

PARECER N°1485-A/2018 - NSAJ/SESMA/PMB

PROTOCOLOS N°: 1340139/2013.

ASSUNTO: PRORROGAÇÃO VIGÊNCIA DO CONTRATO, ACRÉSCIMO CONTRATUAL, E ANÁLISE DA MINUTA DO SEXTO TERMO ADITIVO.

ANÁLISE: PRORROGAÇÃO VIGÊNCIA DO CONTRATO, ACRÉSCIMO CONTRATUAL E ANÁLISE MINUTA DO TERMO ADITIVO - CONTRATO VIGENTE - CONTRATO N°178/2013 - MINUTA DO SEXTO TERMO ADITIVO.

Senhor Secretário Municipal de Saúde,

A análise em questão se refere à possibilidade de Prorrogação da Vigência do Contrato, possibilidade de acréscimo no contrato e da análise da Minuta do Sexto Termo Aditivo, a referida prorrogação de serviço de CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE PEQUENO, MÉDIO E GRANDE PORTE, EM REGIME DE DIÁRIAS E MENSAL.

I - DOS FATOS

Recebo o processo no estado em que se encontra.

O Núcleo de CONTRATOS/SESMA encaminhou para o Gabinete desta Secretaria a solicitação para prorrogação do prazo de vigência do contrato, acréscimo no contrato, conforme documentos probatórios anexos ao processo, devido ao termino do prazo de vigência do contrato está chegando ao fim.

A Minuta do Sexto Termo Aditivo de Contrato sob análise decorre da solicitação de prorrogação de vigência do referido contrato em mais 12 (doze) meses para serviço de CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE PEQUENO, MÉDIO E GRANDE PORTE, EM REGIME DE DIÁRIAS E MENSAL, para dar continuidade de forma satisfatória na execução dos serviços prestados por esta Secretaria Municipal de Saúde-SESMA e garantir melhores condições de atendimento dos usuários desta SESMA.

Vieram os presentes autos a esta Consultoria para análise e parecer sobre a possibilidade da prorrogação e de ser celebrado o Sexto Termo Aditivo do Contrato nº178/2013.

Após tramitação regular, com todas as informações pertinentes, veio a esta Assessoria para análise e emissão de parecer.

Esta é a síntese dos fatos que vinculam a consulta.

II - DO DIREITO

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente análise, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

II.1 - DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DA PESQUISA NO MOMENTO DA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL E A COMPROVAÇÃO DE VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO:

Como regra, a licitação e os contratos administrativos têm por objetivo a obtenção da solução contratual economicamente mais vantajosa para a Administração Pública. Desta forma, um dos requisitos para a prorrogação dos contratos administrativos de prestação de serviços de natureza contínua é que sejam vantajosos para a Administração Pública.

A comprovação da vantajosidade da prorrogação do contrato administrativo é realizada através de pesquisa de preços no mercado. A Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabelece no artigo 36, §2º que toda prorrogação de contratos será precedida da realização de pesquisas de preços de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, visando a assegurar a manutenção da contratação mais vantajosa. Da mesma forma a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era uniforme no sentido da necessidade da realização de pesquisa de preços.

Contudo, o Tribunal de Contas da União inovou e realizou o Informativo nº 153/2013. Assim, de acordo com o entendimento proferido neste informativo, para a prorrogação de contratos administrativos prevista no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993 não seria obrigatório a realização de pesquisa de preços.

O Informativo nº 153/2013 do TCU apresentou uma decisão inédita ao informar não ser obrigatória a realização de pesquisa de preços para a prorrogação de contratos administrativos de

prestação de serviços de natureza contínua. No presente processo, não foi feita a pesquisa mercadológica de preços.

Além de o contrato ser de prestação de serviço, é necessário que seja executado de forma contínua. Para compreender esta questão é necessário informar que, com relação ao prazo de execução, os contratos administrativos podem ser classificados como contratos de execução instantânea e contratos de execução continuada.

Já a Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão utiliza os termos serviços continuados e não continuados, definindo-os da seguinte forma:

I- SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente;

II - SERVIÇOS NÃO-CONTINUADOS são aqueles que têm como escopo a obtenção de produtos específicos em um período pré-determinado.

