

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOIPE

PROCESSO Nº 18332e21

PARECER Nº 01685-21

EMENTA: .

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Valnício Armede Ribeiro, Prefeito do Município de Maragoiipe, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 18332e21, questionando:

- “1. O serviço de transporte escolar é considerado contínuo?
2. É lícito ao Município prorrogar o contrato administrativo de serviço de transporte escolar proveniente de licitação, modalidade Pregão?
3. A prorrogação de contrato de prestação de serviço transporte escolar viola alguma norma legal?
4. Poderá a prorrogação ser efetuada até o prazo de 60 meses, sendo os reajustes baseados na variação de preços de mão de obra e insumos no período a ser reajustado?

Em caráter preliminar, registra-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Tendo em vista que no dia 01 de abril de 2021, entrou em vigor a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021, bem assim que a mesma não revogou a Lei Federal nº 8.666/93, estabelecendo em seu art.193 um tempo de adaptação de dois anos, passaremos a analisar a hipótese de prorrogação contratual nos casos de serviços de natureza contínua à luz dos desses dois textos normativos.

De logo, registre-se que no art.191, da Nova Lei de Licitações, restou expressamente vedada a aplicação combinada entre as aludidas normas. O que significa dizer que todas essas leis vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes, contudo não poderão ser aplicadas simultaneamente no mesmo procedimento.

Ao escolher o regime, a opção deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O Edital definirá o regime jurídico a ser utilizado, se o novo OU o antigo, mas nunca os dois no mesmo procedimento. Revela-se, ainda, que o regime do contrato acompanha o regime da licitação, conforme se depreende da leitura do art. 190 da Lei nº 14.133/2021: *“O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”*.

Dito isso, cumpre pontuar que, **à luz da Lei Federal nº 8.666/93**, os contratos administrativos têm sua duração adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário. Nesse sentido, é o teor do *caput* do artigo 57 dessa Lei, a seguir reproduzido:

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

No particular, esclareça-se que, de acordo com o artigo 34 da Lei nº 4.320/1964, “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil”, iniciando, portanto, em 1º de janeiro e se encerrando em 31 de dezembro de cada ano.

Somente é possível ultrapassar esse prazo nos casos em que o objeto da contratação se enquadre em uma das hipóteses descritas nos incisos do supracitado artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam:

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

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

(...)

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.” (destaques aditados)

No que se refere ao contrato de prestação de serviços contínuos, o artigo 57, II, da Lei nº 8.666/1993, autoriza a prorrogação do seu prazo de vigência, desde que comprovada a vantajosidade de preços e condições para a Administração.

Além disso, a hipótese de dilação de prazo contratual deve estar expressamente prevista no instrumento convocatório da licitação e no respectivo ajuste entabulado entre as partes. Tal dever tem fundamento na necessidade de garantir aos interessados em contratar com o Poder Público ciência a respeito de tal informação, a qual pode, inclusive, influenciar nas suas participações, ou não, no certame e na elaboração de suas propostas.

Para corroborar tal entendimento, importante aduzir que Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, Revista dos Tribunais, página 955, ensina que:

“A renovação do contrato, na hipótese do inc. II, depende de explícita autorização no ato convocatório. Omitido 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.”

Deve, ainda, ser adotada a modalidade de licitação adequada, tendo em vista o valor total do pacto, computadas as possíveis prorrogações, respeitando-se o prazo máximo de 60 (sessenta) meses previsto na Lei.

Com relação ao conceito de “serviços a serem executados de forma contínua”, Marçal Justen Filho, na supracitada obra, página 949, elucida que:

“A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência

da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro.

Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também as necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades de menor relevância (tal como limpeza, por exemplo). O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.” (destaques aditados)

Desse modo, a análise do enquadramento de determinada atividade no rol dos “serviços a serem executados de forma contínua” depende de um exame casuístico, no qual deverá ser avaliada a constância da necessidade pública a ser executada.

Esse também foi o posicionamento adotado pelo C. Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão nº 132/2008, que teve como Relator o Exmo. Ministro Aroldo Cedraz. Confira-se:

“(…)

28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.” (destaques aditados)

Ressalve-se, porque necessário, que a prorrogação contratual apenas poderá ser efetivada no caso de o ajuste entabulado entre as partes ainda encontrar-se vigente, não tendo ultrapassado seu termo final, na medida em que não se pode dispor do que já foi extinto e, conseqüentemente, não mais produz efeitos.

Acerca da matéria, Hely Lopes Meirelles, em “Direito Administrativo Brasileiro”, 32ª edição, Malheiros Editores, página 232, afirma que “A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato. O contrato extinto não se prorroga nem se renova, exigindo novo ajuste para a continuação das obras, serviços ou fornecimentos anteriormente contratados”.

De mais a mais, imperioso consignar, também, que, segundo a Consultoria Jurídica Zênite:

“O prazo inicial do contrato que tem por objeto a prestação de serviço de execução continuada pode ser, de imediato, maior que o fixado como regra geral na cabeça do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, desde que não ultrapasse sessenta meses.”

