



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA CULTURA

SAD 84352/2016

PARECER nº 00089/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU (2.1)

PROCESSO nº 01400.001753/2015-87

INTERESSADO: Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão/MinC

ASSUNTO: Prorrogação do prazo de vigência, repactuação e alteração do Contrato nº 006/2015 – 1º Termo Aditivo

Ementa:

- I. Termo Aditivo ao Contrato nº 006/2015. Prorrogação do prazo de vigência, com fulcro no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993. Comprovação da vantajosidade da prorrogação atestada nos autos pela área técnica. Prévia disponibilidade de recursos orçamentários.
- II. Orientações contidas no Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU. Ausência – ao menos até o presente momento – de identificação dos elementos caracterizadores de eventuais irregularidades no certame ante a divergência de informações atinentes ao verdadeiro regime tributário da empresa vencedora.
- III. Possibilidade de prorrogação até que se ultime o procedimento administrativo apuratório, sem prejuízo de posterior aplicação de penalidades e rescisão do contrato.
- IV. Análise dos cálculos da repactuação. Competência da área técnica. Necessidade de observância das orientações contidas no Parecer nº 0718/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU e Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU.
- V. Inserção de cláusula de rescisão antecipada a critério da Administração e de vedação ao nepotismo. Possibilidade jurídica.
- VI. Parecer favorável, com ressalvas.

1. Em cumprimento ao disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, vem a esta Consultoria Jurídica o processo em epígrafe, conforme despacho da Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração (fl. 393 – vol. III), para análise e emissão de parecer jurídico a respeito da minuta do Termo Aditivo nº 001/2016 (fls. 386/387 – vol. III) ao Contrato nº 006/2015 (fls. 113/122 – vol. I), cujo objeto consiste na prorrogação do prazo de vigência por mais 12 (doze) meses, a contar de 25 de fevereiro de 2016 a 24 de fevereiro de 2017, com fulcro no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, bem como a inclusão de cláusula antinepotismo e cláusula de rescisão antecipada do Contrato.

I. Relatório

400

2. O processo em epígrafe trata da contratação da empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA.- ME, ocorrida em 24/02/2015, por meio da formalização do Contrato nº 006/2015, com prazo de vigência de 12 (doze) meses, cujo objeto reside na “(...) *prestação de forma contínua, dos serviços de limpeza e conservação predial na Representação Regional do Ministério da Cultura situada no Estado do Rio Grande do Sul/RS, com fornecimento de todos os materiais, utensílios e equipamentos necessários à execução dos serviços, de acordo com as condições, especificações e quantidades constantes no Edital e seus anexos.*”, nos termos da cláusula primeira (fl. 113) do aludido contrato.

3. Às fls. 386/687, consta a **minuta do Primeiro Termo Aditivo** ao Contrato nº 006/2015, cujo objeto consiste na prorrogação do prazo de vigência por mais 12 (doze) meses, a contar de 25 de fevereiro de 2016 a 24 de fevereiro de 2017, com fulcro no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, bem como a inclusão de cláusula antinepotismo e cláusula de rescisão antecipada, a ser alvo de análise por esta Consultoria Jurídica.

4. Consta às fls. 388/392 o DESPACHO N.º 29/2016/DIANC, no qual a Coordenação-Geral de Licitações e Contratos desta Pasta, após relatar o ocorrido nos autos no que diz respeito ao pretense aditamento, sugere o encaminhamento do feito a esta Consultoria Jurídica, para análise e emissão de parecer quanto:

- a. às justificativas apresentadas para a prorrogação da vigência contratual, corroboradas pelos argumentos indigitados, bem como por toda a documentação acostada ao processo, e ainda considerando o item 16, deste expediente;*
- b. à inclusão da Subcláusula Única na Cláusula Segunda – Da Vigência;*
- c. à inclusão da Cláusula Quarta - Do Antinepotismo;*
- d. ao teor da minuta do Primeiro Termo Aditivo ao presente Contrato, fls. 386/387;*

5. Narra a Coordenação-Geral de Licitações e Contratos a celeuma envolvendo a empresa contratada ocorrida nos autos do processo nº 01400.0001754/2015-21, em que foi constatada durante a análise da repactuação do Contrato nº 005/2015 a “(...) *a divergência entre o regime de tributação adotado pela empresa e aquele informado na proposta comercial, à época do certame. Ou seja, à época da licitação a empresa declarou ser optante do SIMPLES Nacional, contudo, conforme demonstrado por documento emitido pela Receita Federal do Brasil, fl. 189, ela não é optante do referido regime de tributação desde 31 de agosto de 2014.*”

6. Em seguida, cita o Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU (fls. 295/297), bem como providências solicitadas pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos nos termos do Despacho nº 51/2016/CGLIC (fls. 324/325).

