Doutrina

CONTRATOS - 03 | 12 | SET | 2009

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

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.

11 Prorrogações de prazo

11.1 Para o início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto

Preceitua o art. 55, IV, da Lei nº 8.666/93 que a Administração deva prever, como cláusula necessária em seus contratos, a que estabeleça o prazo de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso. Tratando-se de obras e serviços, é o cronograma físico-financeiro o instrumento hábil a estabelecer todas as etapas necessárias à execução do objeto, conforme as diretrizes traçadas no projeto básico e no cronograma de desembolso.

Na hipótese de sobrevir alguma das situações descritas no §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93, está a Administração autorizada a prorrogar os prazos previamente ajustados. As prorrogações traduzem o exercício da prerrogativa de alteração unilateral e independem de previsão no instrumento convocatório ou no modelo de contrato a ele anexo. Podem decorrer de fato ou fatos surgidos antes mesmo da assinatura do termo de contrato (ou do aceite e retirada de instrumento equivalente). Importa que o novo prazo para o início das etapas de execução, para conclusão ou entrega do objeto seja útil para atender, de forma eficaz, à consecução do objeto. Não há limites para o número de alterações possíveis, dada a infinidade de ocorrências que podem surgir e o propósito impostergável de a Administração alcançar os resultados planejados.

11.1.1 Entrega provisória e definitiva do objeto

Segundo o art. 73 da Lei nº 8.666/93, uma vez executado o contrato de obra ou serviço, o seu objeto será recebido provisoriamente pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado. O recebimento provisório encerra análise preliminar do objeto entregue à Administração,

ocasião em que é verificada sua adequação às especificações exigidas.

A lei também consigna o recebimento definitivo da obra ou serviço, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação ou vistoria que comprove a adequação do objeto (obra ou serviço) aos termos contratuais, não podendo ser superior a noventa dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

Tratando-se de compras ou de locação de equipamentos, o objeto será recebido provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com as especificações exigidas, seguindo-se o recebimento definitivo após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação. A Lei nº 8.666/93 não assina prazos para o recebimento provisório e definitivo nas hipóteses de compras ou de locação de equipamentos, deixando a cargo da Administração fixá-los no instrumento convocatório ou em seu contrato anexo, segundo a natureza e peculiaridades de cada caso.

Não há óbice a que a Administração fixe, exclusivamente, prazo para o recebimento definitivo (avaliação conclusiva), quando as condições do objeto assim o permitirem. O caso concreto conduzirá a Administração à escolha da melhor alternativa. O atesto (recebimento) do objeto integra a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a execução de seus contratos, impondo-se ao contratado a obrigação de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (art. 69 da Lei nº 8.666/93).

11.1.1.1 Prorrogação do prazo para a entrega provisória e definitiva do objeto

O §3º do art. 73 autoriza a prorrogação do prazo para o recebimento definitivo de obras e serviços, não podendo ser superior a noventa dias, desde que decorra de casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital. A redação do §3º ergue para a Administração obstáculo de difícil, senão impossível, transposição, na medida em que a obrigou a prever, no instrumento convocatório, os casos excepcionais em que se possa exceder aquele prazo máximo de noventa dias, quando se sabe que varia ao infinito a ocorrência desses casos.

Qual seria a solução, se necessário exceder-se o prazo fixado e a excepcionalidade não estiver contemplada no instrumento convocatório, ou mesmo, inexistir qualquer previsão que autorize a prorrogação do prazo para o recebimento definitivo? A solução, ante a necessidade de demonstrar-se a legalidade e a regularidade da despesa e da execução contratual imposta ao administrador pelo art. 113 da Lei nº 8.666/93, é comprovar, motivadamente, a ocorrência dos fatos e que, caso não se prorrogação o prazo, prejuízos poderão resultar para a Administração contratante.

Sob o mesmo fundamento (o da motivação), viabiliza-se a prorrogação dos prazos para o recebimento provisório e definitivo, previamente fixados no instrumento convocatório, independentemente do objeto contratual, desde que tal medida se mostre imprescindível. É o que se infere do §2º do art. 57, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual toda prorrogação de prazo deve ser justificada. A apresentação de justificativa, acompanhada dos pressupostos de fato e de direito que ensejam qualquer prorrogação, é eficaz aliada de todo o agente público que aplica os princípios e normas comprometidos com os resultados de interesse público que devem animar toda contratação administrativa.

11.1.2 Peculiaridades referentes às prorrogações do art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93

As prorrogações insertas no dispositivo devem obedecer a certas formalidades legais, mantidas as demais condições previamente estabelecidas no contrato.

11.1.2.1 Sobre as formalidades, exigem-se, entre outros requisitos

11.1.2.1.1 Justificativa e autorização pela autoridade competente

O §2º do art. 57, da Lei nº 8.666/93, quer que toda prorrogação de prazo seja justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. A justificativa que contenha os elementos de fato e de direito e que servirão de fundamento à decisão (autorização) da autoridade competente, favorável à prorrogação, cumpre eficazmente o princípio da motivação inserto no art. 2º, *caput*, e seu parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99.

A menção de que a justificativa deva ser por escrito reforça a obrigação de que os atos e decisões administrativas proferidas no devido processo legal licitatório ou da contratação direta devam ser expressos (documentados) e nele entranhados, possibilitando ao agente público comprovar que atuou segundo os princípios e as normas de regência e facilitando o exame dos atos praticados pelos controles interno e externo.

11.1.2.1.2 Unicidade do processo licitatório ou de contratação direta

Nos autos do processo licitatório ou de contratação direta encontra-se o testemunho formal de toda a atividade administrativa concatenada para a compra ou a alienação de bens, a execução de obras ou a prestação de serviços. Dele devem constar todos os atos e documentos necessários à comprovação de que a Administração observou a legislação de regência e os princípios aplicáveis.

O processo é único. Compreende todos os atos e documentos que devam instruir a fase interna do procedimento licitatório ou da contratação direta, até a adjudicação do objeto àquele que ofereceu a proposta mais vantajosa à Administração. Após o ato administrativo da adjudicação, instruirão o processo, entre outros atos e documentos: o respectivo instrumento de contrato, assinado pelas partes ou aceito pelo contratado, seus aditamentos ou apostilamentos, todos os atos referentes à fiscalização contratual e o termo de rescisão contratual, quando for o caso.

A respeito da instrução do processo, decidiu o Tribunal de Contas da União: "*8.3.2. promova a apensação de todos os documentos referentes aos processos em tramitação, de modo a alcançar sua correta formalização e facilitar a ação dos controles interno e externo.*"- Decisão nº 965/2002, Plenário, Relator Min. Adylson Motta. Processo TC 012.625/2000-5, DOU de 13/08/02.