Nessa mesma direção, Marçal Justen Filho, em sua obra anteriormente referida, página 952, assevera que “Por todas essas considerações, mantém-se a concepção de que o inc. II do art. 57 autoriza contratações com prazo de vigência de até 60 meses”.

Nesse caso, diante da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, é viável o reajuste de preços, assegurando o aludido Autor, na multicitada obra, página 957, que “A regra geral é que, decorridos doze meses (computados a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que se referir), haverá o reajuste”.

Outrossim, o prazo inicial do pacto que tem por objeto a prestação de serviço de execução continuada pode ser de até 60 (sessenta) meses, ficando autorizado o reajuste de preços, nos termos da Lei de Regência, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Já se a opção for pelo regime jurídico previsto pela **Nova Lei de Licitação**, importante informar que essa norma trouxe algumas inovações no que se refere a esta espécie de contratação.

Uma importante novidade apresentada por essa Nova Lei encontra-se consagrada já na definição inserta em seu art.6º, XV, que abrange como contínuos **os serviços e fornecimento de bens:**

“XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;”

Cumpra salientar que a Lei nº 8.666/93 restringia a possibilidade de prorrogação contratual à prestação de serviços, não contemplando o fornecimento.

Outro ponto que merece destaque no conceito trazido pelo referido inciso XV, do art.6º, é que o fundamental para a caracterização da natureza contínua do bem ou serviço está na necessidade administrativa a ser atendida.

Percebe-se que o dispositivo não exige a essencialidade dos bens ou serviços. Assim, a natureza contínua contempla tanto os bens e serviços essenciais, como também aqueles de necessidade pública permanente de menor relevância.

Corroborando com esse entendimento, o doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, a Nova Lei de Licitações pretendeu vincular a natureza contínua à necessidade pública permanente e não a essencialidade do bem ou serviço:

“É verdade que inúmeros serviços essenciais são contínuos – mas a recíproca não é necessariamente verdadeira. Veja-se que, se a Lei 14.133/2021 pretendesse vincular a aplicação do dispositivo aos casos de serviços essenciais, tê-lo-ia explicitamente feito. Invocar a presença de um serviço essencial para aplicar o dispositivo equivale a ignorar a razão de ser do dispositivo.”

No que se refere ao **fornecimento de bem** de natureza contínua, a Nova Lei não exige que ele seja ininterrupto. Assim, na prestação de dar, que é inerente ao fornecimento, há o momento de início e de término da sua execução, o que não acarreta na extinção do respectivo contrato, conservando-o para prestações futuras.

Cumpra assinalar que a Nova Lei, em seu art.105, também prevê que a duração dos contratos deverá estar prevista no respectivo edital e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários:

Art.105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

O art.106 da Nova Lei prevê as diretrizes que devem ser seguidas para que se possa prorrogar um determinado contrato de serviços ou fornecimentos contínuos por até 5 anos da seguinte forma:

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

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

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

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

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

De acordo com a doutrina de Marçal Justen Filho, o aludido art.106 ao dar o mesmo tratamento jurídico aos **serviços e fornecimento**, pôs fim a controvérsia quanto à necessidade de que os serviços contínuos não sofressem interrupção ou que não poderiam ter um intervalo de tempo no seu desenvolvimento:

“A redação do art.106 afasta a controvérsia, eis que houve o reconhecimento de que a disciplina jurídica não é centrada na dimensão material da execução do objeto. O aspecto fundamental reside nas peculiaridades da necessidade administrativa. A continuidade não é avaliada em vista da dimensão material da execução do objeto, mas em face da permanência e reiterabilidade da necessidade administrativa”

Registre-se que à luz da Lei 8666/93, o TCU apresentava resistência em reconhecer a natureza contínua de serviços que tinham interrupções na sua execução.

Respondendo aos primeiro e terceiro questionamentos, veja-se que, à luz da **Lei Federal nº 8.666/93**, a conformação de um serviço como contínuo depende do

reconhecimento da necessidade de permanência de sua prestação, projetando-se por mais de um exercício continuamente, de sorte que o interrompimento de sua execução é capaz de ensejar prejuízo quanto ao atendimento do interesse público. É o caso, por exemplo, dos serviços de transporte escolar.

Nesse diapasão, vale trazer a lume o Prejulgado nº 1833 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, realizado com fundamento na Lei 8.666/93, vejamos:

“O transporte escolar, dada a sua essencialidade e necessidade pública permanente, possui natureza de serviço a ser executado de forma contínua, ao teor do que dispõe o art. 57, II, da Lei Federal nº 8.666/93.”

Já sob a **Lei nº 14.133/21**, entendemos que o serviço de transporte escolar se enquadra ao conceito previsto pelo referido art.6º, XV, tendo em vista a necessidade permanente e prolongada de tal serviço.

