ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n.º 28/2019/DECOR/CGU/AGU

NUP: 08206.300419/2016-30
INTERESSADA: POLÍCIA FEDERAL
ASSUNTO: PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL SEM PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL E NO CONTRATO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL NA FORMA DO ART. 57, II, DA LEI N.º 8.666/93. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA E CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSAS PARA AUTORIZAR A PRORROGAÇÃO.

Com fundamento nos arts. 3.º, *caput*, 38, I e X, 40, § 2.º, III, 41, 54, § 1.º, 55, XI e 66 da Lei n.º 8.666/93, considera-se necessária a existência de disposição editalícia e cláusula contratual expressas para possibilitar a prorrogação de vigência com fulcro no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93.

Excelentíssimo Senhor Diretor,

1. Trata-se de divergência sobre a possibilidade de prorrogação da vigência contratual sem previsão expressa no edital e no contrato administrativo.

2. Por intermédio do Parecer n.º 1691/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça posicionou-se pela necessidade de expressa previsão editalícia e contratual para permitir a prorrogação de vigência (seq. 2):

> (...)
>
> 2. O Contrato nº 23/2016 foi celebrado, em 22.12.2016, entre a União, por meio da COORDENAÇÃO GERAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL, e a AÇÃO INFORMÁTICA BRASIL LTDA, tendo por objeto a AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE SOFTWARE, CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE SUPORTE TÉCNICO E DE TREINAMENTO OFICIAL DA RED HAT PARA A CGTI/DLOG/PF (...)
>
> 3. Não houve estipulação quanto à possibilidade de prorrogação do prazo:
>
> CLÁUSULA TERCEIRA - DO PRAZO DE VIGÊNCIA
>
> A vigência deste Contrato será de 12 (doze) meses compreendidos no período de 22/12/2016 a 22/12/2017.
>
> 4. De acordo com a área técnica, situação idêntica foi enfrentada pelo FNDE (...):
>
> 1. Trata-se da necessidade apontada pela Área Técnica de prorrogação do Contrato 23/2016-CGTI/DLOG/PF e da possibilidade de realização do feito com a apresentação de caso análogo, realizado pelo FNDE, com a devida documentação que fundamentou e aprovou a prorrogação do contrato dequele Órgão, cujo contratação se deu por adesão a mesma Ata de Registro de Preços -

ARP da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, da qual originou o contrato desta CGTI (Contrato 23/2016-CGTI/DLOG/PF).

(...)

7. Trata-se de manifestação quanto aos termos do Termo Aditivo (...) e quanto à possibilidade jurídica de haver prorrogação do prazo contratual sem que tenha sido previsto no instrumento do ajuste.

(...)

11. A Lei nº 8.666/93 estabelece que 'o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial' (art. 66) e determina as cláusulas necessárias ou essenciais ao contrato [art. 55]:

(...)

12. Sobre a prorrogação de vigência dos prazos contratuais, dispõe a Orientação Normativa AGU nº 38, de 13 de dezembro de 2011:

'NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA DEVE-SE OBSERVAR QUE: A) O PRAZO DE VIGÊNCIA ORIGINÁRIO, DE REGRA, É DE ATÉ 12 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 ORIGINARIAMENTE.'

13. Conforme o Manual de Licitações do Tribunal de Contas da União, 'é necessário que toda e qualquer prorrogação de prazo contratual observe, no mínimo, os seguintes pressupostos:

. existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;

(...)'

14. Não obstante, a área técnica informou que a contratação foi feita mediante adesão à Ata de Registro de Preços publicada pelo Ministério da Defesa, tendo sido utilizados, no Contrato n. 23/2016 - CGTI, os termos do contrato original, que não preveem explicitamente a possibilidade de renovação, ocasião em que justifica o pedido de prorrogação do prazo de vigência (...)

16. Nesse ponto, entendo por bem destacar que não há nos autos manifestação técnica conclusiva sobre o estágio da execução do objeto, tampouco sobre a existência de prejuízo ao Erário, às atividades exercidas pelo Departamento de Polícia Federal ou ao interesse público.

17. De acordo com o PARECER n. 00133/2017/DICAD/PFFNDE/PGF/AGU (...), exarado pelo órgão de assessoria jurídica do FNDE, embora não haja previsão contratual, não há óbice à prorrogação, por se tratar de possibilidade legal:

10. Segundo informa o gestor, não consta cláusula específca sobre a prorrogação de vigência do contrato, razão pela qual pretende sua inserção. Apesar da ausência de referida cláusula, entende-se que o fato constitui uma simples omissão, vez que a possibilidade de prorrogação foi admitida no item 13.8 do Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços n. 22/2015, in verbis:

13.8 No caso de alteração do valor do contrato, ou prorrogação de sua vigência, a garantia deverá ser ajustada à nova situação ou renovada, seguindo os mesmos parâmetros utilizados quando da contratação.

11. Além disso, conforme entendimento doutrinário de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15o edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 838), aplica-se ao inciso IV a sistemática do inc. II, com possibilidade de prorrogação do prazo inicial. Vejamos:

O aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática podem ser pactuados por prazo de até quarenta e oito meses. A regra justifica-se porque a Administração pode não ter interesse na aquisição definitiva de tais bens ou direitos. A rapidez da obsolência é usual, nesse campo. Daí a utilização temporária, dentro de prazos razoáveis. **Aplica-se a sistemática do inc. II, com possibilidade de prorrogação do prazo inicial, pactuado em período inferior aos 48**

meses. [g.n.]

12. Cumpre destacar que, conforme o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União (4a edição), é condição para a prorrogação do prazo de vigência 'a existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato'. Entretanto, há na doutrina, opinião de que 'o inciso II do art. 57 da Lei n° 8.666/1993 autoriza a prorrogação dos contratos de prestação de serviços contínuos independentemente de qualquer previsão em edital ou mesmo em contrato. Ora, se a lei autoriza a prorrogação, não há razões para condicioná-la à previsão em edital e/ou contrato. Não há porque condicionar a eficácia da lei a ato administrativo, como é o caso de edital de licitação pública. Se a situação concreta subsume-se à hipótese prevista em Lei, autorizadora da prorrogação, aos contratantes é permitido prorrogar a avença. A Lei já é o bastante; não é necessário que o edital e/ou o contrato repita o que já está prescrito na Lei'.

13. Por analogia, o entendimento doutrinário acima transcrito pode ser aplicado ao caso do inciso IV do art. 57 da Lei no 8.666/93. De todo modo, apesar da possibilidade de prorrogação de vigência nos casos citados derivar da lei, nada impede que sua previsão seja feita no contrato.

14. Assim, entendo que se pode adotar as opiniões doutrinárias acima citadas para fundamentar a inserção de cláusula específica no Contrato no 196/2016 com a previsão da possibilidade de prorrogação de vigência, especialmente diante das razões apresentadas pela área técnica, notadamente quanto à essencialidade dos serviços para o ambiente tecnológico do FNDE, além de atender ao princípio da economicidade buscando os resultados mais práticos e eficazes atendendo, dessa forma, o interesse público.

18. Não obstante, tal entendimento não se coaduna com o recomedado pelo Tribunal de Contas da União, posto que recomendou a estipulação da possibilidade de prorrogação no instrumento de contrato:

É recomendável que, nos contratos relativos a prestações de serviços contínuos, caso não haja restrição de natureza técnica ou mercadológica, seja prevista a possibilidade de *prorrogação* do *prazo* de *vigência* por até 60 (sessenta) meses. (Acórdão n. 5820/2011-Segunda Câmara)

19. Além disso, o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União estabelece como condição para a prorrogação do prazo de vigência 'a existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato'.

20. A prevalecer o entendimento de que 'se a lei autoriza a prorrogação, não há razões para condicioná-la à previsão em edital e/ou contrato' somente seriam objeto do contrato as cláusulas a que se refere o art. 55 da Lei n. 8.666/93, que, inclusive, não encontra amparo nos modelos de licitação e contratos uniformizados no âmbito da Advocacia Geral da União.

