



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
CATARINENSE
GABINETE DO PROCURADOR
RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

PARECER REFERENCIAL n. 00001/2017/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 00818.000025/2016-74

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA CATARINENSE - IFC

ASSUNTOS: MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL - PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE VIGÊNCIA E REPACTUAÇÃO

EMENTA:

I. Direito Administrativo;

II. Contratos administrativos - prestação de serviços contínuos.

III. Leis 10.520/02 e 8.666/93; Lei Complementar 123/06 c/c Decreto 5.450/05, Instrução Normativa nº 05/17 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e demais normas aplicáveis à espécie;

IV. Manifestação Jurídica Referencial;

V. Incidência da Orientação Normativa nº 55/2014 da AGU;

VI. Dispensa da remessa a este órgão jurídico dos processos que, enquadrados nos limites doravante expostos, estão a envolver matérias idênticas e recorrentes, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, a conformidade jurídica aos termos deste parecer referencial;

VII. Racionalização da atuação do órgão jurídico e da própria atividade da Administração, na medida em que imprimirá celeridade em grande parte do fluxo de contratos administrativos celebrados no âmbito do Instituto Federal Catarinense;

VIII. Minuta de termo aditivo aprovada.

IX. Orientações e recomendações.

I. RELATÓRIO

1. Cumpre assinalar que o escopo desta manifestação jurídica referencial é orientar o Gestor Público quanto às exigências legais para a prática do ato administrativo sob o aspecto jurídico-formal. Isso porque foge à competência legal desta Procuradoria examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos aos quais este parecer referencial será juntado (se for pertinente, a juízo do Gestor); portanto, cabe ao Gestor decidir se os elementos encartados nos autos atendem ao interesse público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, pois como afirmava SeabraFagundes “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Portanto, até prova em contrário, reputam-se verazes os documentos carreados aos autos, cabendo ao Gestor diligenciar sobre a confiabilidade dessa documentação. Nessa linha, **em aplicação extensiva** (precedente doutrinário: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª Edição, atualizada, páginas 44-45 – “*A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar texto denorma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito;*”), **a Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU:**

Aplicação extensiva Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU, *in verbis*: “**COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE**

2. O exame deve se ater somente aos aspectos formais, pois os elementos encartados nos autos, aos quais poderá ser aplicado e juntado este parecer referencial, decorrem de atos administrativos, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, assim, neles somos obrigados a acreditar até prova em contrário – presunção *iuris tantum* – precedente: “(...) *Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Só prova em contrário poderá afetar a eficácia. (...)*” STJ: ROMS 8628/MG. Sexta Turma Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julg. 18/08/1998. DJU 21/09/1998. Pág. 232. Ademais, a Procuradoria não dispõe de efetivo humano, estrutura administrativa ou competência legal para realizar diligências investigatórias, dependendo, sempre, de provocação para conhecer de questões jurídicas afetas à economia da entidade assessorada, forte no princípio da legalidade e no da segregação de funções. Nessa linha, também, a Lei 9.784/99:

“(...)

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

(...)”

3. Ademais, temos as orientações da AGU pertinentes à atividade consultiva:

“Boa Prática Consultiva – BPC nº 05

a) Enunciado

Não é função do Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronunciar-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas. Sempre que necessário, o conteúdo de alteração de cláusulas editalícias ou contratuais deve ser sugerida pelo Advogado Público

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”

4. Nem mesmo o Poder Judiciário, por sua mais alta Corte, incursiona no mérito administrativo. Precedente: “...(...)...*O exame dos atos administrativos no âmbito do Poder Judiciário se circunscreve à legalidade e à observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo insindicável o mérito do ato administrativo....(...)...*” – Trecho do V. Acórdão no MS 31.068 – Distrito Federal. Relator Exmo. Ministro LUIZ FUX – STF – 21/06/2016, disponível em www.stf.jus.br.

5. Não obstante a discricionariedade administrativa, devemos lembrar a Lei nº 9.784/99 Art. 50:

“Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: ...(...)...

§ 1o Amotivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3o A motivação das decisões o de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

6. Sem embargo, persistindo dúvida jurídica, deve ser suscitada a esta Procuradoria. Sendo a dúvida de outra natureza (quanto a aspectos de gestão, conveniência e oportunidade, questões orçamentárias, científicas, veracidade de documentos), deve o Gestor utilizar dos outros meios de que dispõe, inclusive, comissões de *experts* para emitir laudos

técnico-científicos que forem pertinentes, uma vez que não é competência legal desta realizar diligências ou agir de ofício, por falta de competência legal (falta, inclusive, de meios, eis que a AGU não disponibiliza apoio especializado como sói acontecer em outras carreiras jurídicas, inclusive da própria AGU).

7. **O escopo deste opinativo jurídico é de servir como parecer jurídico referencial**, sem necessidade de remessa dos autos administrativos à Procuradoria Federal junto ao IFC, **a critério do Gestor**, agilizando o procedimento administrativo cujo objeto é recorrente e idêntico (do ponto de vista qualitativo, admitindo-se meras variações quantitativas que, de resto, não impactam uma avaliação jurídica formal). **A matéria de que se trata aqui é delimitada à Lei nº 8.666/93, artigo 57, inciso II:**

"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;

(...)"

8. Com efeito, a mera prorrogação de vigência de contratos cujo objeto é a prestação de serviços a serem executados de forma contínua é ato administrativo discricionário com balizas legais claras, que não demandam elaboração jurídica ou administrativa complexas, permitindo o uso de listas de verificação e adoção de procedimentos padronizados.

9. Assim, caso adotado pelo Gestor este parecer referencial, **competirá ao órgão assessorado atestar que o assunto do futuro processo administrativo** ao qual juntada cópia deste parecer **é o tratado nesta manifestação jurídica referencial**, para o fim de não encaminhar o processo a esta Procuradoria, **evitando o retrabalho em matéria já parametrizada**, que demanda, tão somente, **apego ao padrão e ao procedimento**. Isso não significa, de modo algum, impedimento à remessa dos autos administrativos a esta Procuradoria caso o Gestor deliberar que a análise individualizada se faz necessária em razão de alguma peculiaridade nos autos ou de dúvida superveniente.

10. O fundamento da utilização da manifestação jurídica referencial, como diretriz normativa interna da AGU, a Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

"O ADOVADO-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 56377.000011/2009-12, 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."

11. A possibilidade da utilização da manifestação jurídica referencial também é aceita pela doutrina (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Revista da AGU nº 29, p. 123/124, 2011) e pela jurisprudência do TCU (Acórdão 3.014/2010, Plenário, rel. Min Augusto Nardes. Acórdão n.º 873/2011-Plenário, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06.04.2011, Acórdão 2674/2014, Plenário do Tribunal de Contas da União).

12. Objetiva-se registrar, por esta manifestação jurídica referencial, os apontamentos que a Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense emite em seus pareceres sobre o tema de prorrogação e repactuação em contratos cujo objeto versa de serviços terceirizados.

13. A partir dela, o órgão assessorado por esta Procuradoria poderá verificar o atendimento das recomendações usualmente feitas ou a necessidade de justificar alguma delas, dispensando-se o envio do processo para análise jurídica, conforme estabelecido na Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União.