Desta forma, o inciso II do artigo 57 da Lei de Licitação e Contratos Administrativos abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, que se renova no decorrer do tempo. É fundamental a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.

Portanto, serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários a Administração no desempenho das respectivas atribuições. São aqueles que, se interrompidos, podem

comprometer a continuidade de atividades essenciais e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.

Relativo à prorrogação de contratos administrativos, um dos critérios estabelecidos no inciso II, artigo 57, da Lei nº 8.666/1993 é que o preço e as condições sejam mais vantajosos para a Administração Pública.

Especificamente relativo à vantajosidade para a prorrogação contratual, Gasparini (2012, p. 22) ressalta:

“O preço contratado, até por razões óbvias, deverá ser melhor que o conseguido através de uma licitação. Com efeito, o contratado já está familiarizado com a execução do contrato e por conhecer bem o serviço que executa pode suprimir etapas e eliminar custos. Ademais, o contratado conhece o proceder da Administração Pública quanto às exigências para o pagamento e a demora para que seja efetivado, pois isso pode precaver-se sem onerar custos ou realizar despesas. Em suma o contratado por conhecer todos os aspectos da execução do contrato, pode rever sua estrutura de preço e oferecê-lo em condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública contratante, sem necessidade alguma de degradar a qualidade do serviço prestado. Seu preço poderá ser menor e, portanto, melhor, que praticado em média pelo mercado dado que seus proponentes não desfrutam desses conhecimentos. Pelas mesmas razões suas condições de pagamento também serão melhores ou mais vantajosas”

Ainda sobre a vantajosidade da prorrogação de contratos Administrativos, Niebuhr (2013, p. 773) informa:

(...) a prorrogação somente se justifica se a Administração por meio dela consegue obter condições vantajosas. A finalidade da prorrogação de tais contratos reside na obtenção de vantagem. Se não houver vantagem, não se atinge a finalidade pressuposta na Lei e, por via de consequência, o ato de prorrogação é eivado por desvio de finalidade.

A vantagem que justifica a prorrogação do contrato não se resume à perspectiva econômica. A Administração pode obter vantagens de outras ordens, que maximizem a qualidade dos serviços.

Desta forma, para que os contratos administrativos sejam prorrogados, é necessário que sejam considerados mais vantajosos para a Administração Pública.

Não obstante o estabelecido na Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nas Decisões do Tribunal de Contas da União e na Doutrina, recentemente o Tribunal de Contas da União inovou e realizou o seguinte informativo:

Informativo nº 153/2013 do TCU[13]

5. Para o aperfeiçoamento da contratação e gestão de contratos de prestação de serviços de natureza contínua, recomenda-se à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento a incorporação dos seguintes procedimentos à IN/MP 2/2008:

(...)

5.2. Demonstração de vantajosidade econômica da prorrogação contratual, sem a necessidade de pesquisa de mercado, quando previstos requisitos contratuais de reajuste salarial, de índices de preços de insumos e de limites de preço para contratação.

Sendo assim, o entendimento proferido neste informativo, para a prorrogação de contratos administrativos, de acordo com o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993 não seria obrigatória a realização de pesquisa de preços, recomendando inclusive a alteração da Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento para a incorporação desse entendimento.

Ressaltando-se que esta alteração não se aplica a todos os contratos, mas apenas quando as seguintes condições contratuais estejam presentes:

- a) Previsão de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;
- b) Previsão de que as repactuações de preços envolvendo materiais e insumos (exceto, para estes últimos, quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, a eles correlacionados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos ou adotando, na ausência de índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA/IBGE.

c) Para o caso particular dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, o relator adicionou ainda a aderência de valores a limites fixados em ato da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP).

