

Áreas de Interesse: Unidades requisitantes

Assunto: Contratos de prestação de serviços continuados: necessidade, ou não, de cláusula possibilitando a sua prorrogação.

A GEPAM elabora a presente Orientação Preventiva com o intuito de informar os agentes públicos que é na etapa de planejamento o momento pertinente para definir com clareza, objetividade e exatidão, o modelo de contratação adequado à satisfação do interesse público almejado. Nessa fase, é de suma importância a definição do prazo de duração do futuro ajuste. Muitas vezes, o gestor público vê-se diante de contratado que executa as obrigações assumidas a contento e que a renovação se apresenta como medida mais econômica para a Administração Pública, contudo, vê-se impedido de fazê-la em razão de inexistir previsão editalícia e/ou contratual possibilitando a extensão do contrato por mais de um exercício financeiro. Em situações como essa, como o gestor deverá proceder? Este breve estudo objetiva identificar a necessidade, ou não, da inserção, no edital e/ou na minuta de contrato, de cláusula admitindo a prorrogabilidade dos contratos administrativos que tem por objeto à prestação de serviços de natureza continuada.

A Lei de Licitações exige que todo contrato administrativo possua prazo de vigência ou de validade. Significa dizer que as obrigações devem ser cumpridas fielmente pelas partes signatárias dentro de um interregno de tempo que, segundo o *caput* do artigo 57, daquela Lei, não deve ser superior à vigência do respectivo crédito orçamentário, sendo que nas hipóteses descritas nos incisos do referido dispositivo, admite-se a dilação da vigência do contrato por período mais extenso, observados, evidentemente, os limites temporais ali fixados.

O dispositivo ora referenciado dita que:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita 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 - à 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;

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.

[...]



O mandamento legal é cristalino, na medida em que indica que os contratos que não se enquadrarem nas exceções do artigo 57 da Lei n.º 8.666/93 devem ter a duração vinculada à vigência do respectivo crédito orçamentário, sendo que atingido o termo fixado para a vigência, acarreta a automática extinção do avençado. Para as demais situações elencadas expressamente nos incisos do artigo 57, o prazo de vigência poderá ser estendido ou prolongado.

Apesar disso, é preciso identificar a correta interpretação do mandamento legal. É fundamental decifrar se o inciso II, do artigo 57, da Lei de Licitações, abriga uma ordem imperativa e incondicionada, a qual confere à Administração Pública o poder de iniciar os procedimentos de prorrogação contratual de maneira indiscriminada, ou se a prorroabilidade ali autorizada configura mera cláusula opcional a ser inserida no edital e/ou contrato se houver interesse da Administração.

Conforme será demonstrado nas próximas linhas, o inciso II, do artigo 57, da Lei de Licitações, ao prever uma liberdade para o gestor público entre prorrogar ou não o ajuste futuro, condiciona a prorroabilidade à expressa previsão editalícia e/ou contratual, constituindo a omissão em evidente intenção do gestor público em não querer estender a vigência do pacto para mais de um exercício financeiro.

Como visto, dentre as exceções estabelecidas pelo legislador ordinário consta aquela que autoriza a dilação dos contratos cujo objeto corresponda à prestação de serviços de natureza continuada, *ex vi* do inciso II, do artigo 57, da LLCA – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Note-se que, preliminarmente, impõe-se examinar e responder a uma primeira questão que emerge daquele dispositivo, qual seja, como definir e caracterizar um serviço como sendo de prestação contínua ou de execução continuada.

Esclarece-se que a essencialidade do serviço não é motivo determinante ou exclusivo para que o gestor público enquadre um dado serviço como contínuo ou de execução continuada, porquanto, como assinala Marçal Justen Filho¹:

Tem sido costumeira a identificação entre serviços contínuos e serviços essenciais. **Não há maior fundamento para respaldar essa orientação.** É verdade que inúmeros serviços essenciais são contínuos – mas a recíproca não é necessariamente verdadeira. Veja-se que **se a Lei pretendesse vincular a aplicação do dispositivo aos casos de serviços essenciais, tê-lo-ia explicitamente feito.** Invocar a presença de um serviço essencial para aplicar o dispositivo equivale a ignorar a razão de ser do dispositivo. [Grifo nosso].