14. A proposta de utilização, pelo órgão assessorado, desta manifestação jurídica referencial está no âmbito da escolha livre, consciente e criteriosa do Gestor, porquanto identificamos a possibilidade de se adotar manifestação jurídica referencial para as situações de mera prorrogação de vigência de contrato, cujo objeto seja prestação de serviços contínuos. **O IFC, além da Reitoria, conta com 15 campi (em quinze municípios catarinenses),** cujos Gestores são Ordenadores de Despesas e, portanto, **realizam licitações e firmam contratos,** gerando demanda crescente à Procuradoria Federal junto ao IFC (até setembro de 2017, as demandas montaram **501 processos administrativos remetidos,** nos quais houve manifestação jurídica, pareceres e despachos), em cujo quadro milita somente um Procurador Federal. Ademais, a Procuradoria realiza a intermediação entre os órgãos de representação judicial do IFC (as Seccionais Federais de abrangência dos municípios sede dos *campi*) e o próprio IFC quanto ao fornecimento de subsídios para a defesa em juízo do Instituto.

15. Oportuno citar, ainda, passagem do Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014, que deu origem à Orientação Normativa nº 55:

[...] A construção de uma manifestação jurídica referencial depende da comprovação, sob pena de responsabilização funcional, de que o volume de ocorrências referidas possa impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos. Além do que, e cumulativamente, deve-se comprovar que a atividade jurídica demandada se restrinja à simples conferência de documentos ou à enunciação-padrão de adequação jurídica da instrução ou da conclusão firmada pela área técnica. Construtivamente, pode-se exigir que a demonstração dos requisitos aqui cogitados comporá capítulo específico da referida manifestação jurídica referencial.

16. No caso, a multiplicidade de *campi* (desses seis mais a Reitoria), o número de demandas consultivas neste ano até setembro e o exercício de um único Procurador, demonstram que o volume de ocorrências impactam a atuação, notadamente considerando que as licitações de obras e serviços de engenharia são significativas para um Instituto ainda em expansão, além da necessidade da Procuradoria se manter atualizada com as mudanças legislativas e atender a demanda da atividade fim e disciplinar, estas não passíveis de pareceres referendários por não se revestirem de características que permitam uma padronização, dada a autonomia didático-pegagógica de uma Instituição Federal de Ensino e a singularidade de procedimentos disciplinares.

17. Alerta-se, porém, que a admissão do cabimento de aplicação de parecer é, numa última análise, juízo do Gestor, cabendo à área técnica do órgão assessorado atestar expressamente, com respaldo em elementos objetivos demonstrados nos autos de cada processo administrativo: (1º) se o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial; e (2º) se contribui para a celeridade dos serviços administrativos (Itens I e II, letra b, da Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014). Outrossim, o órgão deverá atestar o uso da “LISTA DE VERIFICAÇÃO” (check-list), para “Alterações nos Contratos de Serviços Continuados”, conforme modelo disponibilizado pela AGU, sempre na versão mais atualizada, disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390.

18. **No caso dessa manifestação** sobre prorrogações em serviços contínuos, a Procuradoria optou, no **PARECER REFERENCIAL n. 00200/2016/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU, por restringi-la** à segunda repactuação/prorrogação e subsequentes, deixando de fora a primeira, sob o argumento de que a análise (da primeira prorrogação) tem maior variação, a depender do que se sucedeu no processo desde a emissão do parecer sobre a licitação até a elaboração do primeiro aditivo de prazo, sendo; portanto, necessário o envio dos autos à Procuradoria quando da primeira repactuação/prorrogação para a devida análise jurídica. Sem embargo, naquele parecer, constou: *“É evidente, entretanto, que as orientações aqui emitidas também se aplicam à primeira prorrogação e/ou repactuação, e o órgão assessorado as deve atender, salvo modificação legal, ou que justificar eventual discordância ou impossibilidade, tende a obter uma análise jurídica mais célere”.*

19. Agora, **estando os órgãos assessorados (são 15 campi, mais a Reitoria) familiarizados com a sistemática do parecer referencial, é possível, sempre a juízo do Gestor, avançar na padronização do procedimento de prorrogação,** inclusive, considerando que a Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único, prevê a obrigatoriedade de parecer jurídico para aprovação ou não de minutas, **somente,** não prevendo uma atividade fiscalizatória de todos os atos administrativos. Vejamos:

"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:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes **devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.**"

20. A rigor, **não há previsão legal de exercício da função fiscalizatória dos atos administrativos pela assessoria jurídica - exceto quanto ao exame das minutas de instruções jurídicos em geral e no âmbito da Lei nº 8.666/93.** Tal competência legal é dos órgãos de controle, interno e externos, e do próprio Gestor que cujo ônus nessa função é, como já dito, na lição do saudoso Seabra Fagundes, "administrar é aplicar a lei de ofício". Nessa linha, vejamos as boas práticas consultivas abaixo:

"BCP nº 5

Enunciado

Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.

Fonte

*A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos jurídicos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993. Dessa maneira, **não integra o fluxo consultivo a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas na manifestação jurídica.** Com efeito, é ônus do gestor a responsabilidade por eventual conduta que opte pelo não atendimento das orientações jurídicas."*

BPC nº 35

Enunciado

A aposição de rubrica ou outro meio de certificação quando da análise consultiva de minutas de edital, contrato, convênio ou congêneres não implica responsabilidade administrativa ou comercial do Advogado Público Federal pela contratação, mas mero indicativo de quais documentos foram objeto de análise jurídica. Fonte

*Quando em processos submetidos a seu exame o Advogado Público Federal firma rubrica nas minutas de edital, contrato, convênio ou congêneres, visando a assinalar os documentos que efetivamente tenham sido objeto de sua análise, tal prática não implica responsabilidade administrativa ou comercial pela contratação, pois essa rubrica, meramente sinalizadora de documento já examinado, não se confunde com a que é aposta a título de chancela à prática do ato administrativo. **O Advogado Público Federal, na sua função finalística, não desempenha atividade de gestão, nem ao gestor se equipara. Não gerencia contratações nem lhes fiscaliza a execução.***

21. Por óbvio, o Gestor deverá utilizar a minutas disponibilizadas pela AGU em seu sítio eletrônico www.agu.gov.br, aba "modelos de licitações e contratos", atendendo à Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único e às Boas Práticas Consultivas da AGU de nº 64

BPC nº 6

Enunciado

*A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **No intuito de padronização nacional, incumbe aos Órgãos Consultivos recomendar a utilização das minutas disponibilizadas pelos Órgãos de Direção Superior da AGU, cujas atualizações devem ser informadas aos assessorados.** Convém ainda que os Órgãos Consultivos articulem-se com os assessorados, de modo a que edições de texto por estes produzidas em concreto a partir das minutas-padrão sejam destacadas, visando a agilizar o exame jurídico posterior pela instância consultiva da AGU.*

Fonte

*A Consultoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral Federal⁶ têm envidado esforços para disponibilizar **minutas-padrão de editais e de contratos para servirem de modelos aos assessorados, o que, além de agilizar as atividades de exame e aprovação previstas no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, colabora para a redução dos riscos de ocorrência de procedimentos licitatórios e contratuais em descompasso com a legislação vigente.***

*Esses documentos consolidam experiências de diversos Órgãos Consultivos da AGU, tendo a finalidade de orientação, uniformização de entendimento e padronização de procedimentos. Assim, uma vez que constituem material auxiliar relevante, mostra-se recomendável a sua utilização pela Administração, de forma a favorecer a regularidade dos procedimentos administrativos, **conferir maior segurança, celeridade, precisão e homogeneidade na análise jurídica. Ademais, a Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 (art. 4º), que trata do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), prestigia a padronização de minutas de editais.** Por sua vez, o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU⁷ apresenta a legislação e normas socioambientais e de acessibilidade incidentes em contratações públicas.*

BPC nº 33

Enunciado

Como o Órgão Consultivo desempenha importante função de estímulo à padronização e à orientação geral em assuntos que suscitem dúvidas jurídicas, recomenda-se que a respeito elabore minutas-padrão de documentos administrativos e pareceres com orientações in abstracto, realizando capacitação com gestores, a fim de evitar proliferação de manifestações repetitivas ou lançadas em situações de baixa complexidade jurídica.