A Corte de Contas[1], acerca da ordem dos termos de aditamento, orienta que "*O termo de aditamento deve ser numerado sequencialmente. Exemplo: Primeiro Termo de aditamento ao Contrato nº 01/2005, Segundo Termo de aditamento ao Contrato nº 1/2005, Terceiro Termo de aditamento ao Contrato nº 1/2005.*"

11.1.2.1.3 Manutenção das condições previamente ajustadas

As prorrogações dos prazos para início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto não interferirão nas demais cláusulas regulamentares ou de serviço, que se manterão inalteradas, defeso à Administração executar objeto diverso daquele licitado ou autorizado pela autoridade

competente (contratos decorrentes de contratações diretas).

A Lei nº 8.666/93 tipifica como crime, sujeito à pena de detenção e multa, admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais. Nas mesmas penas incide o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

A mutabilidade das condições inicialmente pactuadas, como, por exemplo, as alterações quantitativas ou qualitativas, convive com alterações nos prazos para execução, conclusão e duração do contrato.

11.1.2.1.4 Equilíbrio econômico-financeiro do valor contratual

As alterações de prazo decorrentes dos motivos elencados no art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93 asseguram ao contratado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, uma vez comprovado o desequilíbrio na relação encargo/remuneração. O fundamento encontra-se no art. 37, XXI, da Constituição Republicana de 1988 e no próprio dispositivo legal, *verbis*: "*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:*".

11.1.3 Prorrogação automática da vigência contratual

Preceitua o art. 75, §5º, da Lei nº 8.666/93 que, ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo. Trata-se de hipótese especial de prorrogação automática da vigência do contrato. Independentemente do objeto a ser executado ou em execução, sobrevindo fato que acarrete impedimento, paralisação ou sustação do contrato, impõe-se automaticamente a prorrogação de seu prazo de vigência, que poderá ultrapassar o exercício financeiro.

Leciona Lucas Rocha Furtado[2] que a suspensão da execução do contrato, nos termos do referido dispositivo, confere ao contratado direito à devolução do prazo contratual. Necessária, contudo, a justificativa da Administração contratante, com a demonstração dos pressupostos de fato e de direito que ensejam a prorrogação (art. 113 da Lei n. 8.666/93 e art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99), a autorização pela autoridade competente (art. 57, §2º), a formalização da prorrogação do prazo de vigência por meio de termo aditivo, a análise e aprovação da respectiva minuta pela assessoria jurídica e a publicação na forma do art. 61, parágrafo único, da Lei.

11.2 Prorrogação do prazo de vigência

Dispõe o *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93 que a duração dos contratos por ela regidos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Significa que a norma geral de vigência dos contratos administrativos estabelece limite temporal para a sua execução: até 31 de dezembro do ano em que celebrado o contrato entre a Administração e o particular. A regra objetiva, sobretudo, compelir a Administração a retornar periodicamente ao mercado, por meio de certames

públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais vantajosas.

O dispositivo, ao mesmo tempo em que estabelece a regra de vigência dos contratos administrativos, estabelece-lhe as exceções em três incisos: (a) projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; (b) nos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses; e (c) nos contratos cujo objeto seja o aluguel de equipamentos ou a utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se por até quarenta e oito meses após o início da vigência do contrato.

Nessas três hipóteses, a lei admite a possibilidade de o prazo de vigência contratual ultrapassar o exercício financeiro em curso, desde que observados certos requisitos.

Consoante orientação do Tribunal de Contas da União[3], é cabível a prorrogação do prazo de vigência contratual desde que: (a) conste expressamente no contrato; (b) haja interesse da Administração e do contratado; (c) for comprovado que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação; (d) for verificado em pesquisa que os preços contratados permanecem vantajosos para a Administração; (e) estiver justificada e motivada por escrito, nos autos do processo correspondente; e (f) estiver previamente autorizada pela autoridade competente.

Acrescentam-se ao elenco apresentado pelo TCU os seguintes requisitos: (a) a prorrogação deverá ocorrer dentro do prazo de vigência contratual; (b) a inexistência de impedimentos em contratar com a Administração; (c) a existência de recursos orçamentários; (d) a formalização por meio de termo aditivo; (e) análise e aprovação da minuta de termo aditivo pela assessoria jurídica; e (f) publicação do aditamento por meio da imprensa oficial.

Seguem-se considerações acerca de cada um desses requisitos.

11.2.1 Previsão no instrumento convocatório ou no contrato anexo

11.2.1.1 Metas estabelecidas no plano plurianual

Os projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas em plano plurianual (obras) admitem que a prorrogação do prazo de vigência ultrapasse o exercício financeiro, desde que haja interesse da Administração e previsão no instrumento convocatório, segundo dispõe o art. 57, I, da Lei nº 8.666/93.

Entende-se como inserta no instrumento convocatório, independentemente do objeto da licitação (obras, serviços contínuos ou aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática), a previsão quanto à prorrogação do prazo de vigência contratual quando expressa somente no contrato (termo ou instrumento equivalente), desde que anexo àquele, por força do disposto no art. 40, §2º, III, e no art. 62, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Fica também autorizado que o prazo de vigência ultrapasse o exercício financeiro, desde que assim preveja o instrumento convocatório.

Veja-se julgado do Tribunal de Contas da União sobre a matéria:

"*8.2.1 - ao contratar serviços de supervisão, fiscalização e gerenciamento de obras rodoviárias incluídas nas metas do Plano Plurianual, segundo o artigo 57, inciso I, da Lei nº 8.666/93, ajuste a duração desses contratos ao tempo previsto para a construção das respectivas rodovias, a não ser que outra opção, no sentido da descompatibilização de prazos, mostre-se comprovadamente mais vantajosa para a entidade;*

8.2.2 - abstenha-se de prorrogar os contratos de supervisão, fiscalização e gerenciamento de obras rodoviárias, salvo, eventualmente, se as condições do artigo 57, inciso I e §2º, da Lei nº 8.666/93, forem rigorosamente cumpridas, e se justificada a vantagem da prorrogação em contraste com a possibilidade de uma nova contratação, conforme parecer referendado pela autoridade máxima da entidade;"- Decisão nº 90/2001, Primeira Câmara, Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça. Processo TC 007.987/1999-4, DOU de 17/05/01.

11.2.1.2 Prestação de serviços contínuos

Nos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos - hipótese do inciso II, do art. 57, que admite a prorrogação dos prazos de vigência contratual por iguais e sucessivos períodos -, é necessária tal previsão no instrumento contratual ou no contrato anexo? A Lei nº 8.666/93 silenciou a respeito, fazendo alusão à prévia estipulação no instrumento convocatório apenas na hipótese do art. 57, I.

O legislador, nos casos dos incisos II e IV não contemplou a obrigação, deduzindo-se que seja desnecessária a inserção. A ausência de previsão no instrumento convocatório ou no contrato anexo não produz óbices a que a Administração prorrogue o prazo de vigência nos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos, à vista da expressa autorização do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, a que se subordina a Administração Pública (art. 6º, XI), respeitado o limite de sessenta meses.

