



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PARECER n. 00403/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.004487/2019-07

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTOS: REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRA DE ENGENHARIA. QUINTO TERMO ADITIVO. CONTRATO POR ESCOPO. PRORROGAÇÃO UNILATERAL DE VIGÊNCIA. ART. 58, I, DA LEI 8.666/93. APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

1. RELATÓRIO

1. Cuida-se da análise da regularidade jurídica do quinto termo aditivo ao contrato 029/2019, de obra de engenharia, mediante o regime de execução de empreitada por preço global, que tem por objeto prorrogação do prazo de vigência contratual, nos termos do art. 58, inc. I, da Lei nº 8.666/93, passando o prazo final de vigência do contrato de 04.06.2023 para 04.11.2023.

2. Os autos referentes ao processo administrativo foram instruídos, dentre outros, com os seguintes documentos, no que interessa à presente análise:

- edital (SEQ 7, PA2, fls. 5-12);
- proposta (SEQ 7, PA3, fls. 9-51);
- contrato 029/2019, com vigência de 04.11.2019 a 04.06.2021, no valor total de R\$ 2.067.102,05 (SEQ 7, PA8, fls. 11-19);
- primeiro termo aditivo, com acréscimo de R\$ 7.782,83, passando o valor do contrato para R\$ 2.074.884,88, e alteração de vigência (adicionando 4 meses), passando a englobar o período que vai até 04.10.2021 (SEQ 12, PA5, fls. 20-22);
- segundo termo aditivo, com acréscimo de R\$ 5.653,00, passando o valor do contrato para R\$ 2.080.537,88, e alteração do prazo de vigência por mais 10 meses, englobando o período de 04.10.2021 a 04.08.2022, e elastecendo o prazo de execução por mais 04 meses, passando ao total de 17 meses o referido prazo (SEQ 17, fls. 41-43);
- primeiro termo de apostilamento, reajustando o contrato para o valor de R\$ 2.191.430,55 (SEQ 17, fls. 56-57);
- segundo termo de apostilamento, reajustando o contrato para o valor de R\$ 2.488.840,82 (SEQ 17, fls. 115-116);
- terceiro termo aditivo, promovendo o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, com acréscimo de R\$73.382,03, passando o valor do contrato para R\$ 2.488.840,82 (SEQ 24, fls. 25-26);
- quarto termo aditivo, prorrogando a vigência contratual pelo período de 10 (dez) meses, contemplando o interregno de 04.08.2022 a 04.06.2023, acrescendo 06 (seis) meses ao prazo de execução, que passa a compreender o período de 20.04.2021 a 20.03.2023, acrescendo 9,22% e suprimindo 1,11% ao valor do contrato, que passa a ser de R\$2.766.880,53 (SEQ 29, fls. 29-31, com publicação no SEQ 29, fl. 32);
- terceiro termo de apostilamento, reajustando o contrato para o valor de R\$ 2.806.833,44 (SEQ 29, PA1, fls. 92-93);
- solicitação da prorrogação (SEQ 29, fls. 124-133);
- justificativa para a necessidade da prorrogação proposta e a referida hipótese legal (SEQ 29, fls. 124-133);

- o ciência da contratada, por escrito, em relação aos prazos propostos;
- o projeto básico ajustado com a alteração pretendida (SEQ 29, fls. 164-228);
- o aprovação do projeto básico ajustado (SEQ 29, fl. 255);
- o autorização da alteração;
- o minuta de termo aditivo (SEQ 29, fls. 248-249) e
- o lista de verificação (SEQ 29, fls. 153-162 e 250-252).

3. Por razões de economia processual, os documentos relevantes à presente apreciação serão mencionados no corpo do parecer.

4. É o relatório.

2. DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À ETR-LICITAÇÕES

5. Inicialmente, cumpre registrar o que dispõe o art. 14 da Portaria PGF nº 931/2018, acerca do encaminhamento de processos para a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LICITAÇÕES:

"Art. 14 São requisitos para o encaminhamento de processos administrativos contendo consultas sobre licitações e contratos da área meio à ETR-Licitações e Contratos:

I – a utilização de minutas padrão de termo de referência, edital de licitação, contrato e ata de registro de preços, conforme o caso, disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União; e

II – a utilização das listas de verificação (checklists) da instrução processual disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União.