21. Assim, inobstante os termos do Parecer n. 00133/2017/DICAD/PFFNDE/PGF/AGU e a existência de doutrina em sentido contrário, entendo que, com base no entendimento do TCU e na redação do art. 66 da Lei n. 8.666/93, a ausência de previsão contratual impede a prorrogação de vigência do prazo.

22. Haja vista a divergência de entendimento existente, sugere-se que seja a matéria levada ao conhecimento da Consultoria Geral da União.

3. Este Departamento solicitou manifestações da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (seqs. 8 e 9).

4. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão também sustentou a impossibilidade de prorrogação da vigência contratual sem a previsão expressa no edital e no contrato. Eis algumas partes do Parecer n.º 1686/2017/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU (seq. 10):

(...)

6. O dispositivo legal supracitado [art. 57 da Lei n.º 8.666/93] dá a Administração a faculdade de, nos casos lá previstos, fazer a prorrogação ou não dos seus contratos. Como salientado no parecer da PF/FNDE, há duas possibilidades de leitura dessa previsão: ela ou incidiria como uma norma cogente, prevendo o poder de a Administração iniciar procedimentos de prorrogação contratual nos casos indicados pela lei, prescindindo-se de sua previsão expressão no respectivo instrumento; ou como uma cláusula opcional a ser colocada no contrato se houver interesse da Administração, caso em que a sua omissão deve ser considerada como 'silêncio eloquente', da mesma forma que

ocorreria, por exemplo, com a garantia contratual do art. 56 da Lei nº 8.666/93.

7. A resposta ao questionamento acima surge a partir da visão da situação sob a ótica do licitante. É que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório de que trata o art. 41 da Lei nº 8.666, de 1993, aplica-se, em especial, além de como corolário do princípio da legalidade, para garantir a previsibilidade necessária para que o licitante possa dimensionar a sua proposta de forma adequada e, desse modo, a competição seja justa. O particular deve ter exata noção da demanda da administração e das condições do contrato para que possa dimensionar seus custos de forma suficiente e eventual modificação posterior prejudicará ou ao licitante vencedor, ou aos seus efetivos ou potenciais concorrentes ou a ambos, razão pela qual, uma vez estabelecidas as regras do jogo no edital, estas não podem ser modificadas depois de o contrato celebrado.

8. Nesse sentido são os arts. 3º, 41, 55 e 66, todos da Lei nº 8.666/93 (...)

9. Nesse ponto, entende-se que assiste razão à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça. A lei confere à Administração a possibilidade de incluir a prorrogação contratual enquanto 'regra do jogo', mas uma vez feita a opção acerca de sua inclusão ou não (opção consciente ou acidental), não é possível mais retroceder. Tal entendimento se baseia em três circunstâncias, quais sejam:

a) A duração do contrato é característica determinante para a composição de custos e amortização de investimentos e, ainda que a prorrogação seja mera expectativa de direito, a sua ocorrência é bastante comum (no caso de serviços prestados a contento) ao ponto de se ter de considerar a possibilidade de a licitante se dispor a arcar com o risco de a prorrogação não ocorrer para diminuir os custos, contando com um período maior de amortização. Desse modo, há possibilidade de a previsão ou não da prorrogação contratual influenciar (ainda que de forma não significativa) na formação da proposta;

b) É plenamente possível que a Administração desenhe um modelo de contrato já pensando que ele, para o atingimento dos seus objetivos, não pode ser prorrogado. Em outras palavras, é possível que a ausência de previsão de prorrogabilidade seja intencional e não mero erro e, nesse caso, essa opção vincula a Administração. Desse modo, a inclusão, *a posteriori*, da possibilidade de prorrogação configuraria uma mudança das regras do jogo, o que é vedado;

c) A caracterização das hipóteses previstas no art. 57 não é pacífica e clara para o licitante. Este não tem a obrigação de conhecer as metas do Plano Plurianual e de que forma a contratação visa a atingi-las ou não; a definição da continuidade ou não dos serviços depende muito das necessidades do órgão; por fim, a definição de um serviço ou um fornecimento como de 'informática'/'tecnologia da informação', em especial no caso de contratações complexas, com vários elementos distintos, não é fácil nem pacífica. Desse modo, a ausência de previsão de prorrogabilidade no edital e no contrato pode indicar ao licitante que a Administração não vê o fornecimento/serviço como condizente com as metas do PPA, contínuo (apenas no caso de serviços), ou de informática, e por isso ele pode não considerar o contrato prorrogável e dimensionar os seus custos tendo em vista essa realidade.

(...)

11. Esses motivos tornam dificultosa a aceitação da inclusão da permissão de prorrogação contratual depois de finalizada a licitação. A ausência de menção à prorrogabilidade é capaz, por diversos motivos, de afetar significativamente a elaboração das propostas e qualquer modificação nesse estado de coisas, em regra, viola a vinculação ao instrumento convocatório e afeta a competição, não podendo ser admitido. A demanda da Administração e as regras contratuais devem ser previsíveis tanto quanto possível, só se submetendo à álea extraordinária, decorrente de fatos supervenientes ou de circunstâncias que a Administração não conhecia ou não poderia razoavelmente conhecer previamente, o que não é o caso dos incisos do art. 57.

12. Assim é a lição de Lucas Rocha Furtado (em Curso de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Edição, p. 472), que ensina que: 'a prorrogação depende, todavia, de que, além da necessária previsão contratual, que as partes consensualmente consintam nesse sentido, o que deverá ser formalizado por meio de aditivo ao contrato'.

13. No mesmo sentido ensina Marçal Justen Filho (em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª Edição, p. 1116), segundo o qual: 'A renovação do contrato, na hipótese do inc. II, depende de explícita autorização no ato convocatório. Omisso esse, não poderá

promover-se a renovação. Essa asserção deriva do princípio da segurança. Não é possível que se instaure licitação sem explícita previsão acerca do tema. Os eventuais interessados deverão ter plena ciência da possibilidade de prorrogação'

14. Em síntese, opina-se pela impossibilidade de prorrogação contratual, fundada nos incisos do art. 57, sem previsão contratual expressa nesse sentido existente no momento da licitação, pois tal expediente implicaria em violação ao arts. 3º, 41 e 66 da Lei nº 8.666/93, indo contra a vinculação ao instrumento convocatório.

(...)

5. No âmbito da Procuradoria-Geral Federal, inicialmente a necessidade de previsão editalícia e contratual foi destacada na Nota n.º 120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU (seq. 14):

8. O Tema é realmente controverso. Não obstante a importância do contrato para a Coordenação-geral de Tecnologia da Informação da Polícia Federal e sendo papel do advogado proporcionar segurança jurídica aos atos dos gestores públicos, entendo que tanto a Consultoria do Ministério da Justiça, quanto a Consultoria do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estão com a razão, já que apoiam suas análises não só no texto legal, mas também nas orientações contidas no Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União.

9. Ainda que a análise seja apenas em tese e que o serviço o qual se pretende prorrogar seja de natureza continuada, conforme inciso II do art. 57 da lei 8.666/93, a meu ver, não é possível aplicar analogicamente o mesmo entendimento que foi dado em outro processo, ja que cada caso tem as suas peculiaridades. Além disso, não encontrei informações acerca da necessidade da continuidade dos serviços, ou de que as condições do contrato permanecem vantajosas para a Administração, ou outras que me convencessem da excepcionalidade desse caso e do prejuízo para a Administração na hipótese da não prorrogação.

10. Em regra, a prorrogação dos contratos administrativos é precedida de diversos requisitos legais, e deve ser instruída com os seguintes elementos:

- Demonstração de que se trata de serviços executados de forma contínua;

- Previsão no ato convocatório e no contrato do art. 57, II, da Lei 8666/93;

(...)

11. Sou partidária do entendimento de que a possibilidade de prorrogação do futuro contrato deve estar prevista no ato convocatório e no contrato, sob pena de macular o PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL e por consequência os princípios da publicidade, da competição e outros. (...)