Desta forma, considerando o entendimento trazido por este informativo, nestes casos específicos não seria necessário uma pesquisa de preços para comprovação da vantajosidade da prorrogação, mas como a teve, comprova-se a vantajosidade da prorrogação do contrato dentro dos limites legais impostos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

II.2 - DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA:

Por sua vez, a Lei 8.666/1993, em conformidade com o disposto em seu artigo 1º, traça as "normas gerais sobre licitações e contratos administrativos", tratando, dentre tantas outras coisas, acerca da duração dos contratos por ela regidos.

É certo, assim, que por força do disposto na legislação indicada, os contratos de prestação de serviços contínuos podem ser prorrogados por até 60 (sessenta) meses, objetivando a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração Pública (artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993).

Vale destacar, ademais, que há ainda na legislação a figura da prorrogação excepcional do contrato (artigo 57, § 4º, da Lei nº 8.666/1993), que permite, em determinadas situações, que o contrato administrativo seja prorrogado por mais 12 (doze) meses além do período máximo de 60 (sessenta) meses estabelecido como regra.

Trata-se da figura da prorrogação excepcional do contrato, que, por seu caráter de excepcionalidade, exige o preenchimento de diversos requisitos pela Administração Pública para que possa ser viabilizada.

2.2.1 - Dos requisitos para a prorrogação excepcional do Contrato.

Tal como ressaltado anteriormente a Lei nº 8.666/93 trata dos prazos dos contratos por ela regidos, sendo que nos casos dos contratos de prestação de serviços contínuos é permitida a prorrogação do ajuste pelo período de até sessenta meses (cinco anos), senão vejamos:

"Art. 57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos 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.

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter 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.

III -- (Vetado)

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato;

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte meses), caso haja interesse da administração." (g.n.)

Ocorre que com o advento da Lei nº 9.647, de 27 de maio de 1998, que, dentre outras coisas, alterou dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, houve a inclusão no artigo 57, da Lei nº 8.666/93, de um § 4º, com a seguinte redação:

"§ 4º - Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses."

Destarte, com a referida inclusão, passou a ser prevista na legislação a chamada prorrogação excepcional do contrato, que admite, em situações atípicas, que o contrato administrativo seja prorrogado por mais 12 (doze) meses além do período máximo de 60 (sessenta) meses estabelecido como regra no inciso II do artigo 57, da Lei nº 8.666/93.

Em outras palavras, com a prorrogação excepcional prevista no artigo 57, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o contrato de prestação de serviços contínuos celebrado pela Administração poderá, em tese, ter um período

máximo de 72 (setenta e dois) meses, ou seja, 6 (seis) anos, e não mais 60 (sessenta) meses, como era anteriormente previsto.

Contudo, para que a prorrogação excepcional do contrato seja admitida é imprescindível que sejam cumpridas uma série de formalidades pela Administração Pública, sem as quais o ato de prorrogação do ajuste estará eivado de ilegalidade.

Nessa toada, a formalização da prorrogação excepcional somente poderá ocorrer caso reste demonstrada a essencialidade do serviço a ser minuciosamente justificada no bojo do processo administrativo correspondente à contratação. Ademais, nos referidos autos administrativos também deve ser proferida autorização expressa pela autoridade superior àquela competente para celebrar o aditamento - na esteira do disposto no § 4º, do artigo 57, da Lei de Licitações.

No caso em tela. Podemos verificar a excepcionalidade, uma vez que o setor solicitante informa da necessidade para a prorrogação, aja vista ser um serviço de caráter essencial. Além de ser um serviço importante para a população, temos nos autos, informação que existem processos em andamento para contratação do serviço aqui pretendido, entretanto, os mesmos ainda vão demandar tempo para sua finalização, conforme demonstrado nos autos.

Ainda, há que se repisar que a prorrogação em comento tem caráter excepcionalíssimo. Trata-se, pois de solução extraordinária que não pode ser utilizada como solução ordinária, sob pena de ofensa ao texto constitucional (art. 22, inciso XXVII, cc. o art. 37, XXI), notadamente, ao princípio da moralidade insculpido no artigo 37, caput, da Carta Magna.