¹ Marçal. **JUSTEN FILHO**, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1109.



O legislador, portanto, de modo acertado ou quiçá proposital, não apresentou, ainda que de modo genérico, o que deve ser reputado como serviço de natureza contínua. E a razão para isso é bastante simples: o que pode ser contínuo para um pode não ser para outro órgão público.

Diante da inexistência de uma definição legal, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão fez editar a Instrução Normativa n.º 05, de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, donde consta o seguinte conceito:

Dos Serviços Prestados de Forma Contínua e Não Contínua

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº8.666, de 1993.

Para o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam a atender à necessidade pública de forma permanente e contínua. São serviços contínuos, portanto, todos aqueles que são executados habitualmente, com periodicidade diária, intervalada ou intermitente, e que cuja necessidade de atendimento é permanente para o órgão público. Nesse sentido, interromper, ano a ano, a prestação do serviço e submetê-lo à promoção de nova licitação, pode ser problemático à funcionalidade das atividades finalísticas do órgão, causando-se indesejável paralização ou o anormal funcionamento.

Novamente, valemo-nos da abalizada doutrina do professor paranaense Justen Filho², que assevera:

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. **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 serviços essenciais, mas também as necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades de menor

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1109



relevância (tal como limpeza, por exemplo). **O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.** [Grifo nosso].

Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr³ acrescenta que o serviço, para ser tido como contínuo, deve corresponder a uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) e não uma obrigação de dar, como é próprio das aquisições. Continua o renomado Autor que:

Em abordagem inicial, serviços contínuos, como o próprio nome revela, são aqueles prestados sem interrupção, sem solução de continuidade. Portanto, serviços que são prestados eventualmente não são qualificados como contínuos. Todavia, **para qualificar serviço como contínuo não é necessário que o prestador do serviço realize algo em favor da contratante diariamente.** Por exemplo, serviços de manutenção de bens móveis ou imóveis são qualificados como contínuos, muito embora não seja usual necessitar os préstimos do contratado diariamente. Então, **a rigor, serviços contínuos são aqueles em que o contratado põe-se à disposição da Administração de modo ininterrupto, sem solução de continuidade.** Em vista disso, **pode-se dizer que, em regra, os serviços contínuos correspondem à necessidade permanente da Administração, a algo que ela precisa dispor sempre, ainda que não todos os dias.** [Grifo nosso].

Outrossim, o TCU – Tribunal de Contas da União – no Acórdão n.º 6528/2013 – Primeira Câmara⁴ – reputou que “*somente contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes se coadunam com o conceito de natureza contínua.*” [Grifo nosso].

A Corte de Contas da União⁵ reconhece, por outro lado, que as necessidades dos órgãos públicos não são idênticas, e, desse modo, orienta que a Administração Pública deve, em processo próprio, definir quais são os serviços contínuos ou de natureza continuada que necessita para desenvolver as atividades que lhe são peculiares. Deve, o gestor público, olhar para a sua realidade institucional e estipular quais são os serviços que devem ser considerados como contínuos, para fins de manutenção da contratação por períodos mais longos, de modo a se obter condições mais vantajosas para a contratação.

³ NIEBURH, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 727-728.

⁴ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada*/COPIAAREA%253A%2522Contrato%2520Administrativo%2522%2520COPIATEMA%253A%2522Prorroga%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520de%2520contrato%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Servi%25C3%25A7os%2520cont%25C3%25ADnuos%2522/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/4/sinonimos%253Dtrue?uuid=fcb3b300-e795-11ea-afb9-cb1e443a2cdb. Acesso em 26 de agosto de 2020.

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 772.



Em resumo, o caráter contínuo de um serviço é determinado por sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e pela sua necessidade 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 para o cumprimento da missão institucional.

Reportando-se ao objeto da presente Orientação, esclareça-se, desde já, que o tema não é uniforme. A doutrina especializada e a jurisprudência dos órgãos de controle externo, especialmente a do Tribunal de Contas da União, divergem, e, por isso, existem duas orientações, que doravante serão denominadas de ‘correntes’.