Fonte

O Órgão Consultivo não deve se manifestar em todo e qualquer ato praticado pelos gestores, ou atuar como avalista das atividades típicas dos assessorados, uma vez expedida orientação a respeito de casos reiterados. Com efeito, à medida em que passa a conhecer as demandas típicas dos assessorados, suas rotinas e dificuldades, poderá propor-lhes orientações jurídicas estratégicas, que permitam incremento da eficiência, sobretudo nas demandas em escala. Quando exteriorizar orientação jurídica in abstracto acerca de determinado tema, não há necessidade de que lhe sejam encaminhados processos repetitivos, salvo quando houver peculiaridades em casos concretos, sugestões de alterações de entendimentos, dúvidas acerca do conteúdo jurídico ou a respeito da aplicabilidade da orientação jurídica anteriormente exarada. A dispensa de encaminhamento de processos repetitivos não se aplica, contudo, a hipóteses em que haja obrigatoriedade legal de submissão da matéria ao Órgão Consultivo.

Esta postura proativa é também relevante para esclarecer que a atividade consultiva não se confunde com a atividade do assessorado, embora lhe sirva de diretriz jurídica, mesmo nos casos em que não houver dúvida dessa natureza.

22. Assim, o uso das minutas da AGU de instrumentos jurídicos previstos na Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único atenderá esse comando legal.

23. A atividade jurídica exercida pela Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense, no que se refere ao tema de prorrogação e repactuação para serviços terceirizados, se **restringe ao atendimento das exigências legais, mediante simples análise dos documentos constantes nos autos**, mais especificamente, cuida-se de verificar: a apresentação de documentação necessária à prorrogação/repactuação: Apresentação de pesquisas de preços; Apresentação dos documentos de manutenção das condições de habilitação; Comprovação da vantagem na contratação; Apresentação de parecer contábil, analisando planilha de custos e formação de preços, dentre outros. Em suma, verifica-se se houve ou não instrução suficiente para prosseguimento da prorrogação/repactuação.

24. Afora a verificação acima, a Procuradoria Federal cuida de fazer recomendações-padrão, costumeiramente apontadas nos pareceres que emite.

25. Ou seja, em relação aos aspectos de natureza técnica alheios à seara jurídica, parte-se da premissa de que os órgãos e servidores competentes para a sua apreciação detêm os conhecimentos específicos necessários e os analisaram adequadamente, verificando a exatidão das informações constantes dos autos e atuando em conformidade com suas atribuições.

26. Concluindo o tópico, reitera-se que a Procuradoria possui entendimento homogêneo, rotineiro, que se restringe à verificação do atendimento das exigências enumeradas acima a partir da simples conferência de documentos.

27. Feita essa explanação, passa-se ao registro das orientações da Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense nos casos do tipo.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Finalidade e abrangência do Parecer Jurídico

28. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada que deve exercer o controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados pelos seus auxiliares e os próprios.

29. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar o interesse e o patrimônio públicos e a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

30. Importante salientar, que o levantamento em abstrato, neste caso de parecer jurídico referencial, dos requisitos legais à prática dos atos administrativos pertinentes dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos **jurídicos**, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

31. De fato, presume-se que as especificações técnicas, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

32. De outro lado, 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, isto sim, a cada um observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, 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, bem como, 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. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito, pois esse requisito formal pode ser facilmente resgatado.

33. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção e a utilização das minutas disponibilizadas pela AGU é obrigatório, por força da Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Regularidade da formação do processo

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.

Art. 22 da Lei nº 9.784/99:

Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

35. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas.

"Art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993:

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:

[...]

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

Texto Enunciado: "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."

INDEXAÇÃO: PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTRUÇÃO. AUTUAÇÃO. SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA. NUMERAÇÃO. RUBRICA. TERMO DE ABERTURA. TERMO DE ENCERRAMENTO. REFERÊNCIA: art. 38, caput, e 60 da Lei no 8.666, de 1993; art. 22 da Lei 9.784, de 1999; Portarias Normativas SLTI/MP no 05, de 2002 e 03, de 2003; Orientações Básicas sobre Processo Administrativo do NAJ/PR; Decisão TCU 955/2002-Plenário e Acórdãos TCU 1300/2003-Primeira Câmara, 216/2007-Plenário, 338/2008-Plenário.

[...]

Aplicáveis ainda, a Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5, de 2002 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº 1243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão."

Prorrogação de contrato

Via de regra, a contratação não pode ultrapassar o prazo de vigência do crédito orçamentário a que se vincular. Entretanto, o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993 cria uma exceção para a contratação que tenha como objeto a prestação de serviços continuados, desde que atendidos certos requisitos previstos em lei, quais sejam:

- a) previsão expressa de possibilidade da prorrogação no Edital e no Contrato;*
- b) não haver solução de continuidade nas prorrogações;*
- c) que o serviço prestado seja de natureza contínua;*
- d) que vise à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração;*
- e) anuência da Contratada;*
- f) manifestação do fiscal do contrato, atestando a regularidade dos serviços até então prestados;*
- g) que o prazo de vigência total do ajuste não ultrapasse o limite de sessenta ou quarenta e oito meses, conforme o objeto e hipótese contratual;*
- h) se houver oferecimento de garantia, a necessidade de sua renovação;*
- i) manutenção das mesmas condições de habilitação exigidas na licitação;*
- j) justificativa formal e autorização prévia da autoridade superior.*

Previsão de prorrogação no edital e no contrato

36. Para que seja possível a prorrogação com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, **é imprescindível que esta tenha constado do ato convocatório ou de seu anexo (termo de contrato)**. Na falta, o contrato não tem amparo jurídico para ser prorrogado

37. Tendo em vista que a possibilidade de prorrogação é fator que pode influenciar no interesse e na decisão dos competidores quanto à participação no certame, entende-se que a sua previsão expressa no edital (ou no contrato que o integra como anexo) é requisito condicionante da prorrogação contratual.

38. Destarte, caso não haja previsão editalícia ou contratual específica, reputa-se irregular a prorrogação, uma vez que, nessas condições, o ato de prorrogar resultaria em violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Não haver solução de continuidade nas prorrogações

39. A Orientação Normativa nº 03, do Excelentíssimo Advogado-Geral da União, traça a diretriz a ser observada pelos órgãos jurídicos, no que concerne ao prazo de vigência do Contrato, bem como dos seus aditivos, visando à verificação da ocorrência, ou não, da solução de continuidade:

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.

