

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

1. ARTIGOS

1.1 DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA

FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO

Assessor Jurídico da Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O tema da duração do contrato administrativo, especialmente no que concerne aos contratos administrativos de execução continuada, ainda não é tratado de forma uníssona pela doutrina administrativista já que os dispositivos legais pertinentes não são suficientemente claros para uma exegese peremptória e pacífica. Contudo, através da análise das finalidades da norma pertinente, do sistema normativo pátrio e considerando a tábua axiológica consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, tentaremos, nesta apertada exposição, apresentar a alternativa exegética que nos parece apropriada para a questão, sabendo de antemão que não será possível tratar a matéria com a exaustão que merece. Em outras palavras, a melhor interpretação para a norma jurídica deverá ser aquela capaz de consagrar os mais valiosos princípios e valores que regem a sociedade brasileira, guiados sempre pela luz da razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: duração do contrato administrativo; razoabilidade.

ABSTRACT: The subject of the maximum extension of the administrative contracts, specially concerning the ones which are fulfilled continuously, is not yet understood in an even way by the jurisprudence and by the related law experts, since law is not clear enough for a pacific and final interpretation. In spite of that, considering the objectives behind this law, as well as the national law system, and also the scale of values that was printed in the Brazilian Constitution, one intends to show the comprehension which seems the most appropriate for the matter, knowing in advance that we will not be able to treat the subject with the complexity it deserves. In other words, the correct application for this law, according to the explanations made, is the one able to materialize more among the most important principles and values that govern the society, guided by the path of reasonability.

KEY WORDS: maximum extension of administrative contracts; reasonability.

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. Introdução. 3. Duração dos contratos de execução continuada. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Apresentação

O tema da duração do contrato administrativo, especialmente no que concerne aos contratos administrativos de execução continuada, ainda não é tratado de forma uníssona pela doutrina administrativista, já que os dispositivos legais pertinentes não são suficientemente claros para uma exegese peremptória e pacífica.

Contudo, por meio da análise das finalidades da norma pertinente, do sistema normativo pátrio e considerando a tábua axiológica consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, tentaremos, nesta apertada exposição, apresentar argumentos para a adoção da alternativa exegética que nos parece mais apropriada para a questão, sabendo de antemão que não será possível tratar a matéria com a exaustão que merece.

2. Introdução

Preliminarmente é de grande importância consignar que os contratos administrativos podem ser classificados em contratos de escopo e contratos de duração continuada¹, de acordo com a função que o prazo, fixado na avença, exerce na relação jurídica negocial entre a Administração e o contratado.

Os contratos administrativos de escopo são aqueles em que a Administração Pública contrata determinado sujeito para a realização de uma prestação certa e determinada, cuja execução a contento culminará no exaurimento dos efeitos do negócio firmado, liberando o devedor. O prazo funciona simplesmente como estipulação de lapso temporal. O contratado assume o dever de cumprir uma prestação dentro daquele prazo fixado, sendo que o contrato poderá restar adimplido antes (e também depois) do advento de seu termo final.

Por outro lado, os contratos administrativos de execução continuada são aqueles em que o prazo definido no negócio jurídico é essencial para o termo de sua vigência, refletindo com exatidão o período de vigência da avença e fazendo parte, de fato, do próprio objeto contratado. Tais avenças tem como objeto a prestação de um serviço de forma contínua, durante um período determinado. O contratado assume o

¹ Sundfeld (1994) estabelece esta classificação com a pequena diferença terminológica de que denomina os aqui chamados contratos de execução continuada de contratos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

dever de cumprir contínuas prestações durante o prazo fixado. Em outras palavras, o adimplemento total só ocorrerá, se cumpridas as obrigações, com o advento do termo final; nem antes nem depois.

O artigo 57, *caput*, e o inciso I, da Lei nº 8666/93 estabelecem que os contratos de escopo terão, via de regra, sua duração limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo quando relativos a investimentos contemplados no Plano Plurianual, senão vejamos:

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

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

Já os contratos de execução continuada poderão ter prazo total de duração superior ao exercício financeiro, por força do art. 57, inciso II, do mesmo diploma legal:

Art. 57 –

[...]

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.

A análise literal deste dispositivo legal não nos permite definir peremptoriamente, entretanto, se este contrato administrativo poderia ter sua duração inicial fixada por prazo superior ao respectivo exercício financeiro (em até sessenta meses) ou se o prazo inicial do contrato deve restar adstrito à vigência do respectivo crédito orçamentário, podendo o limite de sessenta meses ser atingido somente mediante sucessivas prorrogações.

Sobre esta questão é que pretendemos debruçar nossas atenções no presente artigo.

3. Duração dos contratos de execução continuada

A regra geral, contida no art. 57 da Lei nº 8666/93, de adstrição do contrato administrativo à vigência do respectivo crédito orçamentário é, deveras, corolário do princípio constitucional da anualidade do orçamento, consagrado na Lei Fundamental

no art. 165, inciso III e § 5º, e densificado no art. 167, inciso II e § 1º:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

[...]

Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Não restam dúvidas quanto à grande importância do princípio da anualidade do orçamento, no sentido de: (a) possibilitar maior controle quanto à execução de gastos públicos; (b) possibilitar maior proteção ao contribuinte e (c) possibilitar uma previsão orçamentária mais realista, dada a limitação da capacidade humana de previsibilidade.

Diante desta inquestionável importância e do *status* constitucional da norma, parcela da doutrina administrativista pátria considera que os contratos de execução continuada deverão ter sua duração inicial adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, sendo que o prazo total de sessenta meses só poderá ser atingido mediante sucessivas prorrogações, entendimento esse partilhado pelo Tribunal de Contas da União. Nesse diapasão, julgam ser inconstitucional qualquer outra interpretação que venha a ser dada ao dispositivo em cotejo.

Esposando este entendimento, destacam-se os juristas Szkalarowsky (1998) e Pereira Júnior (2003), sendo que este traz como um dos pilares de sua vertente exegética, a decisão do TCU transcrita abaixo:

Em síntese [...], pode-se concluir que: após a edição da Lei nº 8333/94, os contratos para a prestação de serviços a serem executados de forma contínua devem ter duração dimensionada em até 60 meses, visando à obtenção da proposta mais vantajosa; em ambos os casos, é possível acrescer à duração, após as prorrogações citadas, mais 12 meses por força da MP nº 1081 de 1995, e reedições posteriores; *em todos os casos, a*

formalização do ajuste fica adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário, prorrogando-se anualmente até os limites temporais referidos anteriormente. (Decisão nº 605/96, Plenário. Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, grifo nosso).

Antes, contudo, de exarmos qualquer posicionamento, seja de concordância ou discordância com esta abalizada doutrina, julgamos imprescindível tecer algumas considerações complementares sobre os contratos de execução continuada.

Vale ressaltar que nestes contratos sempre estarão presentes: (a) o objetivo de atender a uma necessidade contínua que se prolonga em um período indefinido (ou muito longo) de tempo; (b) a peculiaridade de que a interrupção na prestação causará necessariamente algum transtorno ao regular desenvolvimento da atividade administrativa.

Quanto à primeira característica (necessidade contínua) temos que poderá consistir em atendimento a necessidades não essenciais, ou seja, necessidades da Administração e não da coletividade propriamente considerada; ou em atendimento às necessidades essenciais da coletividade (interesses públicos primários), funcionando tais contratatos, neste caso, como instrumentos viabilizadores da consecução das atividades-fim do poder público.

Destarte, conforme aventado, há duas subespécies de contratos de execução continuada: (1) os contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais à coletividade e (2) os contratos de execução continuada para atender a necessidades não essenciais da coletividade. Como exemplo dos primeiros, poderíamos destacar, dentre outros, os contratos firmados pela Administração com particulares para fornecimento de alimentação em presídios ou em hospitais públicos. Como exemplo dos segundos, poderíamos destacar, dentre outros, os contratos firmados para manutenção periódica de aparelhos de ar-condicionado ou elevadores nas sedes administrativas de determinado órgão.

