos autos do processo; (d) seja previamente autorizada pela autoridade competente; (e) ocorra dentro do prazo de vigência contratual; (f) seja comprovado que o fornecedor registrado mantém as condições iniciais de habilitação; (g) inexistam impedimentos deste em contratar com o Poder Público; (h) haja na lei orçamentária do exercício da prorrogação do contrato, dotações suficientes para o custeio das respectivas despesas, ou condicionamento da validade e eficácia da prorrogação à referida disponibilidade; (i) seja formalizada por meio de termo aditivo, previamente analisado e aprovado pela assessoria jurídica, com publicação de seu resumo na imprensa oficial.

Recorde-se que a contratação de obras por meio do SRP é vedada por força do Decreto nº 3.931/01, que só admite como objeto do SRP a aquisição de bens e serviços.

13 As contratações sob os regimes referidos no art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/93

De acordo com o dispositivo em epígrafe, aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 da Lei nº 8.666/93 e demais normas gerais, no que couber, aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado e aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público.

Relembre-se que: (a) o art. 55 elenca as cláusulas necessárias dos contratos administrativos; (b) o art. 58 arrola as prerrogativas confiadas à Administração Pública quando contrata (modificar unilateralmente seus contratos para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I, do art. 79, da Lei Geral; fiscalizar-lhes a execução; aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo); (c) o art. 59 enuncia os efeitos da declaração de nulidade decorrente do poder-dever de a Administração Pública anular os seus atos administrativos, quando viciados; (d) os artigos 60 e 61 tratam, respectivamente, da formalização dos contratos e dos aspectos atinentes à sua publicação resumida na imprensa oficial.

13.1 A Administração Pública como usuária de serviços públicos

O funcionamento e a operação de órgãos e entidades públicas também carecem da prestação de serviços públicos, sem os quais se tornam inviáveis a consecução de suas atividades e a preservação de seu patrimônio (energia elétrica, água e esgoto, coleta de lixo, telefonia, serviços postais).

A relação jurídica que se estabelece entre a prestadora de serviços públicos e a Administração

Pública é de consumo, consubstanciada em contrato de adesão, cujos encargos se devem cumprir com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §1º), obrigando-se todos os usuários a contribuir para a manutenção e a continuidade da rede prestadora do serviço.

A participação da Administração Pública em um dos polos da relação contratual, na qualidade de usuária dos serviços, não a exonera de cumprir as normas legais pertinentes, tais como, entre outras, (a) a de formalizar todos os atos necessários à contratação, os quais integrarão o devido processo legal administrativo (art. 38, *caput* e art. 26 da Lei nº 8.666/93); (b) a publicação do ato de dispensa ou inexigibilidade da licitação, quando a contratação efetivar-se de forma direta, ou do resumo do termo de contrato quando proveniente de licitação (parágrafo único do art. 61).

Ao estabelecer que se aplica o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 da Lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração Pública seja parte na qualidade de usuária de serviços públicos, está a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas respaldando a permanência, nessas contratações, das prerrogativas asseguradas àqueles que desempenham função pública; "*não para que a pessoa administrativa prevaleça sobre o particular, mas para que o interesse público não se veja derrogado ou acuado pelo privado*" (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Renovar. 7ª edição, 2007, p. 692).

Significa que, à Administração Pública permanecem asseguradas as prerrogativas previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, cabíveis à espécie, como, ilustrativamente: (a) de modificar unilateralmente as condições inicialmente pactuadas para melhor ajustar a prestação contratada aos interesses do serviço, sem toldar os direitos do coobrigado privado, garantindo-lhe o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; (b) rescindir unilateralmente o contrato nas hipóteses previstas no art. 79, I, da Lei nº 8.666/93; (c) aplicar sanções ante a comprovada inexecução total ou parcial do objeto pelo contratado, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa; (d) estabelecer a sede processual-administrativa do contrato; (e) conferir efeito retroativo à declaração de nulidade do contrato.