§ 1º As inclusões, modificações e exclusões em minutas padrão deverão ser expressamente comunicadas e previamente submetidas à apreciação da ETR-Licitações e Contratos, em manifestação apartada que indique as disposições alteradas e explicita suas justificativas.

§ 2º Para otimização dos trabalhos, a Coordenação da ETR-Licitações e Contratos poderá definir modelos de comunicação de inclusões, modificações, exclusões ou informações de observância obrigatória.

§ 3º No caso de crescimento excepcional da demanda de processos encaminhados à ETR-Licitações e Contratos, sem que haja ingresso de novos integrantes, o DEPCONSU poderá, ouvido o Responsável pela coordenação da equipe, entre outras medidas, permitir que os processos sejam analisados pela Equipe em prazo superior àquele estabelecido no plano de trabalho.

§ 4º A ETR-Licitações e Contratos não atuará em processos com pedido de análise em regime de urgência ou de prioridade, competindo à Procuradoria Federal junto à autarquia ou fundação pública federal, nesses casos, a realização das respectivas atividades de consultoria jurídica, nos termos da Portaria PGF nº 261, de 05 de maio de 2017."

6. Sendo assim, nas hipóteses em que não forem observados os requisitos acima, incluindo a informação constante do parágrafo primeiro, os processos serão devolvidos para adequação, sem prejuízo de que, desde logo, sejam feitas considerações a respeito da legalidade do procedimento e recomendações para regularização.

7. Ainda, destaca-se a necessidade de que seja verificada, pela chefia da unidade de execução da PGF (ou a quem lhe for delegada competência), se os processos encaminhados estão, de fato, instruídos com as minutas da AGU. Essa análise é importante para evitar a devolução dos autos e, por conseguinte, atraso na sua análise jurídica. Para tanto, sugere-se orientar o órgão competente para a responsabilização administrativa em caso de divergência de informação em relação ao uso das minutas.

3. DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos estritamente jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a

autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC n° 7, que assim dispõe:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.” (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta n° 01, de 2 de dezembro de 2016)

9. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorado que porventura seja aplicável ao caso concreto.

10. Portanto, a análise quanto aos aspectos relativos à legislação aplicável à atividade-fim deve ser feita pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.

11. Feita a ressalva, passa-se à análise estritamente jurídica da presente consulta.

4. DA AUTORIZAÇÃO

12. No caso, consta aprovação quanto à alteração do projeto básico (SEQ 29, fl. 255) e aprovação da minuta do termo aditivo (SEQ 29, fl. 257), recomendando-se que a Administração certifique a presença de autorização, expedida pela autoridade competente, para a alteração contratual pretendida.

13. Ressalte-se que a Administração deve se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente alteração.

5. DA POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO POR ESCOPO

14. No presente caso, a área técnica solicita análise jurídica quanto ao 5º Termo Aditivo, Prorrogação Unilateral, sem reflexo financeiro, do prazo de vigência contratual, celebrado de forma excepcional e com o intuito de evitar maiores prejuízos para a Administração.

15. É importante diferenciar os contratos por escopo dos contratos por prazo, de modo a analisar os limites à vigência dos contratos administrativos, bem como os efeitos do término do prazo de cada. O referido tema foi objeto do artigo de Marcelo Bruto da Costa Correia, a seguir transcrito:

A primeira questão que se põe a quem se proponha a enfrentar o assunto atine à existência ou não de limites temporais para a vigência de um contrato administrativo. A resposta pressupõe atenta análise das normas que disciplinam o prazo de vigência dos contratos administrativos e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a elas correlatas.

Introdutoriamente, imprescindível é a distinção entre os contratos de obras públicas e os demais, cuja natureza seja diversa.