A primeira corrente abrigará as manifestações jurídicas daqueles que reputam desnecessária a previsão editalícia e/ou contratual, enquanto que, na segunda, serão indicados aqueles que consideram a previsão elemento indispensável para expandir a vigência do contrato administrativo.

Iniciando-se pela doutrina especializada, os defensores da primeira corrente, que é composta por doutrinadores de elevada *expertise* e notória consagração na seara das licitações e contratos administrativos, posicionam-se no sentido de que se a Lei de Licitações autoriza a prorrogação, de modo que não existiria qualquer razão para condicioná-la à previsão em edital e/ou contrato, sob pena de se limitar a eficácia da lei à edição de ato administrativo, como é o caso do ato convocatório da licitação pública. Acrescentam, também, que o legislador, quando quis condicionar a prorrogação à previsão no ato convocatório (ou no contrato), o fez de modo expresso.

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles⁶, ao alinhar-se a esse raciocínio jurídico, expõe que:

No caso do inciso I (*contratos relativos a projetos incluídos no plano plurianual*) o prazo será o fixado em lei (provavelmente a que aprovou o plano), uma vez que o dispositivo não limita a duração desses contratos, que deverá ser a necessária para a execução das obras ou serviços previstos.

Havendo interesse da Administração ***o contrato poderá ser prorrogado, desde que a prorrogação tenha sido prevista no ato convocatório.***

No caso do inciso II (*serviços de execução contínua*) a duração do contrato deverá ser dimensionada **com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração**, observado o limite máximo de 60 meses, que poderá ser estendido por mais 12 meses, nas condições descritas no §4º.

No caso do inciso IV (*aluguel e utilização de programas de Informática*) a duração do contrato poderá estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do ajuste.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 241.



Nas contratações relativas aos incisos II e IV, acima, a Lei 8.666, de 1.993, não exige que a possibilidade de prorrogação deva ser prevista no edital. [Grifo nosso].

Corroborava Jessé Torres Pereira Junior⁷, ao destacar que a Lei de Licitações não exigiu previsão no ato convocatório para a hipótese do inciso II, do artigo 57, o que foi apenas exigido em relação à hipótese do inciso I. Assim, se o legislador silenciou a respeito dessa condição, significa afirmar que a extensão do avençado prescinde de qualquer previsão no edital e/ou contrato, senão veja-se:

Em qualquer caso, a prorrogação é matéria da discricção administrativa, insuscetível de ser imposta ou reclamada pelo contratado; cabe exclusivamente à Administração, diante das circunstâncias de cada caso e do interesse do serviço, decidir-se pela prorrogação do contrato, se cabível. Em contrapartida, o contratado não estará obrigado a aceitar a prorrogação com que lhe acene a Administração, podendo recusá-la. **Para a primeira hipótese de prorrogação, a lei exige que haja sido prevista no ato convocatório. Nas demais, a lei silencia quanto a tal previsão, do que se infere sua desnecessidade, mas fixa limites temporais.** [Grifo nosso].

Na mesma linha, vale trazer à baila o firme posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr⁸, que proclama:

O inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93 autoriza a prorrogação dos contratos de prestação de serviços contínuos **independentemente** de qualquer previsão em edital ou mesmo no contrato. Ora, **se a lei autoriza a prorrogação, não há razões para condicioná-la à previsão em edital e/ou contrato. Não há porque condicionar a eficácia da Lei a ato administrativo, como é o caso de edital de licitação pública.** Se a situação concreta subsume-se à hipótese prevista em Lei, autorizadora da prorrogação, aos contratantes é permitido prorrogar a avença. A Lei já é o bastante; não é necessário que o edital e/ou contrato repita o que está prescrito na Lei.

[...]

O argumento é que os licitantes devem ser avisados da possibilidade da prorrogação para a formatação das suas propostas, porque assim oferecem condições mais vantajosas. Ora, esse argumento é insubsistente na medida em que os licitantes sabem que tipo de serviço é objeto da licitação, se contínuo ou não, e, logo, sabem se é possível ou não a prorrogação [...]. [Grifo nosso].

E, por fim, cita-se também o saudoso professor Diógenes Gasparini⁹, segundo o qual a Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública, sempre que desejou fosse o

⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife - Curitiba: Renovar, 2009. p. 651-652.

