



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 12/12/07

RELATOR: CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

CONSULTA Nº 742467

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

I – RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre consulta formulada pelo Sr. Alberto Pinto Coelho, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, por meio da qual registra o seguinte questionamento, *ipsis litteris*:

Considerando-se, em tese, a possibilidade da Administração celebrar contrato de prestação de serviço contínuo, em decorrência de procedimento licitatório, na modalidade concorrência, e, ainda, que demanda imprevisível de serviço por parte da Administração ocasione o consumo dos valores contratuais previstos antes do término do período de 12 (doze) meses, inicialmente pactuado, questiona-se:

1- É possível, comprovada a vantagem da renovação para a Administração, e havendo previsão orçamentária, formalizar a prorrogação do respectivo instrumento de contrato por período inferior ou superior à sua vigência, (prevista no art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/93 e no edital), por meio de termo aditivo, antes do término do prazo inicial avençado?

2- Em caso afirmativo, é possível, depois de renovado o contrato nos termos anteriormente mencionados, aditá-lo em até 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor total da contratação, com fundamento no disposto no art. 65, §1º, da Lei de Licitações Públicas?

A douta Auditoria, em parecer circunstanciado da lavra do Auditor Edson Arger, manifestou-se às fls. 05 a 20.

É o relatório em síntese.



II – PRELIMINAR

A parte é legítima, conforme extrai-se do comando art. 7º, inciso X, alínea “a” da Resolução TC 10/96 – RITCMG.

Quanto à pertinência da matéria versada, verifica-se tratar de assunto afeto à função deste eg. Tribunal de Contas, com evidente repercussão e interesse das Administrações Públicas municipais e estadual.

Isto posto, conheço da consulta para respondê-la em tese, consoante a disposição do artigo retroexposto do RITCMG.

CONSELHEIRO HAMILTON COELHO:

Também conheço da consulta.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE ELMO BRAZ:

APROVADO EM PRELIMINAR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

III – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, para atender ao escopo específico desta consulta, insta delimitar o sentido da expressão “contrato administrativo”: trata-se de uma espécie de contrato que requer a aplicação de princípios e regras típicas do Direito



Administrativo, o qual impõe restrições e prerrogativas decorrentes da natureza pública da atividade administrativa.

Especificamente, quando se trata de assegurar a continuidade do serviço público, não se invocam as normas que norteiam os contratos privados, pelo contrário, aplica-se um regime jurídico especial – o regime jurídico de Direito público, exorbitante e derogatório do direito comum – aos pactos em que estão presentes questões de interesse público.

Neste contexto, a Lei nº 8.666/93 em seu art. 57 e seus incisos, traz emoldurada a matéria acerca da duração dos contratos administrativos, dispondo, em especial no inciso II, sobre contratos de prestação de serviços de natureza contínua.

O Professor Marçal Justen Filho¹ ao tratar a matéria posiciona-se:

(...) A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro.

Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço. (Grifei e negritei).

Nesse sentido, entende o administrativista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes², que o contrato de prestação de serviços a ser executado de forma contínua não foi, acertadamente, conceituado pelo legislador, mas segundo a majoritária doutrina, são aqueles em que a execução se protai no tempo e cuja interrupção trará prejuízos à Administração. Não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 504.

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Vade-Mecum de Licitações e Contratos. 3ª ed. Belo Horizonte: 2006. p. 532.



os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

Observa-se que a lei de licitações não exige que todo serviço contínuo seja necessariamente essencial, caso pretendesse vincular a aplicação da regra aos casos de serviços essenciais, assim teria explicitado no dispositivo. Dessa forma, podemos exemplificar como contratos de execução continuada de serviços essenciais e não-indispensáveis: limpeza pública, segurança, publicidade institucional, manutenção de elevadores, etc.

Destaca-se, de plano, que a vigência dos contratos administrativos deve ser sempre determinada pois o art. 57, § 2º, da Lei de Licitações Públicas, veda a realização de contratos com prazo de vigência indeterminado. Assim, a regra geral que norteia a duração do contrato administrativo é o prazo de sua vigência, ou seja, o tempo de existência do contrato, extinguindo-se com o advento do seu termo final.

Todavia, a problemática do prazo de vigência não pode ficar adstrita ao acima exposto à medida que apresenta contornos distintos conforme a natureza do contrato, assim ensina Hely Lopes Meirelles³:

distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos, o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato. (grifei)

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 197.



A seu turno, o Professor Luciano Ferraz, em seu Parecer nº 22/2007, à Prefeitura Municipal de Ipatinga, trazendo esse raciocínio para os contratos de prestação de serviços de natureza contínua, destaca:

A par desses dois tipos de contrato (por escopo e de prestação sucessivas), registre-se a existência de contratos que conjugam indistintamente, mercê das características próprias do seu objeto, prazos de execução enquadráveis nos dois critérios, o do escopo e o do prazo de vigência. É o que se verifica, por exemplo, em contratos que estipulam quantitativos máximos de utilidade a serem obtidas durante determinado período fixado na avença. (Grifei).