Caracteriza os primeiros o fim perseguido pela Administração ao celebrá-los: a execução de um objeto pré-determinado cuja entrega coroa a conclusão dos objetivos contratuais.

Desta forma, o contrato de obra pública é condicionado pela entrega do objeto determinado, quando, então, poder-se-á tê-lo por finalizado. Ao revés, o contrato, por exemplo, de prestação de serviços, consubstancia-se no oferecimento de serviços, tal qual pactuado, durante o transcorrer de um prazo contratualmente estabelecido, integrando este período - o prazo - em que são prestados os serviços à própria dimensão do objeto.

Ponderadas essas características, nota-se que o transcurso do prazo provoca efeitos bem diferentes para cada espécime contratual acima mencionada.

Partindo desta premissa de que o prazo provoca diferentes efeitos sobre subespécies de contratos administrativos, pode-se afirmar, portanto, que os contratos administrativos subdividem-se em contratos por objeto e contratos por prazo. Exemplo dos primeiros é a empreitada de obra; dos segundos, o contrato de prestação de serviços de vigilância ou asseio e conservação.

Os efeitos do término do prazo em cada espécime são obviamente diferentes porque, nessas duas modalidades contratuais, o lapso temporal desempenha função bastante distinta. No contrato de

empreitada, o prazo contratualmente estabelecido não serve à definição do objeto, mas apenas à demarcação do tempo concedido ao contratado para a sua entrega. No contrato de vigilância, o prazo contratual define a própria extensão e valor do objeto (ex.: prestação do serviço de vigilância por seis meses).

Isto posto, nos contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto (contratos por objeto), o vencimento do prazo não provoca, per si, a conclusão automática do contrato, tal como ocorre nos contratos por prazo, nos quais, ao término do prazo, está entregue o objeto - “oferecimento dos serviços pelo período determinado” - e finalizado o contrato.

16. Após fazer a diferenciação entre os contratos por objeto/escopo dos contratos por prazo, o autor aborda o ponto central da questão pertinente à consulta formulada pela Administração, nos seguintes termos:

Nos contratos por objeto, alcançado o prazo, há de se averiguar se foi efetivamente entregue o objeto pactuado, suscitando-se, então, o exame da ocorrência ou não de mora da contratada no cumprimento de suas obrigações, com a consequente aplicação das sanções contratuais, por, eventualmente, não ter entregue as obras concluídas dentro do lapso de tempo estipulado - obviamente, apenas se responsabiliza a contratada se tiver dado causa ao fato que impediu o cumprimento do prazo.

Assim, os prazos previstos nos contratos por objeto são prazos moratórios, o que significa dizer que a expiração dos mesmos não extingue o ajuste. É que nos contratos que se extinguem pela conclusão do seu objeto, a prorrogação independe de aditivo ou de nova licitação, porque, embora ultrapassado o prazo, o contrato continua em execução até que seja entregue o objeto ou rescindida a avença, por uma das hipóteses legais.

De se concluir, então, que, no contrato de obras, ao revés de ser limite inexorável a pôr fim à relação contratual, o prazo opera como obrigação temporal para a entrega da obra, ou seja: é o período em que, findo, deverá o contratado entregar o objeto, sob pena de operar-se sua mora (por óbvio, se culpa sua houver). Não é, pois, prazo extintivo, mas obrigação temporal para a entrega da obra, sob pena de se aplicar sanção ao contratado inadimplente - sanção que pode subsumir-se, inclusive, na rescisão do contrato, embora, evidentemente, a inadimplência do contratado no cumprimento dos prazos pode ser causa para rescisão, nos termos do art. 78 da Lei Federal nº 8.666/1993.

- Grifos Acrescidos

17. A doutrina acima ressaltada faz alusão aos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, ressaltando o que segue:

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público, ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato. (Licitação e contrato administrativo. 10. ed. São Paulo: RT, p. 230)

(...)