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 863-864.

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: Zênite, n. 114 ago. 2003, seção Doutrina/Parecer/Comentários. p. 661.



instrumento convocatório o portador de mensagem sobre a possibilidade de prorrogação contratual, fez expressamente essa exigência, tal como se passa, por exemplo, com o inc. I do art. 57 dessa lei. Já o mesmo não acontece com os incs. II e IV, também desse artigo, que facultam a prorrogação sem indicar, quando podiam fazê-lo, a necessidade de sua previsão no edital ou carta convite.

Portanto, os defensores dessa corrente são categóricos ao afirmarem que se a situação concreta se subsumir à hipótese prevista em lei, autorizadora da prorrogação, aos contratantes é permitido prorrogar a avença. A Lei, por si só, já é o bastante, não sendo necessário, conseqüentemente, que o edital e/ou o contrato repita o que já está prescrito e autorizado. Noutras palavras, o artigo 57, da Lei de Licitações, em seu inciso II, é cogente, imperativo, incondicional.

Na segunda corrente são encontrados respeitadíssimos doutrinadores que, defendendo tese jurídica antagônica, reputam imprescindível a previsão, no ato convocatório e/ou contrato administrativo, de cláusula que possibilite a dilação da avença para mais de um exercício financeiro.

Sob essa ótica, Marçal Justen Filho¹⁰ assinala que em razão do princípio da segurança jurídica se mostra fundamental a previsão no ato convocatório que explicita de modo expresso o tema da prorrogação do prazo de vigência, sustentando que:

A **renovação** do contrato, na hipótese do inc. II, **depende de explícita autorização no ato convocatório**. Omissis esse, não poderá promover-se a renovação. **Essa asserção deriva do princípio da segurança. Não é possível que se instaure a licitação sem explícita previsão acerca do tema**. Os eventuais interessados deverão ter plena ciência da possibilidade de prorrogação.

Mas a hipótese de prorrogação prevista no § 4º independe de previsão no ato convocatório. É que, nesse caso, a prorrogação depende de evento extraordinário. Ora, a extraordinariedade do evento, que autoriza a prorrogação, impede sua previsão antecipada no ato convocatório. [Grifo nosso].

Lucas Rocha Furtado¹¹ também aponta a necessidade de previsão no contrato. Com efeito, veja-se:

[...] não obstante a lei limite a vigência dos referidos contratos de serviços contínuos, consideradas eventuais prorrogações, a 60 meses, tem sido praxe no serviço público a sua celebração ocorrer com prazo de vigência de 12 meses, **prevendo o edital, e o respectivo contrato, a possibilidade de eles**

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.116.

¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 515.



serem prorrogados por períodos iguais e sucessivos até o limite de 60 meses.

Devemos, desde já, advertir que somente contratos de serviços contínuos admitem a possibilidade de prorrogação da sua vigência, nos termos do art. 57, II e § 4º, da Lei nº 8.666/93. **A prorrogação depende, todavia, de que além da necessária previsão contratual,** que as partes consensualmente consentam nesse sentido [...]. [Grifo nosso].

E, por fim, cita-se também Carlos Pinto Coelho Motta¹², para quem:

A Lei 8.666/93 abre, no entanto, as devidas exceções à anualidade, admitindo prorrogações, **desde que previstas no instrumento convocatório.** As situações de excepcionalidade estão determinadas nos incisos do art. 57. [Grifo nosso].

Embora não esteja tão clarividente nos ensinamentos doutrinários acima reproduzidos, a inteligência dos substratos jurídicos apresentados pelos defensores da segunda corrente parte da assertiva na qual a existência de previsão da prorrogabilidade, seja no ato convocatório e/ou na minuta de contrato, poderia vir a influenciar a composição das propostas e a própria competitividade do prélio público, afinal, eventualmente, se os licitantes soubessem, de antemão, que o contrato poderia ser dilatado por até 60 meses, poderiam ter oferecido preços e condições mais vantajosas em suas propostas na licitação. A previsibilidade do ato convocatório e/ou do contrato, por mais insignificante que possa ser, acaba direcionando o comportamento do proponente interessado, principalmente quanto ao aspecto econômico da sua participação, ou seja, a precificação.