Pondere-se, entretanto, que o exercício dessas prerrogativas haverá de compor-se com as restrições que decorram das normas que regulamentam a prestação do serviço público, em cada área de atividade, posto que também editadas pelo poder público concedente, na premissa de que, ao obedecê-las, as concessionárias estarão a executar os serviços que lhe foram delegados de modo a superiormente atender aos encargos da prestação. Ditas normas de regulamentação, sobre serem da competência do poder público (CR/88, art. 175, parágrafo único), revestem-se de caráter técnico, de modo que também por essa razão não podem ser removidas unilateralmente, sob pena de comprometimento do adequado funcionamento dos serviços.

13.1.1 Vigência dos contratos em que a Administração seja parte na qualidade de usuária de serviços públicos

A Administração Pública (art. 6º, XI, da Lei nº. 8.666/93) pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja parte como usuária de serviços públicos, dadas a imprescindibilidade e a continuidade desses serviços, tanto para o desempenho de atividades públicas e privadas, como para a comunidade em geral. A interrupção da prestação de serviços públicos, como os de fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo, pode acarretar prejuízos ao órgão ou entidade da Administração e, reflexamente, à comunidade que conte com os serviços administrativos lá realizados, alguns inadiáveis, como os desenvolvidos em escolas e hospitais

públicos.

O fundamento para que se estabeleça prazo de vigência indeterminado reside no próprio texto do §3º do art. 62 da Lei Geral, que, ao excluir a aplicabilidade do art. 57, afasta a incidência de seu inciso II, limitador da contratação de serviços contínuos a sessenta meses, o que viabiliza a contratação por prazo indeterminado, ordinariamente proibida pelo §3º. A medida também encontra respaldo no princípio da economicidade, uma vez que a vigência por prazo indeterminado torna desnecessária a celebração de sucessivos termos aditivos de prorrogação, cuja publicação, por meio da imprensa oficial, é obrigatória (parágrafo único do art. 61), gerando custos para a Administração contratante, desnecessários em razão da peculiar natureza dos serviços públicos executados mediante delegação.

Apóia também a possibilidade de prazo de vigência indeterminado, nessas espécies de contrato, a ociosidade de comprovar-se a vantagem de cada prorrogação, acaso houvesse de ser aditada, tendo em vista que o preço do serviço público é uniforme para os usuários em geral, segundo a política tarifária que é da competência do poder concedente fixar.

Ser possível não significa que a contratação por prazo indeterminado possa ser decidida pela Administração usuária sem atenção aos riscos daí decorrentes, que cumpre gerenciar e precatar, daí advertir-se para os seguintes recomendáveis procedimentos, a serem lançados nos autos de processo administrativo regular e autorizado pela autoridade competente: (a) explicitação dos motivos que justificam a vantagem (técnica, financeira, administrativa) da adoção do prazo indeterminado; (b) previsão, em cláusula contratual, do direito à rescisão do contrato a qualquer tempo, desde que mediante prévia comunicação e tendo por parâmetros aqueles estabelecidos no art. 6º da Lei nº 8.987/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos; (c) existência de previsão de recursos orçamentários para o cumprimento da obrigação em cada exercício financeiro, sendo de assinalar-se a jurisprudência dominante no sentido de que a Administração está igualmente obrigada ao pagamento do preço dos serviços prestados por concessionárias de serviços públicos, sob pena de interrupção do fornecimento; (d) verificação, a cada emissão de nota de empenho de despesa, de que a concessionária encontra-se regular com a Fazenda do ente federativo contratante, com o INSS e o FGTS; (e) verificação de que inexistem impedimentos a contratar com o Poder Público.

13.2 A Administração na condição de locatária

Ao contrato de locação de imóvel, em que a Administração Pública seja parte como locatária, aplicam-se, predominantemente, as normas de direito privado, o que não afasta o dever de observância dos princípios regentes de toda a função administrativa estatal, consoante se extraem, explícita ou implicitamente, do texto da Constituição e das Leis, dentre os quais avultam os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, legitimidade e motivação necessária.

As relações de locação de imóveis sujeitam-se à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato), que também regerá os contratos em que o locador seja particular e a locatária seja a Administração. Esta se obriga a utilizar o bem exclusivamente para o desempenho ou no auxílio de suas atribuições institucionais, a conservá-lo, a pagar os alugueres e demais encargos no prazo estabelecido, sob pena de despejo, a entregá-lo no mesmo estado em que o recebeu, tal como se impõe a qualquer inquilino.