40. Tratando-se de processo que já sofreu prorrogações, faz-se importante analisar cada um dos termos, a fim de verificar se todos os prazos foram respeitados.

Que o serviço prestado seja de natureza contínua

41. Não obstante a natureza do serviço já deva ter sido objeto de exame na fase de planejamento da licitação, para fins de elaboração da minuta do edital e de seus anexos, é recomendável que, antes de se efetivar a pretendida prorrogação contratual, a autoridade certifique-se de que o objeto contratual cuida, realmente, de serviço continuado.

42. Os serviços contínuos são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto Federal nº 2.271, de 1997.

43. É dizer, para caracterização do serviço de natureza contínua, é imperativo considerar tanto as características e particularidades da demanda do órgão assessorado, como a efetiva necessidade do serviço para a realização de suas atividades essenciais. **Nessa linha, a Instrução Normativa nº 05/2017 exige a demonstração formal de que a prestação dos serviços tem natureza continuada - Anexo IX item 3:**

"3. Nas contratações de serviços continuados, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple:

a) estar formalmente demonstrado que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada;"

Que vise à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração

44. Outra exigência do artigo 57, II da Lei nº 8.666, de 1993, é a de que a prorrogação do contrato de serviço continuado seja feita com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.

45. Impõe-se, desta forma, **a manifestação expressa da autoridade** no sentido de que a prorrogação, **já considerados os valores repactuados** (se for o caso de repactuação também), **é vantajosa técnica e economicamente para a Administração.**
46. Reiteramos que, nos casos em que for feita a prorrogação com a ressalva da repactuação ainda não deliberada, consideramos que 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.
47. Uma boa solução seria verificar se os orçamentos eventualmente pesquisados no mercado 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.
48. Destaque-se que a vantajosidade econômica da proposta para a Administração é um imperativo previsto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, bem como no artigo 57, II, da mesma lei.
49. O e. Tribunal de Contas da União, em reiterados julgados, tem se posicionado pela necessidade de a proposta ser a mais vantajosa para a Administração, o que pode ser evidenciado com a realização de pesquisa de mercado (*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). Também a Instrução Normativa nº 05/2017, em seu Anexo IX - item 3, alínea "d", c/c com item 4 e 7, vai nesse sentido, apesar de autorizar a dispensa em alguns casos, o que deve ser feito com cautela, pois a aplicação de índices de inflação ou CCTs poderá gerar distorções do valor do contrato em relação ao mercado, em prejuízo do Erário. Sem embargo, há esses permissivos e a recomendação é de adotar todas as medidas que minorem os riscos jurídicos.
50. A Procuradoria, portanto, recomenda que o órgão assessorado realize a pesquisa de preços a fim de criar condições para aferição adequada da vantajosidade.
51. De se lembrar, para rematar esse ponto, que a avaliação da vantajosidade econômica não se traduz no simples valor monetário da contratação comparado com o dos orçamentos obtidos, pois existe todo um custo administrativo envolvendo o desfazimento de um contrato e a seleção e celebração de um outro, para ficar em apenas nesse outro aspecto.
52. Esclarecido esse aspecto, remetemos ao que demais dispõe a Instrução Normativa IN nº 05/2017, Anexo IX, sobre a prorrogação do prazo de vigência. Sempre lembrando o dever do Gestor de reduzir riscos jurídicos.
53. Para evitar longas transcrições, chamamos atenção do órgão assessorado para alguns aspectos ainda não abordados, sem que, com isso, se excluam as demais cominações normativas.
54. Nesse sentido, convém primeiramente esclarecer que a presente manifestação jurídica referencial supre a necessidade de submissão da minuta de aditivo ao órgão consultivo, prevista no §3º do art. 30 supra.
55. É também de todo recomendável o órgão apure a existência de custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos, visando reduzir ou eliminar esses custos (conforme o caso), como também reforçar o poder de barganha da Administração. Essa análise dos custos renováveis, não renováveis, amortizáveis, depreciáveis, é matéria técnica administrativa que deve contar para sua resolução com o concurso dos profissionais de nível superior do IFC *experts* ocupantes de cargos de contador, economista e administrador. A razão é que o profissional da área jurídica não está qualificado para avaliar análise de custo, técnicas de depreciação e amortização, planejamento, sistemas de contabilização, tratamento estatísticos, etc. que constiem a matéria prima dessas áreas especializadas de conhecimento: Ciências Contábeis, Economia e Administração Pública. Só esses profissionais, salvo melhor juízo dos que melhor entenderem, terão a perícia para analisar especialmente o valor atribuído a materiais e equipamentos e os respectivos prazos razoáveis de amortização/depreciação, comparado com o prazo já decorrido de execução contratual.

56. Esclarecido mais esse tópico, recomenda-se atenção ainda à possível aplicação de penalidade à contratada de declaração de inidoneidade, ou de suspensão no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, que impedem a prorrogação, consoante §5º do artigo 30-A.

57. Pondere-se, no entanto, que a Orientação Normativa nº 54, do Advogado-Geral da União, reconhece a competência de a Administração **avaliar** a imediata rescisão do contrato no caso concreto, juízo que, de certa forma, assemelha-se ao da prorrogação ou não do contrato:

"A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520, DE 2002) E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, INC. IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993) POSSUEM EFEITO EX NUNC, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO, DIANTE DE CONTRATOS EXISTENTES, AVALIAR A IMEDIATA RESCISÃO NO CASO CONCRETO"

58. Assim, da mesma forma que, durante a vigência contratual, existe margem para que a autoridade, nessa avaliação da imediata rescisão contratual, decida por manter o contrato vigente pelo tempo necessário a entabular uma nova contratação, **também existe margem para que faça a prorrogação pelo prazo necessário a uma nova contratação**, tudo para evitar a interrupção do serviço e um maior prejuízo ao interesse público. Sempre, evidentemente, motivando nos autos, ainda mais porque, nessa hipótese, estará de certa forma avalizando o serviço da empresa. Nessas situações, diante da menor dúvida, recomenda-se a remessa dos autos à Procuradoria para o Gestor subsídio jurídico dentre outros para tomar a sua decisão, motivada, salvo se tiver convicção própria, visto que, por lei, o obrigatório é a aprovação da minuta, o que estará atendido pelo uso das minutas AGU.

59. É bom frisar que se **os serviços contratados estão entre aqueles para os quais há valores máximos fixados** 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 contrato ao teto. **Não sendo permitido a ultrapassagem desses valores.**

60. Por fim, quanto a este tópico, diz a Instrução Normativa nº 05/2017 sobre a prorrogação do prazo de vigência:

"Art. 51. As regras para a vigência e prorrogação dos contratos regidos por esta Instrução Normativa estão dispostas no Anexo IX.

ANEXO IX

DA VIGÊNCIA E DA PRORROGAÇÃO

1. A duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, podendo, quando for o caso, ser prorrogada até o limite previsto no ato convocatório, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

1.1. O órgão ou entidade poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público essencial de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela empresa brasileira de correios e telégrafos e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários.

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.

3. Nas contratações de serviços continuados, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple:

a) estar formalmente demonstrado que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada;

b) relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente;

c) justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço;

d) comprovação de que o valor do contrato permanece economicamente vantajoso para a Administração;

- e) manifestação expressa da contratada informando o interesse na prorrogação; e**
f) comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação.