No campo jurisprudencial a matéria também não é encontrada de modo diverso.

O TCU, na Decisão n.º 379/2020 – Plenário – entendeu que “a Lei n.º 9.648/98, que alterou dispositivos da Lei n.º 8.666/93, não condiciona as prorrogações de prazo à prévia prescrição no ato convocatório ou no contrato, e sim à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.”

Noutra oportunidade, a Corte de Contas da União, no Acórdão n.º 219/2009 - Segunda Câmara¹³ - reconheceu que a ausência de previsão no edital ou no contrato constitui falha formal, de modo que os aditivos então examinados não podiam ser considerados irregulares. Em igual sentido, mas com recomendação para que nas futuras contratações se fizesse constar

¹² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 663.

¹³ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/219%252F2009!%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuiid=2a050a20-e881-11ea-b579-dd2b75b80aad>. Acesso em 27 de agosto de 2020.



cláusula possibilitando a prorrogação da vigência contratual, foi a decisão contida no Acórdão n.º 3551/2011 – Segunda Câmara¹⁴, donde se extrai o que segue:

[...]

15.2. Portanto, admitindo que tais contratos tinham por objeto a execução de serviços de natureza continuada, aplicam-se a eles as disposições previstas no inc. II e no § 4º do art. 57 da Lei 8.666/93, que estabelecem a possibilidade de a Administração prorrogá-los por iguais e sucessivos períodos, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas, limitada a 60 (sessenta) meses, podendo, ainda, serem prorrogados por mais 12 (doze) meses, em caráter excepcional e mediante autorização da autoridade superior, **sendo que o que se questiona na presente audiência foi o fato de a UFMS ter prorrogado a vigência dos contratos em questão sem que tal possibilidade estivesse prevista nos respectivos instrumentos.**

15.3. Com efeito, apesar de a UFMS afirmar que o item 7.1 dos ajustes possibilitava a alteração dos termos contratuais, a qualquer tempo, mediante mútuo consentimento das partes, o fato é que a cláusula 8ª dos contratos não estabeleceu a possibilidade de prorrogação de vigência contratual. Veja-se:

CLÁUSULA OITAVA – DA VIGÊNCIA

8.1 – O presente Contrato entrará em vigor a partir da data de sua assinatura, pelo período de 02 (dois) anos⁷ (Contrato nº 78/2001 – fl. 2119 – Volume 12).

15.4. Frise-se que os demais ajustes – Contratos 79/2001 e 80/2001 – da mesma forma que o ocorrido no Contrato nº 78/2001, nada estipulavam acerca da possibilidade de prorrogação de vigência contratual, como se observa às fls. 2223 (Volume 12) e 2491 (Volume 13), respectivamente.

15.5. Nessas condições, considerando entendimentos manifestados por este Tribunal, consoante se observa, por exemplo, nos Acórdãos 3.564/2006 – 1ª Câmara (item 9.2.4) e 31/2008 – 1ª Câmara (item 1.3.2.3), que dão conta da necessidade de existência de cláusula contratual com previsão expressa de possibilidade de prorrogação da vigência, consideram-se irregulares as prorrogações verificadas.

15.6. Por outro lado, **há de se admitir que tais falhas se revestem de natureza formal, uma vez que a possibilidade de prorrogação de vigência de contratos de prestação de serviços de natureza continuada decorre expressamente da lei (art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93).** Nesse sentido já decidiu este Tribunal, consoante se observa nos excertos seguintes, extraídos do Voto condutor do Acórdão nº 219/2009 – 2ª Câmara, proferido pelo Relator, Auditor André Luís de Carvalho (...)

15.7. Dessarte, mesmo considerando que as **razões de justificativa** apresentadas pelo responsável não são suficientes para elidir por completo a ocorrência observada, entende-se que podem ser **parcialmente acolhidas**, uma vez que **a falha se reveste de natureza formal, podendo ser saneada mediante expedição de alerta à entidade**, para que faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de

¹⁴

Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A3351%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=79bf09e0-e867-11ea-b038-5dcd15fe19e2. Acesso em 27 de agosto de 2020.



possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93.

[...]

9.10. alertar à FUFMS que:

9.10.3. faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/1993;

[...]