***Nos demais contratos, como no de empreitada de obra pública, não se exige, nem se justifica cláusula de prorrogação, porque o contrato não se extingue pela fluência do prazo fixado, mas sim pela conclusão da obra.** Nestes contratos o prazo é apenas limitativo do cronograma físico, e será prorrogado (com ou sem mora das partes) tantas vezes quantas sejam necessárias para a conclusão da obra independentemente de previsão contratual. (Op. cit., idem, ibidem)*

- Grifos Acrescidos

18. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência dividem os contratos públicos em duas espécies: a) por prazo determinado, que se extinguem pela expiração do prazo de vigência; e 2) por escopo, que se extinguem pela conclusão do seu objeto, como é o caso do contrato de obras públicas.

19. Nessa linha, imperioso concluir que a extinção do contrato pelo término do seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. No entanto, deve-se distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os

que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; no segundo, o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução, conforme ocorre nos contratos de prestação de serviços continuados.

20. No tema, o órgão de controle assim já se manifestou:

Em regra a prorrogação do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste. Entretanto, excepcionalmente e para evitar prejuízo ao interesse público, nos contratos de escopo, diante da inércia do agente em formalizar tempestivamente o devido aditamento, é possível considerar os períodos de paralisação das obras por iniciativa da Administração contratante como períodos de suspensão da contagem do prazo de vigência do ajuste. (Acórdão 127/2016 - Plenário - TCU)

21. Inclusive, o referido entendimento, foi consolidado na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), conforme se afere pelo art. 111, a seguir transcrito:

Art. 111. Na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

Parágrafo único. Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado:

I - o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;

II - a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotar as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

22. Isto posto, verifica-se que a doutrina considera que os contratos por escopo permanecem vigentes até a consecução do objeto. Ademais, conforme previsão expressa na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), a prorrogação do prazo de vigência ocorrerá, para os contratos regidos pela mencionada Lei, de modo automático, até a conclusão do objeto contratado.

23. Assim, **entende-se que o contrato por escopo pode ser prorrogado unilateralmente**, tendo em vista que, quando da lavratura do contrato, a empresa contratada se obrigou a entregar o objeto lá descrito e, se o objeto ainda não fora concluído, compete a ela suportar o ônus da conclusão.

24. No caso concreto, conforme informações da área técnica (SEQ 29, fls. 124-133), optou-se por prorrogar unilateralmente diante da proximidade do término da vigência contratual, com as justificativas de ordem administrativa carregadas ao feito, sobre as quais não cabem considerações jurídicas, de modo que não se vislumbra óbice à prorrogação pretendida.

6. DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL

25. Os contratos administrativos reger-se-ão pela disciplina da Lei nº 8.666/1993, observada, eventual regra específica prevista na Lei n.º 12.462/2011 e no decreto regulamentar, consoante previsão contida no Decreto n. 7.581/2011, *in verbis*:

Art. 63. Os contratos administrativos celebrados serão regidos pela Lei no 8.666, de 1993, com exceção das regras específicas previstas na Lei no 12.462, de 2011, e neste Decreto.

26. A alteração pretendida encontra amparo no art. 58, I, da Lei nº 8.666/1993, a seguir:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de

acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

27. No caso concreto, a prorrogação do prazo de vigência encontra-se justificada nos autos, nos termos do inc. I, do artigo 58, da Lei nº 8.666/1993 (SEQ 29, fls. 124-133).

7. DA VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL ATRASO ATRIBUÍVEL AO CONTRATADO PARA FINS DE EFEITOS CIVIS E RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.

28. Não é demais recomendar ao gestor verificar se há eventual atraso decorrente de culpa da contratada para fins de apuração de responsabilidade administrativa, a exemplo da possibilidade de aplicação de eventual penalidade de multa, uma vez observado contraditório e a ampla defesa, nos termos do edital e anexos, bem como no tocante aos efeitos civis, a fim de evitar eventual enriquecimento sem justa causa, providência adotada pela Administração, consoante declarado no SEQ 29, fl. 132.

29. O atraso injustificado na execução de contratos públicos enseja o poder e o dever da Administração Pública adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada (Acórdão 1218/2021, Plenário, Auditoria, Relator Ministro Augusto Nardes - Boletim de Jurisprudência nº 358).