13. Marçal Justen Filho entende da mesma forma:

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

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

14. Lucas Rocha Furtado se posiciona igualmente:

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

15. Carlos Pinto Coelho Motta, da mesma forma:

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

16. O Tribunal de Contas da União ja se manifestou, por diversas vezes, que a prorrogação do contrato deve estar prevista não só no edital, mas também no contrato. Esse entendimento

jurisprudencial está contido no seu Manual de Licitações e Contratos. (...)

17. Neste caso, não houve previsão de prorrogação no edital que norteou a licitação, nem no contrato que agora se deseja prorrogar. Assim, admitir a prorrogação sem previsão editalícia, a meu ver, é correr o risco de macular o processo licitatório, uma vez que a possibilidade de prorrogação, fatalmente, interfere na cotação dos preços e consequêntemente na participação dos concorrentes no certame, ou seja, o resultado final poderia ter sido outro.

18. No entanto, não obstante meu entendimento, informo que o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 3.351/2011 - 2ª Camara, em situação específica, decidiu de forma diversa e relevou o fato de ter sido prorrogado contrato de natureza contínua, sem a necessária previsão. Considerou a falha de natureza formal e apenas expediu recomendação de alerta para que nas futuras contratações constassem cláusula com previsão da possibilidade de prorrogação da vigência.

Transcrevo parte do referido Acórdão:

' Acórdão nº 3351/2011 – 2ª Câmara – TCU"[Prestação de Contas de 2005 da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS. Irregularidades verificadas nos Contratos nº 78/2001 (5º e 6º Termos Aditivos), 79/2001 (7º Termo Aditivo) e 80/2001 (7º e 9º Termos Aditivos), firmados com a FAPEC, tendo em vista a prorrogação da vigência contratual de serviços de natureza continuada sem previsão no instrumento de contrato. Inexistência de prejuízos à entidade e a terceiros. Falhas que se revestem de natureza formal. Razões parcialmente acolhidas. Determinação.][ACÓRDÃO]ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em: [...]9.10. alertar à FUFMS que: [...]9.10.3. faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/1993;'

19. Desta forma, entendo não ser possível prorrogar a vigência do contrato, tendo em vista que, ao meu ver, a falta de previsão da prorrogação no edital e no contrato, em regra, viola o princípio da vinculação ao instrumento convocatório afetando a competição e o resultado final da licitação.

20. Porém, considerando os diversos entendimentos doutrinários sobre a questão, e que o próprio TCU já considerou que a prorrogação feita sem a previsão no edital e no contrato seria apenas uma falha formal, caso Vossa Senhoria divirja da meu entendimento, sugiro retorno dos autos à Consultoria Geral da União para a análise final.

6. No entanto, a referida Nota n.º 120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU não foi acolhida pelo Despacho n.º 1/2018/DEPCONSU/PGF/AGU, que concluiu pela viabilidade de prorrogação da vigência contratual mesmo sem previsão expressa no edital ou no contrato. Tal despacho foi aprovado em 17/01/2018 pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral Federal. Os fundamentos adotados no referido Despacho n.º 1/2018/DEPCONSU/PGF/AGU são os seguintes (seq. 15):

1. Ciente. Deixo de acompanhar, com as devidas vênias, o entendimento firmado na NOTA n. 00120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU, pelas razões a seguir expostas.

(...) entendeu a NOTA n. 00120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU que *'a falta de previsão da prorrogação no edital e no contrato, em regra, viola o princípio da vinculação ao instrumento convocatório afetando a competição e o resultado final da licitação'* (item 19), razão pela qual seria indispensável a expressa previsão da possibilidade de prorrogação de prazo no edital e no próprio termo de contrato para que a renovação da vigência do ajuste pudesse vir a ser promovida.

4. Aludida posição foi sustentada tanto pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça no PARECER n. 01691/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU (seq. 2), quanto pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (PARECER n. 01686/2017 /HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU, seq. 10).

5. Pois bem. O exame da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) deixa claro que a necessidade de previsão em edital ou contrato a respeito da possibilidade de prorrogação do contrato de serviços continuados é matéria realmente controversa.

6. Sobre o assunto, entendo que a previsão editalícia ou contratual, **na hipótese específica do art.**

57, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, não é indispensável para que se opere a prorrogação do contrato administrativo, sendo suficiente para tanto a referida previsão legal e o atendimento aos requisitos nela postos, conjuntamente com aqueles estipulados na regulamentação pertinente elaborada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

7. Reza o art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993, que é possível que a duração do contrato administrativo ultrapasse a vigência dos créditos orçamentários quando se trate da '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**;'.

(...)

9. De acordo com a dicção legal, verifica-se claramente que, ao autorizar a prorrogação do contrato de serviços continuados, a Lei n.º 8.666/1993 **não** estabeleceu como condição para tanto a prévia previsão contratual expressa a respeito do tema, fixando, lado outro, os elementos necessários para balizar a atuação administrativa quando da verificação do cabimento da prorrogação desse tipo de contrato, a saber: a) a prestação dos serviços de forma **contínua**; b) a obtenção de **preços e condições mais vantajosas para a Administração**; c) a possibilidade de prorrogação por **iguais e sucessivos períodos** e d) o limite máximo de vigência de sessenta meses.

10. Da leitura do art. 57 da Lei n.º 8.666/1993, colhe-se, ainda, um dado relevante para a solução da controvérsia em exame: no inciso I, ao contrário do que se passa nos incisos II e IV do mesmo dispositivo, prescreve o legislador ser possível que a duração do contrato ultrapasse a vigência dos créditos orçamentários quanto *'aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual*, ***os quais poderão ser prorrogados*** *se houver interesse da Administração e* ***desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório****'*. Ora, quando o legislador entendeu ser condição necessária para a prorrogação a expressa previsão dessa possibilidade no edital, **essa circunstância foi dita literalmente.** Infere-se, pois, que a omissão do legislador quanto à exigência de prévia previsão editalícia ou contratual para a prorrogação dos contratos de serviços continuados não decorreu de mera atecnia ou equívoco, tratando-se, ao revés, de um silêncio eloquente.

11. Essa circunstância, inclusive, não passou despercebida pela doutrina. Joel de Menezes Niebuhr, ao defender a desnecessidade de expressa previsão em edital ou contrato para a prorrogação de contrato de prestação de serviços contínuos, destaca que *'A rigor, a Lei n.º 8.666/93 veicula condicionamento desse naipe no inciso I de seu art. 57, que versa, no entanto, sobre os contratos cujos programas são previstos no Plano Plurianual.* ***A referida Lei não estende tal condicionamento ao inciso II do mesmo artigo,*** *que trata da hipótese de prorrogação dos contratos de prestação de serviços contínuos.* ***Se a Lei não o faz, não cabe ao intérprete fazê-lo'.***

12. Outro não é o entendimento externado por Jessé Torres Pereira Junior , para quem:

Em qualquer caso, a prorrogação é matéria da discrição administrativa, insuscetível de ser imposta ou reclamada pelo contratado; cabe exclusivamente à Administração, diante das circunstâncias de cada caso e do interesse do serviço, decidir-se pela prorrogação do contrato, se cabível. Em contrapartida, o contratado não estará obrigado a aceitar a prorrogação com que lhe acene a Administração, podendo recusá-la. **Para a primeira hipótese de prorrogação** *[art. 57, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993]* **a lei exige que haja sido prevista no ato convocatório. Nas demais, a lei silencia quanto a tal previsão, do que se infere sua desnecessidade, mas fixa limites temporais** (sem grifos no original).

13. Na mesma linha, leciona Hely Lopes Meirelles:

No caso do inciso I (*contratos relativos a projetos incluídos no plano plurianual*) o prazo será o fixado em lei (provavelmente a que aprovou o plano), uma vez que o dispositivo não limita a duração desses contratos, que deverá ser a necessária para a execução das obras ou serviços previstos. Havendo interesse da Administração ***o contrato poderá ser prorrogado*****, desde que** ***a prorrogação tenha sido prevista no ato convocatório*****.**

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

condições descritas no §4º.