7. Eis, em breve síntese, o relato do necessário. Segue manifestação.

II. Fundamentação Jurídica

8. De início, convém observar que a manifestação deste órgão jurídico em casos como o presente encontra abrigo no artigo 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93. A análise a ser empreendida tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Envolve também o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados.

9. Entretanto, restringe-se justamente a apontar, possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

10. Saliente-se, assim, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração observando os requisitos legalmente impostos.

11. Repiso que compete a este órgão da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente. Tampouco compete a esta Consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. Ademais, destaco que a presente manifestação apresenta natureza meramente opinativa e, por tal motivo, as orientações apresentadas não se tornam vinculantes para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar posicionamento contrário ou diverso daquele emanado por esta Consultoria Jurídica. **Ou seja, o presente opinativo apresenta natureza obrigatória, porém não vinculante.**

12. Fixadas tais premissas, passo à análise dos aspectos jurídico-formais da minuta do Primeiro Termo Aditivo ao **Contrato nº 006/2015** constante às fls. 386/387, cujo objeto consiste na prorrogação do prazo de vigência por mais 12 (doze) meses, a

contar de 25 de fevereiro de 2016 a 24 de fevereiro de 2017, com fulcro no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, bem como a inclusão de cláusula antinepotismo e cláusula de rescisão antecipada por interesse da Administração.

13. Preliminarmente, verifico a inexistência – ao menos até o presente momento – de óbice jurídico relevante à celebração de prorrogação contratual no caso em tela, inobstante a discussão acerca da divergência de informações apresentadas pela empresa RNDOMAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. - ME durante a realização do certame, em especial no que toca ao verdadeiro enquadramento tributário da empresa, seja no regime do SIMPLES Nacional, Lucro Real ou Lucro Presumido. É que as providências sugeridas no Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU (fls. 295/297) ainda não foram concluídas pela Administração e, portanto, não houve sequer a identificação de elementos fáticos mínimos aptos a indicar possível burla ao certame, benefício indevido da empresa contratada e/ou prejuízo aos trabalhadores, capaz de revelar a inviabilidade de prorrogação do contrato ora em vigor.

14. Com efeito, nos termos do Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU (fls. 295/297), houve sugestão de que os procedimentos de averiguação de eventuais irregularidades praticadas pela empresa durante o certame seja objeto de apuração específica, com o pleno respeito ao contraditório e ampla defesa incidentes sobre o caso. Vejamos:

“9. Desse modo, entendo não haver óbice ao prosseguimento dos trâmites necessários para prosseguimento da análise da presente reapetuação, sendo que o saneamento e apuração de eventuais irregularidades ocorridas em decorrência de apresentação equivocada de informações atinentes ao regime tributário da empresa RNDOMAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. deve se dar em procedimento apartado, com o respeito às garantias do contraditório e ampla defesa devidas.

10. Por oportuno, informo não desconhecer a possibilidade jurídica de correção de eventuais erros na planilha de preços desde que não haja majoração do preço final proposto, sendo que, no caso em tela, o erro configurado não pode ser utilizado como justificativa, pura e simples, para se obter revisão do valores do contrato. Nesse sentido, consoante se infere do teor da manifestação da própria empresa às fls. 286, deve haver manutenção dos valores finais devidos da maneira como homologado pela Administração. Se a empresa equivocou-se na identificação do verdadeiro de regime de recolhimento de tributos aos quais estaria submetida, não pode, no momento da execução contratual, tentar corrigir tal erro, devendo ante o brocardo pactu sunt servanda honrar seus compromissos de forma justa com a Administração. Ao final da avença, se a empresa entender que ante a irregularidade cometida por ela própria não se mostrar adequada ou vantajosa a prorrogação do contrato eventualmente apresentada, deve se recusar a fazê-la. O que não cabe é, por via transversa, seja no momento da reapetuação ou da



prorrogação contratual, tentar transferir o ônus de seu comportamento equivocado à Administração, sob pena de beneficiar-se de sua própria torpeza após a obtenção de vantagem competitiva na participação da licitação.