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.

5. 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.

6. Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade competente do setor de licitações, o prazo de sessenta meses de que trata o item 3 deste Anexo poderá ser prorrogado por até doze meses.

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.

9. A Administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação.

10. Nos contratos cuja duração, ou previsão de duração, ultrapasse um exercício financeiro, deverá ser indicado o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos ou apostilamentos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura.

11. A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: a) 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; ou 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. 12. Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada, deve-se observar que:

a) o prazo de vigência originário, de regra, é de 12 (doze) meses;

b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses, nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a Administração; e

c) é juridicamente possível a prorrogação do Contrato por prazo diverso do contratado originalmente."

61. Aqui, os Gestor que antes se valia desses permissivos contidas na norma retrorreferida, deverá observar a **IN nº 05/2017**; contudo, recomenda-se a observância do Acórdão 3351/2011 - Segunda Câmara – TCU, pelo qual **a**

vantajosidade prevista em lei também impõe a pesquisa de mercado, utilizando como parâmetro operacional a Instrução Normativa nº 05/2014 da SLTI/MPOG:

*"Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:
(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)*

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldepocos.planejamento.gov.br>: (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços: (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)"

62. A aplicação dessas instruções normativas devem ser harmônicas e, por certo, a IN nº 05/2014 demonstra uma **técnica mais apurada de captura do preços efetivamente praticados no mercado**. O mero emprego de índices de correção ou a mera consulta a empresas do ramo, podem provocar distorções em relação a **realidade do preços efetivamente praticados**. Obviamente, utilizar os instrumentos técnicos para apurar a vantajosidade do prorrogação é matéria técnica, estranha à formação jurídica e à competência legal de um órgão de assessoria. Nessa linha, a boa prática consultiva da AGU:

"BPC nº 07

Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."

63. Neste ponto, devemos fazer referência à nova instrução normativa: IN nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG. Conforme a ementa do Parecer nº 00006/2017/CPLC/PGF/AGU:

"

(...)

III. A Instrução Normativa n. 5, de 2017, somente será efetivamente aplicada aos processos de contratações públicas no dia 25 de setembro de 2017, segunda-feira, por força do artigo 23 da Lei 9.784, de 1999 - Lei do Processo Administrativo Federal -, que determina que os atos processuais somente podem ser realizados em dias úteis.

IV. *A nova normatização ressalva de sua aplicação os procedimentos autuados ou registrados antes da sua entrada em vigor. O objetivo do procedimento é a formalização da contratação. Instaurado o processo antes da entrada em vigor da nova legislação, as fases de planejamento (arts. 19 a 32) e de seleção do fornecedor (art. 33 a 38) não serão aplicadas a estes procedimentos, incidindo a antiga Instrução Normativa n. 2, de 2008, da extinta SLTI.*

V. *Em relação à fase de gestão do contrato, o regime jurídico será o da norma procedimental vigente quando da ocorrência do fato, e não o regime de quando foi instaurado o processo administrativo ou de quando firmado o contrato, não sendo admissível à Administração criar obrigações na fase de gestão contratual, com base na Instrução Normativa n° 05, de 2017, que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor, por força da aplicação da Instrução Normativa n° 02, de 2008.*

(...)"

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° /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 N° 05, DE 2017, QUE NÃO FORAM EXIGIDAS NO MOMENTO DA SELEÇÃO DO FORNECEDOR, POR FORÇA DA APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 02, DE 2008."

64. Portanto, além das providências/diligências acima preconizadas quando da prorrogação dos contratos, deverá ser observado o artigo 51, da Instrução Normativa n° 05/2017:

"Art. 51. As regras para a vigência e prorrogação dos contratos regidos por esta Instrução Normativa estão dispostas no Anexo IX.

ANEXO IX

DA VIGÊNCIA E DA PRORROGAÇÃO

1. A duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, podendo, quando for o caso, ser prorrogada até o limite previsto no ato convocatório, observado o disposto no art. 57 da Lei n° 8.666, de 1993.

1.1. O órgão ou entidade poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público essencial de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela empresa brasileira de correios e telégrafos e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários.

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 n° 8.666, de 1993.

3. Nas contratações de serviços continuados, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a

Administração, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple:

- a) estar formalmente demonstrado que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada;*
- b) relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente;*
- c) justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço;*
- d) comprovação de que o valor do contrato permanece economicamente vantajoso para a Administração;*
- e) manifestação expressa da contratada informando o interesse na prorrogação; e*
- f) comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação.*

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.

5. 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.

6. Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade competente do setor de licitações, o prazo de sessenta meses de que trata o item 3 deste Anexo poderá ser prorrogado por até doze meses.

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.

9. A Administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação.

10. Nos contratos cuja duração, ou previsão de duração, ultrapasse um exercício financeiro, deverá ser indicado o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos ou apostilamentos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura.

11. A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: a) 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; ou 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. 12. Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada, deve-se observar que:

- a) o prazo de vigência originário, de regra, é de 12 (doze) meses;
- b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses, nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a Administração; e
- c) é juridicamente possível a prorrogação do Contrato por prazo diverso do contratado originalmente."

65. Assim, na fase de gestão contratual, deverá ser aplicado o regime da Instrução Normativa nº 05/2017, pois "*Nas contratações de serviços continuados, **o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração**, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple*" - Instrução Normativa nº 05/2017 - Anexo IX item 3.

66. A demonstração da vantajosidade, exigida pela IN nº 05/2017, **demandará 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.** A previsão da IN nº 05/2017, Anexo IX, relativa a vantajosidade atinente aos contratos com mão de obra exclusiva, item 7 desse anexo, possui requisitos próprios, mas como já dito acima, **o e. TCU ainda sim entende necessária a pesquisa de mercado, além das disposições contidas na instrução normativa retroreferida:**

"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.

9. A Administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação."

Anuência da contratada

67. Como o ajuste decorre de acordo de vontades entre as partes contratantes, é importante haver concordância prévia da Contratada com a referida prorrogação, bem como com os seus termos.

68. **Cabe alertar para o risco de não se obter com antecedência, pois a autoridade pode ser surpreendida com a declaração de desinteresse da contratada em prorrogar a avença, e então se ver premiada da necessidade de ajustar uma contratação nova em um curto período de tempo, ou ficar sem o serviço prestado por certo período.**

69. Recomenda-se, então, que essa anuência conste dos autos previamente, até para fins de eventual responsabilização da contratada por eventuais prejuízos causados caso não confirme seu interesse posteriormente, à época da celebração da avença (assinatura).

Justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço - manifestação do fiscal do contrato - relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente.

70. Diz a IN nº 05/2017- Anexo IX:

"3. Nas contratações de serviços continuados, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple:

(...)

b) relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente;

c) justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço;

(...)

f) comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação.

(...)"

71. Ou seja, **o fiscal deve se manifestar sobre a regularidade da prestação do serviço, que constituirá parte da decisão do Gestor na qual haja relatório, motivação e justificativa do interesse público na manutenção do contrato, inclusive demonstrando que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação.**

Que o prazo total de vigência não ultrapasse quarenta e oito ou sessenta meses

72. Levando-se em conta ainda o que dispõe o artigo 57, II da Lei nº 8.666, de 1993 e em conformidade com a previsão contratual, a prorrogação poderá ser realizada desde que sua duração total não ultrapasse 60 (sessenta).

