

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA E REAJUSTE

PARECER JURÍDICO

I - RELATÓRIO:

Os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica, na forma a Lei 14.133/21, para análise do Termo Aditivo ao Contrato 002/2022, firmado com a empresa 3IT CONSULTORIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 11.250.088/0001-15, cujo objeto é a prestação de serviços técnicos especializados de locação de software de gestão ao Edéia Prev.

Instruem o presente processo, dentre outros, os seguintes documentos:

- a) Contrato Administrativo;
- b) Solicitação noticiando interesse no elastecimento do acordo;
- c) Concordância do Contratado;
- d) Certidão de compatibilidade da despesa.

É o que basta relatar.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

Em primeiro plano, cumpre salientar que o presente parecer tomou por conta exclusivamente os elementos que constam nos autos do processo administrativo até a presente data. Compete a nós prestarmos consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não nos competindo imiscuir-se na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

A – DA PRORROGAÇÃO

A nova lei de licitação reservou um capítulo para tratar sobre a duração dos contratos, qual seja, o capítulo V, artigo 105 até o artigo 114.

Inicialmente, o artigo 105 estabelece que a duração do contrato será aquela que vier estabelecida no edital, observando-se, quando da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Outra novidade está prevista no artigo 107 que autoriza a prorrogação sucessiva dos contratos de serviço e fornecimento contínuos por até 05 anos, chegando, portanto, à duração de até 10 anos. Como se verifica, a nova lei incluiu na hipótese de prorrogação os contratos de fornecimento contínuo também.

A grande novidade fica para o estabelecido no artigo 106, pois autoriza, no caso de serviço ou fornecimento contínuo que o contrato seja celebrado por até 05 (cinco) anos. Para tanto, deve observar algumas regras como a demonstração da disponibilidade de créditos orçamentários e a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro; deverá atestar a cada exercício que tem créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em mantê-la e poderá extinguir o contrato sem ônus quando não houver crédito orçamentário suficiente ou quando ele não mais for vantajoso.

O Capítulo V trata especificamente da Duração dos Contratos. Mais especificamente em seu art. 106 da Lei 14.133/21 estabelece que:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

*I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante **deverá atestar a maior vantagem econômica** vislumbrada em razão da contratação plurianual;*

*II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, **a existência de créditos orçamentários** vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;*

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

Desta forma, para que o contrato tenha a vigência prorrogada, deverá existir, por parte do órgão público, um atestado comprovativo de vantagem econômica.

Também cabe ao órgão público certificar a viabilidade financeira, ou seja, a disponibilidade de créditos orçamentários relacionados à contratação. Caso este perceba que o contrato não lhe é mais vantajoso, e não existir créditos orçamentários, poderá extinguir o contrato sem ônus (na próxima data de aniversário do contrato), e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 meses, contado da referida data.

Quanto ao requisito constante no *caput* do artigo supracitado, o art. 6º, inciso XV, esclarece que: “**serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;**”.

O art. 107 da Nova Lei de Licitações estabelece o seguinte:

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes

Sobre o tema, o entendimento do Tribunal de Contas da União é o seguinte:

Administração deve definir em processo próprio quais são seus serviços contínuos, pois o que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros. São exemplos de serviços de natureza contínua: vigilância, limpeza e conservação, manutenção elétrica e manutenção de elevadores. O prazo de contrato para prestação de serviços contínuos pode ser estabelecido para um determinado período e prorrogado, por iguais e sucessivos períodos, a fim de obter preços e condições mais vantajosos para a Administração, até o limite de sessenta meses (... r. (Manual do TCU - "Licitações e Contratos" - Orientações Básicas - 3ª Ed. 2006, páginas 334/335.)

Dentro dessa perspectiva, formou-se a partir de normas infra legais e entendimentos doutrinário e jurisprudencial, consenso de que a caracterização de um serviço como contínuo requer a demonstração de sua essencialidade e habitualidade para o contratante.

A essencialidade atrela-se à necessidade de existência e manutenção do contrato, pelo fato de eventual paralisação da atividade contratada implicar em prejuízo ao exercício das atividades da Administração contratante.

Já a habitualidade é configurada pela necessidade de a atividade ser prestada mediante contratação de terceiros de modo permanente.

Nesse sentido é o conceito atribuído pelo Tribunal de Contas da União:

*"Voto do Ministro Relator
[...]*

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." (TCU. Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008.)