11. Noutro giro, conforme asseverado pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos, em seu multicitado Despacho nº 318/2015/COGEC (fls. 314/315), verifico a existência de sérias dúvidas acerca da correção das informações relativas ao regime tributário apresentado pela empresa RNDOMAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. durante a realização do certame que redundou em sua contratação com este Ministério. Destarte, ante o risco da ocorrência de eventual burla ao procedimento licitatório e/ou prejuízo aos trabalhadores contratados pela empresa, cabe às áreas técnicas pertinentes adotar as medidas cabíveis para aclarar a situação ocorrida e, se for o caso, punir a empresa e/ou rescindir o contrato vigente.

12. Nesse ponto, os órgãos técnicos do Ministério da Cultura devem iniciar novo procedimento para identificar se a postura realizada pela empresa gerou algum tipo de desvio na condução e/ou resultado do procedimento licitatório, bem como se a divergência de informações atinentes ao regime tributário da empresa representou, em tese, recolhimento de valores inferiores aos que efetivamente devidos aos trabalhadores.

13 Com efeito, a empresa alega que "(...) durante o certame operava no regime do Simples Nacional" (fls. 286), sendo que de acordo com o documento de fl. 278 a empresa não integrava aquele regime desde 31/08/2014 e que o mero agendamento de opção pelo SIMPLES Nacional tão somente indica a pretensão de figurar neste regime para o ano subsequente, consoante manifestação da própria Receita Federal (fl. 306).

14. Dessa feita, resta incontroverso que a empresa não reunia à época da realização da licitação as condições adequadas para figurar no SIMPLES Nacional e que tal constatação afronta o teor da proposta comercial apresentada pela própria empresa. Também restou identificado nos autos que a empresa RNDOMAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA., inobstante ter elaborada proposta comercial no regime do SIMPLES Nacional, apresentou memória de cálculo baseada no regime do Lucro Real. Ademais, a empresa informou operar sob o regime tributário do Lucro Presumido a partir de 15/05/2015, conforme manifestação de fl. 286.

15. Ante tal cenário, a Administração deve verificar em procedimento específico e apartado dos presentes autos se a conduta praticada pela empresa gerou infração ao procedimento licitatório. Ou seja, deve se verificar se a empresa se valeu das errôneas declarações feitas sobre o SIMPLES Nacional, Lucro Real e Lucro Presumido para obter algum benefício irregular durante o certame. Caso confirmado tal hipótese, a Administração poderá rescindir o contrato e aplicar as penalidades

contratuais devidas, inclusive àquelas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02.

16. Nesse sentido, também deve ser verificado se o erro cometido na redação da proposta implicou em recolhimento a menor de verbas laborais devidas, prejudicando os trabalhadores contratados pela empresa, sendo que, caso confirmada tal hipótese, a Administração poderá adotar as medidas cabíveis para ressarcir os trabalhadores, bem como punir a empresa com a aplicação das sanções contratuais devidas e comunicação do Ministério Público do Trabalho para adoção das medidas cíveis e criminais eventualmente pertinentes.

17. Note-se que o procedimento a ser instaurado deve ser precedido de avaliação prévia da Administração acerca da presença de indicativos mínimos aptos a configurar as irregularidades eventualmente cometidas, bem como a possível ofensa às regras do certame, vantagem irregular obtida pela empresa ou, ainda, prejuízo ao recolhimento de benefícios trabalhistas conforme explicado alhures. Este novo procedimento, caso a Administração vislumbre previamente a presença de tais elementos mínimos indicativos das irregularidades cometidas, poderá abarcar todos os demais contratos celebrados pela empresa, desde que, por óbvio, as irregularidades ora ventiladas também tenham ocorrido naqueles processos.

15. Contudo, nos termos da manifestação da Coordenação-Geral de Licitações e Contratos desta Pasta, contida no DESPACHO N.º 29/2016/DIANC (fls. 388/392), as providências sugeridas por este órgão jurídico não foram ultimadas. Logo, não havendo, **ao menos até o presente momento**, a realização completa das providências sugeridas por esta Consultoria com a consequente identificação de elementos fáticos mínimos aptos a afastar a recomendação da prorrogação contratual em apreço, prevalece a regularidade da contratação anteriormente efetuada, cabendo à Administração, caso seja de sua conveniência, prorrogar o contrato para assegurar a manutenção do serviço prestado.