Se houver oferecimento de garantia, a necessidade de sua renovação

73. O prazo de validade da garantia deverá coincidir com a vigência do contrato, ou ser superior a ela, e deverá também 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. **De fundamental importância, é a comunicação formal da realização do aditivo (e de todas as intercorrências, como abertura de processos de inexecução contratual) à eventual empresa seguradora que cubra os sinistros decorrentes do contrato, considerando o risco de perda da cobertura.**

Manutenção das mesmas condições de habilitação exigidas na licitação

74. Já foi mencionado, mas cabe registro próprio que, nos termos do artigo 55, XIII da Lei nº 8.666, de 1993, a Contratada deverá manter durante a contratação, todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas na licitação.

75. **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.**

76. Isso inclui, também, os requisitos de qualificação econômico-financeira e técnico profissional eventualmente exigidos.

77. **Esta Procuradoria, para os devidos fins de registro, recomenda a juntada de, no mínimo:** declaração do SICAF ou documento que o corresponda, comprovando a regularidade fiscal com Fazenda Federal (PGFN e INSS), FGTS e Fazendas Estadual e Municipal; certidão de regularidade de débitos trabalhistas, certidão negativa de registros impeditivos da contratação no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; consulta ao CADIN; declaração que trata a Lei 9.854/99 e certidão negativa de registros impeditivos da contratação no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

78. Assinala-se, ainda, que consulta positiva ao CADIN não obsta o prosseguimento, cabendo à origem comunicar à contratada do gravame inscrito. Neste sentido: *Acórdão n.º 7832/2010-1ª Câmara, TC-015.130/2006-0, rel. Min. Valmir Campelo, 23.11.2010. "1.5.1.1. promova, quando da formalização dos processos licitatórios e contratos, as pesquisas prévias no Cadin, em respeito ao art. 6º, inciso III, da Lei n. 10.522/2002, devendo, ainda, serem anexadas as comprovações da pesquisa;". [...] 7. Neste sentido, dispõe o mencionado diploma legal: Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos; II - concessão de incentivos fiscais e financeiros; III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos. [...] 9. Após ratificar a manifestação da Secretaria de Recursos, no sentido de que a consulta ao Cadin possa parecer inócua, o fato é que é obrigatória por lei. Anota, contudo, que os inscritos no referido cadastro não estão impedidos de contratar com a Administração apenas por este motivo (destaque no original). 10. Neste sentido, em que pese o fato de que a ausência ou não de consulta ao Cadin não impede, necessariamente, contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, alerta acerca da necessidade de se observar os aspectos relacionados à regularidade fiscal dos interessados (art. 27, Lei nº 8.666/93; art. 3º, § 2º, incisos III, alínea "a", e V, Decreto nº 6170/2007; e art. 18, inciso VI, Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos).*

Justificativa formal e autorização prévia da autoridade superior

79. Conforme disposto no § 2º do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, faz-se necessária a justificativa por escrito para a prorrogação, bem como a autorização prévia assinada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Hipótese de inexistência de repactuação concomitante à prorrogação sem ressalva de posterior repactuação

80. Caso a contratada concorde em prorrogar o ajuste, sem ter manifestado expressamente seu interesse em majorar o valor pactuado, e considerando que exista esse direito **em tese**, cabe ao órgão certificar-se se há interesse em repactuar o presente acordo, neste momento, ressaltando que, em não havendo tal manifestação nesse sentido, nova repactuação somente poderá ser pleiteada após um ano do fato gerador.

81. Isso porque, nos termos do que dispõe a IN nº 05/2017 – MPOG, **as repactuações a que o contratado supostamente fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.**

"Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato."

82. Disso se conclui que, **se a Contratada não solicita, no momento da prorrogação do contrato, a repactuação do valor a que já faz jus, estará ela implicitamente abrindo mão de seu direito de rever os preços, e automaticamente concordando que os valores fixados serão mantidos durante o prazo de vigência da prorrogação, ou até que sobrevenha novo fato gerador.**

83. No mesmo sentido, lembramos que há entendimento firmado no Parecer Normativo JT nº 02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República (e vinculante a todos os órgãos da Administração Pública Federal), publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2009, no sentido de que com a realização da prorrogação, caso o contratante faça jus ao reajuste e opte por não implementá-lo, estar-se-á operacionalizando a preclusão do direito de requerer este reajuste no futuro (a) *a repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;*b) *no caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário*

vigente à época da apresentação da proposta; (destaque não do original) c) no caso das repactuações subsequentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação; d) quanto aos efeitos financeiros da repactuação nos casos de convenções coletivas de trabalho, tem-se que estes devem incidir a partir da data em que passou a vigor efetivamente a majoração salarial da categoria profissional; e e) quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar. (destaque não do original)

84. Portanto, **é importante deixar absolutamente claro no aditivo a existência de pedido de repactuação pendente de análise ou se não há interesse na repactuação por parte da contratada.**

Hipótese de inexistência de repactuação concomitante à prorrogação com ressalva de posterior repactuação

85. Caso, entretanto, a Contratada tenha optado por proceder à prorrogação contratual, ressaltando, entretanto, o direito a posterior repactuação, estará, **a princípio, afastando a preclusão de seu direito.**

86. Com efeito, se o contratado já faz jus à majoração dos valores pactuados no momento da prorrogação, é de todo recomendável que manifeste por escrito a sua intenção de posteriormente anexar as planilhas e apresentar os novos valores do contrato, **para fins de fazer jus a repactuação e haja ressalva expressa acerca do pedido de repactuação no aditivo.**

87. É importante ressaltar, porém, que tanto a jurisprudência do TCU, quanto o referido Parecer n° AGU/JT-02/2009, e presumivelmente os termos contratuais, admitem uma situação de exceção à preclusão: caso a contratada não tenha requerido a repactuação até a data da prorrogação subsequente porque ainda não dispunha dos dados relativos a mais recente convenção coletiva de trabalho da categoria.

88. Vejamos trecho do parecer normativo da AGU que reproduz o entendimento exarado previamente pelo TCU:

“Oportuna também a análise do Ministro Zymler sobre a hipótese em que as negociações se prolongam por um período de tempo após a data-base da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo e, neste interim, a Administração convoca o contratado para prorrogação contratual.

Neste caso, bem soluciona o Ministro no seguinte sentido:

*Nesse caso, o contratado estaria impossibilitado de postular a repactuação contratual no momento da assinatura do termo aditivo, pois, segundo já mencionado, um dos requisitos para a repactuação é a necessidade de registro do acordo ou convenção coletiva de trabalho no Ministério do Trabalho. **Assim, caberá ao contratado inserir no termo aditivo a ser celebrado cláusula por meio da qual resguarde seu direito à repactuação, a ser exercido tão logo disponha do instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado.**”*

89. Destarte, ainda que interpretada de forma abrangente, tal exceção se aplica a uma situação específica: na data limite para a prorrogação, a Contratada ainda não teria condições de elaborar a planilha de variação de custos que fundamenta a repactuação, pois a convenção coletiva da categoria – da qual os novos custos exsurgem ainda não foi concluída. Incide, em realidade, uma impossibilidade fática de pleitear a repactuação, e a empresa não pode ser prejudicada por circunstâncias a que não deu causa.