Por derradeiro, valioso lembrar que, optando-se pelas prorrogações dos acordos em comento, é imperioso que os respectivos aditivos sejam publicados na imprensa oficial, conforme preceitua o art. 91 da Lei 14.133/21:

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

[...]

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro

Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

B – DO REAJUSTE

Quanto ao reajuste, antes de entrar na matéria propriamente dita, é importante destacar que existem três tipos de Revisões Contratuais, a saber:

Reequilíbrio econômico-financeiro – é uma Alea extraordinária, pode ser solicitado quando ocorrem fatos extraordinários e questões imprevisíveis ou previsíveis e de consequências incalculáveis.

Reajuste por índice – O reajuste deve ser entendido como uma atualização monetária, é um instrumento utilizado para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, atualizando os valores por perdas inflacionárias ocorrida no período. Ele é devido quando o contrato ultrapassa 12 (doze) meses de sua vigência.

Deve ser concedido utilizando algum índice oficial de inflação como o IPCA ou IGP-M e dependendo do tipo de contrato índices setoriais como o INCC, conforme destacado no edital de licitação;

Repactuação – ocorre em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra. A revisão é provocada se houver acordos, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, caso tais ocorrências provoquem variações destes custos.

O TCU diferencia o reajuste da revisão nos seguintes termos:

“(...) o reajuste objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados. Como se relaciona a fatores previstos antecipadamente, as partes estabelecem já nos termos do contrato, o critério para promover esse reequilíbrio (...)

Por outro lado, a revisão destina-se a corrigir distorções geradas por ocorrências imprevisíveis ou previsíveis com consequências inestimáveis. Nasce de acordo entre as partes, iniciado a partir de solicitação realizada por um dos contratantes, o qual deve demonstrar a onerosidade excessiva originada pelos acontecimentos supervenientes. Esse instrumento consta do art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993 (...)

*“Ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, uma vez que **o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos**. O reajuste, previsto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter*

equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis.”[TCU. Informativo de Licitações e Contratos 326/2017.] (grifou-se)

*“(…) o reajuste objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados. Como se relaciona a fatores previstos antecipadamente, as partes estabelecem já nos termos do contrato, o critério para promover esse reequilíbrio (...) 8. **Por outro lado, a revisão destina-se a corrigir distorções geradas por ocorrências imprevisíveis ou previsíveis com consequências inestimáveis.** Nasce de acordo entre as partes, iniciado a partir de solicitação realizada por um dos contratantes, o qual deve demonstrar a onerosidade excessiva originada pelos acontecimentos supervenientes. Esse instrumento consta do art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993 (...). TCU. Acórdão 1.246/2012. Primeira Câmara”*

Ao determinar a prévia licitação como regra para as contratações públicas, a Constituição estipulou também que deve ser preservado o equilíbrio econômico-financeiro entre os encargos assumidos pelas partes, nos seguintes termos:

*"Artigo 37 omissis
(...)*

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos acrescentados)".

Marçal Justen Filho, de forma bastante elucidativa, conceitua equilíbrio econômico-financeiro:

"O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 18 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 1286).

O equilíbrio econômico-financeiro é inerente à relação que se estabelece entre as partes, no início do contrato, e aponta para a necessidade de que haja equilíbrio entre o encargo assumido por uma parte e a remuneração paga pela outra, evitando que um dos integrantes da relação contratual suporte ônus excessivo.

Para preservar esta relação de equivalência estabelecida na origem do contrato, o ordenamento jurídico prevê instrumentos a serem manejados pelas partes. Fala-se aqui das figuras do reajuste, repactuação e revisão contratual.

No presente texto, opta-se por tratar do reajuste ou, nos termos da Lei 14.133/2021, sobre o reajustamento em sentido estrito, assim definido pelo artigo 6º, inciso LVIII da Nova Lei como "forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;".

A opção pelo tema tem em vista que, entre os instrumentos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, o reajuste é o mais frequente nas rotinas administrativas, uma vez que aplicável à generalidade dos contratos administrativos, independente da natureza do objeto.

Coerente com a escolha do tema, foram selecionados quatro tópicos de igual relevância prática, a saber:

- a) periodicidade e termo inicial do reajuste;
- b) previsão obrigatória em todos os contratos;
- c) reajuste inferior a inflação e
- d) formalização do reajuste.

Sobre a periodicidade mínima não há discussão, adotando-se que deve ocorrer após 12 meses (no mínimo), a questão do termo inicial para cômputo do prazo de reajuste suscita controvérsias.

À luz da Lei 8.666/93, o entendimento que se formou no âmbito do Tribunal de Contas da União é de que o marco inicial para cômputo do prazo para reajuste poderia ser ou a data limite para apresentação das propostas (conforme a Lei 10.192/01) ou a data do orçamento estimado das propostas, cabendo à Administração esta definição quando da elaboração do edital e do contrato.

Neste sentido, é o que se infere da jurisprudência selecionada da Corte de Contas, ainda sobre o enfoque da Lei 8.666/93:

O reajuste de preços contratuais é devido após transcorrido um ano, contado a partir de dois possíveis termos iniciais mutuamente excludentes: a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento estimativo a que a proposta se referir (artigo 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993; artigo 3º, §1º, da Lei 10.192/2001; e artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal). (Acórdão 83/2020-Plenário, Relator: Bruno Dantas)

Interessante registrar uma tendência presente no TCU no sentido de considerar a data do orçamento estimado da licitação como um critério mais adequado, conforme evidencia o precedente a seguir:

"Embora a Administração possa adotar, discricionariamente, dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos de obras públicas, 1) a data limite para apresentação das propostas

ou 2) a data do orçamento estimativo da licitação (artigo 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e artigo 3º, §1º, da Lei 10.192/2001), o segundo critério é o mais adequado, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas". (Acórdão 2265/2020-Plenário, relator: Benjamin Zymler).

Aparentemente adotando este entendimento do Tribunal de Contas, a Lei 14.133/2021, a nova Lei de Licitações, em seu artigo 25, §7º, disciplinou o prazo para reajuste nos seguintes termos:

*"Artigo 25. Omissis
(...)*

§7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos."

Conforme se observa, a nova Lei de Licitações optou pelo orçamento estimado como termo inicial para o reajuste. Tal regra, então, por ser posterior e especial em relação à prevista pela Lei 10.192/2001, parece indicar para um único termo inicial para o reajuste, qual seja, a data do orçamento estimado.

O reajuste de preços é aplicável a contratos cujos valores possam ser atualizados por índices de correção monetária, como o Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, e deve observar uma periodicidade mínima de 12 meses, contados da data prevista para a apresentação da proposta do licitante.

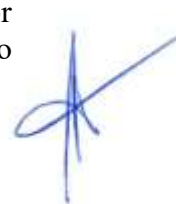
Assim, forçoso concluir que o reajuste tem por objetivo recompor o valor do contrato em virtude de fatores ordinários, previsíveis, sendo o principal deles o efeito inflacionário.

III- CONCLUSÃO:

I - Considerando que a contratação em tela, deu-se em face de processo de licitação;

II – Considerando que o contrato em vigor se encerra no próximo dia 31, e ainda, que o contrato prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência.

III – Considerando que a empresa se dispõe em continuar com o contrato de prestação de serviços, reajustando o contrato com base no IPCA e mantendo as demais condições já pactuadas;



IV – Considerando que a prorrogação será essencial para continuidade da prestação dos serviços públicos, cuja interrupção afetará de forma considerável o interesse público;

V – Considerado que o art. 107, da Lei 14133/21, prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência, desde que observadas às mesmas condições do contrato anterior;

VI – Considerando que a despesa decorrente da prorrogação do prazo de vigência, tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias;

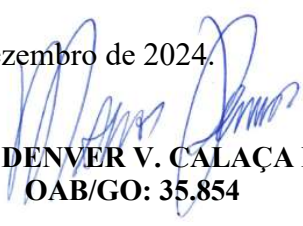
Portanto, no presente caso, verifica-se que foram demonstrados os requisitos legais exigidos para configuração da hipótese de prorrogação do prazo de vigência do contrato prestação de serviços, quais sejam:

- a) a necessidade da prorrogação da contratação da prestação dos serviços por parte da Administração;
- b) a atuação satisfatória da empresa contratada;
- c) a manutenção das mesmas condições do contrato primitivo para o exercício pretendido;
- d) a caracterização de que os serviços em comento são necessários para continuação da prestação de serviços públicos;

Face ao exposto, esta consultoria opina pela viabilidade jurídica da subscrição do termo aditivo.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Edeia – GO, 09 de dezembro de 2024.


MARCOS DENVER V. CALÇA NUNES
OAB/GO: 35.854