A Administração exercitará, em termos, as prerrogativas previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93,

notadamente: (a) a alteração unilateral, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitando-se o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a destinação do imóvel; (b) a rescisão unilateral, nos casos especificados no art. 79, I, da Lei nº 8.666/93 (ilustra-se com a hipótese de o locador não honrar encargos a que esteja obrigado por força do contrato, ou com a comprovação, pela Administração locatária, de que o locador descumpre o disposto no art. 27, V, da Lei n.º 8.666/93); (c) a aplicação de sanções ao contratado, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

13.2.1 Contratação mediante dispensa de licitação (art. 24, X, da Lei nº 8.666/93)

É afastada a regra da licitação, permitindo-se a contratação direta por dispensa, quando o objeto seja a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujos critérios de instalação e localização satisfaçam o interesse público, devidamente justificado, e desde que o valor proposto para a locação se compatibilize com os praticados pelo mercado, segundo prévia e habilitada avaliação (art. 24, X, da Lei Geral).

Antes de contratar a locação de imóvel com particular, cumpre ao gestor público demonstrar que inexiste imóvel para uso especial condizente com as características necessárias, de propriedade do ente federativo ao qual pertence o órgão ou entidade pública, ou, caso existente, justificar a desvantagem em utilizá-lo (como na hipótese de a Administração necessitar de imóvel por curto período de tempo e o imóvel público existente necessitar de amplas reformas, gerando custos excedentes àqueles que seriam despendidos com a locação). A utilização de imóvel do Poder Público pode encontrar respaldo nos princípios da economicidade e da eficiência, dependendo do caso.

O imóvel deve atender às necessidades da Administração segundo critérios objetivos, tais como dimensão, existência de estrutura básica adequada (pontos de energia elétrica, acesso a redes de informática e de telefonia, água e esgoto etc.), localização e outros, aptos a responder às finalidades precípuas do órgão ou entidade que fará uso do imóvel.

A realização de licitação pode ser mais vantajosa em termos econômicos. Não obstante a Administração alcançar menor valor locatício, o imóvel ofertado pode não ser o mais adequado às necessidades. Por isto que, encontrado o imóvel demonstradamente ideal, é lícito locá-lo sem licitação. A regra do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, como toda norma que define exceção, estabelece requisitos a serem preenchidos, sob pena de inviabilizar-se a contratação direta: (a) justificativa de que a locação é necessária e vantajosa para o interesse público, evidenciando-se nexo entre tal justificativa e o imóvel escolhido; o art. 26 da Lei nº 8.666/93 preceitua que as dispensas previstas nos §§2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, bem como as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, serão necessariamente justificadas; (b) comprovação, pela Administração, de que o valor locatício proposto para o imóvel pretendido é o de mercado (art. 26, III); a escolha de determinado imóvel não a libera do dever de demonstrar que o preço é condizente com outras locações, com características similares de outros imóveis (dimensões, localização, estrutura existente etc.).

O risco a que estará sempre sujeito o gestor público é agravada pela norma do art. 25, §2º, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual, nas contratações diretas, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Cumpridos os requisitos específicos, outros, genéricos, devem ser igualmente observados pela

Administração no trato com as contratações diretas baseadas no art. 24, X: (a) previsão de recursos para a cobertura das despesas do contrato; (b) comprovação da regularidade fiscal, declaração da Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999, e inexistência de impedimento do locador para contratar com o Poder Público; (c) juntada ao processo de parecer jurídico que analise se o caso concreto configura a hipótese legal de contratação autorizada pelo art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, procedendo à análise e aprovação da respectiva minuta de termo de contrato (art. 38, parágrafo único); (d) autorização pela autoridade competente; (e) comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, do ato administrativo que autoriza a dispensa de licitação, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias; (f) assinatura do termo de contrato pelos representantes das partes contratantes.

13.2.2 Vigência dos contratos de locação

Diferentemente dos contratos em que a Administração Pública figura como usuária de serviços públicos, onde é possível estabelecer-se vigência por prazo indeterminado, é conveniente que nos contratos de locação o prazo de vigência seja limitado, tendo em vista a necessidade de verificar-se, periodicamente, se o valor locatício permanece vantajoso para Administração, procedendo-se, então, se for o caso, a sucessivas e oportunas prorrogações. Ilustra-se com a seguinte hipótese possível: contrato com prazo de vigência inicial de doze ou vinte e quatro meses, com cláusula permitindo sucessivas prorrogações, até o limite de quarenta e oito, sessenta ou setenta e dois meses, conforme a necessidade da Administração, devidamente justificada.