O art. 40, *caput,* da Lei nº 8.666/93 exige que o preâmbulo do instrumento convocatório contenha a menção de que a licitação deva ser por ela regida e o art. 61 enuncia que todo contrato administrativo deva mencionar a sujeição dos contratantes às normas da Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, tornando, por conseguinte, a prorrogação do prazo de vigência sujeita às condições do art. 57, II, independentemente de previsão no instrumento convocatório ou no contrato anexo.

A ausência de previsão quanto à possibilidade de prorrogação não desobriga a Administração do dever de fixar o limite de vigência do contrato, consoante estabelece o verbete 191, da Súmula do TCU.

Em síntese, nos casos em que a faculdade não conste expressamente nos instrumentos convocatórios das licitações, cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos, a prorrogação só será possível se: (a) houver interesse do contratado; (b) for verificado em pesquisa que os preços contratados permanecem vantajosos para a Administração; (c) estiver justificada e motivada por escrito, nos autos do processo; (d) for previamente autorizada pela autoridade competente; (e) ocorrer dentro do prazo de vigência contratual; (f) for comprovado que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação; (g) inexistirem impedimentos deste em contratar com o Poder Público; (h) houver, na lei orçamentária do exercício de prorrogação do contrato, dotações suficientes para o custeio das respectivas despesas, ou condicionamento da validade e eficácia da prorrogação à referida disponibilidade; (i) for formalizada por meio de termo aditivo; (j) houver análise e aprovação da

minuta de termo aditivo pela assessoria jurídica; e (k) publicar-se o aditamento na imprensa oficial.

Para os órgãos e entidades públicas estaduais ou municipais, cuja licitação na modalidade do pregão não é obrigatória, é importante assinalar à importância de efetuar-se o planejamento de suas reais necessidades, relativas à contratação de serviços contínuos, com vistas ao dimensionamento preciso do objeto a ser licitado, de modo que seja adotada modalidade mais ampla, tendo em vista possíveis prorrogações até o limite de sessenta meses e, ainda, evitar-se o fracionamento de despesas que contorne a modalidade adequada de licitação (artigos 8º e 23 da Lei nº 8.666/93).

11.2.1.2.1 Serviços contínuos

Uma das exceções arroladas nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que permite que a vigência dos contratos celebrados pela Administração Pública ultrapasse o exercício financeiro, refere-se à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, cuja duração poderá ser prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses.

Para o Tribunal de Contas da União, "*o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional*." - Acórdão nº 132/2008, Segunda Câmara, Relator Min. Aroldo Cedraz. Processo TC 010.020/2003-1, DOU de 15/02/08.

É importante que a Administração, a fim de caracterizar o que seja serviço contínuo caso a caso, analise, conjuntamente, se: (a) a execução do serviço a ser contratado constitui atividade auxiliar, cuja interrupção possa comprometer os objetivos institucionais; (b) a prestação deva ocorrer em período indefinido ou definido e longo, para a satisfação de necessidade pública permanente; e (c) a atividade sustentada pela prestação do serviço é essencial.

Entendem-se como serviços de natureza contínua: vigilância, limpeza e conservação, recepção, locação (art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93) de veículos, máquinas fotocopiadoras e impressoras, manutenção de elevadores, de aparelhos de ar condicionado e veículos.

Eis julgados do TCU acerca da natureza contínua de alguns serviços:

"*7. No que tange aos outros serviços de apoio mencionados pelo recorrente, entendo que somente uma análise acurada dos contratos firmados e da rotina de trabalho do órgão permitir-me-iam afirmar se são contínuos ou não. Haveria que se analisar se os objetos dos contratos consistem em obrigações de dar ou fazer. Ainda, ter-se-ia que verificar se, em sendo obrigação de fazer, são os serviços uma necessidade permanente do órgão ou esporádica. Ocorre que não disponho de elementos nos autos para efetuar esta análise - imprescindível, a meu ver, para a correta verificação da natureza jurídica dos contratos. Serviços advocatícios, por exemplo, têm, indubitavelmente, natureza jurídica de serviço - consistem em uma obrigação de fazer. No entanto, podem, a depender das peculiaridades do órgão e do contrato, ser contínuos ou não.*" - Decisão nº 02/2002, Segunda Câmara, Relator Min. Benjamin Zymler. Processo TC 550.141/1998-7, DOU de 04.02.02;

"*No que tange ao Contrato CT.I.01.2003.5160.00, observo que assiste razão à Unidade Técnica ao ponderar que a natureza de seu objeto não consiste em serviços contínuos, os quais devem ter por escopo o atendimento de necessidade pública permanente. Com efeito, aludido contrato tinha por*

objeto a "execução de serviços de cadastramento, elaboração de desenhos e memoriais descritivos relativos à regularização fundiária de imóveis e elaboração de desenhos para os projetos de irrigação" (fls. 62/68 do Anexo 2), que não se caracterizam, portanto, como serviço contínuo."- Acórdão nº 220/2007, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler. Processo TC 011.332/2006-8, DOU de 02.03.07;

"*11. ... o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 permite ao gestor a utilização do instituto da prorrogação de prazo, em contratos dessa natureza, desde que com a finalidade de garantir preços e condições mais vantajosas à Administração, devendo se acompanhar da devida motivação, em consonância com o interesse público e com o princípio da economicidade.*

(...)
9.2.1.

(...), em contratos de conservação rodoviária, a orientação de que a prorrogação de prazo fundamentada no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 pode ser efetuada, desde que com a finalidade de garantir preços e condições mais vantajosas à Administração, acompanhada das devidas motivações, em consonância com o interesse público e com o princípio da economicidade, não se admitindo que sejam inseridos, nos planos de trabalho anuais, itens novos não previstos no orçamento original do contrato, uma vez que tal fato descaracteriza o conceito de serviços de prestação continuada; em outras palavras, aqueles instrumentos devem manter os mesmos itens e preços unitários contidos no orçamento do contrato original, permitindo-se, apenas, que sejam incluídos os quantitativos necessários para fazer frente à respectiva prorrogação de prazo, referente aos períodos de interesse da Administração;"- Acórdão nº 1.626/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 001.986/2006-8, DOU de 17.08.07.

11.2.1.2.2 Fornecimento de passagens aéreas

Sobre a prestação de serviço de fornecimento de passagens aéreas, e seu caráter contínuo ou não, entende o TCU que cada caso deva merecer avaliação própria, *vg*:

"*Voto do Ministro Relator*

(...)

24. Alega a Transpetro que não existe legislação a ela aplicável que vede a prorrogação de contratos de serviços de qualquer natureza.

25. Mais uma vez, trata-se da questão da sujeição da empresa à Lei 8.666/1993, matéria já exaustivamente examinada e que não merece ser novamente debatida.

26. Ocorre, porém, que a determinação criticada faz expressa menção, como exemplo de contrato de serviço que não possui natureza continuada, ao fornecimento de passagens aéreas.

27. Ao examinar este ponto, a unidade técnica baseou-se nos acórdãos da 2ª Câmara 87/2000 e 206/2002, em que se considerou que o serviço acima mencionado não teria características de continuidade.