8. DA PRORROGAÇÃO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO DIANTE DE ATRASO ATRIBUÍVEL AO CONTRATADO.

30. Nas Notas Explicativas referentes à cláusula primeira do Termo Aditivo-modelo para prorrogação contratual, atualização Abril/2021, da Câmara Nacional de Modelos de Licitação e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, consta a seguinte orientação:

"diante da proximidade do termo final dos prazos de execução ou de vigência, caso a Administração pretenda estendê-los, é necessário formalizar a adequação desses prazos, que, se cabível, deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada, por meio de termo aditivo aprovado pela assessoria jurídica e pela autoridade competente para celebrar o contrato, sem prejuízo da aplicação das penalidades decorrentes de eventual atraso – Fundamento: Parecer n. 133/2011/DECOR/CGU/AGU".

31. Nessa senda, tem-se o Manual de Auditoria de Obras Públicas, Brasília, agosto/2018 (disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44975/5/Manual_de_Auditoria_de_Obras_Publicas.pdf), a seguir:

2.3.20.2 Atrasos de responsabilidade da Empresa Contratada

Neste caso, a empresa descumpre o contrato alocando insumos em quantidade inferior à necessária, gerando produção inferior à programada, dentre outras causas. O fiscal do contrato deve estar alerta para estes fatos, checando constantemente o efetivo de pessoal, o provisionamento de insumos e a disponibilidade de equipamentos, comparando as quantidades planejadas versus as quantidades disponíveis em cada etapa da obra.

Pequenos atrasos podem ocorrer por questões tais como falta momentânea de insumos e equipamentos, acidentes, avarias em equipamentos, etc. O importante é que, ocorrido o atraso, haja uma imediata atuação da fiscalização junto à contratada para a correção do desvio. Estes pequenos atrasos, regra geral, podem ser compensados pela contratada, com remanejamentos dentro da obra e reforço dos serviços mais importantes e críticos para o atendimento do prazo previsto.

Entretanto, podem os atrasos chega a comprometer o atendimento do prazo contratado, levando fatalmente à prorrogação do contrato. Com isto, serão postergados os benefícios da obra ao público-alvo. Neste caso, os atrasos decorrentes da atuação deficiente da empresa contratada

devem ser coibidos, com aplicações das sanções contratuais e, em casos extremos, à rescisão do contrato.” (destaque)

32. No caso de atraso atribuível à contratada, a regra é a prorrogação do contrato, em atenção ao postulado da primazia do interesse público, da continuidade do serviço público e/ou da solução mais vantajosa para o erário público (art. 3o, caput da Lei n. 8.666/93), sendo a rescisão do contrato exceção reservada para casos extremos.

33. Nesse ponto, cabe ainda ao gestor atentar para o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os arts. 2º e 3º do Decreto n.º 9.830/2019, a seguir:

Decreto-Lei n. 4.657/1942

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Decreto n. 9.830/2019

CAPÍTULO II

DA DECISÃO

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o Conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

34. No caso concreto, a prorrogação do prazo de vigência encontra-se justificada nos autos (SEQ 29, fls. 124-133), aspectos técnicos que não desafiam considerações jurídicas, inclusive com informação da instauração de processo sancionador ("Cabe salientar que foi instaurado processo administrativo para apuração das faltas e aplicação das sanções cabíveis à contratada").

9. REQUISITOS DO ADITAMENTO

35. Quanto aos requisitos do aditamento que tenha por objeto a prorrogação contratual, deverão ser cumpridos os delineados abaixo:

a) No caso de obra: celebração do termo aditivo dentro do prazo de vigência da contratação (itens I e V da Conclusão DEPCONS/PGF/AGU n.º 58/2013) - **cumprido** (SEQ 29, fls. 29-31, com publicação no SEQ 29, fl. 32);