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

Nas contratações relativas aos incisos II e IV, acima, a Lei 8.666, de 1.993, *não exige que a possibilidade de prorrogação deva ser prevista no edital* (destaques no original)

(...)

16. Não é possível ao edital ou ao contrato administrativo, portanto, alterar os requisitos estipulados em lei e regulamentos para a prorrogação da vigência dos contratos administrativos de prestação de serviços continuados. Assim, uma vez atendidas essas exigências, é juridicamente possível à Administração Pública se valer da autorização ou faculdade de prorrogar o contrato de prestação de serviços de natureza continuada, ainda que não haja no instrumento convocatório da licitação ou no termo de contrato previsão explícita nesse sentido.

17. Nessa linha de intelecção, creio que a solução da controvérsia em exame não passa sobre eventual violação ao instrumento convocatório; a grande questão sobre esse assunto, salvo melhor juízo, reside na alegação de que, se os licitantes soubessem, de antemão, que o contrato seria prorrogável por até 60 meses, poderiam ter oferecido preços e condições mais vantajosas em suas propostas na licitação, de modo que a previsão acerca da possibilidade de prorrogação do contrato viria a influenciar a composição das propostas e a própria competitividade entre os licitantes.

(...)

19. Todavia, a mera existência de disposição editalícia ou cláusula contratual prevendo que o contrato pode ser prorrogado até o limite máximo de 60 (sessenta) meses não garante ao licitante a certeza acerca do real prazo pelo qual, na prática, a contratação se estenderá. Primeiro, porque a possibilidade de prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais, já se encontra prevista, em abstrato, no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993, sendo despicienda, para tanto, a mera repetição da disposição legal no instrumento convocatório ou contratual. Segundo, porque, como se sabe, a efetiva prorrogação contratual depende, além do atendimento dos requisitos legais, da análise da conveniência e oportunidade da prática desse ato pela Administração Pública, dentro do espectro da discricionariedade administrativa, não se tratando de direito subjetivo do contratado.

(...)

26. Essa interpretação pode ser extraída, *a contrario sensu*, do art. 92 da Lei n.º 8.666/1993, quando tipifica criminalmente a conduta de *'Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, **inclusive prorrogação contratual**, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, **sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais**, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:'.* Veja-se que o legislador falou em autorização **em lei**, **no edital** ou **no contrato**, e não apenas nos dois últimos.

Registre-se, por oportuno, que o raciocínio acima desenvolvido não impede que a Administração estabeleça no edital ou contrato a vedação à prorrogação da vigência, desde que prévia e formalmente indicadas nos autos do processo licitatório as devidas justificativas para afastar, no caso concreto, o permissivo contido no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993. Em hipóteses tais, nas quais se trata de vedação expressa à prorrogação, vinculada aos motivos apontados no respectivo processo administrativo, e não de falha ou erro da Administração em não dispor claramente sobre o assunto no instrumento convocatório ou contratual, entende-se que o juízo de conveniência e oportunidade sobre a prorrogação, a cargo do gestor, foram previamente realizados, com base nas circunstâncias fáticas subjacentes, de modo que o regramento constante do edital ou do próprio ajuste nesse sentido deverá ser respeitado pelas partes.

Quanto ao TCU, muito embora existam acórdãos que exijam a previsão em edital e contrato para a prorrogação, exigência essa que também consta de seu Manual de Licitações e Contratos, há diversos acórdãos que consideram que a ausência da previsão expressa para a prorrogação é **uma falha formal,** pois **a verdadeira autorização para a prorrogação decorreria da própria Lei n.º 8.666/1993.**

29. Nesse último sentido, os seguintes acórdãos:

DECISÃO Nº 379/2002 TCU - PLENÁRIO

(...)

VOTO

Inicialmente, concordo com a sugestão de conhecer desta representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno c/c/ o art. 69, inciso VII, da Resolução TCU nº 136/2000.

2. Em seguida, destaco que, segundo reclamações feitas por terceiros ao Grupo Executivo para Modernização dos Portos, a CODESP teria cometido duas irregularidades:

a) impropriedade do enquadramento de dragagem portuária como prestação de serviços; e

b) prorrogações consecutivas da contratação dos serviços, em desacordo com o inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

3. Quanto à primeira questão, o Secretário-Executivo daquele órgão e a SECEX/SP constataram que a CODESP agiu corretamente ao enquadrar a dragagem portuária como serviço, tendo em vista a descrição do objeto dos contratos e o disposto na Lei nº 8.666/93.

4. **Com relação à segunda, a unidade técnica mostrou que a empresa obedeceu à legislação em vigor, uma vez que a Lei nº 9.648/98, que alterou dispositivos da Lei nº 8.666/93, não condiciona as prorrogações de prazo à prévia prescrição no ato convocatório ou no contrato, e sim à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.**

(...)

ACÓRDÃO 219/2009 - SEGUNDA CÂMARA

Voto

[...]

*4. A **prorrogação do Contrato nº 17/2003**, mediante dois termos aditivos (item 2.1), **foi considerada irregular pois tal possibilidade não constava do termo de dispensa ou do contrato. Todavia, ao analisar o caso, constato que a prorrogação tem amparo legal.***

*4.1. O objeto do contrato, no essencial, envolve o 'suporte, apoio logístico e atendimento da demanda das pesquisas de campo, assim compreendidas todas as atividades de manutenção e operação contínua dos sítios experimentais' e 'operação e manutenção do Sistema de Operações de Dados – LBA/DIS', s**erviços de natureza contínua cuja prorrogação está facultada no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.***

4.2 Ademais, o projeto a que se refere o contrato estava contemplado no Plurianual 2004/2007, situação que também autorizaria a administração a prorrogá-lo, nos termos do art. 57, inciso I, da já citada Lei.

*5. **Na espécie, pode-se constatar, então, que ocorreu falta de caráter formal, consistente na ausência de previsão de tal possibilidade no termo de dispensa ou no contrato**, mesmo porque tal procedimento não provocou prejuízos ao INPA, uma vez que nada foi indicado quanto a esse aspecto, nem a terceiros.*

(...)

ACÓRDÃO Nº 3351/2011 – TCU – 2ª Câmara

(...)

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

15.3. Com efeito, apesar de a UFMS afirmar que o item 7.1 dos ajustes possibilitava a alteração dos termos contratuais, a qualquer tempo, mediante mútuo consentimento das partes, o fato é que

a cláusula 8ª dos contratos não estabeleceu a possibilidade de prorrogação de vigência contratual. Veja-se:

*'**CLÁUSULA OITAVA – DA VIGÊNCIA***

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

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

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

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

*15.7. Dessarte, mesmo considerando que as **razões de justificativa** apresentadas pelo responsável não são suficientes para elidir por completo a ocorrência observada, entende-se que podem ser **parcialmente acolhidas**, uma vez que **a falha se reveste de natureza formal, podendo ser saneada mediante expedição de alerta à entidade**, para que faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93.*

[...]

9.10. alertar à FUFMS que:

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

30. Dessa forma, havendo a demonstração nos autos de que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada, acompanhada das devidas justificativas de que a Administração mantém interesse na realização do serviço, e observados todos os demais requisitos legais e normativos, conclui-se ser possível a prorrogação contratual, mesmo sem a previsão expressa nesse sentido no edital ou no termo de contrato, com fulcro na autorização legal contida no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993.

31. Em face do exposto, deixo de aprovar a NOTA n. 00120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU (seq. 14) e, tendo em vista a divergência de entendimentos entre este órgão da PGF e as Consultorias Jurídicas junto ao Ministério da Justiça e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, proponho o retorno dos autos ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Geral da União (DECOR/CGU), para análise e manifestação.

É o relatório. Passa-se a opinar.

II – Objeto e posicionamentos jurídicos conflitantes

7. O conflito jurídico verificado nestes autos eletrônicos diz respeito à possibilidade ou não de prorrogação da vigência contratual quando inexiste previsão expressa no edital e no contrato.