28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma

genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

30. Nesse sentido, pode-se entender, por exemplo, que o fornecimento de passagens aéreas é serviço contínuo para o TCU, já que sua suspensão acarretaria a interrupção das atividades de fiscalização ínsitas ao cumprimento da missão desta Corte.

31. Na mesma linha de raciocínio, pode-se também considerar que o mesmo serviço tem natureza contínua para uma instituição federal de ensino superior, já que as bancas de exame de teses de mestrado e de doutorado exigem a participação de professores de outras instituições e, assim, a impossibilidade de fornecimento de passagens aéreas poderia inviabilizar a própria pós-graduação a cargo daquelas entidades.

32. O mesmo não ocorreria, no entanto, com um órgão judicial cujos integrantes não tivessem necessidade de deslocar-se frequentemente por avião para oferecerem a prestação jurisdicional. Em tal situação, o serviço em foco não seria contínuo, já que não seria essencial à permanência da atividade finalística.

33. De igual modo, um serviço de vigilância permanente de instalações deve ser considerado contínuo, posto que sua cessação colocaria em risco a integridade daquele patrimônio.

34. Isso não ocorre, entretanto, com um serviço de vigilância contratado para um evento específico, de duração determinada, que, por seu caráter eventual, não pode ser considerado contínuo.

35. Dessa forma, embora entenda que a determinação feita à Transpetro possa ser mantida no que se refere à sua parte geral, considero que a referência ao fornecimento de passagens aéreas nela feita, diante da indiscutível necessidade de deslocamento de profissionais da empresa para que seus negócios possam se concretizar, deve ser suprimida, razão pela qual o recurso merece ser provido neste particular."- Acórdão nº 132/2008, Segunda Câmara, Relator Min. Aroldo Cedraz. Processo TC 010.020/2003-1, DOU de 15.02.08;

"*2.1.2 de acordo com a Lei de Licitações e Contratos, a regra para a duração dos contratos administrativos é que tais ajustes não podem ultrapassar a vigência dos respectivos créditos orçamentários. Todavia, há exceções, entre elas a prevista no inciso II do art. 57 da referida Lei, que trata dos serviços executados de forma contínua, os quais podem ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, não podendo exceder o limite de 60 meses.*

2.1.3 Conclui-se, portanto, que, antes de qualquer análise, é importante definir se o serviço em questão é considerado de natureza continuada. Tanto os doutrinadores quanto as decisões deste Tribunal deixam claro que tal caracterização não depende do serviço em si, mas da necessidade desse serviço para a Administração. Toshio Mukai, em sua obra As Alterações na Lei de Licitações - Boletim de Licitações e Contratos, ensina que os serviços de execução contínua `são aqueles que, por natureza, devem ser realizados continuamente, ou seja, cuja paralisação acarretará prejuízos ao bom andamento das atividades do órgão/entidade.

2.1.4 Os serviços de fornecimento de passagens aéreas não foram considerados de natureza contínua por esta Corte de Contas no âmbito do TC 250.226/1997-9, que trata da prestação de contas da Universidade Federal da Bahia relativas ao exercício de 1996, pois entendeu-se que a supressão de tais serviços não iria ocasionar a suspensão ou o comprometimento das atividades da referida Universidade (Acórdão nº 87/2000-Segunda Câmara).

2.1.5 Contudo, no caso do Ministério da Saúde, órgão responsável, dentre tantas outras atividades, pela coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde, percebe-se que a realização de viagens faz parte das atividades de seus servidores. Assim, no caso concreto, entende-se que o fornecimento de passagens deva ser considerado como um serviço de natureza continuada."- Acórdão nº 1.196/2006, Primeira Câmara, Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça. Processo TC013.828/2002-9, DOU de 15.05.06.

11.2.1.2.3 Vigência dos contratos de serviços contínuos

Acerca do limite de vigência do termo de contrato de prestação de serviços contínuos, o Tribunal de Contas da União admite duas formas, a saber:

(a) a que coincide com o término do exercício financeiro[4], fazendo-se as prorrogações coincidentes com o final do exercício, como no exemplo abaixo, totalizando 60 (sessenta) meses:

- contrato assinado em 01.10.2006, com vigência até 31.12.2006

- primeira prorrogação, de 01.01.2007 a 31.12.2007

- segunda prorrogação, de 01.01.2008 a 31.12.2008

- terceira prorrogação, de 01.01.2009 a 31.12.2009

- quarta prorrogação, de 01.01.2010 a 31.12.2010

- quinta e última prorrogação, de 01.01.2011 a 31.09.2011

(b) a que ajusta a duração do contrato com encerramento no exercício seguinte[5], como no exemplo a seguir, totalizando 60 (sessenta) meses:

- contrato assinado em 01.10.2006, com vigência até 30.09.2007

- primeira prorrogação, de 01.10.2007 a 30.09.2008

- segunda prorrogação, de 01.10.2008 a 30.09.2009

- terceira prorrogação, de 01.10.2009 a 30.09.2010

- quarta prorrogação, de 01.10.2010 a 30.09.2011

11.2.1.2.4 Prorrogações por períodos superiores ao prazo inicial estabelecido no contrato

É possível estabelecerem-se períodos de prorrogação em prazos superiores àquele inicialmente avençado, ao que consigna a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, *vg*:

"*9. Cabe asseverar, contrariando o entendimento contido na instrução, que a tese defendida por esta Corte de Contas e pela doutrina reinante sobre a matéria é que, na renovação, não fica a entidade obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. Pois, mesmo que o texto da norma aluda a "iguais períodos" a leitura muito restrita da norma traria um engessamento para o administrador, o que não era o objetivo do legislador. Se é possível prorrogar por 60 meses, não seria razoável subordinar a administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência, seguindo o prazo inicialmente avençado no contrato. Então, nesse aspecto, não haveria qualquer irregularidade na prorrogação por mais 24 meses do contrato inicialmente avençado, com prazo de 36 meses.*"- Acórdão nº 551/2002, Segunda Câmara, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 013.721/1999-2, DOU de 04.12.02.

11.2.1.2.5 Vigência pelo prazo único de sessenta meses

No que tange à contratação de serviços contínuos pelo prazo único de sessenta meses, é possível que o contrato assim estabeleça, dependendo das peculiaridades do objeto. É importante que a Administração avalie a conveniência dessa opção, sobretudo quando a fixação de prazos menores permite que a cada prorrogação de prazo se verifique a vantagem de manter-se a contratação em andamento.

Adverte-se que, na hipótese de efetivar-se rescisão contratual unilateral pela Administração, como a do art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93, tal medida poderá trazer algum tipo de prejuízo ou ensejar a cessação de alguma espécie de lucro ao contratado, na medida em que tenham sido realizados investimentos necessários à execução do objeto do contrato, cuja expectativa era a de que o prazo de vigência se mantivesse pelo período total fixado.