- b) justificativa da prorrogação e demonstração do enquadramento da hipótese no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.666/93 - **cumprido** (SEQ 29, fls. 124-133);
- c) certificação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - **cumprido** (SEQ 29, fls. 124-133);
- d) autorização prévia da autoridade administrativa competente para celebrar o contrato - **verificar**;
- e) manutenção de todas as condições de habilitação e ausência de impedimentos à contratação (art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993 e verificação de sistemas e sítios da internet - exibição do SICAF, Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN e Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do TCU) - **cumprido** (SEQ 29, FLS. 242-247);
- f) ciência da contratada, por escrito, em relação aos prazos propostos no caso de prorrogação - **verificar**;
- g) análise prévia da consultoria jurídica do órgão (art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93) - **cumprido**;
- h) elaboração de minuta do termo aditivo (art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93) - **cumprido** (SEQ 29, fls. 248-249);
- i) Renovação do valor da garantia - **deve ser providenciado** em atenção à cláusula quarta do termo aditivo (SEQ 29, fls. 248-249);
- j) publicação na imprensa oficial do extrato do termo aditivo (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93) - **posterior**;
- k) tratando-se de atraso na execução de obra de engenharia por culpa da contratada, observar a vedação de acréscimo nos valores dos serviços “administração local” e “operação e manutenção do canteiro” (TCU, Acórdão 178/2019-Plenário) - **cumprido** (somente prorrogação de vigência).

36. Para os requisitos considerados como adequadamente satisfeitos, foi indicada, ao lado das alíneas acima, uma observação de "cumprido" em negrito e com remissão à folha do processo administrativo que consta do sistema Sapiens da AGU.

37. Nos demais casos, **recomenda-se** providências saneadoras da Administração, especialmente quanto à autorização efetiva para realização do termo aditivo, quanto à ciência da contratada da modificação unilateral e quanto à renovação da garantia prevista na cláusula 4.1 do termo aditivo.

10. DA DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

38. Quanto à indicação de recursos orçamentários, a mesma é desnecessária tendo em vista que o termo aditivo tem por objeto tão somente a prorrogação da vigência, sem acréscimo de valor.

39. De todo modo, indicada na cláusula terceira da minuta de termo aditivo, recomenda-se o lançamento dos dados correspondentes.

11. DO TERMO ADITIVO

40. A minuta de termo aditivo (SEQ 29, fls. 248-249) encontra-se parcialmente adequada sob o aspecto jurídico, necessitando dos seguintes ajustes:

- a) corrigir o preâmbulo do termo aditivo, alterando a expressão "Termo Aditivo 004" para "Termo Aditivo 005";
- b) corrigir a numeração da cláusula sétima.

41. Dito isso, relembre-se que, de acordo com a jurisprudência consolidada do TCU (Acórdão TCU nº 282/2008 - Plenário), os termos aditivos somente podem ter efeitos financeiros prospectivos:

Voto:

12. Entretanto, o que não resta justificada é a execução de contrato verbal, com a assinatura de termo aditivo com efeitos financeiros retroativos. Veja-se, no entanto, que essa irregularidade

não foi objeto de audiência e entendo, por se tratar de fato isolado e não tendo sido apontado prejuízo à estatal ou terceiro interessado, desnecessária a realização desse procedimento.

13. Mesmo assim, considero relevante tecer algumas considerações a respeito do tema, com o objetivo de contribuir com a estatal para que esse mesmo procedimento não seja adotado futuramente.

14. A não ser em casos excepcionais, a exemplo de situações emergenciais ou mesmo quando se examina direitos a serem avaliados pela administração que demanda período de tempo significativo, como no caso de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato, são injustificáveis a realização de serviços e o fornecimento de bens sem cobertura contratual, bem como conferir aos contratos feitos financeiros retroativos.

15. Não se trata de simples formalidade. Em verdade, a formalização dos contratos no âmbito do poder público, pela administração direta ou indireta, assegura a publicidade do ato, e vias de consequência, a transparência e a lisura do negócio. Há que se considerar também que a assinatura do contrato dificulta, sobremaneira, o desvio de recursos e torna difícil a prática das mais diversas ilicitudes. Em síntese, a ausência de contrato escrito, sem dúvida, é fonte de desvio e desmando e não favorece nem ao contratante nem ao contratado. Por isso mesmo, a lei fulmina como absolutamente nula avença dessa natureza e nem mesmo reconhece a boa-fé das partes envolvidas.