16. Todavia, este entendimento não impede que uma vez verificada a prática de irregularidades durante o certame, seja feita a devida rescisão contratual, com a aplicação das multas e penalidades cabíveis. O que não parece ser adequado é rejeitar a possível prorrogação do contrato em vigor sem que haja a verificação por parte da Administração de que a empresa logrou vantagem indevida durante a licitação ante a apresentação de informações errôneas a respeito do regime tributário ao qual estaria submetido. Se a Administração não consegue, ao menos no presente instante, identificar as irregularidades praticadas e apontar o desvio e prejuízo ocorrido, torna-se imprudente, desproporcional e açodada a rejeição cautelar da prorrogação iminente. O prejuízo causado pela não prorrogação poderá ser maior que a continuidade do contrato, pois a Administração terá que realizar novo certame ou, ainda, realizar contratação emergencial para suprir a suas necessidades, sem que haja, contudo, qualquer certeza de que haverá inafastável punição

At

da empresa já contratada ou ao menos identificação de conduta irregular ou lesiva por ela praticada durante a realização do certame.

17. Em suma, se a Administração não consegue apresentar indicativos mínimos de autoria e materialidade acerca das possíveis irregularidades cometidas, tampouco consegue explicitar quais seriam os prejuízos causados ou quais as vantagens indevidas que teriam sido obtidas no certame a partir da errônea informação apresentada acerca do enquadramento do regime tributário no SIMPLES Nacional, não me parece razoável vedar a prorrogação do contrato, sob pena de se estabelecer uma espécie de condenação prévia da empresa contratada dissociada de elementos fáticos aptos a sustentar tal posicionamento. Some-se a isso o fato de que, de acordo com a manifestação expressa dos órgãos desta Pasta às fls. 361 e 375/376, o serviço prestado pela empresa foi realizado a contento e os preços cobrados continuam vantajosos, caracterizando-se como os menores preços no certame, o que revela, salvo melhor juízo, a aparente inexistência de prejuízo imediato à Administração neste aspecto.

18. Dessa feita, entendo juridicamente defensável a possibilidade de efetivação da prorrogação nos moldes como pretendido pela Administração, ressalvando que eventual apuração das irregularidades noticiadas nos autos do processo nº 01400.000174/2015-21 pode gerar a imediata rescisão contratual e a aplicação das penalidades cabíveis em desfavor da empresa contratada.

19. Superada tal questão, passo à análise da prorrogação pretendida. A Lei nº 8.666/93 prevê em seu artigo 57, inciso II, a possibilidade de prorrogação dos contratos relativos a prestação de serviços executados de forma contínua, limitando a sua duração máxima a sessenta meses, salvo exceção prevista no seu parágrafo 4º, senão vejamos:

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;

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

20. Nesse sentido, dispõe a Cláusula Segunda do Contrato nº 006/2015 (fl. 114) quanto a possibilidade de prorrogação do seu prazo de vigência, nos seguintes termos:

*“O prazo de vigência deste Contrato tem início no dia **25 de fevereiro de 2015**, com vigência de **12 (doze) meses**, podendo ser prorrogado por interesse das partes até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que haja autorização formal da autoridade competente e observados os seguintes requisitos:*

- Os serviços tenham sido prestados regularmente;*
- A Administração mantenha interesse na realização do serviço;*
- O valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração;*
- A **CONTRATADA** manifeste expressamente interesse na prorrogação.”*

21. Verifica-se nos autos, ainda, manifestação de interesse na prorrogação do prazo de vigência tanto pela Administração (fl. 361), acompanhada de justificativa e manifestação acerca da ausência de condutas que desabonem a empresa contratada durante a execução realizada, quanto pela empresa contratada (fls. 368/369), que ressaltou a necessidade de inclusão de cláusula prevendo o direito à repactuação “(...) visto que **PODERÁ** ocorrer de celebração de Termo Aditivo anterior a devido registro de CCT da categoria, ocorrendo assim, desde que não assegurado, a preclusão do direito a repactuação do exercício financeiro”.

22. É preciso atentar-se, outrossim, para o necessário cumprimento do disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, **que possibilita a prorrogação com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração**, limitada a sessenta meses.

23. No ponto, a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no seu art. 30, § 2º, dispõe, *ipsis litteris*:

Art. 30. A duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, podendo, quando for o caso, ser prorrogada até o limite previsto no ato convocatório, observado o disposto no art. 57 da Lei 8.666/93.

(...)

§ 2º Toda prorrogação de contratos será precedida da realização de pesquisas de preços de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, visando a assegurar a manutenção da contratação mais vantajosa para a Administração.