Em suma, em função das características especiais do serviço contínuo, ou de uma demanda imprevisível, pode a Administração deparar-se com o término do contrato pelo esgotamento do objeto ou mesmo do recurso antes da vigência inicial pactuada. Nesse caso, em decorrência dessa natureza híbrida relativa à sua extinção, o contrato poderá ser prorrogado antes de qualquer dos termos de extinção (escopo/vigência), nos moldes do art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, exatamente para não desnaturar o caráter contínuo da prestação – desde que imprescindivelmente a previsão da prorrogação esteja inserta no edital da respectiva licitação.

Diante disso, faz-se imperioso tecer algumas considerações acerca da forma pela qual deverá proceder a renovação contratual, haja vista que o dispositivo legal acima referenciado faz menção à prorrogação “*por iguais e sucessivos períodos*”.

Assim, cumpre trazer ao debate a melhor doutrina acerca da matéria, sustentada pelo Professor Marçal Justen Filho⁴, que leciona com propriedade:

É obrigatório respeitar, na renovação, o mesmo prazo da contratação original? A resposta é negativa, mesmo que o texto legal aluda a “iguais”. Seria um contra-senso impor a obrigatoriedade de renovação por período idêntico. Se é possível

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit. p 506.
consulta/742467 – GL/S/F/SO/ahw



pactuar o contrato por até sessenta meses, não seria razoável subordinar a Administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência. Isso não significa autorizar o desvio de poder. Não se admitirá que a Administração fixe períodos diminutos para a renovação, ameaçando o contratado que não for simpático.

(...)

Ora, qual o impedimento lógico-jurídico a que a Administração contrate por três meses e, no início do exercício orçamentário posterior, promova a renovação por doze meses? Nenhum princípio ou dispositivo legal seria sacrificado. O único obstáculo é a redação literal do art. 57, inc. II. (...). (Grifei e negritei).

Por excelência, ao meu ver, a Administração não deve interpretar o dispositivo citado da Lei de Licitações Públicas em sua literalidade, sob pena de infringir os princípios constitucionais da economicidade e eficiência, ceifando de sua atuação a hermenêutica concretista que atualmente culmina pela adequação da norma ao caso concreto, a exigir uma prorrogação contratual por um prazo inferior ou superior àquele pactuado inicialmente, a fim de atender com efetividade as demandas do interesse público.

É necessário, contudo, que a Administração evidencie a real vantagem da renovação contratual. A exemplo disso o TCU Decisão nº 25/2000 Plenário - admitiu contratos de serviços contínuos pelo prazo de 60 (sessenta) meses, decidindo, ainda, no Acórdão nº 740/2004 Plenário: “... no caso de prorrogação de serviços de execução continuada, instruir os processos administrativos comprovando que a prorrogação é mais vantajosa para a Administração, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.”

Na mesma esteira, Jessé Torres Pereira Júnior⁵, sobre o tema ensina: (...)
a prorroabilidade passa a ser a regra, desde que implementado o requisito a que vinculada, qual seja o de que, na prorrogação, obtenham-se preço e condições mais vantajosas. Sendo este o caso,

⁵ TORRES PEREIRA JÚNIOR, Jessé. Comentários À Lei de Licitações e Contratações. 6ª ed. Renovar, 2003. p. 593.
consulta/742467 – GL/S/F/SO/ahw



nenhum obstáculo a lei opõe à prorrogação, salvo o limite de 60 meses.

(...) *É evidente que a prestação não pode sofrer solução de continuidade, devendo ser providenciada a prorrogação da execução antes daquele termo final. (Grifei)*

Faz-se congruente salientar que a Administração deve também evidenciar que uma nova licitação poderá implicar em custo desvantajoso em relação à prorrogação do contrato em vigência.

No que diz respeito aos recursos orçamentários destinados à contratação, cuja vigência ultrapassar a um exercício financeiro, não há dificuldades de entendimento, contudo, a fim de evidenciá-lo, vale colacionar, novamente, posicionamento do Professor Marçal Justen Filho⁶:

*A regra da prorrogabilidade não se vincula à importância do serviço, mas à **previsibilidade** da existência de recursos orçamentários para seu futuro custeio. Lembre-se que o dispositivo do art. 57 vincula-se à disciplina orçamentária. Um serviço contínuo, relacionado com uma necessidade permanente e renovada, poderá ser contratado com previsão de prorrogação **porque se presume que sempre haverá inclusão de verbas para sua remuneração no futuro**. Logo, é perfeitamente possível que um serviço contínuo não apresente maior essencialidade – (...).*

Por outro lado e na medida em que a necessidade a ser atendida é permanente, torna-se muito problemático interromper sua prestação

(...).