13.2.3 Hipótese em que a locação passa a vigorar por prazo indeterminado

O contrato administrativo deve ter seu prazo de vigência previamente fixado, como regra, nos limites do exercício financeiro, prevendo a Lei nº 8.666/93 as hipóteses em que é permitido ultrapassá-los (art. 57, I, II e IV) e desde que a prorrogação ocorra dentro do prazo de vigência. A fixação de prazo de vigência limitado (por exemplo, doze meses) e que ultrapasse o exercício financeiro (ilustra-se com o prazo de vigência estipulado de 10 de julho de 2008 a 09 de julho de 2009) e a possibilidade de sucessivas prorrogações são aplicáveis aos contratos em que a Administração figure como locatária, conforme disposto no art. 6º, II, c/c art. 57, II, ambos da Lei nº 8.666/93.

Regidos que são esses contratos pela Lei do Inquilinato, admite-se, excepcionalmente, que a sua vigência passe a prazo indeterminado na hipótese de não ocorrer a prorrogação dentro do período estabelecido. É o que estabelece o art. 46, §1º, da Lei n.º 9.854/91[3], cuja aplicação incide nos contratos em que a Administração figure como locatária. A regra concilia-se com o enunciado pelo §3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, o qual exclui a aplicabilidade do art. 57, cujo §3º proíbe contratos por prazo indeterminado.

Advirta-se para a importância - já que essa espécie de contrato admite a possibilidade de vigência por prazo indeterminado de: (a) estabelecer-se por meio de cláusula contratual a faculdade de a Administração poder rescindi-lo, em havendo interesse, desde que haja comunicação expressa ao locador e em prazo previamente determinado (30, 60 dias); a rescisão deverá ser formalizada por meio de termo; (b) a Administração, periodicamente, verificar a vantagem de manter-se o contrato de locação vigente; (c) verificar se o valor locatício permanece o de mercado; (d) consultar o órgão responsável pelo gerenciamento do patrimônio público acerca da existência de imóvel público que atenda às suas necessidades precípuas.

14 Peroração

Quando, no início do século, o sistema financeiro internacional deu os primeiros sinais de que uma crise se avizinhava, os Bancos promoveram o Acordo da Basiléia, cuja implementação deveria entrar em vigor em 2006. Dizia-se, então, que "exigências em relação a tempo, preço e prazo tornaram-se cruciais para as instituições conseguirem manter-se no mercado. Nesse contexto, mitigar riscos e perdas é fundamental para a sobrevivência das empresas, tão importante quanto a criação de novos produtos e serviços... O Bank for Internacional Settlements (BIS) catalogou, em publicação datada de setembro de 2001, os diversos tipos de riscos inerentes às operações bancárias, classificando-os em sete categorias distintas:

"**fraudes internas** – ações intencionais realizadas para fraudar a instituição mediante a prática de atividades ou transações não-autorizadas; registros errados; depósitos sem valor; fraudes em créditos; apropriação indevida de ativos; destruição proposital de ativos; evasão fiscal etc.

"**fraudes externas** – ações intencionais executadas por terceiros, visando fraudar a instituição (roubo, falsificação etc.);

"**práticas incorretas** – violação de leis, regulamentos e acordos relacionados à segurança das pessoas, incluindo terceiros; discriminações;

"**práticas inadequadas em relação a negócios, produtos e serviços** – falhas não-intencionais ou negligência face às obrigações profissionais perante clientes, por exemplo, quebras contratuais, vendas agressivas, mau uso de informações confidenciais etc.;

"**danos em ativos físicos** – danos causados por desastre ou outros eventos – terrorismo, vandalismo, terremotos etc.;

"**falhas ou interrupções de negócios** – problemas de sistemas em hardware, software, telecomunicações, interrupção de energia elétrica etc.;

"**falhas de execução** – falhas de processamento ou de gerenciamento" (Beraldo Crisante Neto e Vicento Cresto, *Risco operacional: o porquê de se registrarem perdas*, Resenha BM&F, nº 156, p. 47-51, 2007).