8. As Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios da Justiça e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

posicionaram-se pela necessidade de previsão da possibilidade de prorrogação de vigência em cláusula contratual explícita. Em síntese, utilizaram os seguintes argumentos: a) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; b) as disposições contidas nos arts. 3.º, 41, 55 e 66 da Lei n.º 8.666/93; c) o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União; d) o Acórdão n.º 5820/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União; d) as lições de Marçal Justen Filho e Lucas Rocha Furtado; e e) a necessidade de garantir previsibilidade aos licitantes na formação de suas propostas.

9. Cabe esclarecer que inicialmente o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal na Nota n.º 120/2017/DEPCONSU/PGF/AGU seguiu a mesma linha com fundamento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, na doutrina de Marçal Justen Filho, Lucas Rocha Furtado e Carlos Pinto Coelho Motta, bem como no Manual de Licitações do Tribunal de Contas da União.

10. Contudo, mais adiante, a Procuradoria-Geral Federal fixou entendimento no sentido da viabilidade de prorrogação da vigência contratual mesmo sem autorização expressa no edital ou no contrato. Seus argumentos foram: a) somente o inciso I do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 exige previsão no ato convocatório; b) a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr, Jessé Torres Pereira Júnior e Hely Lopes Meirelles; c) somente o prazo estipulado originariamente deve ser levado em conta para a formação das propostas, uma vez que a prorrogação é facultativa; d) excessivo formalismo não deveria obstar a prorrogação; e) o art. 92 da Lei n.º 8.666/93 indicaria a correção da tese sustentada; e f) a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Decisão n.º 379/2002 – Plenário, Acórdão n.º 219/2009 – 2.ª Câmara e Acórdão n.º 3351/2011 – 2.ª Câmara).

III – A necessária previsão da possibilidade de prorrogação da vigência do contrato de serviço contínuo no edital e no contrato

11. Pois bem. Desde já, adere-se ao entendimento que exige a previsão expressa da possibilidade de prorrogação da vigência dos contratos de serviço contínuo no instrumento convocatório e no próprio contrato.

12. No plano normativo, as seguintes disposições da Lei n.º 8.666/93 embasam a tese aqui defendida:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
>
> (...)
>
> Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
>
> I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
>
> (...)
>
> X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
>
> (...)
>
> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> (...)
>
> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
>
> I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
>
> II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei n.º 8.883/94)
>
> III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
>
> IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.
>
> (...)

> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
>
> (...)
>
> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.
>
> § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.
>
> (...)
>
> Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
>
> (...)
>
> XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
>
> (...)
>
> Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:
>
> (...)
>
> II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei n.º 9.648, de 1998)
>
> (...)
>
> Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

13. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está devidamente positivado nos arts. 3.º e 41 da Lei n.º 8.666/93 e, com razão, sempre é enaltecido pela doutrina.

14. O jurista Marçal Justen Filho apresenta a função normativa do edital (incluindo seus anexos) e destaca que suas regras orientam as decisões dos licitantes:

> 1) O edital de licitação
>
> O instrumento convocatório da licitação é o edital (...) O edital é o instrumento de divulgação pública da existência da licitação, convidando os interessados a exercitarem seu direito de licitar, formularem suas propostas ou requererem a extensão do convite aos não convidados.
>
> Basicamente, o edital apresenta duas funções jurídicas distintas. Por um lado, consiste num instrumento veiculador das normas que disciplinam o certame e a contratação subsequente. Por outro, é o veículo para a divulgação da instauração do certame e dos eventos a ele relacionados.
>
> 1.1) A função normativa e o exaurimento da discricionariedade
>
> O edital contém as regras fundamentais acerca da licitação, disciplinando as exigências que serão impostas aos interessados e as regras procedimentais que serão adotadas. Sob esse ângulo, edital e convite retratam o exercício de poderes discricionários que, uma vez exercitados, exaurem-se. A normatividade do ato convocatório não significa inovação no mundo jurídico, função privativa da lei. Consiste na seleção pela Administração das opções a que se vinculará posteriormente. A obrigatoriedade do ato convocatório não é dirigida propriamente aos terceiros, mas especificamente à Administração Pública. No ato convocatório, são fixadas as regras que nortearão a conduta da própria Administração. A lei é o fundamento normativo 'externo' do ato convocatório. Os particulares sofrem indiretamente os efeitos das regras nele contidas. Tomam conhecimento de que a Administração selecionará a proposta mais vantajosa segundo características certas e definidas no ato convocatório. (...)
>
> 1.2) Ainda a força vinculante do edital
>
> O estrito cumprimento ao procedimento e às regras contidas no ato convocatório é um dever para a

> Administração, cuja observância pode ser exigida pelos licitantes. Como o ato convocatório estabelece regras de conduta para a Administração, isso produz efeitos reflexos para os licitantes. Permite-lhes prever a conduta futura dos agentes da Administração e, desse modo, orientar as decisões a adotar. Se fosse dado à Administração ignorar as regras contidas no ato convocatório, os particulares ficariam em situação de insegurança. Existe para os licitante direito público subjetivo de exigir o cumprimento do disposto no ato convocatório. Reitere-se que esse direito é público na acepção de que não é outorgado no interesse econômico-patrimonial dos licitantes. Embora caiba aos licitantes o exercício desse direito, sua atuação reflete interesse superior e transcendente à órbita privada. O descumprimento às regras contidas no ato convocatório ofende os princípios norteadores da atividade administrativa do Estado.
>
> 1.3) Os anexos
>
> O instrumento convocatório poderá conter anexos, destinados a estabelecer regras complementares, informações, parâmetros técnico-científicos e assim por diante, para tornar mais precisos o objeto e as condições da execução da futura contratação e para estabelecer requisitos mais consistentes de avaliação da vantajosidade das propostas. Lembre-se que as respostas formuladas aos pedidos de esclarecimento integram o edital para efeito de obrigar a Administração e os particulares.[1]

15. Vale destacar a necessidade de conformidade do contrato ao ato convocatório. A Lei n.º 8.666/93 inicialmente estabelece que a minuta do contrato figura como anexo do edital e deste faz parte (art. 40, § 2.º, III). Mais adiante, a Lei de licitações e Contratos Administrativos exige expressamente a compatibilidade entre o contrato e o edital. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

> 1) O conteúdo do instrumento contratual
>
> O conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outros ato em que se funde o contrato). Como já afirmado, vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso, as regras do art. 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual. O instrumento contratual não pode inovar o ato convocatório no tocante a condições essenciais para a licitação. Todas as cláusulas contratuais que poderiam influir para a participação ou não de interessados ou para a formulação de propostas deverão constar do ato convocatório, sob pena de nulidade da própria licitação. É claro, porém, que o instrumento contratual precisará alguns tópicos previstos apenas de modo genérico no ato convocatório. (...)
>
> (...)
>
> 13) Vinculação ao ato convocatório (inc. XI)
>
> O contrato administrativo filia-se ao ao ato que lhe deu origem. Haja ou não licitação formal, o contrato é produto de atos anteriores, que lhe dão determinada configuração. Por isso, todo contrato deve ser interpretado em consonância com o ato convocatório da licitação ou com as condições norteadoras da dispensa ou inexigibilidade da licitação. Lembre-se que a minuta do contrato deve constar como anexo do ato convocatório, o que significa inclusive a redução de autonomia na elaboração do instrumento a ser concretamente formado entre as partes.[2]

16. O Professor Ronny Charles Lopes de Torres faz interessante observação acerca das estipulações que devem constar do edital e do contrato:

> 4.24 Desnecessidade de repetição das regras contratuais no edital
>
> O dispositivo [art. 40, § 2.º, III, da Lei n.º 8.666/93] estipula claramente a minuta do contrato como parte integrante do edital, o que induz que suas regras fazem parte do mesmo.
>
> Nesse ponto, fazemos uma observação técnica no pertinente à confecção dos editais. O que se verifica na prática é um excesso de repetições das regras pertinentes à execução contratual. Confeccionam-se editais com enxertos de instrumentos utilizados em outros certames, repetindo-se, por uma compreensão equivocada do diploma legal, um excesso desnecessário de cláusulas de conteúdo idêntico tanto no edital como no contrato.
>
> Temos a opinião de que, existindo termo de contrato e edital, este deve concentrar suas disposições no regramento do certame, deixando a maioria dos regramentos de execução contratual para aquele instrumento, já que ele, como anexo, passa a ser peça integrante do próprio edital.