[Grifo nosso].

E, por fim, o TCU também já entendeu que a possibilidade prorrogação contratual exige previsão em cláusula contratual explícita, conforme se vê do Acórdão n.º 5820/2011 – Segunda Câmara¹⁵. Aliás, desde o ano de 2010, quando foi editado o Manual de Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência¹⁶, o TCU reputa necessário que toda e qualquer prorrogação de prazo contratual deve observar, dentre outros, a existência de previsão no edital e no contrato.

Conforme é possível observar, o tema não é uniforme.

Mas, com a devida *vênia* àqueles pensadores que integram a primeira corrente, e que não veem na ausência de previsão no ato convocatório e/ou contrato obstáculo à prorrogação do contrato administrativo, filiamo-nos à **segunda corrente**. É dizer, a dilação do contrato para mais de um exercício financeiro, conforme autoriza o inciso II, do artigo 57, da LLCA, demanda expressa disposição editalícia e/ou contratual.

Passamos a expor os motivos que nos fazem aderir a este entendimento.

A Lei de Licitações oferece-nos um seguro e rico substrato para tal decisão, em conformidade com os dispositivos a seguir destacados:

¹⁵ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5820%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=45a6f1b0-e883-11ea-a1bc-b31c1e8682dd. Acesso em 27 de agosto de 2020.

¹⁶ Logo, e necessário que toda e qualquer prorrogação de prazo contratual observe, no mínimo, os seguintes pressupostos:

- **existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;**
- objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação;
- interesse da Administração e do contratado declarados expressamente;
- vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
- manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
- preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado.



Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, **da igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[...]

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - edital ou convite e **respectivos anexos**, quando for o caso;

[...]

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

[...]

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

[...]

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º. Os contratos devem estabelecer com **clareza e precisão as condições para sua execução**, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, **em conformidade com os termos da licitação** e da proposta a que se vinculam.

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

[...]



Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]

II - à 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; [...]

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. [Grifo nosso].

A partir dos dispositivos colacionados é possível verificar que o ato convocatório, incluídos seus anexos, goza de força normativa do ato convocatório, bem como concretiza a vinculação da Administração e dos administrados aos termos estipulados, *ex vi* dos artigos 3º e 41, ambos da LLCA.

Com efeito, o edital da licitação contempla as regras fundamentais da disputa, disciplinando desde o procedimento que será adotado até as normas pertinentes à contratação subsequente. Por isso, ao elaborá-lo, o gestor exaure toda a sua discricionariedade, a qual se achará vinculado posteriormente.

Sobre essa função normativa e o exaurimento da discricionariedade do gestor público, Marçal Justen Filho, *op. cit.*, 2016/834, apresenta o que segue:

O edital contém as regras fundamentais acerca da licitação, disciplinando as exigências que serão impostas aos interessados e as regras procedimentais que serão adotadas. Sob esse ângulo, edital e convite retratam o exercício de poderes discricionários que, uma vez exercitados, exaurem-se. A normatividade do ato convocatório não significa inovação no mundo jurídico, função privativa da lei. **Consiste na seleção pela Administração das opções a que se vinculará posteriormente. A obrigatoriedade do ato convocatório não é dirigida propriamente aos terceiros, mas especificamente à Administração Pública.** No ato convocatório, são fixadas as regras que nortearão a conduta da própria Administração. A lei é o fundamento normativo 'externo' do ato convocatório. **Os particulares sofrem indiretamente os efeitos das regras nele contidas.** Tomam conhecimento de que a Administração selecionará a proposta mais vantajosa segundo características certas e definidas no ato convocatório. [Grifo nosso].

Mostra-se incontroverso, então, que, diante do silêncio eloquente do gestor público, não é possível autorizar a prorrogação do ajuste ou pretender incluir essa previsão via termo aditivo. Como dito alhures, os incisos previstos no artigo 57, da Lei de Licitações, apenas excepcionam ou afastam algumas espécies contratuais do alcance do princípio da anualidade do orçamento, mas a eficácia ou a utilidade do inciso II, que trata dos serviços prestados de



forma contínua, demanda sempre uma ação positiva e expressa do gestor público, que deverá ser exercitada na etapa inicial da pretensão contratual, ou seja, no planejamento e reprisada, oportunamente, no ato convocatório e/ou na minuta de contrato.