24. Ademais, a Instrução Normativa nº 6, de 6 de dezembro de 2013, que alterou disposições da referida Instrução Normativa nº 02/2008, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece que:

Art. 30-A Nas contratações de serviço continuado, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual, que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme estabelece o art. 57, inciso II da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa MPOG nº 03/2009)

§ 1º Os contratos de serviços de natureza continuada poderão ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, quando comprovadamente vantajosos para a Administração, desde que haja autorização formal da autoridade competente e observados os seguintes requisitos: (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

I - os serviços tenham sido prestados regularmente; (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

II - a Administração mantenha interesse na realização do serviço; (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

III - o valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração; e (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

IV - a contratada manifeste expressamente interesse na prorrogação. (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

§ 2º A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver previsões de que: (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

I - os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei; (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

II - os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE; e

III - no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da

T

Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP(alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013).

§ 3º No caso do inciso III do §2º, se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução de preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.(alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

§ 4º A administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação.(alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

§ 5º A Administração não poderá prorrogar o contrato quando:(alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

I - os preços estiverem superiores aos estabelecidos como limites pelas Portarias do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, admitindo-se a negociação para redução de preços; ou(alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

II – a contratada tiver sido declarada inidônea ou suspensa no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, enquanto perdurarem os efeitos. (alterado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6 , DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013)

25. A propósito, saliente-se a seguinte deliberação do Tribunal de Contas da União¹, *in verbis*:

No caso de prorrogação de serviços de execução continuada, instruir os processos administrativos comprovando que a prorrogação é mais vantajosa para a administração, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993.

26. Assim é que deve a Administração, previamente à formalização da pretendida prorrogação, assegurar-se de que os preços contratados continuam compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação mais vantajosa, em relação à realização de uma nova licitação, instruindo os autos com documentos comprobatórios para tanto, bem assim certificar-se da redução/eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação, mediante negociação.

27. No caso em exame, a Coordenação-Geral de Recursos Logísticos - CGLOG às fls. 375/376, assevera que “(...) os valores contratados estão dentro dos limites

¹ Acórdão nº 740/2004 - Plenário.

estabelecidos nas Portarias SLTI/MP nº 05 de 31 de março de 2015, para a região de MG e nº 07 de 13 de abril de 2015 para as regiões de SP e SUL, bem como atendem aos artigos 2º e 3º das referidas portarias”.

28. Quanto ao prazo máximo legal de duração do contrato sob comento (sessenta meses), verifica-se a sua observância, visto que o mesmo foi firmado originalmente em **24/02/2015**, com prazo de vigência de 12 (doze) meses (fl. 121).

29. Além disso, faz-se necessário que a Administração ateste nos autos, **previamente** à assinatura do termo de aditamento, a existência de disponibilidade de recursos orçamentários suficientes para a cobertura da correlata despesa, o que se verifica nos autos, conforme documentos de fls. 353/354.

30. **Saliente-se, também, para a necessidade de prévia autorização da autoridade competente para a prorrogação do contrato, nos termos do art. 57, § 2º, da Lei nº 8.666/93, bem assim de observância da obrigação da empresa contratada de manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no momento da contratação original, inclusive regularidade fiscal e trabalhista, esta última mediante apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas.**

31. No tocante aos valores da repactuação apresentados verifico tratar-se de assunto técnico e não jurídico, o que afasta a possibilidade desta Consultoria se imiscuir na análise do acerto ou erro do cálculo efetuado. Contudo, reitero as orientações apresentadas no Parecer nº 0718/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 253/257v), no sentido de que os efeitos financeiros da repactuação devem ocorrer tão somente para os itens que a motivaram, e apenas em relação à eventual diferença existente. Ademais, também não devem compor a repactuação os valores relacionados ao eventual desequilíbrio financeiro-econômico do contrato, que por possuírem requisitos e características próprias não podem ser considerados como espécie de reajuste. Vejamos:

Parecer nº 0718/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 253/257v)

“21. *No caso em exame, observa-se que o fato gerador do direito à repactuação decorre do incremento do piso salarial e benefícios da categoria de serviço de limpeza e conservação predial que integra o contrato, ocorrido com o advento da CCT 2015, que fixou a data de vigência a partir de 1º de janeiro de 2015, de modo que não há óbice de ordem jurídica para que os efeitos financeiros da repactuação incidam a partir de tal data, conforme manifestação da área técnica, registrando-se, todavia, a necessidade de observância do § 1º do art. 41 da IN 02/2008, segundo o qual “Os efeitos financeiros da repactuação deverão ocorrer*

exclusivamente para os itens que a motivaram, e apenas em relação à diferença porventura existente.”

(...)