Enfim, deve restar muito bem demonstrada a situação de excepcionalidade (razões que justificam a prorrogação excepcional), e, nessa toada, caso sejam cumpridos os requisitos anteriormente indicados, vale lembrar que a prorrogação de prazo excepcional somente será possível caso seja comprovado nos autos do procedimento relativo à contratação, de forma clara: (i) que esse é o caminho mais vantajoso para a Administração, inclusive, à luz do princípio da economicidade; (ii) a manutenção das condições de habilitação pela empresa contratada; bem como, (iii) que o preço aplicado na prorrogação contratual está em conformidade com aquele praticado no mercado.

Importante destacar, outrossim, que na hipótese dos requisitos anteriormente mencionados não serem cumpridos, e diante da natureza essencial do serviço prestado, entendo que restará à Administração proceder à contratação emergencial com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Apesar de haver controvérsias acerca da possibilidade da contratação emergencial em situações como essa, é fato que a máquina pública não pode parar, sendo essa a solução mais adequada diante do quadro retratado.

Afinal, é preferível a contratação emergencial com alguma competição efetiva, do que a prorrogação excepcional do contrato vigente de forma irregular, sem oportunizar a participação de outros interessados.

De qualquer sorte, o contrato emergencial deverá ter cláusula prevendo sua resolução assim que houver a conclusão do procedimento licitatório regular a ser instaurado para a

contratação, tudo isso sem prejuízo de eventual responsabilidade, se o caso, do servidor que, por ação ou omissão tenha dado causa à situação de emergência descrita.

Da mesma forma, essa cláusula resolutiva também deve ser prevista caso ocorra a prorrogação excepcional do contrato. Ou seja, deve a Administração, ao formalizar a prorrogação excepcional, fazer constar cláusula no aditamento prevendo a resolução do contrato assim que houver a efetivação de uma nova contratação por meio de regular procedimento licitatório.

II.3 - DO ACRÉSCIMO CONTRATUAL:

Comporta enfatizar, preliminarmente, que os contratos administrativos podem ter acréscimos contratuais além do termo inicial com o mesmo contratado e nas mesmas condições antecedentes, sempre nos casos referidos em lei.

Tem-se que o liame contratual estabelecido entre a Secretaria Municipal de Saúde e a empresa **MARAJÓ LOCAÇÃO E SERVIÇOS LTDA - ME**, submete-se ao regime de direito administrativo e aos princípios que lhe são próprios, posto que se trata de instrumento contratual firmado pela Administração Pública direta do Estado do Pará.

Conforme preceituado no Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Pública, resta lícita a alteração, nas seguintes hipóteses:

"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 álea econômica extraordinária e extracontratual.

§1º - o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos."

Conforme informação da área verificou-se a necessidade de alteração do contrato inicial pactuado, mediante o acréscimo de valores, conforme:

EMPRESA	VALOR CONTRATO	ACRÉSCIMO	VALOR TOTAL
MARAJÓ LOCAÇÃO E SERVIÇOS LTDA	R\$164.960,00	R\$58.860,00 (2,97%)	R\$223.820,00

De acordo com a tabela supra, os valores acrescidos em cada contrato acarreta o acréscimo no valor que corresponde ao acréscimo dos 2,97%, permitidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

É fundamental destacar o entendimento do conceituado jurista Marçal Justen Filho acerca dos limites da modificação contratual, *verbis*:

"Como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 6ªed., Editora Dialética, p. 527).
(grifou-se).

Em similar posicionamento quanto aos limites da Administração Pública na sua relação de contratante, Caio Tácito adiciona que:

"É importante destacar que os limites proporcionais indicados (25% ou 50%) referem-se às variações que venham a ocorrer sobre o valor inicial atualizado do contrato entendido globalmente e não sobre o valor isolado de cada parcela ou insumo especificadamente objeto de acréscimo ou redução" (BLC março 97, p.177).