O silêncio da Administração Pública em ponto sensível acerca das condições da contratações afeta e mitiga, ainda que indireta e insignificativamente, os interesses econômicos dos potenciais interessados, na medida em que saber de antemão se a participação na licitação dará ao vencedor um contrato de somente doze meses ou um contrato com a possibilidade de prorrogação até sessenta meses, garante-lhes previsibilidade e segurança na confecção de suas propostas, ou seja, no dimensionamento adequado da equação do equilíbrio econômico-financeiro (encargos e remuneração). Assim, por mais insignificante que possa ser a condição da contratação, exigir-se-á, sempre, a previsão no ato convocatório e/ou contrato como corolário da necessária previsibilidade do ato convocatório e de seus anexos.

Portanto, em rigorosa observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório – da segurança jurídica e da isonomia entre os licitantes – a prorrogação dos contratos cujos serviços são prestados de forma contínua depende de expressa previsão editalícia e/ou contratual. É justamente a segurança e a confiabilidade proporcionada pelas normas editalícias e/ou contratuais que condiciona a atuação dos licitantes, ampliando as possibilidades de o órgão promotor do prélio público obter a proposta mais vantajosa.

Além disso, recente decisão do TCU, na qual se examinou a prorrogação decorrente de contrato de concessão, assentou que em consonância com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a dilação demanda previsão no edital e no contrato. A seguir transcrevemos alguns trechos do Acórdão n.º 738/2017 – Plenário – julgado em 12 de abril de 2017, que se mostram relevantes para a resolução da questão que ora se examina:

[...]

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de acompanhamento autuado com o objetivo de examinar a legitimidade dos procedimentos da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e do Ministério dos Transportes (MT) nas alterações dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procofe);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo 2º Revisor, em:

9.1. acolher as razões de justificativa apresentadas por Cristiano Della Giustina, Viviane Esse, Jorge Luiz Macedo Bastos, Natália Marcassa de Souza, Ana Patrícia Gonçalves Lira, Carlos Fernando do Nascimento, Diogo Souza Moraes e Márcio Luis Galindo;

9.2. com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, fixar prazo de até 20 dias para que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei no sentido de anular a cláusula 2.4 do Termo Aditivo 12, relativa à *prorrogação*



contratual, em razão do descumprimento dos princípios da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), eficiência (art. 37 da CF/1988 e art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), supremacia do interesse público (princípio geral do direito), segurança, atualidade e modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, 41, 55, XI, e 57, I, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995), interesse público (arts. 57, I, da Lei 8.666/1993; 20, II, “b”, da Lei 10.233/2001; 2º, II, “b”, do Decreto 4.130/2002; e 2º Lei 9.784/1999), bem assim ao disposto no art. 37, XXII, da CF/1988;

[...]

Voto do Ministro Relator

(...)

Há outros fatores absolutamente impeditivos da continuidade do *contrato* além de seus termos. **Não está prevista no contrato, nem no edital, a possibilidade de prorrogação do Contrato de Concessão PG-138/95-00. Sem a expressa previsão dessa possibilidade, haveria ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, insculpido nos artigos 3º, caput, 41 e 55, XI, do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, e do artigo 14 da Lei Geral de Concessões, abaixo transcritos, a exigir que as regras estipuladas no Edital de Licitação sejam cumpridas em seus exatos termos pela Administração e pelos administrados, não somente no decurso do procedimento licitatório, mas também durante toda a execução dos contratos. Lei 8.666/1993:**

'Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.'

'Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.'

'Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;'

Lei 8.987/1995:

'Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.'

Considero absolutamente imprescindível demonstrar que a possibilidade de prorrogação do contrato já estava prevista originalmente no instrumento do contrato. Veja que ela deve estar no instrumento original do contrato, aliado dos aditivos, bem como no edital da licitação. Caso a prorrogação tenha sido inserida no contrato mediante termo aditivo, considero-a burla ao processo licitatório, passível de ser considerada nula a qualquer tempo.

[...]