Impressiona, a uma, a afinidade entre essas categorias de riscos, presentes nas atividades das instituições financeiras em geral, e os riscos a que está sujeita a operação das funções administrativas estatais, especialmente nas contratações de compras, serviços, obras e alienações. A duas, que tais riscos, objeto de diagnósticos e recomendações, não hajam produzido medidas que evitassem a crise que afinal explodiu entre 2007 e 2008, e ainda se irradia em escala mundial, incluindo a falência de bancos e de outras instituições financeiras e econômicas, negligentes no gerenciamento dos riscos previstos ou estimáveis.

É vero que o Estado não quebra, mas não é menos real que o funcionamento estatal sem compromisso com os resultados de interesse público e o gerenciamento dos riscos inerentes à sua atividade vai semeando o descrédito em relação à capacidade de as instituições públicas responderem com eficácia às expectativas e necessidades das sociedades. As perdas não se medem apenas economicamente, mas politicamente, para demérito e desprestígio do estado democrático de direito.

A cultura da Administração Pública exerce poderosa, quando não decisiva, influência sobre o gerenciamento do risco. Como adverte, ainda, Sergio Nogueira Seabra:

"A própria definição do que vem a ser um risco é socialmente construída e influenciada pela cultura da organização. Muitas vezes, a causa do não alcance dos objetivos da organização ou de graves perdas financeiras não está em nenhum evento específico identificado pela organização como risco, mas em um grande número de pequenas anomalias, culturalmente aceitas como normais pela organização, que eventualmente se acumulam, resultando na ocorrência do evento indesejável (Vaugh, Diane, *Organizational rituals or risk and error*, Cambridge University Press, 2004). Além disso, se inapropriadamente aplicados, modelos de gerenciamento de risco podem trazer efeitos adversos, expondo a organização a riscos enquanto passa uma falsa impressão de controlabilidade. Em outras palavras, a aplicação de modelos de gerenciamento de riscos traz consigo seus próprios riscos.

"... gestores públicos correm o risco de ficarem mais preocupados em... se resguardar contra culpa ou riscos à sua reputação. Portanto, se inapropriadamente aplicado, modelo de gerenciamento de riscos pode exacerbar a tendência de evitamento de culpa (*blame-avoidance*), que caracteriza a cultura das organizações públicas em geral (Hood, Christopher e Rothstein, Henry, *Business risk management in government, pitfalls and possibilities*. Centre os Analysis of Risk and Regulation London School of Economics, 2004)... três conseqüências indesejáveis... A primeira é o deslocamento da responsabilidade pelos riscos para outras organizações politicamente mais fracas ou menos preparadas para lidarem com os riscos... A segunda refere-se ao uso de argumentação baseada em gerenciamento de riscos como desculpa para inação ou indesejável inflexibilidade, quando aplicada de forma mecânica ou apenas para cumprir obrigações legais. Por último, a abordagem de gerenciamento de riscos pode enfraquecer outros valores importantes para o setor público, como a transparência e a aprendizagem, quando é aplicado primariamente para evitar culpas e responsabilidades civis... Como forma de evitar essas consequências indesejadas, Hood e Rothstein sugerem três boas práticas relacionadas à aplicação de abordagem de gerenciamento de riscos nas organizações públicas: (i) envolver todas as organizações que, de certa forma, estão relacionadas com a política ou programa; (ii) focar no risco sistêmico, ao invés de focar somente no risco para uma organização em particular; e (iii), talvez a mais importante, aplicar uma abordagem inteligente de gerenciamento de riscos. A abordagem racional de gerenciamento de riscos deve ser aplicada de tal forma a não inibir julgamento e imaginação por parte dos atores envolvidos. Isso significa que a abordagem de gerenciamento de riscos deve sempre dar espaço para deliberações inteligentes e reflexivas sobre os processos envolvidos" (*op. cit.*, p. 47-48).

---

[1] O presente artigo teve sua primeira parte publicada na Revista JML nº 11 (*RJML JUN/09*) e sua segunda parte publicada na Revista JML nº 12 (*RJML SET/09).*

[2] "*Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)*

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (...)

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso."

[3] "Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato."