



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00005/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.192816/2019-08

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E OUTROS

ASSUNTOS: Prorrogação contratual com base nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993. Atualização do Parecer Referencial nº 1.274/2016.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL. CONTRATOS POR ESCOPO. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE INÍCIO DE ETAPAS DE EXECUÇÃO, DE CONCLUSÃO E DE ENTREGA CONTRATUAIS COM BASE NOS INCISOS DO §1º, DO ART. 57, DA LEI 8.666/93 MANTIDO O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PARA OS CONTRATOS FIRMADOS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.462/2011 (RDC). ATUALIZAÇÃO DO PARECER REFERENCIAL Nº 1.274/2016.

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

1. Trata-se de manifestação jurídica referencial, que objetiva registrar os apontamentos que a Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Saúde emite em seus pareceres sobre o tema **prorrogação do prazo de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, nos contratos por escopo firmados sob a égide da Lei nº 12.462/2011 (RDC), com fundamento nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993.**

2. Os autos foram encaminhados a esta CONJUR/MS por meio do Despacho SAA (SEI 0012735623), que por sua vez faz remissão à NOTA TÉCNICA Nº 71/2019-DICONT/CCLIC/CGMAP/SAA/SE/MS (SEI 0012300254), que requer a atualização do Parecer Referencial nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU (SEI 0012300242).

Os autos encontram-se no sistema SEI com os seguintes documentos:

Projeto Básico RDC nº 15/2018 (0012300228)

Edital RDC nº 15/2018 (0012300230)

Proposta Empresa Intus (0012300232)

Termo Homologação RDC 15/2018 (0012300233)

Contrato nº 86/2018 (0012300235)

Publicação CT 86/2018 (0012300236)

Termo Aditivo nº 01 (0012300339)

Publicação 1º TA (0012301945)

Termo Aditivo nº 02 (0012302223)

Publicação 2º TA (0012302406)

Parecer nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU (0012300242)

Minuta DICONT 0012300252

Nota Técnica 71 (0012300254)

Despacho CCLIC 0012584320

Despacho CGMAP 0012606259

Despacho SAA 0012735623

3. Cumpre salientar que com essa Manifestação Jurídica Referencial, o Parecer nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU **não** se aplicará mais aos casos de **prorrogação do prazo de vigência de contratos por escopo, com fulcro nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993**, para os contratos firmados sob a égide da Lei nº 12.462/2011 (RDC).

4. **Por fim, a sua aplicação se restringe aos termos aditivos cujo objeto seja unicamente a prorrogação de prazos de vigência e de execução, nos termos dos incisos do §1º, do art. 57, da Lei 8.666/93.**

5. É o relatório.

1. **DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL**

6. O procedimento ordinário para a celebração de termos aditivos a contratos envolve a análise prévia desta Consultoria de todas as minutas com esse objeto, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

7. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embarçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014 O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X,XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente,

a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014..."

8. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

9. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

10. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

11. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

12. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

13. *Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstracto”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).*

14. Mais recentemente, tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/2014. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado “envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”. Segundo o relator, o cerne da questão “diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”. Nesse campo, lembrou o relator que a orientação do TCU “tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes”, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e “a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado”, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses

termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que “o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma”. Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

15. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

16. É o que se passará, agora, a fazer.

2. DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

17. Como já mencionado, a elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

18. Relativamente ao primeiro requisito, **é notório que se formará um volume de processos administrativos** voltados à análise das minutas dos termos aditivos de prorrogação dos contratos com base nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, para os contratos firmados sob a égide da Lei nº 12.462/2011 (RDC).

19. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, há, como já referido, impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres - CGLICI, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

20. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado *à mera conferência de documentos*, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

21. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

3. DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

22. Registra-se que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal e o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários. A Boa Prática Consultiva – **BPC nº 07**, editada pela AGU, corrobora tal entendimento:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

23. Importa frisar, pois, que não compete a esta CGLICI apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, tampouco dos atos técnicos e das especificações e fundamentações de ordem técnica explicitadas para justificar a celebração do ajuste.

24. Cabe esclarecer que, via de regra, **não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos.** Incumbe, isso sim, a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

25. Desse modo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, os atos normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto.

26. Ademais, quanto aos atos decisórios praticados com base em delegação de competência, convém destacar o contido na Lei nº 9.784/99:

Art. 14. [...]

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

27. Portanto, estes deverão mencionar explicitamente a qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

28. Vale ressaltar, ainda, que aos órgãos da AGU compete – fiel, técnica e exclusivamente – assessorar os entes e órgãos assessorados na tomada de suas decisões, apontando-lhes os embaraços jurídicos eventualmente existentes, e, as opções palatáveis, segundo o ordenamento pátrio, para a consecução das políticas públicas a cargo do organismo assessorado.

29. Portanto, a atribuição legal do órgão de assessoramento jurídico esgota-se em orientar a autoridade sob o exclusivo prisma da legalidade, exarando peça opinativa que **lhe dá plena ciência das recomendações e observações lançadas pela Advocacia-Geral da União.**

30. Dessa maneira, a análise em comento tem a função de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

31. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao longo deste parecer, como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do gestor, por sua conta e risco.

32. Sendo assim, repisa-se que qualquer posicionamento contrário por parte da Administração é de sua total responsabilidade e deve ser justificado nos autos. A justificativa de posicionamento contrário ao da Assessoria Jurídica do Ministério deve, lógica e necessariamente, refutar todos os impedimentos legais levantados pela CGLICI.

4. REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DOS AUTOS

33. A primeira questão diz respeito à regularidade da formação dos autos.

34. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

35. Com efeito, no que tange especificamente à licitação, bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, conforme art. 38 da Lei n. 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são aplicáveis, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas deverão ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, compreendendo, na medida do possível, o máximo, 200 folhas:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009

“Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.”

36. Deste modo, como se observa, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme ON AGU n. 02/2009. **É irregular a abertura de novos processos – novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.**

5. APLICAÇÃO DA IN 05/2017 AINDA QUE O PROCESSO QUE DEU ORIGEM À PRORROGAÇÃO TENHA SIDO AUTUADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA

37. Preceituam os artigos 74 e 75 da IN 05, de 2017 – SEGES – MP:

Art. 74. Fica revogada a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008.

Art. 75. Esta Instrução Normativa entra em vigor cento e vinte dias após sua publicação.

Parágrafo único. Permanecem regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, os procedimentos administrativos autuados ou registrados até a data de entrada em vigor desta norma."

38. No entanto, no âmbito da AGU, foram emitidas duas manifestações do órgão consultivo da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União com atuação na Administração Indireta, concluindo pela imediata aplicabilidade da IN 05, de 2017, nos seguintes termos:

DEPCONSU/PGF/AGU Nº 137 /2017:

"I. A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 05, DE 26 DE MAIO DE 2017, DA SECRETARIA DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E DESENVOLVIMENTO, PASSARÁ A VIGER NO DIA 23 DE SETEMBRO DE 2017, SÁBADO, CONSIDERANDO O DISPOSTO NO § 1º DO ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR 95, DE 1998;

II. COMO SOMENTE PODEM SER PRATICADOS ATOS PROCESSUAIS EM DIAS ÚTEIS, A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, SERÁ EFETIVAMENTE APLICADA AOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS AUTUADOS OU REGISTRADOS A PARTIR DO DIA 25 DE SETEMBRO DE 2017, SEGUNDA-FEIRA;

III. NÃO SERÁ APLICADA A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, À FASE INTERNA DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO AUTUADOS OU REGISTRADOS ANTES DO DIA 25 DE SETEMBRO DE 2017;

IV. APÓS 25 DE SETEMBRO DE 2017, SERÁ APLICÁVEL A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, AOS CONTRATOS FIRMADOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO REFERIDO NORMATIVO OU DECORRENTES DE PROCESSOS INSTAURADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR, REFERENTES À GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS, RENOVAÇÃO/PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL, A APLICAÇÃO DE SANÇÕES, E MOTIVOS QUE LEVEM À RESCISÃO CONTRATUAL.

V. NÃO É ADMISSÍVEL À ADMINISTRAÇÃO CRIAR OBRIGAÇÕES NA FASE DE GESTÃO CONTRATUAL, COM BASE NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05, DE 2017, QUE NÃO FORAM EXIGIDAS NO MOMENTO DA SELEÇÃO DO FORNECEDOR, POR FORÇA DA APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02, DE 2008."

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 142/2017:

I. É POSSÍVEL UTILIZAR AS ORIENTAÇÕES CONSTANTES DA IN SEGES Nº 05/ 2017 PARA OS PROCESSOS QUE FORAM INSTAURADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA REFERIDA NORMA, CONSIDERANDO SE TRATAREM DE BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS, RESULTANTES DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (ACÓRDÃOS N. 2622/2015-P E 2353/2016-P), FICANDO NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR ADOTAR OU NÃO TAIS PRÁTICAS;

II. É RECOMENDÁVEL QUE O CONTRATO SEJA ADITIVADO PARA PREVER A DISCIPLINA DA GESTÃO CONTRATUAL À LUZ DA IN 05, DE 2017, DE MODO A DEIXAR CLARAS AS CONDUTAS DE AMBAS AS PARTES, FACILITANDO A OPERACIONALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL, EVITANDO QUESTIONAMENTOS SOBRE A FORMA DE GESTÃO CONTRATUAL;

III. NO MOMENTO DA ELABORAÇÃO DA MINUTA DE INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PARA OS PROCESSOS INSTAURADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA IN 05, DE 2017, É RECOMENDÁVEL QUE AS CLÁUSULAS QUE TRATEM DA GESTÃO SEJAM ELABORADAS SEGUINDO ESSE NOVO DIPLOMA, UMA VEZ QUE, QUANDO HOUVER O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO, SUA GESTÃO SERÁ FEITA À LUZ DA ATUAL NORMATIZAÇÃO;

IV. NÃO CABE À ADMINISTRAÇÃO CRIAR OBRIGAÇÕES PARA O CONTRATADO QUE NÃO FORAM EXIGIDAS NO MOMENTO DA SELEÇÃO DO FORNECEDOR QUE IMPORTEM MUDANÇA SUBSTANCIAL DO OBJETO CONTRATUAL, POR CONTA DA APLICAÇÃO DA IN SEGES Nº 05/2017, DEVENDO SER OBSERVADO O ART. 65, I, "A", E § 6º DA LEI 8.666, DE 1993.

39. Inclusive, no âmbito da CJU/SP, o tema foi objeto de estudo da Câmara Interna de Uniformização de Entendimento – CIUEC, e abraça ambas as conclusões acima, cuja Orientação Normativa oriunda do Parecer é traçada nos seguintes termos:

I. É facultativa a aplicação da instrução normativa n. 05, de 26 de maio de 2017, da secretaria de gestão do ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão, aos contratos firmados antes da entrada em vigor do referido normativo (25 de setembro de 2017) ou decorrentes de processos instaurados sob a vigência da legislação anterior, limitando-se aos aspectos procedimentais referentes à gestão e fiscalização dos contratos, renovação/prorrogação da vigência contratual, aplicação de sanções e rescisão contratual.

II- Convém que o órgão assessorado, caso opte pela aplicação da in 05/2017, submeta as adaptações/alterações à CJU/SP, sempre identificando-as de modo preciso, com os subsídios técnicos pertinentes, e limitando-se a questionamentos de natureza jurídica, acompanhadas da minuta de aditamento, se for o caso.

III. É recomendável que o contrato seja aditivado para prever a disciplina da gestão contratual à luz da in 05, de 2017, de modo a deixar claras as condutas de ambas as partes, facilitando a operacionalização do cumprimento do objeto contratual, evitando questionamentos sobre a forma de gestão contratual.

IV. Não cabe à administração criar obrigações (e mesmo direitos ou vantagens) para o contratado que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor e que importem mudança substancial do objeto contratual, por conta da aplicação da in seges n° 05/2017, devendo ser observado o art. 65, i, "a", e § 6o da lei 8.666, de 1993. (FUNDAMENTAÇÃO: **PARECER n. 00300/2018/CIUEC/CJU-SP/CGU/AGU**, PARECERES N°S 00006 E 00013/2017 /CPLC/PGF/AGU, CONCLUSÕES DEPCONS/PGF/AGU N° 137 E 142/2017)

40. Desta forma, a análise abaixo se dá com entendimento da imediata aplicação da IN 05/2017, ressalvando-se, obviamente, situações que possam alterar o direito material envolvido com mudanças nas obrigações das partes.

DO OBJETO ESPECÍFICO DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO

6. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE EXECUÇÃO, CONCLUSÃO E ENTREGA (ART. 57, §1º, DA LEI N° 8.666/93).

41. Os contratos administrativos possuem, via de regra, prazo determinado. Sua duração deverá ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários o que é, inclusive, uma regra constitucional (art. 57 da Lei 8.666/93 e art. 17, I e II, da CF/88). O objetivo da restrição é justamente garantir que o gestor não contrate sem ter os recursos necessários e somente a LOA é capaz de definir a efetiva existência de tais recursos (art. 165, III, da CF).

42. No entanto, a regra do prazo anual admite exceções que estão expressamente previstas no art. 57 da Lei 8.666/93, vejamos:

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;

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.

43. As hipóteses previstas nos incisos acima mencionados estabelecem casos em que o contrato de execução

continuada vem cumprindo sua finalidade e a Administração percebe que é mais vantajoso a prorrogação do que a realização de nova licitação.

44. No entanto, existem situações em que acontecimentos imprevisíveis ou que podem ser imputadas à Administração desafiam a prorrogação, tais situações estão previstas no art. 57, §1º da Lei de Licitações, vejamos:

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

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

45. A faculdade jurídica atribuída à administração para alterar as condições originais da contratação exige a alteração nos cronogramas de execução das prestações, caso necessário.

46. Assim, esclarecendo a dúvida apresentada pela área sobre quando utilizar o Parecer Referencial nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU ([0012300242](#)), encaminhado neste processo para atualização, e o Parecer Referencial nº 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU ([0012236236](#)), tem-se que:

a) o **Parecer Referencial nº 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU** trata sobre prorrogação do prazo de vigência de contratos de prestação continuada com fundamento no artigo 57, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993;

b) enquanto que o **Parecer Referencial nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU** trata sobre a prorrogação da execução de contratos por escopo com fundamento no art. 57, §1º da Lei de Licitações que, como vimos, fala sobre situações imprevisíveis ou que podem ser imputadas à Administração.

47. **Reitero que a presente manifestação pretende atualizar o Parecer Referencial nº 01274/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU, não substituindo o Parecer Referencial nº 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, que permanece surtindo efeitos.**

48. Analisando a previsão legal aqui tratada, percebemos que, na verdade, a alteração contratual mencionada pelo §1º do art. 57 diz respeito à prorrogação do prazo de execução, conclusão e entrega e não prorrogação de vigência do contrato, como fez o *caput* do mencionado artigo. No entanto, uma não pode existir sem a outra, vejamos:

49. O anexo IX, item 2, da IN 5 de 2017, dispõe:

2. Os contratos por escopo têm vigência por período determinado, podendo excepcionalmente ser prorrogado pelo prazo necessário à conclusão do objeto, desde que justificadamente e observadas as hipóteses legais previstas no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

50. Como se sabe, o conceito de vigência e de execução contratual não se confundem, devendo a execução ocorrer, obviamente, dentro do período de vigência do contrato. Como bem esclareceu o DESPACHO n. 67330/2016 /CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra da então Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos, Dra. Aline Veloso dos Passos, persistindo a obrigatoriedade de execução do contrato por escopo para além de sua vigência, conseqüentemente, existirá a obrigação de adimplemento do contrato. Assim, entende-se que a própria vigência do contrato seja prorrogada e não apenas o prazo de execução.

51. Talvez seja por essa dificuldade que parte da doutrina trate a prorrogação mencionada pelo art. 57, §1º da Lei de Licitações como uma prorrogação de vigência contratual.

52. Some-se a isso o seguinte enunciado do TCU:

No caso de *prorrogação* contratual, o termo de aditamento deve ser providenciado até o término da vigência da avença originária. Transposta tal data, não será mais possível a *prorrogação* ou continuidade da *execução*, sendo considerado extinto o contrato. ([Acórdão 3010/2008-Segunda Câmara](#)).

53. Ou seja, para o TCU, após a vigência do contrato, não será mais possível a continuidade da execução, de modo que a prorrogação da execução aqui tratada deve ser acompanhada da prorrogação da vigência do contrato, caso necessário. Por outro lado, reforço que a jurisprudência do TCU "*se consolidou ao longo do tempo no sentido de considerar irregular o aditamento feito após o término da vigência contratual, ainda que amparado em um dos motivos do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que o contrato original estaria formalmente extinto, de sorte que não seria juridicamente cabível a sua prorrogação ou a continuidade da sua execução*". (Acórdão 127/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho).

54. É esse o entendimento da Advocacia - Geral da União:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 03/2009

NA ANÁLISE DOS PROCESSOS RELATIVOS À PRORROGAÇÃO DE PRAZO, CUMPRE AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS VERIFICAR SE NÃO HÁ EXTRAPOLAÇÃO DO ATUAL PRAZO DE VIGÊNCIA, BEM COMO EVENTUAL OCORRÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS PRECEDENTES, HIPÓTESES QUE CONFIGURAM A EXTINÇÃO DO AJUSTE, IMPEDINDO A SUA PRORROGAÇÃO.

INDEXAÇÃO: CONTRATO. PRORROGAÇÃO. AJUSTE. VIGÊNCIA. SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. EXTINÇÃO.

REFERÊNCIA: art. 57, inc. II, Lei nº 8.666, de 1993; Nota DECOR nº 57/2004-MMV; Acórdãos TCU 211/2008-Plenário e 100/2008-Plenário.

55. Reforço que a Administração necessita demonstrar a ocorrência de uma das situações previstas no art. 57, § 1.º, da Lei 8.666/1993, dentre elas:

56. A **alteração das condições contratuais por ato unilateral da Administração** (art. 57, § 1.º, I, III e IV) que, como se sabe, é um poder da administração que decorre da supremacia do interesse público. Aqui, ao exercer o poder de modificar o acordo, deve a administração promover a alteração dos cronogramas até para garantir o equilíbrio

econômico-financeiro nos contratos.

57. Existe, ainda, a possibilidade de alteração no caso de **força maior ou caso fortuito** que consistem em situações imprevisíveis ou que, ainda que previstas, eram impossíveis de serem evitadas e que possuem a força de alterar o cronograma de execução do contrato. Enquadra-se, como força maior, também, o chamado **ato/fato de terceiro**. (art. 57, § 1.º, II e V).

7. DOS REQUISITOS PARA A ALTERAÇÃO DO PRAZO DE EXECUÇÃO COM BASE NO ART. 57, §1º DA LEI 8.666/93.

58. Como visto, a alteração contratual com base no art. 57, § 1.º da Lei 8.666/93, embora não seja uma modificação de vigência e sim de execução, possui efeitos parecidos e interfere, diretamente, em algumas hipóteses, na própria vigência dos contratos. Por essa razão, entende-se que os requisitos devem ser o mesmo. Esse parecer ser o entendimento da Corte de Contas ao dizer que toda e qualquer obrigação observe, no mínimo, as seguintes exigências:

- a) existência de previsão para a prorrogação no edital e no contrato;
- b) objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação;
- c) interesse da Administração e do contratado declarados expressamente;
- d) vantagem da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
- e) manutenção das condições de habilitação pelo contratado; e
- f) preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado

59. Acrescento, ainda, os requisitos mencionados pelo DESPACHO n. 67330/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU para a possibilidade de prorrogação aqui mencionada:

- g) **o contrato precisa estar vigente;**
- h) Existir manifestação do fiscal do contrato de que os serviços estão sendo executados a contento;
- i) Constar nos autos justificativa circunstanciada por escrito, comprovando a ocorrência de algum dos motivos listados nos incisos I a VI do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, a serem devidamente autuados em processo;
- j) Haver autorização expressa da autoridade competente para a celebração do contrato;
- k) Haver comprovação de que a disponibilidade orçamentaria permanece inalterada;

60. Os requisitos mencionados nos itens 51 e 52 são cumulativos e precisam ficar demonstrados nos autos.

61. A expressão “prorrogação do contrato” é geralmente empregada para relações de trato sucessivo, como a locação, o fornecimento mensal de gêneros e prestação de serviços contínuos, como de vigilância e limpeza. Nestes exemplos, a cada prestação mensal do contratado corresponde a contraprestação da Administração, através do pagamento de um valor mensal. Nestes casos, a prorrogação do contrato invariavelmente leva a uma alteração do seu valor global, que fica acrescido do valor mensal multiplicado pelo número de meses da prorrogação.

62. Diferentemente ocorre com os contratos de fornecimento ocasional de bens ou serviços, ou ainda nos **contratos de obras**. Nestes, o quantitativo total a ser fornecido, bem como a contraprestação a ser paga são desde logo determinados, ainda que um ou outro possam protrair-se no tempo, em parcelas pré-determinadas. Não se trata de uma relação continuada, mas, pontual. É sobre esses contratos de escopo que trata o presente e o anterior PARECER REFERENCIAL Nº 1.274/2016.

63. Assim, mantidas as demais cláusulas do contrato e o seu necessário equilíbrio econômico-financeiro, há que se ter informação inequívoca nos autos demonstrando tal situação superveniente, reputada como justificativa essencial

à prorrogação dos prazos.

64. Quanto à comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação, **recomenda-se** providenciar a juntada de Declaração de cumprimento do disposto no art. 27, V, da Lei 8.666/93 (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

65. Igualmente, **recomenda-se** juntar nos autos o comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade do CNJ referente ao CPF/CNPJ dos **sócios cotistas majoritários, tanto do sócio pessoa jurídica, quanto do sócio pessoa física**, tendo em vista a previsão de sanção consistente na proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, cominada no art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

66. Como regra geral, **recomenda-se** atualizar as certidões e verificar a ocorrência de impedimentos de licitar com a Administração, previamente à celebração do ato de prorrogação contratual.

67. Por fim, o fato de ser contratos relacionados à **LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011**, não afeta o posicionamento aqui fornecido, uma vez que o art. 42 da mencionada lei dispõe:

Art. 42. Os contratos para a execução das obras previstas no plano plurianual poderão ser firmados pelo período nele compreendido, observado o disposto no caput do [art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

68. Abaixo, considerações sobre alguns dos requisitos para a prorrogação que demandam maior análise jurídica.

7.1 PREVISÃO DE PRORROGAÇÃO NO EDITAL E NO CONTRATO

69. Inicialmente, ressalvo o entendimento de parte da doutrina, o qual é o mesmo do subscritor, de que a regra do §1º, art. 57 da Lei de Licitações não necessita de previsão contratual. Com efeito, a prorrogação mencionada diz respeito à situações imprevisíveis e que, portanto, caso existentes, teriam autorização *ex lege* para atender às circunstâncias excepcionais.

70. Contudo, o entendimento **majoritário** é o de que **para que seja possível a prorrogação com base no §1º, do artigo 57, da Lei nº 8.666/93, é imprescindível a existência de previsão para a prorrogação no edital e no contrato. Recomendo, portanto, que a referida previsão exista.**

7.2 JUSTIFICATIVA FORMAL E AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE SUPERIOR

71. Conforme disposto no § 2º, do artigo 57, da Lei nº 8.666/93, faz-se necessária a justificativa por escrito para a prorrogação, bem como a autorização prévia assinada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

72. O item 5, do Anexo IX, da IN Nº 05/2017 caminha no mesmo sentido:

A prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente do setor de licitações, devendo ser promovida mediante celebração de termo aditivo, o qual deverá ser submetido à aprovação da consultoria jurídica do órgão ou entidade contratante.

73. Da mesma forma, como já decidiu o Tribunal de Contas da União:

Abstenha-se de efetuar prorrogações de prazos contratuais que contrariem o § 1o do artigo 57 da Lei no 8.666/1993, uma vez que a justificativa apresentada pela empresa contratada não logrou caracterizar “fato excepcional ou imprevisível, estranho a vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato”, de acordo com o § 1o, inciso II, do artigo 57 da lei mencionada), tampouco permitiu enquadramento em quaisquer dos motivos previstos no citado parágrafo. **Acórdão 908/2003 - TCU Plenário.**

74. Deste modo, os autos relativos à prorrogação contratual devem ser instruídos com a justificativa por escrito e a autorização prévia assinada pela autoridade competente para celebrar o contrato. Este entendimento serve para qualquer situação excepcional que possa resultar da prorrogação.

7.3 MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES INICIAIS DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO

75. Nos termos do artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, a Contratada deverá manter, durante a contratação, todas as condições de habilitação e qualificação que forem exigidas na licitação.

76. No Acórdão 213/2017 – Plenário do Tribunal de Contas da União, que tratou de prorrogação de contratos oriundos de Dispensa e Inexigibilidade, a Corte firmou entendimento no sentido de que “*Cada ato de prorrogação equivale a uma renovação contratual, motivo pelo qual a decisão pela prorrogação de contratação direta deve ser devidamente planejada e motivada ...*”. Não obstante o Acórdão estar tratando da prorrogação de contratações diretas, a fixação do entendimento de que cada prorrogação equivale a uma renovação contratual reafirma a necessidade de que as condições de habilitação do certame sejam mantidas nesse momento.

77. Assim, cabe à autoridade verificar se a Contratada ainda atende às condições que foram exigidas quando da realização da licitação, consignando tal fato nos autos.

78. **Deve, portanto, constar nos autos, documento que ateste que a Contratada mantém as condições de habilitação.**

7.4 PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

79. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, IX, da Lei nº 8.429/92 e os artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666/93.

80. Cabe também alertar que, previamente à assinatura do termo aditivo, seja anexada a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

81. Atente-se que compete ao órgão verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, a aplicabilidade da Orientação Normativa n. 52. do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000:

"As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000".

82. Assim, nos processos de prorrogação, deve haver juntada da respectiva declaração de disponibilidade

orçamentária.

7.5 RELATÓRIO DO(S) FISCAL(IS) DO CONTRATO

83. No intuito de registrar que a Contratada vem cumprindo com suas obrigações contratuais e exercendo suas atividades a contento, é indispensável da juntada ao processo de relatório do(s) fiscal(is) do contrato, atestando que o objeto contratual tenha sido prestado regularmente.

84. O relatório de fiscalização técnica trará o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação do objeto contratual estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório (art. 40, II, da IN N° 05, de 2017).

85. O relatório de fiscalização administrativa, por sua vez, listará os dados acerca do acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, caso se trate de contrato de serviços (art. 40, III, da IN N° 05, de 2017).

86. Deste modo, esses relatórios deverão constar nos autos dos processos relativos à prestação de serviços continuados.

87. Outrossim, importante que a área verifique também o contido no item 11 do Anexo IX da IN N° 05, de 2017, que assim dispõe:

A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: (...)

b - a Contratada tiver sido penalizada nas sanções de declaração de inidoneidade, suspensão temporária ou impedimento de licitar e contratar com poder público, observadas as abrangências de aplicação.

7.6 COMPROVAÇÃO DE QUE O VALOR DO CONTRATO PERMANECE ECONOMICAMENTE VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO

88. Outra exigência a ser feita é a de que a prorrogação do contrato baseada no artigo 57, §1º, da Lei nº 8.666/93 seja feita com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração. Impõe-se, desta forma, a manifestação expressa da autoridade no sentido de que a prorrogação é vantajosa técnica e economicamente para a Administração.

89. Um dos aspectos a serem fiscalizados pelos órgãos de controle, inclusive, encontra-se na vantajosidade da prorrogação, ainda que decorrentes da superveniência de fatos imprevisíveis e de atos unilaterais da Administração. Soma-se a isso a necessidade, de fato, da prorrogação e adequação das justificativas fáticas e jurídicas apresentadas pelo gestor no caso concreto.

90. Nos casos em que for feita a prorrogação, a análise da vantajosidade deva levar em conta a estimativa do aumento de preços que futuramente será aplicado ao contrato. Neste caso, é necessário cuidado redobrado da autoridade em sua declaração e análise da vantajosidade.

91. Sobre o tema, faço referência ao **PARECER REFERENCIAL n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU** que, embora trate sobre hipóteses distintas de prorrogação, explica o requisito aqui estabelecido:

(...)

Impõe-se, desta forma, a manifestação expressa da autoridade no sentido de que a prorrogação é vantajosa técnica e economicamente para a Administração.

Nos casos em que for feita a prorrogação **com a ressalva da repactuação**, a análise da vantajosidade deva levar em conta a estimativa do aumento de preços que futuramente será aplicado ao contrato. Neste caso, é necessário cuidado redobrado da autoridade em sua declaração e análise da vantajosidade, uma vez que ainda não dispõe dos preços finais que serão aplicados pela Contratada. Uma boa solução é verificar se os orçamentos pesquisados no mercado, se for o caso, conforme se verá abaixo, já levam em conta as convenções coletivas e dissídios coletivos que serão motivo para a repactuação contratual ou se foram feitos com base em dissídios anteriores e se já há convenção negociada, mas ainda não registrada.

Como sempre repetimos, os membros desta Consultoria, não detêm competência legal, conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação, conforme bem ressaltado pela doutrina de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, sujeita-os a responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo da contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços.

A aceitação de oferta inexequível, de que resulte a inexecução do objeto em razão da impossibilidade de a Contratada cobrir os custos da contratação, também atrai a responsabilidade desses agentes (o que realizou a pesquisa de preços, o pregoeiro, os integrantes da comissão de licitação e a autoridade que homologou o procedimento ou ratificou os atos praticados no processo da contratação direta). Em ambas as hipóteses – inexequibilidade ou sobrepreço –, será necessário aquilatar a conduta de cada um desses agentes e as circunstâncias em que atuaram, para o efeito de imputar-lhes responsabilidade. (“Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas”, Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011).

Todavia, é pertinente abrir um parêntese para registrar que, no contexto das prorrogações de vigência dos contratos de serviços continuados, as exigências e preocupações relativas à pesquisa de preços vêm sendo amenizadas pela própria normatização vigente, conforme consta da IN Nº 05, de 2017, que em seu Anexo IX, itens 4, 7 e 8, preceitua:

4 – A comprovação de que trata a alínea “d” do item 3 acima deve ser precedida de análise entre os preços contratados e aqueles praticados no mercado de modo a concluir que a continuidade da contratação é mais vantajosa que a realização de uma nova licitação, sem prejuízo de eventual negociação com a Contratada para adequação dos valores àqueles encontrados na pesquisa de mercado.

7-A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, nas seguintes hipóteses:

- a) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;
- b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE); e
- c) no caso dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

8 – No caso da alínea “c” do item 7 acima se os valores forem superiores aos fixados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, caberá negociação objetivando a redução de preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.

Historicamente, o E. TCU, em reiterados julgados, se posicionava pela necessidade de a proposta ser a mais vantajosa para a Administração, o que deveria ser evidenciado com a realização de pesquisa de mercado e cuja comprovação deveria instruir o processo:

9.10.4. somente proceda à prorrogação de contratos de prestação de serviços executados de forma contínua quando reste demonstrado que tal opção assegure a obtenção de condições e preços mais vantajosos para a Administração, conforme preceitua o art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93, o que deve ser evidenciado com a realização de pesquisa de mercado para serviços similares, devendo ser incluídos nos autos do respectivo processo administrativo os documentos que fundamentem a decisão” (Acórdão 3351/2011 - Segunda Câmara – TCU).

A Corte de Contas, no entanto, alterou seu anterior entendimento manifestando-se, pelo seu Plenário, no sentido de que a vantajosidade econômica estará assegurada para os contratos de serviço com disponibilização de mão-de-obra, sem necessidade de pesquisa de mercado, nos casos em que os reajustes (em sentido amplo) dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei (Acórdão 1214/2013 – Plenário – item 9.1.17). Tal Corte capitaneou um grupo de estudos formado por servidores de diversos órgãos públicos, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de serviços continuados na Administração Pública Federal. Um dos tópicos abordados foi a conhecida dificuldade na comprovação da vantajosidade das prorrogações contratuais, conforme exposto no voto do relator

do Acórdão:

29. O grupo de estudos argumenta que os itens que compõem o custo dos serviços de natureza continuada - remuneração, encargos sociais, insumos e LDI - variam, em grande medida, segundo parâmetros bem definidos, de forma que a realização de nova pesquisa de mercado, no caso de eventual prorrogação contratual, medida custosa e burocrática, segundo o grupo, não se revelaria necessária. A prática tem revelado poucos benefícios advindos dessa pesquisa, que não tem retratado verdadeiramente o mercado, uma vez que ela tem normalmente levado a preços superiores aos obtidos na licitação. (...)

32. Entendo que o relatório produzido pelo grupo de estudos, a partir da vivência prática dos agentes que o compuseram, logrou demonstrar a baixa eficiência e efetividade das pesquisas de mercado para subsidiarem as prorrogações de contrato de natureza continuada. Evidenciou-se o alto custo administrativo para a realização desse tipo de pesquisa, aliado aos benefícios limitados dela resultantes. Endosso, portanto, a proposta do grupo, ressaltando que não se está a propor que a prorrogação seja feita “às cegas”, uma vez que estão sendo estabelecidas diversas condicionantes para dispensar a realização da pesquisa, (...) com o objetivo de garantir que os itens que compõem os custos dos serviços estão sendo reajustados segundo parâmetros coerentes e bem definidos.

A alteração de entendimento do TCU, ato contínuo, refletiu na normatização do próprio Ministério do Planejamento por meio de sua Secretaria de Gestão que editou a IN N° 05, de 2017 (bem como a IN 06, de 2013, já revogada, que trouxe a mudança). **Desta forma, tanto a Corte de Contas como a IN N° 05, de 2017 respaldam a autoridade, nas hipóteses albergadas, para dispensa de pesquisa de mercado no momento da prorrogação, desde que cumpridos os requisitos normativos ao caso, o que deve ser devidamente comprovado pela autoridade nos autos.**

Não sendo o caso das hipóteses contidas no Anexo IX, itens 4, 7 e 8 da IN 05/2017, não resta outra alternativa a não **ser a realização de pesquisa de preço em conformidade com a IN N° 05, de 2014 SLTI.**

Quando da realização da pesquisa preços, recomenda-se especial atenção aos termos do Acórdão 1445/2015 – Plenário TCU, que assim dispõe: *Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, bem como na demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços. Devem ser priorizadas consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária (informativo TCU 246/2015).*

Ademais, é bom advertir que caso os serviços contratados estejam entre aqueles para os quais há um valor máximo fixado por ato regulamentar do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, é dever do Administrador, ou do seu setor técnico competente, apurar a adequação dos valores do presente contrato ao teto.

Essa exigência se faz necessária tendo por base o que dispõe o item 11 do Anexo IX da IN N° 05, DE 2017:

A Administração não poderá prorrogar o contrato quando:

os preços contratados estiverem superiores aos estabelecidos como limites em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, admitindo-se a negociação para redução de preços; (...)

Por fim, neste momento de comprovação da vantajosidade, a “Administração deverá realizar negociação contratual para redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação” (item 9, Anexo IX, da IN Nº 05, de 2017). **Deste modo, diante de tal prescrição normativa, impõe-se que o setor competente do órgão apure a existência de custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos, reunindo, assim, argumentos que viabilizem eventual negociação de preços por parte da autoridade.**

É neste ponto que cabe à Administração também verificar os reflexos relativos ao pagamento do aviso prévio, nos termos do Acórdão 1186/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União. Isto porque, “a parcela mensal a título de aviso prévio trabalhado será no percentual máximo de 1,94% no primeiro ano, e, em caso de *prorrogação* do contrato, o percentual máximo dessa parcela será de 0,194% a cada ano de *prorrogação*, a ser incluído por ocasião da formulação do aditivo da *prorrogação* do contrato, conforme a Lei 12.506/2011” (Informativo de Licitações e Contratos 324/2017).

Deste modo, deve constar nos autos a análise da autoridade quanto a este aspecto (existência de custos fixos ou variáveis não renováveis).

Quanto aos serviços de engenharia, tem-se que a **Administração deve considerar os descontos contidos nos preços contratados e os efetivamente praticados pelo mercado em relação ao referencial de preços utilizado, a exemplo do Sicro (acórdão 3301/2014 – Plenário / Informativo TCU 225/2014).**

Mister frisar neste momento, acerca da permanência da vantajosidade da contratação, o TCU considerou inadmissível que seguidas prorrogações da contratação ali entabulada pelo período de 8 (oito) anos, bem assim como o respectivo reajustamento dos valores inicialmente contratados, poderia representar a proposta mais vantajosa para a Administração, em detrimento da realização de nova licitação:

5.9. Considerando-se que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, há de levar-se em conta de que, mesmo que não houvesse determinações legais estabelecendo que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários ou vedando a existência de contratos com prazos indeterminados, é inadmissível que se imagine a possibilidade de que uma Prefeitura Municipal que tenha celebrado um contrato com uma empresa vencedora de licitação para a execução de uma obra específica (por exemplo, construção de uma quadra poliesportiva), determine o início das obras, emita ordens de paralisação das obras, para depois celebrar convênio com a União Federal para a execução da mesma obra específica (a quadra poliesportiva no exemplo apresentado) e, ao invés de realizar licitação para a obra, aproveite o contrato assinado oito anos antes. Tal procedimento iria ferir a finalidade da licitação, haja vista que não se pode afirmar que uma proposta apresentada por uma empresa em uma licitação realizada oito anos antes, cujos preços serão reajustados até a data da execução da obra, seja a proposta mais vantajosa para a Administração. (...) Portanto, ainda que fosse admitido que

o contrato em tela não é por prazo indeterminado, que a duração do mesmo não é injustificavelmente longa e que é válida a prorrogação do mesmo até hoje, é inadmissível que tenha sido utilizado pela Prefeitura um contrato cujos preços representavam o melhor preço do mercado oito anos atrás ao invés de se buscar a proposta mais vantajosa existente para a Administração à época (2000) mediante a realização de licitação.

7.7 SE HOUVER OFERECIMENTO DE GARANTIA, A NECESSIDADE DE SUA RENOVACÃO

92. A garantia deverá cobrir a vigência do contrato e deverá estar atualizada de acordo com o valor da contratação. Portanto, deve haver a renovação da garantia na hipótese de esta ter sido exigida quando da celebração do ajuste, bem como deve ser complementada nos casos de alteração do valor do contrato.

93. Ao final, alertamos que, nos termos do Art. 2º, Inciso V, da Portaria n. 409, de 2016, do Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a garantia deverá ter prazo de validade de até 90 (noventa) dias após o encerramento do contrato.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

94. Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

95. Sendo referencial o presente parecer, os processos administrativos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, desde que o setor competente ateste, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação.

96. A persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

97. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

98. **Reitero que a presente manifestação pretende atualizar o Parecer Referencial nº 01274/2016 /CONJUR-MS/CGU/AGU, não substituindo o Parecer Referencial nº 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, que permanece surtindo efeitos.**

99. Ademais, sugere-se que seja a presente manifestação encaminhada para conhecimento das áreas técnicas interessadas diretamente no feito.

À consideração superior.

Brasília, 06 de fevereiro de 2020.

JÚLIO CÉSAR ALVES FIGUEIRÔA
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000192816201908 e da chave de acesso 13be82f2

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR ALVES FIGUEIROA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 376274298 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR ALVES FIGUEIROA. Data e Hora: 06-02-2020 16:15. Número de Série: 13813281. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

DESPACHO n. 00505/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.192816/2019-08

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E OUTROS

ASSUNTOS: Prorrogação contratual com base nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993. Regime Diferenciado de Contratações. Lei nº 12.462/2011.

1. Aprovo o Parecer Referencial n. 00005/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Júlio César Alves Figueirôa, por seus fundamentos e conclusões.
2. Ressalta-se que com a emissão da manifestação precedente, o Parecer Referencial nº 1274/2016 será imediatamente revogado, constituindo irregularidade por parte das áreas deste Ministério da Saúde a sua utilização.
3. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento para Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.
4. Além disso, recomenda-se o envio dos autos à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica e também à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.
5. Sugere-se o envio dos autos à Subsecretaria de Assuntos Administrativos, para ciência e providências.
À consideração superior.

Brasília, 14 de fevereiro de 2020.

JAMILLE COUTINHO COSTA

Advogada da União

Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

CGLICI/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000192816201908 e da chave de acesso 13be82f2

Documento assinado eletronicamente por JAMILLE COUTINHO COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 380491875 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAMILLE COUTINHO COSTA. Data e Hora: 14-02-2020 15:29. Número de Série: 26768818708213377467682774993. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 00512/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.192816/2019-08

INTERESSADA: Divisão de Formalização de Contratos - DICONT/CCLIC/CGMAP/SAA/SE/MS.

ASSUNTO: Parecer Referencial. Prorrogação contratual com base nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993. Regime Diferenciado de Contratações. Lei nº 12.462/2011.

1. Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00005/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 06/02/2020, da lavra do Advogado da União Júlio César Alves Figueirôa, e o DESPACHO n. 00505/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 14/02/2020, subscrito pela Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, Advogada da União Rafael Jamille Coutinho Costa, adotando seus fundamentos e conclusões, e na forma de manifestação jurídica referencial referente à prorrogação do prazo de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, nos contratos por escopo firmados sob a égide da Lei nº 12.462/2011 - RDC, com fundamento nos incisos do §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993.

2. Reitera-se que, com a presente aprovação, o Parecer Referencial nº 1274/2016 encontra-se revogado.

3. Ademais, por se tratar de manifestação jurídica referencial, está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardarem relação inequívoca e direta com o tema ora analisado, sendo necessário que a área técnica:

- i)* ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e
- ii)* extraia cópia da manifestações referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

4. Pelo exposto, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- o **a)** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais à Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/SE/MS, para ciência e demais providências cabíveis;
- o **b)** atra tarefa, via sistema SAPIENS:
 - i)* à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;
 - ii)* à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica; e
 - iii)* à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.
- o **c)** arquite o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 14 de fevereiro de 2020.

CIRO CARVALHO MIRANDA

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000192816201908 e da chave de acesso 13be82f2

Documento assinado eletronicamente por CIRO CARVALHO MIRANDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 380596375 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIRO CARVALHO MIRANDA. Data e Hora: 14-02-2020 17:59. Número de Série: 22394. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.