90. Desta forma, é importante atentar para os motivos pelos quais a repactuação não está sendo efetivada, evitando-se que isso decorra de causas outras que não a prevista nos instrumentos normativos acima mencionados.

91. Inobstante, em vista das considerações aqui expostas, entende-se que a posterior repactuação do contrato fica assegurada, **quando expressamente ressalvada no termo aditivo a intenção da Contratada como condição para a prorrogação do ajuste ora pretendida.**

92. Registramos, por fim, que as repactuações, se não coincidirem com as prorrogações, **deverão ser feitas por apostilamento**, consoante dispõe o § 4º do artigo 57 da IN n° 05/2017, sem a necessidade do encaminhamento dos autos para análise, **exceto se houver dúvida jurídica a ser dirimida.** Vejamos:

"Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

§ 4º As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.

(...)"

Eventual ocorrência de preclusão

93. Caso o processo tenha sido prorrogado quando já era devida a pretendida repactuação, e **verificando-se que não houve a ressalva no aditivo (na hipótese de concomitância com a prorrogação) de forma a resguardar o seu direito, aplica-se ao presente o entendimento disposto IN nº 05/2017 – MPOG, artigo 57, § 7º, já transcrito acima, segundo o qual as repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento da avença.**

94. Este mesmo entendimento é manifestado no Parecer Normativo JT nº 02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República (e vinculante a todos os órgãos da Administração Pública Federal), publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2009, concluindo-se que com a realização da prorrogação, caso o contratante faça jus à repactuação e opte por não implementá-la neste momento, estar-se-á operacionalizando a preclusão do direito de requerê-la no futuro:

"(...)

e) quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar."

95. **Portanto, em sendo essa a hipótese, entende-se a repactuação não será possível, haja vista a preclusão de direito da contratada.** Resumindo as repactuações serão feitas por apostilamento. Caso antes do pedido (por qualquer motivo ainda não formulado, como ausência da CCT, por exemplo) ou na pendência do pedido de repactuação, houver prorrogação, deverá constar expressamente no aditivo a ressalva quanto a esse pedido, sob pena de preclusão ao direito à repactuação, cabendo à empresa suportar o prejuízo. Situações peculiares, devem ser encaminhadas à Procuradoria.

Previsão de Recursos Orçamentários

96. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal. (Lei 8.429, de 1992, artigo 10, IX. E artigo 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993). Devendo haver disponibilidade financeira para as despesas a serem contratadas no exercício em curso, por serem serviços contínuos.

97. Já quanto 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, cabe fazer uma diferenciação, conforme ON 52, do Advogado-Geral da União:

"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"

98. Desta forma, essa outra declaração depende da natureza do objeto, e no mais das vezes, em se tratando de um serviço contínuo, será destinado a manter uma ação governamental preexistente, com despesa já prevista no orçamento, dispensando a declaração de adequação orçamentária.

99. Em sendo uma hipótese excepcional de serviço contínuo que ainda assim refira-se a uma criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, cabe alertar para que, previamente à assinatura do termo aditivo, seja anexada a declaração exigida no artigo 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

100. Portanto, há a necessidade de instruir-se os autos com a manifestação do Ordenador de Despesas, atestando a disponibilidade de recursos orçamentários para cobertura das despesas decorrentes do aditamento contratual. Nessa linha, o inciso III do §2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 preconiza que *“as obras e serviços somente poderão ser licitados quando: (...) III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”*.

101. Por sua vez, o item 10 do Anexo IX da IN/SEGES nº 05/2017 determina:

*“nos contratos cuja duração ou previsão de duração ultrapasse um exercício financeiro, **indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como de cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos ou apostilamentos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura**”*.

102. Se o aditamento contratual for celebrado para vigorar dentro do mesmo exercício financeiro, além da declaração de disponibilidade de recursos orçamentários, **os autos deverão ser instruídos também com a competente Nota de Empenho no valor correspondente ao desembolso que irá ocorrer no mencionado exercício**, de modo a demonstrar que existem recursos orçamentários disponíveis para atendimento às referidas despesas, ex vi do disposto no caput do art. 60 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964 e também no caput do art. 24 do Decreto nº 93.872, de 23/12/198613 (*Art. 24. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho*).

Regularidade Fiscal e Trabalhista da Contratada

103. No que tange à regularidade fiscal, ela deverá ser mantida durante toda a execução contratual, nos termos do art. 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Cabe ao Administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da prorrogação/reaplicação.

104. Ademais, em vista da exigência imposta no art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 2002, recomenda-se consultar previamente o CADIN, o SICAF e o CEIS e, também, conforme recomendação do TCU constante do acórdão nº 1.793/2011-P, é necessária a consulta ao cadastro nacional de condenações cíveis por atos de improbidade administrativa mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

105. Como dito anteriormente, *esta Procuradoria, para os devidos fins de registro, recomenda a juntada de, no mínimo:* declaração do SICAF ou documento que o corresponda, comprovando a regularidade fiscal com Fazenda Federal (PGFN e INSS), FGTS e Fazendas Estadual e Municipal; certidão de regularidade de débitos trabalhistas, certidão negativa de registros impeditivos da contratação no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; consulta ao CADIN; declaração que trata a Lei 9.854/99 e certidão negativa de registros impeditivos da contratação no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

106. Assinala-se, ainda, que consulta positiva ao CADIN não obsta o prosseguimento, cabendo à origem comunicar à contratada do gravame inscrito. Neste sentido: *Acórdão n.º 7832/2010-1ª Câmara, TC-015.130/2006-0, rel. Min. Valmir Campelo, 23.11.2010. "1.5.1.1. promova, quando da formalização dos processos licitatórios e contratos, as pesquisas prévias no Cadin, em respeito ao art. 6º, inciso III, da Lei n. 10.522/2002, devendo, ainda, serem anexadas as comprovações da pesquisa;". [...] 7. Neste sentido, dispõe o mencionado diploma legal: Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos; II - concessão de incentivos fiscais e financeiros; III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos. [...] 9. Após ratificar a manifestação da Secretaria de Recursos,*

no sentido de que a consulta ao Cadin possa parecer inócua, o fato é que é obrigatória por lei. Anota, contudo, que os inscritos no referido cadastro não estão impedidos de contratar com a Administração apenas por este motivo (destaque no original). 10. Neste sentido, em que pese o fato de que a ausência ou não de consulta ao Cadin não impede, necessariamente, contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, alerta acerca da necessidade de se observar os aspectos relacionados à regularidade fiscal dos interessados (art. 27, Lei nº 8.666/93; art. 3º, § 2º, incisos III, alínea "a", e V, Decreto nº 6170/2007; e art. 18, inciso VI, Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos).

Ausência de descontinuidade nas prorrogações

107. Outro aspecto essencial para viabilizar-se a prorrogação do prazo de vigência do contrato é não haver ocorrido a solução de continuidade nas prorrogações. Tratando-se de processo que já sofreu prorrogações, faz-se importante analisar cada um dos termos, a fim de verificar se todos os prazos foram respeitados. A propósito, trazemos à colação a Orientação Normativa AGU nº 03/2009, que traça a diretriz a ser observada pelos órgãos jurídicos no que concerne ao prazo de vigência do contrato, bem como de seus aditivos, visando à verificação da ocorrência ou não da solução de continuidade, *in verbis*: “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”.