> O estabelecimento das cláusulas de execução contratual no edital propriamente dito apenas seria necessário quando a relação negocial permitisse a dispensa do termo contratual. (...)[3]

17. Por sua vez, o Professor Lucas Rocha Furtado deixa claro que o edital serve como parâmetro para o futuro contrato e registra que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa apego a formalidades excessivas:

> 1.5.7 Vinculação ao instrumento convocatório
>
> O instrumento convocatório – que será, conforme a modalidade de licitação, um edital ou um convite – serve não apenas de guia para o processamento da licitação, como também de parâmetro para futuro contrato, de acordo com a Lei de Licitações. O instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da Administração Pública quanto dos licitantes.
>
> Esse princípio é mencionado no art. 3.º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei, que dispõe que 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'. (...)
>
> Conforme já observamos, a submissão da Administração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa, no entanto, obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias.
>
> Não agir com excesso de formalismo ou não se ater a interpretações literais não significa violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ao contrário, deve o administrador usar o seu poder discricionário – nunca arbitrário – e a sua capacidade de interpretação para buscar as melhores soluções para as dificuldades concretas.
>
> (...)
>
> Esse princípio não deve ser entendido no sentido de que o edital ou o convite sejam imutáveis. Havendo a real e efetiva necessidade de ser feita retificação no edital que possa, inclusive, vir a afetar o conteúdo das propostas apresentadas, a Administração não somente poderá, como deverá fazê-lo. A Lei de Licitações expressamente prevê apenas, na hipótese de a alteração vir a afetar o conteúdo das propostas, a obrigatoriedade de nova divulgação do instrumento convocatório (edital ou convite), nos mesmos termos em que se deu a divulgação anterior e a reabertura de novo prazo para apresentação de novas propostas [art. 21, § 4.º].[4]

18. O Professor Ronny Charles Lopes de Torres relembra que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é inspirado no rigoroso formalismo que, como regra, informa a licitação pública. Porém, ele também admite que o formalismo possa ser mitigado excepcionalmente diante da inobservância de "questiúnculas procedimentais" que não afrontem a isonomia entre os licitantes:

> 4.25 Vinculação ao instrumento convocatório e formalismo
>
> Embora a determinação legal imponha à Administração o cumprimento das normas e condições previstas no edital, devemos relembrar que o formalismo não é uma finalidade em si própria, mas um instrumento utilizado na busca do interesse público, o qual, na licitação, orienta-se pela busca da melhor proposta para a Administração, resguardado o respeito a isonomia entre os interessados (binômio: vantagem e isonomia).
>
> Assim, em determinadas situações excepcionais, pode-se justificar que questiúnculas procedimentais, que não atentem contra a isonomia entre os licitantes, sejam prescindidas em favor da busca de uma proposta mais vantajosa para o Poder Público. Noutro diapasão, é inadmissível que tal comportamento excepcional seja tornado regra, pois o formalismo foi um dos instrumentos concebidos pelo legislador, justamente, para controle da legalidade e garantia de busca pela melhor oferta, o que exige que sua mitigação seja devidamente justificada.[5]

19. Neste ponto, é importante frisar que a presença ou não de regra autorizadora da prorrogação em editais e contratos não pode ser tomada como "questiúncula procedimental".

20. Com efeito, saber, por exemplo, se a participação em licitação dará ao vencedor um contrato de somente doze meses ou um contrato pelo mesmo período com a possibilidade de prorrogação até sessenta meses na forma do inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 é questão das mais relevantes para os licitantes. Deve, sim, constar do instrumento convocatório e no contrato.

21. A omissão dessa previsão não pode ser tratada como "questiúncula procedimental" passível de ser

corrigida sem maiores transtornos para a Administração e para os administrados. A presença de regra autorizadora da prorrogação dos contratos de serviços contínuos nos editais e nos próprios contratos assegura aos licitantes previsibilidade e segurança na elaboração de suas propostas.

22. Se o edital e a minuta de contrato (anexo do edital) nada dizem sobre a prorrogação, deve-se entender pela impossibilidade de prorrogação da vigência. Na falta de norma editalícia e contratual estipulando a faculdade de prorrogação nos termos do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, inviável será a prorrogação. Esta Advocacia-Geral da União já proclamou em orientação normativa que o prazo de vigência ordinário nos contratos de serviços contínuos é de até doze:

> ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 38, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011 (*)
>
> 'NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA DEVE-SE OBSERVAR QUE: A) O PRAZO DE VIGÊNCIA ORIGINÁRIO, DE REGRA, É DE ATÉ 12 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 ORIGINARIAMENTE.'
>
> INDEXAÇÃO: CONTRATO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, NATUREZA CONTINUADA, OBRIGATORIEDADE, OBSERVÂNCIA, PRAZO, VIGÊNCIA, DEFINIÇÃO, ORIGEM, LIMITAÇÃO, PERÍODO, EXCEPCIONALIDADE, FIXAÇÃO, PECULIARIDADE, COMPLEXIDADE, OBJETO, DEMONSTRAÇÃO, BENEFÍCIO, ADMINISTRAÇÃO, POSSIBILIDADE, PRORROGAÇÃO.
>
> REFERÊNCIA: Art. 57, inc. II, da Lei n° 8.666, de 1993; Parecer/AGU/NAJSP/n° 0417/2009-MTU; Nota-Jurídica PGBC-7271/2009; Acórdão TCU 1.858/2004 - Plenário; 551/2002 - Segunda Câmara.
>
> PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50
>
> LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
>
> (*) Editada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

23. Já fixadas as premissas que devem reger o tema sob análise e sem desconhecer a existência de tese doutrinária contrária ao aqui defendido (Joel de Menezes Niebuhr, Jessé Torres Pereira Júnior e Hely Lopes Meirelles, conforme o relatório demonstra), parte-se agora para o aprofundamento dos argumentos que determinam o posicionamento adotado.

24. No plano doutrinário, destacados autores exigem a expressa autorização editalícia e contratual para que se viabilize a prorrogação da vigência.

25. Marçal Justen Filho exige explícita autorização no ato convocatório para que a prorrogação da vigência contratual possa ser validamente realizada: "A renovação do contrato, na hipótese do inc. II, depende de explícita autorização no ato convocatório. Omisso esse, não poderá promover-se a renovação. Essa asserção deriva do princípio da segurança. Não é possível que se instaure licitação sem explícita previsão acerca do tema. Os eventuais interessados deverão ter plena ciência da possibilidade de prorrogação"[6]

26. Ronny Charles Lopes de Torres impõe a previsão contratual para que a prorrogação da vigência tenha vez:

> Os passos apresentados servem como norte dos procedimentos exigíveis no ato de prorrogação, pois não basta, para tal desiderato, que os serviços se enquadrem no conceito estabelecido no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666/93; deve também restar caracterizada a previsão contratual, sob pena de que tal prorrogação signifique quebra de isonomia com relação aos concorrentes preteridos no anterior certame, os quais, não tendo conhecimento da possibilidade contratual de prorrogação, talvez tivessem deixado de ofertar melhores propostas.[7]

27. Lucas Rocha Furtado condiciona a prorrogação da vigência à previsão editalícia e contratual:

> (...) não obstante a lei limite a vigência dos referidos contratos de serviços contínuos, consideradas eventuais prorrogações, a 60 meses, tem sido praxe no serviço público a sua celebração ocorrer com prazo de vigência de 12 meses, prevendo o edital, e o respectivo contrato, a possibilidade de eles serem prorrogados por períodos iguais e sucessivos até o limite de 60 meses.
>
> Devemos, desde já, advertir que somente contratos de serviços contínuos admitem a possibilidade