“27. Devemos ter a clareza de que repactuação de contrato, por se tratar de uma espécie de reajuste - anualidade e variação de custos determinados em acordo, dissídio ou convenção, somente devem ser considerados aqueles relativos a mão de obra em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva, inclusive os benefícios não previstos na proposta inicial, quando se tornarem obrigatórios por força desses instrumentos, bem como aqueles decorrentes dos insumos necessário à execução dos serviços. É o que expressam os §§ 2º e 4º do art. 30 e o § 1º do art. 40, ambos da IN nº 02/2008.

28. Por isso mesmo, esses questionamentos jamais poderiam atravancar o reajuste contratual pela via da repactuação. Não deveriam constar deste procedimento.

29. De qualquer forma, pela leitura dos itens 19 a 24 da Nota Técnica nº 28/2015/DIANC, fls. 247v. e 248, podemos compreender a notícia de que a Contratada adota o Lucro Real como regime de tributação, conforme consta de proposta de fl. 68, e pleiteia, no bojo desta repactuação, alteração de alíquotas de tributos federais como se fosse optante do regime tributário atinente a Lucro Presumido.

30. E mais, na condição de optante pelo Lucro Real apresentou proposta comercial, módulo 4 - Encargos Sociais e Trabalhistas, com o recolhimento unicamente do INSS, FGTS e Seguro Acidente do Trabalho. Nesse mesmo momento, no módulo 5 da planilha que compõe a proposta comercial, utilizou-se das alíquotas adotadas pelo Simples Nacional, apesar de está excluída daquele regime, por ato da Receita Federal do Brasil, desde 31 de agosto de 2014.

31. A proposta de alteração de alíquotas de tributos federais, como consequência da modificação de regime de tributação deve seguir, se for o caso, a via da revisão nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

32. Por outro lado, a apresentação de proposta comercial em desacordo com as regras estabelecida na licitação dos serviços deveria, por certo, no momento do julgamento, apontar a desclassificação. Se assim não foi o procedimento, então, agora, no decorrer da execução poderá revelar, depois do devido processo legal, a necessidade de rescisão contratual com a respectiva devolução do que foi pago, se for o caso, a maior.”



32. De igual sorte, também reitero o entendimento apresentado no Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 295/297), que deve ser levado em consideração para a efetivação dos cálculos da repactuação pretendida:

Parecer nº 00045/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 295/297)

“9. Desse modo, entendo não haver óbice ao prosseguimento dos trâmites necessários para prosseguimento da análise da presente repactuação, sendo que o saneamento e apuração de eventuais irregularidades ocorridas em decorrência de apresentação equivocada de informações atinentes ao regime tributário da empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. deve se dar em procedimento apartado, com o respeito às garantias do contraditório e ampla defesa devidas.

10. Por oportuno, informo não desconhecer a possibilidade jurídica de correção de eventuais erros na planilha de preços desde que não haja majoração do preço final proposto, sendo que, no caso em tela, o erro configurado não pode ser utilizado como justificativa, pura e simples, para se obter revisão do valores do contrato. Nesse sentido, consoante se infere do teor da manifestação da própria empresa às fls. 286, deve haver manutenção dos valores finais devidos da maneira como homologado pela Administração. Se a empresa equivocou-se na identificação do verdadeiro de regime de recolhimento de tributos aos quais estaria submetida, não pode, no momento da execução contratual, tentar corrigir tal erro, devendo ante o brocardo pactu sunt servanda honrar seus compromissos de forma justa com a Administração. Ao final da avença, se a empresa entender que ante a irregularidade cometida por ela própria não se mostrar adequada ou vantajosa a prorrogação do contrato eventualmente apresentada, deve se recusar a fazê-la. O que não cabe é, por via transversa, seja no momento da repactuação ou da prorrogação contratual, tentar transferir o ônus de seu comportamento equivocado à Administração, sob pena de beneficiar-se de sua própria torpeza após a obtenção de vantagem competitiva na participação da licitação.”

33. Demais disso, observo não ter havido análise por parte dos órgãos técnicos acerca do pedido formulado pela empresa (fls. 368/369) no sentido da inclusão de cláusula prevendo o direito à repactuação “(...) visto que PODERÁ ocorrer

de celebração de Termo Aditivo anterior a devido registro de CCT da categoria, ocorrendo assim, desde que não assegurado, a preclusão do direito a repactuação do exercício financeiro”, **o que merece ser aclarado no presente feito.**

34. Noutro giro, conforme informado nos itens 35 e 36 do aludido DESPACHO N.º 29/2016/DIANC (fls. 391V), verifica-se a realização de consultas ao Sistema de Cadastramento de Fornecedores – SICAF (fl. 377), Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (fl. 378), TST (fl. 379) e CADIN (fl. 380). Ademais, atestou a impossibilidade de pesquisa junto ao CADICON e informou que a regularidade será novamente consultada quando da efetiva celebração do aditivo.