Veja-se a jurisprudência do TCU:

"*1.1.1.12. em observância ao que estabelece o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, somente adote o procedimento de contratar pelo prazo limite de 60 meses em casos de serviços contínuos incomuns, em que, diante da peculiaridade e complexidade do objeto, fique inquestionavelmente demonstrado no processo o benefício advindo desse ato para a Administração, devendo para os demais casos proceder de forma a que as prorrogações previstas nos contratos sejam precedidas de avaliação técnica e econômica, que demonstrem as vantagens e o interesse da Administração em manter a contratação;*"- Acórdão nº 1467/2004, Primeira Câmara, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues. Processo TC 010.124/2003-6, DOU de 30.06.04.

11.2.1.3 Locação de equipamentos e utilização de programas de informática

A terceira exceção autorizadora a que o prazo de vigência contratual ultrapasse o exercício financeiro em curso refere-se aos contratos cujo objeto seja a locação de equipamentos e a utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se por até quarenta e oito meses após o início da vigência do contrato.

Há entendimentos de que o limite estabelecido pelo art. 57, IV, refere-se à locação de qualquer tipo de equipamento e à utilização de programas de informática. O texto do dispositivo utiliza a conjunção aditiva "e" para estabelecer que o prazo total de 48 meses é aplicável às hipóteses em que o objeto da licitação seja a locação de equipamentos de informática e a utilização de programas de informática. Não há que se negar o caráter essencial e contínuo dos objetos enunciados pelo inciso IV, mas preferiu o legislador inseri-lo em dispositivo distinto do inciso II, reduzindo o limite de sua

duração em relação a este, tendo em vista a velocidade dos avanços na área da tecnologia da informática e a imprescindibilidade de a Administração consultar o mercado periodicamente, com vistas a aferir a existência de bens e serviços de informática de última geração, para o eficaz desenvolvimento de suas atividades institucionais.

Veja-se, a propósito, texto de Acórdão do Tribunal de Contas da União:

"*9.2.2. avalie, caso a caso, a oportunidade e conveniência de se fixar prazo anual de vigência para os contratos de prestação de serviços contínuos, como o aluguel de copiadoras/impressoras, justificando com base no interesse público sempre que as peculiaridades ou complexidade do objeto contratado indicar a estipulação de prazos maiores;*"- Acórdão nº 1.858/2004, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 010.028/2003-0, DOU de 06.12.04.

O mesmo entendimento esposado para as prorrogações de serviços contínuos, admitindo-se que sejam procedidas mesmo que inexista previsão no instrumento convocatório ou em seu contrato anexo, é aplicável à espécie em comento.

A Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, para essa hipótese (art. 57, IV) e para a do art. 57, II, não exigiu que a possibilidade de prorrogação da vigência constasse expressamente no instrumento convocatório. Os mesmos requisitos necessários às prorrogações, elencados no item referente à prestação de serviços contínuos, são aplicáveis aos contratos cujo objeto seja o aluguel de equipamentos de informática e a utilização de programas de informática, a saber: (a) haja interesse da Administração e do contratado; (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 contratado 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 dotação suficiente ao custeio das respectivas despesas, ou condicionamento da validade e eficácia da prorrogação à referida disponibilidade; (i) seja formalizada por meio de termo aditivo, cuja análise prévia e aprovação cabem à assessoria jurídica; (j) haja publicação de seu resumo na imprensa oficial.

11.2.2 Interesse da Administração e do contratado

A Administração não é obrigada a prorrogar seus contratos, mas deve cogitar da prorrogação após avaliação de sua vantajosidade, resultando demonstrado que o objeto está sendo executado a contento pelo contratado e que o preço permanece vantajoso para a Administração (princípio da economicidade).

O contratado possui apenas expectativa de direito à prorrogação do contrato e caso a Administração contratante decida por sua extinção não lesiona direito algum do contratado. Este não é obrigado a aceitar a prorrogação do prazo de vigência contratual, que lhe proponha a Administração, desnecessária qualquer justificativa acerca da negativa. É condição da prorrogação as partes contratantes a ela igualmente anuírem.

Ilustra-se a matéria com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

"*21. Assiste razão à embargante quando afirma que é prerrogativa da Administração a decisão acerca da prorrogação de contratos, mas, ressalte-se, nas hipóteses de regularidade completa de procedimentos. E, diga-se, sempre de acordo com a conveniência da Administração, tratando-se de*

decisão unilateral e discricionária. Ao contratado só resta a expectativa da prorrogação, não lhe sendo assegurada, ainda que o edital mencione tal possibilidade, a certeza de prorrogação." - Acórdão nº 2.078/2007, Segunda Câmara, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 017.597/2006-0, DOU de 09.08.07;

"*33. (...) a não-renovação do contrato não configura, de forma alguma, medida restritiva à contratada. Se a celebração do contrato com licitante adjudicada em certame licitatório válido consiste em mera expectativa de direito por parte deste, com mais razão confere-se à Administração a prerrogativa de renovar, ou não, contrato administrativo, no qual se tenha apontado irregularidades.*"- Acórdão nº 2.561/2004, Segunda Câmara, Relator Min. Benjamin Zymler. Processo TC 010.396/2003-6, DOU de 20.12.04.

11.2.3 Verificação de que os preços contratados permanecem vantajosos para a Administração

Na fase interna do procedimento licitatório ou de contratação direta, é dever da Administração estimar o valor da contratação mediante ampla pesquisa de mercado, entranhando aos autos do processo os respectivos orçamentos. A realização de ampla pesquisa de preços no mercado é eficaz não só para estimar o custo do objeto a ser adquirido, mas, também, para definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de balizamento para o juízo de aceitabilidade das propostas dos licitantes ou ofertantes de preços nas contratações diretas.

Antes de prorrogar o prazo de vigência contratual, deve a Administração verificar se o seu valor permanece condizente com aqueles praticados pelo mercado, para o mesmo objeto, procedendo à nova e ampla pesquisa de preços. Não há vantagem econômica em prorrogar-se o prazo de vigência do contrato quando apurado que seu valor é superior aos preços praticados pelo mercado, aliado à verificação de que a realização de outra licitação para o mesmo objeto poderá alcançar preços mais vantajosos. É possível e recomendável, nesses casos, ante o resultado obtido pela pesquisa de preços, que a Administração, ao realizar nova licitação, fixe preços máximos como critério de aceitabilidade das propostas, baseado nos preços coletados para fins de prorrogação.

É dispensável a realização de pesquisa de preços pelos órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais SISG, nas prorrogações de prazo de vigência dos contratos cujos objetos sejam a prestação de serviços de limpeza/ conservação e vigilância, caso os valores das contratações respeitem os limites fixados, respectivamente, pela Portaria nº 10, de 22 de dezembro de 2008, do MPOG, e pela Portaria nº 3, de 21 de fevereiro de 2008, também do MPOG.