> de prorrogação da sua vigência, nos termos do art. 57, II e § 4.º, da Lei n.º 8.666/93. A prorrogação depende, todavia, de que, além da necessária previsão contratual, que as partes consintam nesse sentido, o que deverá ser formalizado por meio de termo aditivo. Não é lícito, portanto, ao poder público contratante obrigar o contratado a prorrogar o contrato contra sua vontade, muito menos o contratado pode alegar direito subjetivo à prorrogação.
>
> (...)
>
> Totalmente distinta é a situação de contrato de prestação de serviço de vigilância, celebrado com vigência de 12 meses, e que admitia a sua prorrogação (antes houvesse a lei chamado esses casos de renovação de vigência, e não de prorrogação). Findo o período de 12 meses, em que o contrato foi regularmente executado, poderá ser admitida a sua prorrogação (ou renovação) por mais 12 meses, mediante termo aditivo.[8]

28. Esta Advocacia-Geral da União assim tem agido e orientado seus órgãos assessorados. A título exemplificativo, basta o exame dos modelos de edital de pregão eletrônico e de minuta de contrato referentes a uma contratação de serviço continuado com mão de obra exclusiva utilizado por esta Advocacia-Geral da União, que preveem expressamente em disposições editalícia e contratual a possibilidade de prorrogação da vigência caso seja do interesse da Administração contratante. Eis os textos constantes dos modelos citados:

> Modelo de edital de pregão eletrônico
>
> (...)
>
> 15.4 O prazo de vigência da contratação é de ..... prorrogável conforme previsão no instrumento contratual.
>
> (...)
>
> Modelo de contrato
>
> (...)
>
> 2. CLÁUSULA SEGUNDA – VIGÊNCIA
>
> 2.1 O prazo de vigência deste Termo de Contrato é aquele fixado no Edital, com início na data de ...../...../..... e encerramento em ...../...../....., podendo ser prorrogado por interesse das partes até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que haja autorização formal da autoridade competente e seja observado o disposto no Anexo IX da IN SEGES/MP n.º 05/2017, atentando, em especial, para o cumprimento dos seguintes requisitos:
>
> Esteja formalmente demonstrado que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada;
>
> Seja juntado relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente;
>
> Seja juntada justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço;
>
> Seja comprovado que o valor do contrato permanece economicamente vantajoso para a Administração;
>
> Haja manifestação expressa da contratada informando o interesse na prorrogação;
>
> Seja comprovado que a contratada mantém as condições iniciais de habilitação.
>
> A CONTRATADA não tem direito subjetivo à prorrogação contratual.
>
> A prorrogação de contrato deverá ser promovida mediante celebração de termo aditivo.
>
> Nota Explicativa: No modelo de Edital há campo específico para que o órgão ou entidade licitante indique o prazo inicial de vigência contratual (como por exemplo o prazo inicial de 12 meses), devendo estar de acordo com o acima.
>
> **Acaso se trate de contrato em que haja previsão de possibilidade de prorrogação contratual, o trecho em vermelho deve ser utilizado.**
>
> (...)[9]

29. Por oportuno, convém ressaltar que tanto os defensores quanto os críticos da tese ora desenvolvida citam a jurisprudência do Tribunal de Contas da União em apoio a seus argumentos, o que exige alguns esclarecimentos.

30. Em primeiro lugar, é fato que a necessidade de previsão para a prorrogação em edital e contrato ainda consta expressamente em manual do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos lançado em 2010:

> Logo, é necessário que toda e qualquer prorrogação de prazo contratual observe, no mínimo, os seguintes pressupostos:
>
> • existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
>
> (...)[10]

31. A manifestação do Tribunal de Contas da União mais recente citada nestes autos é o Acórdão n.º 5820/2011 – 2.ª Câmara, de 09/08/2011, que exige a previsão editalícia e contratual:

> Acórdão
>
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas ordinárias da sociedade de economia mista Indústrias Nucleares do Brasil S.A. – INB, referentes ao exercício de 2008.
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> (...)
>
> 9.7. recomendar às Indústrias Nucleares do Brasil S.A. – INB que, na elaboração de editais e contratos relativos a prestações de serviços contínuos, caso não haja restrição de natureza técnica ou mercadológica, preveja a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência por até 60 (sessenta) meses, conforme permitido pelo art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993;
>
> (...)

32. Observa-se que os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União citados no Despacho n.º 1/2018 /DEPCONSU/PGF/AGU (Decisão n.º 379/2002 – Plenário, de 17/04/2002, Acórdão n.º 219/2009 – 2.ª Câmara, de 18/02/2009, e Acórdão n.º 3351/2011 – 2.ª Câmara, de 24/05/2011) são anteriores ao mencionado Acórdão n.º 5820/2011 – 2.ª Câmara.

33. Não se nega que a Decisão n.º 379/2002 – Plenário, o Acórdão n.º 219/2009 – 2.ª Câmara e o Acórdão n.º 3351/2011 – 2.ª Câmara afastam a necessidade de previsão da prorrogação no ato convocatório ou no contrato. O entendimento neles sustentado é de que a possibilidade de prorrogação da vigência contratual decorreria diretamente do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/9. Assim, a falta de previsão editalícia ou contratual representaria mera falha de caráter formal.

34. No entanto, é importante enfatizar que mesmo seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 3351/2011 – 2.ª Câmara, não deixou de recomendar expressamente a necessidade de previsão contratual para a prorrogação:

> (...)
>
> 15.5. Nessas condições, considerando entendimentos manifestados por este Tribunal, consoante se observa, por exemplo, nos Acórdãos 3.564/2006 – 1ª Câmara (item 9.2.4) e 31/2008 – 1ª Câmara (item 1.3.2.3), que dão conta da necessidade de existência de cláusula contratual com previsão expressa de possibilidade de prorrogação da vigência, consideram-se irregulares as prorrogações verificadas.
>
> 15.6. Por outro lado, há de se admitir que tais falhas se revestem de natureza formal, uma vez que a possibilidade de prorrogação de vigência de contratos de prestação de serviços de natureza continuada decorre expressamente da lei (art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93). Nesse sentido já decidiu este Tribunal, consoante se observa nos excertos seguintes, extraídos do Voto condutor do Acórdão nº 219/2009 – 2ª Câmara, proferido pelo Relator, Auditor André Luís de Carvalho (...)
>
> 15.7. Dessarte, mesmo considerando que as razões de justificativa apresentadas pelo responsável não são suficientes para elidir por completo a ocorrência observada, entende-se que podem ser parcialmente acolhidas, uma vez que a falha se reveste de natureza formal, podendo ser saneada mediante expedição de alerta à entidade, para que faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93.
>
> [...]
>
> 9.10. alertar à FUFMS que:
>
> 9.10.3. faça constar, em futuras contratações de serviços de natureza continuada, cláusula com previsão de possibilidade de prorrogação da vigência contratual, mediante termo aditivo, por

iguais e sucessivos períodos, até o limite máximo de 60 (sessenta) meses de duração, e desde que sejam mantidos os preços e condições mais vantajosos para a Administração, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei 8.666/1993;

(...)

35. Além disso, mais recentemente o Plenário do Tribunal de Contas da União, ao examinar prorrogação decorrente de contrato de concessão, exigiu, em consonância com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a previsão de prorrogação no edital e no contrato. Eis alguns trechos do Acórdão n.º 738/2017 – Plenário, de 12/04/2017:

(...)