35. **No tocante à inclusão da cláusula antinepotismo**, entendo que esta previsão encontra arrimo, salvo melhor juízo, na autorização de modificação contratual unilateral prevista na alínea “a” do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 c/c a determinação contida no art. 7º do Decreto nº 7.203/2010. Vejamos:

Lei nº 8.666/93

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

Decreto nº 7.203/2010

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

36. Com efeito, o aludido dispositivo da Lei nº 8.666/93 prevê hipótese de alteração das especificações técnicas no contrato para melhor cumprimento dos objetivos visados pela própria contratação, o que, por certo, abrange a necessidade de adequação do projeto para se amoldar ao comando imperativo contido no citado art. 7º do Decreto nº 7.203/2010. A necessidade de se estatuir cláusula que delinieie com precisão a vedação à prática de nepotismo no seio da Administração, conforme estalecido de forma expressa no multicitado art. 7º do Decreto nº 7.203/2010, apresenta-se como justificativa lúdima para alterar o contrato, representando mera modificação das especificações técnicas do projeto,

tal como faculta a norma que regê a mutabilidade dos contratos celebrados na Lei de Licitações (alínea "a" do inciso I do art. 65).

37. Tal modificação não incrementa a possibilidade de ocorrência de eventual prejuízo ao interesse público ou eventual risco à execução do contrato – consequências estas que poderiam representar entrave à alteração do contrato administrativo –, consubstanciando-se em mera adaptação à previsão normativa ora em vigor, bem como em medida de caráter corretivo ante a ausência de previsão de tal cláusula na minuta do contrato incluída como anexo do Edital regulador do certame ou no próprio projeto básico. Nesse sentido, salutar a lição de Joel de Menezes Niebhur² que, com precisão, estabelece:

"(...) É legítimo que se proceda às alterações contratuais, tanto diante de fatos novos e imprevisíveis, quanto diante de equívocos detectados no projeto básico ou documento equivalente. O melhor seria que não houvesse equívocos. Entretanto, o planejamento das licitações e contratações não é perfeito, ocorrem falhas. Caso os equívocos não pudessem ser corrigidos, na maioria das situações, a Administração seria forçada a rescindir os contratos, incorrendo em custos amplíssimos (...). Portanto, não se harmoniza com o princípio da proporcionalidade a solução que impõe à Administração ônus tão pesados, impedindo-a de corrigir os equívocos por meio de alterações contratuais".

38. Outrossim, não me parece que a alteração pretendida tenha o condão de gerar qualquer prejuízo à competitividade no certame, revelando em mera correção de erro ou omissão no texto do projeto básico ou na minuta contratual prevista no Edital, o que, salvo melhor juízo, também deve ser aferido pela área técnica competente desta Pasta. Por oportuno, registro que a vedação ao nepotismo encontra assento direto no Texto Constitucional conforme asseverado pelo Supremo Tribunal Federal³ e que a inexistência ou a omissão de previsão expressa no texto original da minuta contratual ou no termo de referência não impediria a Administração de exigir de qualquer particular contratado a sua observância. Desse modo, a vedação à prática de nepotismo eventualmente derivada da contratação deveria ser observada de forma obrigatória por todos os concorrentes, a despeito, repise-se, da omissão ocorrida no texto do edital de regência ou na minuta contratual, o que reforça a presunção de ausência de efetivo prejuízo à competitividade no certame, caso se opere a inclusão de tal cláusula no contrato já firmado.

2 NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Editora Fórum. 2015, p. 959/960.

3"Emenda: Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - **A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.** III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal." (RE 579951, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008) (GRIFEI)

39. De igual maneira, o aditamento pretendido também se apresenta como medida de natureza preventiva que visa tão somente assegurar a desejada observância à moralidade administrativa, valor subjacente à vedação ao nepotismo imposta pelo ordenamento jurídico pátrio.

40. Dessa feita, não se verifica qualquer óbice à celebração do termo aditivo em apreço, mormente porque as demais condições originais da execução contratual continuarão preservadas, não havendo, portanto, qualquer afetação relevante sobre os efeitos ou sobre o objeto do contrato administrativo existente. Destarte, a modificação pretendida configura-se em medida necessária para a plena adequação à previsão legal vigente, não inserida originalmente, tal como deveria, no corpo do projeto básico ou da minuta do contrato.