Ainda, o doutrinador paranaense, citado no parecer circunstanciado do Auditor Edson Arger, esclarece:

A lei presume, de um lado, a inevitabilidade da disponibilidade de recursos para custeio dos encargos contratuais. Tanto mais porque os

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit. p. 504
consulta/742467 – GL/S/F/SO/ahw



contratos de prestação de serviços não usam montar a valores que possam afetar disponibilidades orçamentárias. Em princípio, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente existirão recursos para o pagamento dos serviços. Ademais, os serviços prestados de modo contínuo teriam de ser interrompidos, caso fosse vedada a contratação superior ao prazo de vigência dos créditos orçamentários. Isso importaria sério risco de continuidade da atividade administrativa. (...) (Grifei e negritei).

Deve-se observar que a execução contratual tem de fazer-se em função do orçamento existente e em vigência. Essa regra é aplicada, em tese, a qualquer contrato, seja de execução instantânea, seja de execução continuada, o que não se confunde com o prazo de vigência estipulado no contrato. A realização da despesa pública caracteriza-se pelo empenho da despesa (art. 35, inc. II, da Lei 4.320/64) e que, para a sua emissão, utilizam-se dotações consignadas na Lei Orçamentária Anual. Em relação à prorrogação contratual, todavia, a mera indicação de que os recursos estão previstos já confere relativa segurança ao processo, é o que ocorre nos contratos de serviços de natureza contínua.

O Consultante questiona, também, sobre a possibilidade de alteração unilateral pela Administração do pacto inicial prorrogado, implementando-se o acréscimo permitido pelo art. 65, §1º, da Lei de Licitações Públicas.

Ressalte-se previamente que “A modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis. É o reflexo jurídico da superposição dos interesses fundamentais, que traduzem a necessidade de o Estado promover os direitos fundamentais por meio de atuação ativa.”⁷ E, acrescento: a alteração contratual não se confunde com a sua renovação.

Considerando as contratações com fundamento no art. 57, II, e o limite de 25% do art. 65, § 1º, da Lei em referência, deve-se abordar qual o escopo/montante deverá ser adotado como base para cálculo de acréscimo pretendido. Por todo o exposto, reputo que o escopo/valor contratual coincide com a soma das diversas prorrogações. Ou seja, o limite de 25% será calculado sobre o

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit. p. 537
consulta/742467 – GL/S/F/SO/ahw



objeto “ampliado” em função das prorrogações ou do somatório dos valores correspondentes ao total das prorrogações (devidamente atualizado e, se for o caso, revisto).

Desta forma, evidente que a Administração poderá considerar que o limite de 25% não precisará ser calculado em face do objeto/valor contratual de um único período, pois, a renovação do contrato produz o efeito de ampliação do objeto ou elevação do montante monetário a ser transferido por uma parte à outra. Por isso, elevando-se a “base de cálculo”, o resultado é o aumento do acréscimo permitido. Assim, havendo um contrato prorrogado, a Administração Pública está autorizada a promover a alteração de 25% calculada sobre o todo, frisando-se que deverá ser obrigatoriamente tomada em conta a vinculação à modalidade de licitação que abranja o novo montante prorrogado.

Cumprе ressaltar que, considerando-se agora como referencial o novo objeto/montante oriundo do contrato prorrogado e aditado, poderá a Administração – desde que apresente justificativas fundamentadas, observada a real disponibilidade orçamentária de cada período de execução, bem como os limites disciplinados na Lei de Responsabilidade Fiscal – utilizar o acréscimo legal permitido de forma diluída no curso da vigência contratual estendida, da maneira que convier ao melhor interesse público.

IV – CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o acima exposto e as considerações apresentadas pelo consulente que antecederam aos seus questionamentos, respondo à consulta da forma seguinte:

1 - Quanto à primeira questão:

É possível a renovação do contrato de prestação de serviço contínuo por período inferior ou superior ao prazo inicial avençado – cuja natureza de sua extinção seja híbrida (extinção em razão do escopo e/ou pelo termo final do prazo de vigência) – antes do término do prazo inicial pactuado, desde que a prorrogação esteja prevista no edital da respectiva licitação, e que reste demonstrada a característica especial do serviço ou demanda imprevisível de serviço, a



previsibilidade orçamentária, e a efetiva vantagem da prorrogação contratual para a Administração.

2 - Quanto à segunda questão:

Considerando a possibilidade da prorrogação do contrato, é possível aditá-lo em até 25% (vinte e cinco por cento), nos termos do disposto no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações Públicas sobre o seu objeto/valor total, desde que a Administração evidencie a superveniência de motivo justificador da alteração contratual, e que o acréscimo legal consignado no contrato é o mais adequado e vantajoso para a Administração Pública.

Ainda, observada a real disponibilidade orçamentária de cada período de execução, bem como os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Administração poderá utilizar o acréscimo legal permitido de forma diluída no curso da vigência contratual estendida, da maneira que atender ao melhor interesse público.

É o parecer que submeto à consideração dos Exmos. Conselheiros.

CONSELHEIRO HAMILTON COELHO:

A matéria é complexa. Em razão disso, dela peço vista para melhor convencimento.

CONSELHEIRO PRESIDENTE ELMO BRAZ:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.