É pacífica a jurisprudência do TCU **no sentido da impossibilidade de conferir prorrogações não previstas no contrato e no edital**, a exemplo do voto condutor do Acórdão 551/2002-2ª Câmara, da lavra do Ministro Ubiratan Aguiar, ao discorrer sobre *prorrogação de contrato* de duração continuada, de que trata o art. 57, II, da Lei 8.666/1993:

'Agora no que se refere à previsão da prorrogação no ato convocatório, resta esclarecer que, de fato, a prorrogação do inciso II depende de explícita autorização no ato convocatório. Sendo omissivo o Edital, não poderá a entidade promover a prorrogação. O doutrinador Marçal Justem Filho, na obra 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' 8ª Edição, pág. 57, tece comentários a respeito da matéria, defendendo não ser possível que se instaure a licitação sem explícita previsão da possibilidade da prorrogação, visto que os eventuais interessados deverão ter plena ciência dessa possibilidade a fim de apresentarem suas propostas que, evidente, poderão ser mais vantajosas em função da possibilidade de se obter um prazo mais alongado de fornecimento. Assim, em razão de não haver esta previsão editalícia e, conseqüentemente, contratual quanto à prorrogação em questão, entendo que deve ser mantida a irregularidade.' (grifei)

Igualmente oportuno o Acórdão 1.705/2003-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer:

'9.5.16. Observe rigorosamente o princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/1993, abstendo-se de efetuar prorrogações de contratos não previstas (...)' [Grifo nosso].

Para finalizar, vale anotar que, recentemente, a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa n.º 65, de 29 de maio de 2020¹⁷, orientando os órgãos a ela submetidos que *“a legalidade da prorrogação do prazo de vigência dos contratos administrativos de prestação de serviços continuados, de que cuida o inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, demanda expressa previsão no edital e em cláusula contratual.”*

Pelo exposto, forçoso reconhecer que se deva dar interpretação sistemática aos artigos 3º, *caput*, 38, incisos I e X, 40, § 2.º, inciso III, 41, 54, § 1º, 55, inciso XI e 66 da Lei n.º 8.666/93, de modo que a possibilidade contratual de prorrogação demanda expressa previsão editalícia e/ou contratual. Assim, no momento em que é identificada a necessidade pública a ser satisfeita, aos atores municipais incumbe desenhar o modelo de contratação mais adequado, reprisando as condições de participação e de contratação no edital e/ou minuta de contrato, sob pena de a omissão ser considerada silêncio eloquente da Administração Pública, isto é, vontade do agente público em afastar a aplicação do dispositivo legal. Ademais, não se pode olvidar que no inciso II, do artigo 57, da Lei de Licitações, o legislador apenas excepcionou que os contratos de execução contínua ou continuada não estão alcançados pela regra da anualidade do orçamento, não consistindo numa autorização indiscriminada a ser exercitada a qualquer momento pela Administração Pública.

¹⁷ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/orientacao-normativa-n-65-de-29-de-maio-de-2020-261278248>. Acesso em 27 de agosto de 2020.



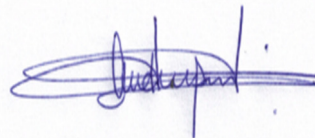
Aproveitamos do ensejo para convidá-los a visitarem diariamente nosso *site* www.gepam.adm.br, e canal no *Youtube* https://www.youtube.com/channel/UCgbPNa_u5mxfpSIDHFg2kRw, como também nossas páginas no *Facebook* <https://www.facebook.com/gepam.adm.br/> e no *Instagram* <https://www.instagram.com/gepamconsultoria/>, para que fiquem por dentro das principais notícias direcionadas ao Poder Público.

A GEPAM, por intermédio de seus Diretores e Consultores, está à disposição para dirimir dúvidas e/ou prestar quaisquer esclarecimentos a respeito da presente Orientação Preventiva, seja por meio do telefone (18) 3521-5386 ou pelo site www.gepam.adm.br, por meio do canal “Contato”.

Adamantina/SP, 14 de setembro de 2020.

Elaborada por:

Rafael Antonio Shimada
Consultor – OAB/SP n.º 254.387



José Carlos Pacheco de Almeida
Consultor – OAB/SP n.º 209.124

Aprovada por:

Marcelo Carlos dos Santos
Sócio-diretor