Minuta do termo aditivo

108. O termo aditivo e deve conter as cláusulas mínimas necessárias para sua compreensão e eficácia.

109. Destacamos, nesse sentido, a cláusula que prorrogue o prazo estabelecido originariamente no contrato, o que é feito não pela correção do que está ali escrito (“onde se lê, leia-se...”), porque o que foi estabelecido ali é válido e eficaz, mas sim por meio de uma disposição específica do aditivo, que consigne a prorrogação do prazo inicial e o novo período de vigência.

110. Deve conter, também, se o caso, a renovação ou complementação da garantia, caso exigida inicialmente, bem como os novos valores, e a data dos respectivos efeitos financeiros, caso tenha havido alteração nesse tocante.

111. Em havendo diferenças a serem pagas retroativamente, pode-se prever o valor total e a forma de pagamento, inclusive.

Por fim, o termo aditivo deve indicar a dotação orçamentária e, eventualmente, a cláusula que ressalve a preclusão, caso o reajuste ou repactuação já tenham sido pedidos.

MINUTA DE TERMO ADITIVO PARA PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTÍNUOS

TERMO ADITIVO NºXXXXX ao CONTRATO nº XXXXXXX

O Campus XXXXX - IFC, representado pelo Diretor XXXXXX, inscrito no CNPJ sob o nº, estabelecido à (endereço), doravante denominado simplesmente CONTRATANTE e a empresa XXXXXXX, inscrita no CNPJ sob o nº ..., situada à (endereço), neste ato representada pelo Sr. (dados do representante legal da empresa), doravante denominada simplesmente CONTRATADA, com fundamento no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, resolvem celebrar o presente Termo Aditivo ao Contrato nº XXXXX, que se regerá pelas cláusulas e disposições a seguir:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

O presente Termo Aditivo tem por objeto prorrogar o prazo de vigência do Contrato ora aditando pelo período de XXXXX a XXXXXXX.

CLÁUSULA SEGUNDA – ANEXOS

Integram o presente instrumento, como se aqui transcritos fossem, os seguintes documentos:

a) Justificativa para a prorrogação do prazo de vigência do Contrato ora aditando, constante na fl. XX; e

b) Correspondência da CONTRATADA, datada de XXX, sob referência nº XXXX, por intermédio da qual a mesma manifesta seu interesse na prorrogação do prazo de vigência do Contrato ora aditando por mais um período de 12 (doze) meses.

Nota Explicativa: Para os contratos de serviços contínuos com cessão de mão de obra, sob o regime de dedicação exclusiva, deve ser inserida, no final da alínea “b” da Cláusula Segunda, a frase “resguardado o seu direito à repactuação”. Saliente-se que esse acréscimo somente deverá ser feito se a contratada ressalvar expressamente o seu direito à repactuação na correspondência na qual concordar com a prorrogação do prazo de vigência do Contrato.

CLÁUSULA TERCEIRA – GARANTIA CONTRATUAL

Para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais será utilizada a garantia contratual no valor de R\$ xxx (xxx), conforme (especificar a modalidade de garantia – número Apólice de Seguro Garantia, por exemplo), emitida aos xxx, válida até o dia xxx20.

Nota Explicativa: Em atendimento ao comando da alínea “j” do item 3.1 do Anexo VII-F da IN/SEGES nº 05/2017, nos contratos de serviços contínuos com cessão de mão de obra, sob o regime de dedicação exclusiva, deve ser inserida a Subcláusula Única na Cláusula Terceira, com a seguinte redação: “SUBCLÁUSULA ÚNICA - A garantia de execução referida no caput desta Cláusula somente será liberada ante a comprovação de que a CONTRATADA pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação e, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a mencionada garantia será utilizada para o pagamento das verbas trabalhistas, conforme estabelecido na alínea “c” do item 1.2 do Anexo VII-B da IN/SEGES nº 05/2017”.

CLÁUSULA QUARTA – VALOR DO ADITIVO

Atribui-se ao presente Termo Aditivo o valor de R\$... (...)

CLÁUSULA QUINTA – FONTE DE RECURSOS

Para atendimento às despesas decorrentes do presente Termo Aditivo, a CONTRATANTE reserva, para o corrente exercício, a importância de R\$... (...), conforme Nota de Empenho nº ..., de .../.../20xx, Programa de Trabalho ..., Natureza de Despesa ... e Fonte de Recursos ...

Os recursos para atendimento às despesas que irão ocorrer em 20xx, no valor de R\$... (...), serão empenhados oportunamente, tão logo ocorra a liberação do Orçamento daquele exercício.

CLÁUSULA SEXTA – RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e condições do Contrato ora aditando e de seus anteriores Termos Aditivos que não colidirem com as disposições do presente instrumento.

E por estarem as partes justas e acordadas, firmam o presente instrumento em 2 (duas) vias de igual teor e forma, juntamente com as testemunhas abaixo indicadas.

Local, xx de xxxxxx de 20xx

Pela CONTRATANTE: _____

Pela CONTRATADA: _____

Testemunhas (recomenda-se que sejam duas as testemunhas que aponham as assinaturas, identificadas):

Check-list

112. Por fim, atenta à necessidade de uniformização dos procedimentos licitatórios e de sua adequação à legalidade, a Advocacia-Geral da União instituiu, em 2010, Grupo de Trabalho incumbido de propor orientações em matéria de licitações e contratos administrativos, daí decorrendo modelos de editais e também "*check-lists*", que vem sendo periodicamente atualizados.

113. Assim, para a adequada aferição dos aspectos relacionados às fases interna e externa da licitação, indica-se a adoção do *check-list* cabível (disponibilizado no sítio da Advocacia-Geral da União: www.agu.gov.br - *aba modelos licitações e contratos*), a partir do qual poderá ser identificada a presença dos documentos e informações necessários. Há link na página da Procuradoria Federal junto ao IFC no sítio eletrônico do Instituto.

114. Nos termos analisados, depois de satisfeitos os apontamentos precitados, o órgão assessorado atenderá aos dispositivos de lei atinentes à espécie, podendo a demanda prosseguir com os objetivos propostos.

III. CONCLUSÃO

115. Em face do exposto, uma vez que o órgão assessorado siga as orientações acima exaradas quanto ao procedimento, *é juridicamente possível dar prosseguimento ao processo, prorrogando sua vigência*, sem submeter os autos à Procuradoria Federal, consoante Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União, utilizando a minuta de termo aditivo aqui inclusa e aprovada, nos termos da Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único.

116. Por se tratar de parecer referencial, os processos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, **desde que o setor competente certifique, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação, DEVENDO ESTA CERTIDÃO SER JUNTADA NOS AUTOS E FIRMADA TANTO PELOS SERVIDORES DO SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS RESPONSÁVEL, COMO TAMBÉM PELO GESTOR/ORDENADOR DE DESPESAS.**

117. A persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo a esta Procuradoria Federal para exame individualizado, **mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos**, nos moldes da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/GR/PF-IFC, de 28 de fevereiro de 2014.

118. Este é o parecer, registrado eletronicamente no SAPIENS da AGU.

Blumenau, 27 de setembro de 2017.

André Oliveira

Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00818000025201674 e da chave de acesso 0c6838bf