Vejam-se deliberações do Tribunal de Contas da União no que tange à necessária comprovação da vantajosidade da prorrogação:

"*4.3. Determinar à Advocacia-Geral da União que:*

[...]
4.3.6. promova ampla pesquisa de preços, quando da prorrogação de contratos de natureza continuada ou repactuação de valores contratados para esses serviços, objetivando garantir a escolha da opção mais vantajosa para a Administração, de acordo com o comando insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (item 6.5.2.2 da instrução de fls. 265/285 - vol. I);"- Acórdão nº 827/2008, Segunda Câmara, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 009.639/2007-6, DOU de 10.04.08;

"*9.2. determinar à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da*

Ciência e Tecnologia que, ao prorrogar contrato de aluguel de equipamentos, providencie, no contexto da justificativa requerida pelo §2º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, também a reavaliação quanto a se o preço, os quantitativos e as especificações originais continuam adequados às condições do momento, promovendo as alterações necessárias ou mesmo deixando de renovar o ajuste, caso não recomendável seu prosseguimento;" - Acórdão nº 3.616/2007, Primeira Câmara, Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça. Processo TC 008.675/2003-5, DOU de 22.11.07.

11.2.4 Justificativa expressa e autorização pela autoridade competente, nos autos do processo pertinente

Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, comanda o art. 57, §2º, da Lei nº 8.666/93.

A justificativa descerra os pressupostos de fato e de direito que demonstram a vantagem de prorrogar-se o contrato. Cumpre o princípio da motivação, inserto no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

Os regulamentos internos do órgão ou da entidade pública contratante definirão a autoridade competente para autorizar a prorrogação, recaindo tal atribuição, de ordinário, naquela que é a competente para autorizar a contratação. Óbice não há a que servidor no exercício de cargo ou função de direção subordinada receba o cometimento da norma regulamentar, seja por competência originária própria ou por delegação. Importa que dos autos do respectivo processo constem pareceres técnicos e/ou jurídicos que deduzam os fundamentos que dita autoridade adotará para motivar a autorização.

A hipótese guarda simetria com aquelas a que se referem os incisos VI e IX do art. 38 da Lei nº 8.666/93: se a autoridade carece de pareceres técnicos e/ou jurídicos para, em decisão fundamentada circunstanciadamente, autorizar a licitação, ou a contratação direta, ou a anulação ou revogação de contrato, também assim haverá de proceder para autorizar a prorrogação de contrato por findar-se.

11.2.5 Comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação

É cláusula necessária nos contratos administrativos, segundo o disposto no art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, a que estabeleça a obrigação de o contratado manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação que lhe foram exigidas na licitação. Assim, se houve de comprovar regularidade com a Fazenda Federal e qualificação econômico-financeira baseada em índices, tais requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório deverão ser confirmados antes de cada prorrogação.

A contrario senso, é vedado à Administração exigir, durante a execução contratual, a comprovação de condições não exigidas no instrumento convocatório da licitação. Os riscos de contratar-se quem não reúna habilitação, incluindo qualificação técnica e/ou econômico-financeira, para contratar com a Administração, devem ser mensurados e precatados no edital (ou carta-convite), no que este formula as exigências de habilitação (Lei nº 8.666/93, artigos 27 a 31). No curso do contratação, se a desqualificação resultar evidenciada pelo mau desempenho do contratado, outra será a solução a rescisão unilateral do contrato, sem prejuízo da imposição de penalidades, ambas, rescisão e penalização, também prerrogativas legais da Administração (artigos 58, incisos II e IV, 79, I, e 80, *caput*, da Lei Geral).

11.2.6 Prorrogação dentro do prazo de vigência contratual

Todo contrato administrativo deve estabelecer o limite de sua vigência, observada a diretriz consagrada no verbete 191, da Súmula do Tribunal de Contas da União - "*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.*"

Uma vez extinto o contrato, seja pelo decurso do prazo de vigência sem prorrogação, seja pelo cumprimento da obrigação, ou, ainda, em decorrência de uma das causas de rescisão elencadas no art. 78 da Lei nº 8.666/93, é vedada qualquer espécie de alteração, inclusive a prorrogação.

Vedada, ademais, é a retroatividade da data da prorrogação, com o fim de estabelecê-la dentro do prazo de vigência do contrato. A extinção do contrato extingue o vínculo jurídico entre as partes, impondo-se à Administração o dever de realizar nova licitação ou contratação direta, se for o caso (art. 37, XXI, da CR/88). A prorrogação depois de esgotado o prazo de vigência burla a norma geral da licitação. "*As prorrogações dos contratos só podem ocorrer se não houver interrupção do prazo, ainda que esta tenha ocorrido por um dia apenas.*" [6]

Por meio do Acórdão 1.727/2004 Plenário, decidiu o Tribunal de Contas da União:

"*9.1. determinar à Agência Nacional de Telecomunicações Anatel que nas prorrogações contratuais promova a assinatura dos respectivos termos de aditamento até o término da vigência contratual, uma vez que, transposta a data final de sua vigência, o contrato é considerado extinto, não sendo juridicamente cabível a prorrogação ou a continuidade da execução do mesmo:*" Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 008.348/2004-0, DOU de 17.11.04.

O tema é recorrente na recente jurisprudência do TCU:

"*9.7. determinar à Infraero que:*

9.7.1. se abstenha de prorrogar contratos com vigência expirada, bem como de celebrar termos aditivos com efeitos retroativos, por ausência de previsão legal, observando-se o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/1993;"- Acórdão nº 2.538/2007, Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro. Processo TC 008.318/2005-9, DOU de 30.11.07;

"*9.5. determinar ao Município de Boa Vista/RR que, quando da administração de recursos federais:*

9.5.1. abstenha-se de prorrogar contratos celebrados pelo Município após esgotados seus prazos de vigência, por contrariar o §2º do art. 57 da Lei nº 8.666/1993;"- Acórdão nº 1.425/2007, Plenário, Relator Min. Marcos Bemquerer. Processo TC 005.361/2003-0, DOU de 27.07.07;

"*9.7. determinar ao Departamento Nacional de Produção Mineral 16º Distrito no Estado do Amapá - DNPM/AP que:*

9.7.1. celebre termos aditivos de prorrogação de prazos de contratos somente dentro dos respectivos prazos de vigência;" - Acórdão nº 100/2008, Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro. Processo TC 003.746/2006-0, DOU de 01.02.08.

11.2.6.1 Hipótese excepcional de prorrogação

Ocorrendo situação excepcional, devidamente justificada e autorizada pela autoridade competente, o limite de sessenta meses de que trata o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 poderá ser prorrogado por até doze meses, segundo enunciado no §4º do mesmo dispositivo. A preposição "até" indica que o prazo da prorrogação poderá ser inferior a doze meses. Impõe-se à Administração, também nesta hipótese excepcional, fixar o prazo de prorrogação de acordo com as reais necessidades a atender, respeitado o limite de doze meses e antes que expire o prazo de vigência do contrato.

11.2.6.2 Início do prazo de vigência contratual

A Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas não traz disposição expressa acerca do termo a partir do qual se inicia a vigência contratual. Na prática administrativa, alternativas têm sido admitidas: a partir da data de assinatura do termo ou da data de publicação do resumo do contrato na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único); ou condicionar o início a prazo que se siga à homologação da licitação. Fundamental é que o instrumento convocatório, no seu corpo ou no modelo de contrato que o integra como anexo, estabeleça critério objetivo, a garantir que as prorrogações e alterações em geral (acréscimos, supressões, reajustes) ocorram dentro do prazo de vigência adotado.

11.2.7 Impedimentos para contratar com o Poder Público

Cumpre, ainda, à Administração verificar a existência de impedimento do adjudicatário para contratar com o Poder Público.

O impedimento pode resultar de sanção aplicada e a cujos efeitos ainda esteja submetido o adjudicatário, como previsto na Lei nº 8.666/93:

"*Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior;".

E na Lei nº 10.520/02:

"*Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei,*

pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

De acordo com o Decreto nº 3.722[7], de 09 de janeiro de 2001:

"*Art. 1º*

(...)

I - como condição necessária para emissão de nota de empenho, cada administração deverá realizar prévia consulta ao SICAF, para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público;"

A propósito, assinalou-se, em estudo anterior, que:

"A aplicação de qualquer das penalidades referidas nos dispositivos acima citados, observado o devido processo legal, torna a pessoa física ou jurídica impedida de participar de certame licitatório ou de contratação promovida no âmbito do órgão ou da entidade pública que impôs a penalidade, no caso de suspensão (art. 87, inciso III, c/c art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93), ou, no caso de declaração de idoneidade, perante toda a Administração Pública, assim entendida a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (art. 87, inciso IV, c/c art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/93), ou, tratando-se de infração cometida no âmbito de pregão, perante os respectivos entes federativos - União, Estado, Distrito Federal ou Município (art. 7º da Lei nº 10.520/02).

O art. 97 da Lei nº 8.666/93 tipifica como crime a admissão à licitação ou a celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, cominando a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para o agente público que assim proceder, incidindo na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Crime que comporta a modalidade dolosa tão-somente, isto é, para que se configure o crime é indispensável que se comprove o deliberado propósito de o agente assim proceder, sabendo que estava a autorizar a participação em licitação ou a contratação de quem estava a cumprir a penalidade de inidoneidade. Se o agente ignorava a existência da penalidade, crime não haverá, e cogitar-se-á, apenas, de ilícito administrativo, se caracterizada conduta negligente do agente.

A outros órgãos públicos é atribuído poder para imposição de penalidades, notadamente o impedimento em participar de licitações ou contratar com o Poder Público. Assim, a Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Também a Lei nº 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, estabelece: Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;.

E a Lei nº 10.683/03, que define a competência da Controladoria-Geral da União, preceitua: Art. 18. (...) §1º À Controladoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível." (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *O devido processo legal da contratação direta: das normas gerais às regras da cotação eletrônica e do cartão corporativo* – 2ª e última parte. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, vol. 82, out/08, p. 22 e 23).

11.2.7.1 Dos impedimentos e seus efeitos

"As penalidades de suspensão (art. 87, III), de declaração de inidoneidade (art. 87, IV) e de impedimento (art. 7º da Lei nº 10.520/02) impostas ao contratado, observadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CR/88, art. 5º, LV), devem ser aplicadas com efeitos ex nunc (para o futuro), sem alcançar os contratos firmados anteriormente. Quer isto dizer que as penalidades não produzem efeitos pretéritos. A partir da decisão preclusa (contra a qual não se opôs recurso algum) ou transitada em julgado (depois de esgotados todos os recursos administrativos interpostos), é que se operam os efeitos das penalidades, autorizando a rescisão contratual pelos entes, órgãos e entidades públicos alcançados pelo impedimento, e a vedação a que a contratada participe de certames licitatórios, venha a contratar ou manter contrato com o Poder Público." (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *O devido processo legal da contratação direta: das normas gerais às regras da cotação eletrônica e do cartão corporativo* – 2ª e última parte. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, vol. 82, out/08, p. 23 e 24).

Veja-se, a respeito, a ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no MS nº 13.101 – DF - 2007/0224011-3, impetrado por empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público:

"*... A Seção, por maioria, denegou a segurança para considerar legítima a declaração de inidoneidade com efeitos ex nunc, respeitados os contratos já firmados. Concluiu, ainda, a Seção, que o presente resultado não influi nas eventuais suspensões ou rescisões de contratos anteriores à declaração de inidoneidade por vícios próprios.*"

11.2.8 Existência de recursos orçamentários

Compete ao órgão ou entidade pública contratante certificar a existência, na lei orçamentária do exercício de prorrogação do contrato, de dotações suficientes para o custeio das respectivas despesas, ou condicionamento da validade e eficácia da prorrogação à referida disponibilidade.

Eis os balizamentos normativos:

Lei Complementar nº 101/00

"*Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:*

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§4º - As normas do caput constituem ***condição prévia*** *para:*

I ***- empenho*** *e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;".*

O art. 55, V, da Lei nº 8.666/93 manda incluir nos contratos cláusula que contenha a indicação do crédito orçamentário pelo qual correrá a despesa, com a informação da classificação funcional-programática e da categoria econômica, ordem que se deve estender aos termos aditivos que prorrogam o prazo de vigência contratual e os que formalizam situações geradoras de aumento de despesas, como, por exemplo, aquelas atinentes a acréscimos quantitativos e qualitativos do objeto.

11.2.9 Formalização por meio de termo aditivo

Há entendimento de que a prorrogação do prazo de vigência dos contratos, cujos objetos se enquadrem nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93, possa ser formalizada por simples apostilamento. No entanto, o instrumento hábil é o termo aditivo, assinado pelos representantes da Administração contratante e do contratado, tendo em vista que a prorrogação exige a aquiescência de ambos os contraentes e significa alteração nas condições originalmente pactuadas, não mera aplicação de regime previsto no próprio contrato.

Veja-se a orientação do Tribunal de Contas da União: "*O termo de aditamento pode ser usado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto, prorrogações, repactuações, além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato.*" *(*Licitações & Contratos. Orientações Básicas. 3ª ed., p. 267).

11.2.10 Análise e aprovação da minuta de termo aditivo pela assessoria jurídica

O dever decorre do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, o qual preceitua que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

O termo aditivo pode resultar de um acordo de vontades entre as partes contratantes, como nas hipóteses indicadas no art. 65, II, e no art. 57, I, II e IV (prorrogação do prazo de vigência contratua l), da Lei nº 8.666/93, ou traduzir a necessidade de adequação dos termos originariamente pactuados a uma nova situação fática, como sucede com as alterações de prazo previstas no §1º do art. 57, e no art. 65, I, alíneas "a" e "b", da mesma lei.

Em qualquer hipótese (acordo ou adequação), é obrigatória a análise e aprovação da assessoria jurídica da Administração, a quem compete verificar a legalidade dos atos e fatos que ensejam as alterações ou prorrogações e a regular formalização da minuta segundo os termos da Lei nº 8.666/93.

Note-se que a norma alude a "assessoria jurídica da Administração", a significar que esta não pode transferir o encargo a assessoria jurídica estranha a seus quadros (terceiros), muito menos a assessoria vinculada às empresas interessadas na licitação ou na contratação direta. Sob pena de violação do princípio da moralidade administrativa posto no art. 37, *caput*, da CR/88, e, analogicamente, dos impedimentos traçados no art. 9º da Lei nº 8.666/93.