Acórdão

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

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

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

9.2. com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, fixar prazo de até 20 dias para que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei no sentido de anular a cláusula 2.4 do Termo Aditivo 12, relativa à *prorrogação* contratual, em razão do descumprimento dos princípios da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), eficiência (art. 37 da CF/1988 e art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995), supremacia do interesse público (princípio geral do direito), segurança, atualidade e modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, 41, 55, XI, e *57*, I, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995), interesse público (arts. *57*, I, da Lei 8.666/1993; 20, *II*, "b", da Lei 10.233/2001; 2º, *II*, "b", do Decreto 4.130/2002; e 2º Lei 9.784/1999), bem assim ao disposto no art. 37, XXII, da CF/1988;

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

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

Lei 8.666/1993:

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

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

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

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à

> *proposta do licitante vencedor;'*
>
> Lei 8.987/1995:
>
> *'Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.'*
>
> Considero absolutamente imprescindível demonstrar que a possibilidade de *prorrogação* do *contrato* já estava prevista originalmente no instrumento do *contrato.* Veja que ela deve estar no instrumento original do *contrato,* alijado dos aditivos, bem como no *edital* da licitação. Caso a *prorrogação* tenha sido inserida no *contrato* mediante termo aditivo, considero-a burla ao processo licitatório, passível de ser considerada nula a qualquer tempo.
>
> (...)
>
> É pacífica a jurisprudência do TCU no sentido da impossibilidade de conferir prorrogações não previstas no *contrato* e no *edital,* a exemplo do voto condutor do Acórdão 551/2002-2ª Câmara, da lavra do Ministro Ubiratan Aguiar, ao discorrer sobre *prorrogação* de *contrato* de duração continuada, de que trata o art. *57, II,* da Lei 8.666/1993:
>
> *'Agora no que se refere à previsão da prorrogação no ato convocatório, resta esclarecer que, de fato, a prorrogação do inciso II depende de explicita autorização no ato convocatório. Sendo omisso o Edital, não poderá a entidade promover a prorrogação. O doutrinador Marçal Justem Filho, na obra 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' 8ª Edição, pág. 57, tece comentários a respeito da matéria,* ***defendendo não ser possível que se instaure a licitação sem explicita previsão da possibilidade da prorrogação, visto que os eventuais interessados deverão ter plena ciência dessa possibilidade a fim de apresentarem suas propostas*** *que, evidente, poderão ser mais vantajosas em função da possibilidade de se obter um prazo mais alongado de fornecimento. Assim, em razão de não haver esta previsão editalícia e, consequentemente, contratual quanto à prorrogação em questão, entendo que deve ser mantida a irregularidade.'* (grifei)
>
> Igualmente oportuno o Acórdão 1.705/2003-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer:
>
> *'9.5.16. Observe rigorosamente o princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/1993, abstendo-se de efetuar prorrogações de contratos não previstas (...).'*

36. Assim, em sintonia com a mais nova manifestação do Plenário do Tribunal de Contas da União, não há como concordar com a visualização da ausência de previsão editalícia ou contratual como mera falha formal, eis que o cenário descrito no edital e em seus anexos condiciona a atuação dos licitantes.

37. E também o argumento de que bastaria a regra inscrita no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 para autorizar a prorrogação se mostra frágil. Isso porque os contratantes devem obediência à lei, ao edital e ao contrato. Nessa linha, aparece o art. 66 da Lei n.º 8.666/93 ao dispor que o "contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

38. Hipoteticamente, poder-se-ia pensar em licitação para a contratação de serviço continuado sem a previsão de prorrogação de vigência na qual um dos licitantes recebe, ilicitamente, da Administração contratante a garantia informal de que o prazo de vigência contratual seria futuramente estendido até o máximo de sessenta meses. Nesse exemplo, a vantagem competitiva decorrente da relação ilícita imaginada poderia ser facilmente evitada com a simples estipulação editalícia da possibilidade de prorrogação.

39. Novamente, insiste-se no sentido de que a segurança jurídica gerada pela existência de disposições editalícia e contratual possibilitadoras da prorrogação de vigência determina a obrigatoriedade de tal previsão.

40. Por fim, é útil combater as seguintes razões levantadas pelo Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal: a) somente o inciso I do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 exigiria previsão no ato convocatório; e b) o art. 92 da Lei n.º 8.666/93 indicaria a correção da tese sustentada.

41. Eis o teor do referido art. 57, I, da Lei n.º 8.666/93:

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

> I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

42. De fato, o mencionado dispositivo apresenta redação diferente daquela constante nos incisos II e III do art. 57, o que poderia sugerir que somente o inciso I exigiria previsão expressa no instrumento convocatório. Porém, esse não parece o melhor entendimento. A situação deve ser interpretada de outro modo.

43. Em sede de licitações e contratos, se não há previsão explícita, a regra é a impossibilidade de prorrogação da vigência. O *caput* do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 dispõe nesse sentido. Os incisos e parágrafos do citado art. 57 é que enunciam as hipóteses excepcionais de prorrogação.

44. Ademais, a interpretação sistemática dada aos arts. 3.º, *caput*, 38, I e X, 40, § 2.º, III, 41, 54, § 1.º, 55, XI e 66 da Lei n.º 8.666/93 já impõe a necessidade de previsão editalícia expressa para a prorrogação da vigência dos contratos referentes a serviços contínuos. Sendo assim, é desnecessário que a regra apareça explicitamente no inciso II do art. 57.

45. No caso do inciso I do art. 57, pode-se dizer que a expressão "desde que isso tenha sido previsto no instrumento convocatório" é desnecessária, já que se não existisse tal norma ainda sim seria obrigatória a previsão editalícia por força interpretação atribuída aos dispositivos legais apresentados.

46. Quanto ao art. 92 da Lei n.º 8.666/93, vale inicialmente transcrever o dispositivo para depois oferecer interpretação diferente da apresentada pela Procuradoria-Geral Federal:

> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
>
> Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
>
> Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

47. A Procuradoria-Geral Federal afirma que a interpretação do dispositivo, *a contrario sensu*, indica que prorrogação poderia ser concedida apenas com a autorização da lei, pois a norma aceita a autorização "em lei, no ato convocatório ou nos respectivos instrumentos contratuais".

48. Contudo, a melhor exegese do art. 92 parece ser no sentido de que a conduta típica poderia ser implementada por uma prorrogação sem autorização em lei, ou seja, fora das hipóteses taxativamente previstas. Também poderia ser configurado crime se a prorrogação não fosse admitida no ato convocatório. E, por fim, a conduta típica descrita poderia ser realizada se a prorrogação fosse realizada sem autorização no contrato. Isso explica a presença da conjunção "ou". As três condutas vislumbradas poderão ser tidas como crime. Não há como se exigir que a conduta seja punida somente quando a lei, o ato convocatório e o contrato forem descumpridos. Não é isso que o preceito impõe.

IV – Conclusão

49. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 3.º, *caput*, 38, I e X, 40, § 2.º, III, 41, 54, § 1.º, 55, XI e 66 da Lei n.º 8.666/93 e em harmonia com os entendimentos sustentados pelas Consultorias Jurídicas da Justiça e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, considera-se necessária a existência de disposição editalícia e cláusula contratual expressas para possibilitar a prorrogação de vigência com fulcro no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93.

À consideração superior.

Brasília, 17 de abril de 2019.

ANTONIO DOS SANTOS NETO
ADVOGADO DA UNIÃO
COORDENADOR DE ORIENTAÇÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08206300419201630 e da chave de acesso 9a2c4aa5

Notas

1. ^ *JUSTEN FILHO, Marçal.* ***Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos****, 17.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 834 e 835.*
2. ^ *Ob. cit., pp. 1086 e 1092.*
3. ^ *TORRES, Ronny Charles Lopes de.* ***Leis de Licitações Comentadas****. 8.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 531.*
4. ^ *FURTADO, Lucas Rocha.* ***Curso de Licitações e Contratos Administrativos****. 7.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 45-46.*
5. ^ *Ob. cit., p. 532.*
6. ^ *Ob. cit., p. 1116.*
7. ^ *Ob. cit., p. 628.*
8. ^ *Ob. cit, pp. 656, 657 e 660.*
9. ^ *Modelos disponíveis em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/714621)*
10. ^ *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4.ª ed., Brasília : TCU, 2010, p. 765, disponível em https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/*

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 243960374 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 18-04-2019 20:29. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.