Acórdão:

9.2. determinar à Petróleo Brasileiro S.A., com fulcro no inciso I do art. 43 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 c/c o inciso II do art. 250 do Regimento Interno deste Tribunal, que:

9.2.1. adote medidas para proceder a uma revisão mais criteriosa sob o ponto de vista jurídico, técnico e financeiro dos instrumentos contratuais a serem celebrados, de modo a evitar a celebração de aditivos com efeitos retroativos; (Acórdão TCU nº 282/2008 - Plenário).

42. Ressaltamos, por fim, que os dados que figuram no preâmbulo, como nome dos representantes legais, qualificações, endereços, documentos, dentre outros, devem ser verificados pela própria Administração a partir dos dados que constam dos autos e dos registros administrativos.

12. PUBLICAÇÃO E LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

43. Registra-se ser necessária, à luz do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/1993, a publicação resumida do termo aditivo na imprensa oficial, por ser condição de eficácia do instrumento.

44. Além disso, de acordo com o art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.527/2011 c/c art. 7º, § 3º, V, do Decreto nº 7.724/2012, deverá haver disponibilização dos seguintes documentos e informações no sítio oficial do ente na internet:

- a) cópia integral do edital com seus anexos;
- b) resultado da licitação e a ata de registro de preços;
- c) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

45. Neste sentido, o TCU decidiu, no Acórdão nº 1855/2018-Plenário que "Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem promover a publicação do inteiro teor de todos os seus contratos administrativos, inclusive anexos e aditivos, em seus sítios oficiais na Internet, em atendimento ao art. 8º, § 1º, inciso IV, da Lei 12.527/2011 (LAI), preferencialmente em formato aberto (art. 8º, § 3º, inciso III, da mesma lei) e que permitida a pesquisa de texto".

46. Por isto, também se recomenda a publicação do inteiro teor de todos os seus contratos administrativos, inclusive anexos e aditivos, no site oficial do ente público na internet.

47. Impende alertar para que nas minutas dos contratos e dos aditivos correlatos não constem os números de documentos pessoais das pessoas naturais que irão assiná-los, vez que o art. 61, da Lei nº 8.666, de 1993 exige apenas o nome dos representantes das partes, sendo recomendada a identificação dos representantes da contratada apenas pelo nome e a dos representantes da contratante somente pela matrícula funcional, a qual, nas publicações, deve ser anonimizada, para o devido atendimento das diretrizes do art. 31, da Lei nº 12.527/2011 e da [Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018](#) - [PARECER n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU](#) e [PARECER n. 00001/2022/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU](#).

13. CONCLUSÃO

48. Considerando todo o acima exposto e, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, o parecer **APROVA COM RESSALVAS** a minuta de termo aditivo (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), **desde que** cumprido o disposto nos **itens 12, 37 e 40**.

49. As orientações emanadas dos Pareceres Jurídicos, ainda que apenas opinativos, devem ser seguidas ou, caso contrário, justificadas no corpo do processo.

50. Não há, ademais, determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela ETR-Licitações. Eis o teor do BPC nº 05: "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".

51. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração da chefia da entidade consulente.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Alexandre Goergen
Procurador Federal

George Macedo Pereira
Procurador Federal

Gerson Leite Ribeiro Filho
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

José Welton Medeiros Ferreira
Procurador Federal

Juliana Fernandes Chacpe
Procuradora Federal

Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt
Procuradora Federal

Marcela Sales Meinerz
Procuradora Federal

Marina Define Ottavi
Procuradora Federal

Maristela Silva Menezes Plessim
Procuradora Federal

Sandra Carneiro Valença Santos
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223004487201907 e da chave de acesso e0549468



Documento assinado eletronicamente por DOUGLAS ALEXANDRE GOERGEN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1159621384 e chave de acesso e0549468 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DOUGLAS ALEXANDRE GOERGEN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-05-2023 08:54. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