Portanto, necessário se faz evocar os princípios:

a) Da supremacia do interesse público sobre o privado, no qual o ente administrativo ocupe posição privilegiada e de supremacia nas relações com os particulares. A posição privilegiada se traduz pelos benefícios trazidos pelo próprio ordenamento jurídico, com fim de assegurar a proteção dos interesses públicos. Já a posição de supremacia pode ser traduzida pela posição de superioridade que o Poder Público assume diante do particular. Diferente das relações cíveis, entre particulares, onde vigoram relações de igualdade, ou de horizontalidade, nas relações entre a

Administração e o particular, vigora a verticalidade. Justificada pela necessidade de gerir os interesses públicos, aos entes governamentais é dada a possibilidade de impor obrigações aos administrados, por ato unilateral, como também modificar unilateralmente relações já estabelecidas.

b) O princípio da indisponibilidade do interesse público se baseia no fato de que os interesses próprios da coletividade "não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis". Os entes públicos, por exercerem a chamada "função pública", têm o dever de satisfazer os interesses da coletividade. Tais privilégios e prerrogativas, muitas vezes, chamados de "poderes", são na verdade "poderes-deveres"

Assim, além de não haver óbice legal, a esta Secretaria é de extremo interesse e necessidade continuar recebendo o serviço de fornecimento de medicamentos para suprir as necessidades desta Secretaria de Saúde, com o objetivo de dar continuidade ao atendimento ao público local, visando com isso o bom atendimento e a melhoria na qualidade das unidades de saúde.

Não podemos olvidar que o contrato administrativo não é um fim em si mesmo; constitui-se em instrumento através do qual a Administração visa o alcance do interesse público.

Diante do exposto, no que diz respeito à alteração contratual para acréscimo de valor, entendemos pela possibilidade jurídica desta alteração nos termos do art. 65, II, d e §1º da Lei nº. 8.666/93.

Em razão do exposto, considerando os princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade, ressalvando todos os condicionamentos legais, é possível juridicamente o ACRÉSCIMO DE VALORES, sem alteração da natureza do objeto contratual, não implicando em modificação substancial do contrato.

II.4 - DO TERMO ADITIVO:

Em vista disso, a prorrogação deve ser formalizada mediante termo aditivo, instrumento hábil, independente de nova licitação. Convém dizer que o termo aditivo é utilizado para todas as modificações admitidas em lei que restam caracterizadas como alterações contratuais.

A minuta, ora analisada, apresenta qualificação das partes, fundamentação legal, cláusulas de objeto/finalidade, prazo de vigência do termo, da publicação, o que confirma a legalidade da peça em comento.

Portanto, verifica-se que a mesma, atende as exigências dispostas nos arts. 55 e 57 da lei nº 8.666/1993, que determina quais as cláusulas que são necessárias em todo contrato, de modo que não merece censura, estando o documento contratual em condição de ser assinado.

Vale ressaltar, que depois de firmado o contrato pela parte e por 02 (duas) testemunhas, é indispensável que os mesmos sejam publicados resumidamente no DOM, para que tenham eficácia, nos justos termos do art. 61, parágrafo único da lei nº 8.666/1993 e registrado junto ao TCM.

III - DA CONCLUSÃO

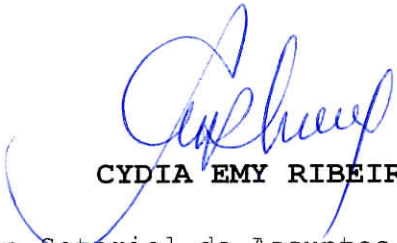
Diante do exposto, este NSAJ/SESMA, **PELA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO POR MAIS 12 (DOZE) MESES, PELO ACRÉSCIMO CONTRATUAL, e pela APROVAÇÃO DA MINUTA DO NONO TERMO ADITIVO,** não vislumbrando qualquer óbice jurídico, em tudo observadas as formalidades legais.

Ressalte-se o caráter meramente opinativo deste parecer, respeitando o poder soberano do Titular desta SESMA, caso entenda de forma diversa, para melhor atender ao interesse público.

É o parecer. S.M.J.

Belém, 30 de Outubro de 2018.

1. Ao Controle Interno para manifestação;
2. Após, a Autoridade Superior competente para as providências que se fizerem necessárias.


CYDIA EMY RIBEIRO

Diretora do Núcleo Setorial de Assuntos Jurídicos - NSAJ/SESMA.