41. **Quanto a inclusão de cláusula prevendo a possibilidade da rescisão antecipada do Contrato por interesse da Administração,** houve manifestação de concordância por parte da contratada. Como tal alteração irá decorrer por acordo de vontade das partes, guarda consonância com o disposto no Art. 65, § 2º, b da Lei nº 8.666/1993.

42. Destaco que tal cláusula não encontra qualquer relação com as apurações efetuadas e a possível aplicação de penalidades em desfavor da empresa caso verificada a ocorrência de burla às regras do certame. Com efeito, a previsão da possibilidade de rescisão antecipada se relaciona a um entendimento comum entre os contratados, com vistas a facilitar o encerramento prematuro da avença de forma célere condicionado à ocorrência de interesse da Administração neste sentido. Este interesse na promoção da rescisão antecipada não se confunde com o interesse punitivo da Administração no caso da verificação da necessidade de penalização da empresa após o devido processo legal. A conveniência e oportunidade administrativa para se promover a execução antecipada está atrelada ao surgimento de situação fática regular e lícita que indique ao Administrador a vantagem de se encerrar prematuramente a execução vigente. Essa situação não se confunde com a hipótese de identificação de fraude à licitação em que o comportamento da Administração se torna cogente, obrigatório e não atrelado aos critérios de conveniência e oportunidade ou, ainda, passível de sujeição à notificação prévia do próprio contratado. Uma vez verificada a burla ao certame, após o correto exercício do contraditório e ampla defesa, a Administração deverá punir a empresa, sem prejuízo da imediata rescisão do contrato que, repise-se, não se confunde com a faculdade de rescisão antecipada inserida a partir do presente aditamento.

43. No que tange à **minuta do Primeiro Termo Aditivo**, constante às fls. 386/387, verifico que a mesma se encontra em consonância com a legislação vigente, não se vislumbrando, desta feita, impedimento para que seja efetuada a prorrogação do prazo



de vigência do Contrato nº 006/2015, **desde que observadas as recomendações contidas no presente parecer.**

44. Alerta-se a área técnica, ainda, para a necessidade de autorização do Ministro de Estado, ou eventual autoridade revestida de delegação de competência para, no caso vertente, formalizar a contratação em exame, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012⁴.

45. **Por fim, vale lembrar que a prorrogação de contratos após o encerramento de sua vigência configura procedimento absolutamente nulo (TCU, Decisão nº 451/2000 – Plenário).**

III – Conclusão

46. À vista do expendido, manifesto-me , abstendo-me de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade⁵, pela viabilidade legal de celebração do Primeiro **Termo Aditivo** ao Contrato nº 006/2015, desde que observadas as orientações contidas no presente parecer, **notadamente àquelas previstas nos itens 18, 26, 30, 31, 33, 40, 41, 42, 44 e 45.**

47. É o parecer, salvo melhor juízo.

48. À consideração superior.

Brasília, 17 de fevereiro de 2015.


EDUARDO MAGALHÃES TEIXEIRA

Advogado da União

⁴ Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio devem ser autorizadas expressamente pelo respectivo ministro de Estado.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) é vedada a delegação de competência.

§ 2º Para os contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada, exclusivamente:

I - ao secretário-executivo, ou autoridade equivalente, aos dirigentes máximos das unidades diretamente subordinados aos respectivos ministros de Estado e aos dirigentes máximos das entidades vinculadas, ficando vedada a subdelegação para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou autoridade equivalente, vedada a subdelegação, para os contratos com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e iguais ou superiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e

III - aos coordenadores ou chefes das unidades administrativas dos respectivos órgãos ou entidades para os contratos com valores inferiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)."

⁵ Segundo o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União de 2012. "O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade."

CONJUR/MinC
EM BRANCO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
GABINETE DO CONSULTOR JURÍDICO

DESPACHO n. 00075/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.001753/2015-87

**INTERESSADOS: RONDONAPI SELECAO E AGENCIAMENTO DE
MAO DE OBRA LTDA**

ASSUNTOS: REPACTUAÇÃO

1. Estou de acordo com a opinião jurídica precedente, que adoto como fundamento na forma do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

2. Observados os apontamentos, não é necessário o retorno dos autos a esta CONJUR, salvo se houver dúvida jurídica superveniente ou algum novo ato que necessite de análise jurídica prévia.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

CLARICE COSTA CALIXTO

Consultora Jurídica

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400001753201587 e da chave de acesso db656250

Documento assinado eletronicamente por CLARICE COSTA CALIXTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 6300751 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): CLARICE COSTA CALIXTO. Data e Hora: 17-02-2016 19:26. Número de Série: 101489. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.

CONJUR/Minc
FM BRANCO