11.2.11 Publicação do resumo do termo aditivo por meio da imprensa oficial

É o que determina a regra do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual a

publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

A consequência para a falta de publicação resumida, como ocorre com os contratos, é a ineficácia do termo aditivo, quer dizer, o acordo existe, é válido, porém não estará apto a produzir efeitos.

Os dados necessários à publicação resumida do termo aditivo de prorrogação consubstanciam-se na identificação das partes, número do contrato e ordem sequencial do termo aditivo, objeto e novo período de vigência.

11.3 Prazo de vigência do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 e a possibilidade de prorrogação

A norma disciplinadora da contratação direta em situação de emergência ou de calamidade pública estreita o âmbito da contratação aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

O dispositivo é categórico quanto à improrrogabilidade do prazo de 180 dias, mas se compõe com a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes e que seja capaz de alterar fundadamente as condições de execução do contrato (art. 57, §1º, II, da Lei nº 8.666/93). A solução, diante dessas condições, será a prorrogação da vigência inicialmente estabelecida, pelo prazo que for necessário à consecução do objeto.

A prorrogação não é automática. Cumpre ao administrador justificar a necessidade de fazê-la, apresentando os motivos de fato e de direito que a fundamentam, seguidas de sua autorização e análise da minuta do termo pertinente pela assessoria jurídica.

Eis decisões do Tribunal de Contas da União que autorizam a prorrogação do prazo nas contratações emergenciais:

"*21. Consoante registrado anteriormente, a Lei determina que, ocorrendo situação calamitosa ou emergencial, as obras e serviços deverão ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.*

22. No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no art. 57, §1º, item II, da Lei nº 8.666/93.

(...)
24. Com respeito à Teoria da Imprevisão, a doutrina é pacífica no sentido de sua aplicação em contratos administrativos.

25. Referida Teoria constitui nova roupagem da cláusula rebus sic stantibus e foi definitivamente reconhecida no Brasil. De forma abrangente, ela está contemplada nas disposições contidas no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, nos seguintes termos:

(...)

30. (...) para que seja admitida a revisão contratual com base na Teoria da Imprevisão, deve ser cabalmente demonstrada pelo gestor público a existência de pressupostos capazes de revelar uma subversão das condições econômicas e financeiras originais do contrato, que tenham, efetivamente, causado prejuízo ao contratante e abalado as próprias bases do contrato.

31. Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato." - Decisão nº 820/1996, Relator Min. Bento José Bugarin, Plenário, Processo TC 500.296/1996-0, DOU de 26.12.96;

"*30. Evidente que, pela natureza da hipótese de dispensa supra, não se pode admitir, como regra geral, a prorrogação dos contratos respectivos, à exceção de hipóteses especialíssimas em que, ocorrendo situação superveniente ao ajuste, a melhor solução é a prorrogação. Cite-se como exemplo a sucessão de eventos calamitosos durante a vigência da avença.*

31.Entretanto, a regra é a vedação da prorrogação dos contratos que terão prazo de vigência delimitado pela norma em 180 dias. A superação deste prazo somente se justifica em hipóteses restritas e que se estendam por lapso de tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergencial que se apresenta ao administrador. A existência de contratos sucessivos, totalizando prazo superior a cinco anos, celebrados sem o prévio procedimento licitatório sob o argumento de emergência é indício razoável de que se está procurando burlar a regra constitucional e legal da licitação. Por conseguinte, a resposta, em tese, à pergunta formulada é negativa. Não está autorizado o Banco do Brasil, a princípio, a celebrar ajustes sucessivos por cerca de seis anos, com dispensa de licitação, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93." - Decisão nº 645/2002, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, Processo TC 016.520/1999-8, DOU de 08.07.02;

"*É possível, em casos excepcionais, firmar termo aditivo para prorrogar contrato oriundo da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço, além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto.*

(...)
6. Tal procedimento, excepcional, estaria plenamente justificado pelo contexto específico que cercou a execução do objeto do contrato sob exame, visto que o atraso na conclusão da restauração foi ocasionado pelo tempo instável e pela impossibilidade de fornecimento de CBUQ [concreto betuminoso usinado a quente] pelas usinas, fornecedoras desse material à empresa [contratada], conforme registrado no relatório da equipe da Secex/RJ.

(...)
9.1. determinar ao (...) DNIT que, ao firmar contratos com base na dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, caso haja necessidade de prorrogação contratual além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal - 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade -, formalize, em caráter excepcional, termo aditivo com a contratada por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou

imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto;

9.2. alertar o DNIT que a adoção indevida do procedimento indicado no subitem precedente deste acórdão pode implicar a responsabilização daqueles que derem causa a prorrogações contratuais que representem injustificada inobservância do prazo máximo indicado no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993;" - Acórdão nº 1.941/2007, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 015.057/2007-7, DOU de 21.09.07.

---

[1] (Licitações & Contratos. Orientações Básicas. 3ª ed., Tribunal de Contas da União. p. 267. Disponível em:http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAOPORASSUNTO/LICITACOES-CONTRATOS/LICITACOES-CONTRATOS-3AED.PDF).

[2] Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 512.

[3] Idem, ibidem, p. 331.

[4] Decisão nº 605/1996, Plenário, Relator Min. Carlos Átila Álvares da Silva. Processo TC 003.100/95-2, DOU de 15.10.96.

[5] "*A vigência dos contratos de natureza contínua não coincide com o ano civil. A duração desses contratos pode ultrapassar o exercício financeiro em que foi firmado.*" Licitações & Contratos. Orientações Básicas. TCU. 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. 2006, p. 335.

Decisão nº 586/2002, Segunda Câmara, Relator Min. Adylson Motta. Processo TC 008.683/2002-9, DOU de 04.12.02: "8.1.4.adote providências no sentido de orientar suas unidades executivas no sentido de que: (...) d) não existe a necessidade de fixar a vigência coincidindo com o ano civil, nos contratos de serviços continuados cuja duração ultrapasse o exercício financeiro em curso, uma vez que não pode ser confundido o conceito de duração dos contratos administrativos (art. 57 da Lei n. 8.666/93) com a condição de comprovação de existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações executadas no exercício financeiro em curso (art. 7º, §2º, III, da Lei nº 8.666/93), pois nada impede que contratos dessa natureza tenham vigência fixada para 12 meses, ultrapassando o exercício financeiro inicial, e os créditos orçamentários fiquem adstritos ao exercício financeiro em que o termo contratual é pactuado (...);"

[6] (Licitações & Contratos. Orientações Básicas. 3ª ed., Tribunal de Contas da União, p. 331. Disponível em:http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAOPORASSUNT

O/LICITACOES-CONTRATOS/LICITACOES-CONTRATOS-3AED.PDF).

[7] Parcialmente alterado pelo Decreto nº 4.485, de 25 de novembro de 2002.