Vale ressaltar que a referida Lei estabelece em seu art.107:

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

Conclui-se que é viável o enquadramento dos serviços de transporte escolar dentre aqueles a serem executados de forma contínua, ficando a prorrogação do respectivo contrato administrativo condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos, estando o mesmo tanto sob a égide da Lei 8.666/93 **OU** da Lei 14.133/21: **1)** comprovação da vantajosidade de preços e condições para a Administração (art.106, I, da Lei 14.133/21 **OU** inciso II, do art.57, da Lei 8.666/93); **2)** previsão expressa da hipótese de dilação de prazo contratual no instrumento convocatório da licitação e no respectivo ajuste entabulado entre as partes (Art. 105, Lei 14.133/21); **3)** adoção da modalidade de licitação adequada, tendo em vista o valor total do pacto, computadas as possíveis prorrogações, respeitando-se o prazo máximo de 60 (sessenta) meses previsto na Lei 8.666/93, ou de até 5 anos disposto na Lei 14.133/21; e **4)** efetivação da prorrogação dentro do período de vigência do ajuste; **5)** a autoridade competente ateste que as

condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, (art.107, da Lei 14.133/21).

Quanto à segunda pergunta, cumpre registrar que, deve-se adotar a modalidade de licitação adequada, tendo em vista o valor total do pacto, computadas as possíveis prorrogações contratuais.

Seja à luz da Lei 8.666/93 ou da Lei 14.133/21, em tese, não há impedimento legal para a prorrogação de contrato de serviço de transporte escolar proveniente de licitação na modalidade Pregão, desde que a dilação de prazo do respectivo ajuste tenha sido prevista nos respectivos instrumento convocatório da licitação e no contrato, bem como seja comprovada a vantajosidade de preços e condições para a Administração, e que efetivação da prorrogação seja dentro do período de vigência do ajuste.

Corroborando com essa tese, o ilustre Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, à luz da Nova Lei de Licitação, defende que é possível que, no caso concreto, um **objeto seja comum** e comporte execução de modo contínuo, podendo ser contratado mediante Pregão, consoante trecho abaixo transcrito:

“É muito possível que, em casos concretos, o objeto seja comum e comporte execução de modo contínuo. Se assim se passar, a licitação para a contratação far-se-á por pregão e o prazo de vigência será disciplinado pelo art.106.”

Quanto ao quarto questionamento frise-se que a regra geral é que decorridos doze meses, haverá o reajuste de preços.

Faz-se pertinente registrar que deve-se analisar se a aplicação automática de reajuste não acarreta ganhos indevidos para o particular. Caso isso aconteça, deve-se realizar uma revisão de preços.

Registre-se que, como foi dito anteriormente, o art.107, da Nova Lei de Licitações prevê que os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

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

Em seu art.135, a Nova Lei prevê que os contratos de natureza contínua estão sujeitos à repactuação de preços:

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I - à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

II - ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

§ 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

§ 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do **caput** deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

§ 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.

Segundo o doutrinador Marçal Justen Filho, repactuação se diferencia de reajuste, porque não consiste na vinculação aos preços contratuais a um índice de variação de custos, entendendo que “a repactuação é destinada a ser aplicada em contratos cuja execução envolva o uso intensivo de mão de obra, ou seja, aqueles em que as variações previstas em dissídios ou convenções coletivas de trabalho são frequentes e relevantes.”

Em face ao exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

a) Conclui-se que é viável o enquadramento dos serviços de transporte escolar dentre aqueles a serem executados de forma contínua, ficando a prorrogação do respectivo contrato administrativo condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos, estando o mesmo tanto sob a égide da Lei 8.666/93 **OU** da Lei 14.133/21: **1)** comprovação da vantajosidade de preços e condições para a Administração (art.106, I, da Lei 14.133/21 **OU** inciso II, do art.57, da Lei 8.666/93); **2)** previsão expressa da hipótese de dilação de prazo contratual no instrumento convocatório da licitação e no respectivo ajuste entabulado entre as partes (Art. 105, Lei 14.133/21); **3)** adoção da modalidade de licitação adequada, tendo em vista o valor total do pacto, computadas as possíveis prorrogações, respeitando-se o prazo máximo de 60 (sessenta) meses previsto na Lei 8.666/93, ou de até 5 anos disposto na Lei 14.133/21; e **4)** efetivação da prorrogação dentro do período de vigência do ajuste; **5)** a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, (art.107, da Lei 14.133/21).

b) Seja à luz da Lei 8.666/93 ou da Lei 14.133/21, em tese, não há impedimento legal para a prorrogação de contrato de serviço de transporte escolar proveniente de licitação na modalidade Pregão, desde que a dilação de prazo do respectivo ajuste tenha sido prevista nos respectivos instrumento convocatório da licitação e no contrato, bem como seja comprovada a vantajosidade de preços e condições para a Administração, e que efetivação da prorrogação seja dentro do período de vigência do ajuste.

c) frise-se que a regra geral é que decorridos doze meses, haverá o reajuste de preços. Faz-se pertinente registrar, contudo, que deve-se analisar se a aplicação automática de reajuste não acarreta ganhos indevidos para o particular. Caso isso aconteça, deve-se realizar uma revisão de preços.

É o parecer.

Em, 12 de novembro de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran

Assessora Jurídica

É