Sendo assim, no que tange ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade, a limitação da duração inicial à vigência da lei orçamentária não faria sentido prático, visto que não poderia sequer ser cogitada a hipótese de tal crédito não estar contemplado no orçamento seguinte, sob pena de incalculáveis danos à coletividade. Ou seja, devido à natureza imprescindível e inafastável da prestação em análise, é possível perceber que tal despesa estará prevista na lei orçamentária seguinte.

Não há dúvidas que, em um Estado de Direito, todo poder está necessariamente submetido à vigência da lei. Logo, a Administração não só está proibida de agir contrariamente a lei como só poderá atuar em situações expressamente permitidas em

lei – é o princípio da legalidade.

Isso ocorre porque, a Constituição, ao tratar da Administração Pública, submeteu esta a vários princípios, verdadeiros acordos travados entre as diversas forças políticas constituintes originárias ou valores-sínteses ou ainda balizas que orientam a produção, a interpretação e aplicação do Direito, dando coerência ao sistema normativo. Dessa forma, é indubitável que, na medida em que se submete a outros parâmetros de atuação, a Administração não mais se vê limitada a lei *strictu sensu*.

O princípio jurídico da legalidade, destarte, adquire novos contornos, promovendo grandes modificações na atuação do administrador público, vez que a atuação legítima da Administração Pública não mais cabe ser pensada como a que somente respeita a lei, e sim a que visa realizar o interesse público consignado constitucionalmente, ou seja, respeitando e cumprindo o sistema de valores da Constituição.

Na verdade, os outros princípios constitucionais são auxiliares, coadjuvantes ou aspectos da legalidade. Cada um, da sua maneira, informa ao operador do Direito como deverá ser considerada a lei. Assim, neste diapasão, a legalidade cede lugar ao princípio da “legitimidade” (Diogo Figueiredo Moreira Neto), da “juridicidade” (Carmem Lúcia Antunes Rocha, Eduardo Soto Kloss), da “constitucionalidade” (Juarez Freitas) ou da “supremacia constitucional”. O princípio da legalidade passa a ser o da constitucionalidade, ou, de fato, a fusão interativa dos princípios da Administração Pública (MOREIRA, 2003).

Adotando o princípio da constitucionalidade em detrimento da legalidade estrita, deveremos obrigatoriamente abandonar o critério de interpretação literal da lei. A exegese do texto legal deverá ser sempre conforme a Constituição, ou seja, uma interpretação sistemática, axiológica e teleológica guiada pela Lei Fundamental.

Nesta mesma esteira é mister frisar que o princípio constitucional da razoabilidade impõe que a interpretação do Direito tem de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal, respeitando concomitantemente as finalidades de todo o ordenamento jurídico e as finalidades que presidiram a consecução do ato jurídico.

Em outras palavras, entre duas interpretações possíveis, o exegeta tem de adotar a que melhor se harmoniza com o sistema como um todo, compatibilizando finalidades diversas. Logo, entre duas alternativas hermenêuticas diversas, o intérprete jamais pode propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretada um sentido conflitante com algum princípio ou alguma regra jurídica, muito menos com a própria finalidade do ato. Analisemos, portanto, o que dispõe o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

Art. 57 -

[...]

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos *com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração*, limitada a 60 (sessenta) meses. (grifo nosso).

Da análise do dispositivo supratranscrito, depreendemos que o mesmo visa consagrar os princípios constitucionais administrativos da eficiência administrativa, da economicidade administrativa, da continuidade dos serviços públicos e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Ora, é fácil perceber que as finalidades específicas consignadas neste dispositivo legal são, concomitantemente: (1) evitar o inconveniente de suspensão de atividades de contínuo atendimento ao interesse público, evitando prejuízos ao erário e à sociedade usuária e também a realização constante de licitações sobre o mesmo objeto (aumentando os custos administrativos); e (2) proporcionar negócios mais vantajosos ao Poder Público, tendo em vista a maior duração do fornecimento (pelo princípio da economia de escala, presume-se que a empresa, quando presta serviço de maior vulto, tem maiores possibilidades de diminuir o preço).

Portanto, caso a interpretação literal deste dispositivo legal não seja capaz de proporcionar os fins para os quais ele existe (obtenção de melhor proposta sem interrupção na prestação) ou culmine na negação de qualquer dos princípios constitucionais administrativos referidos, deverá ser rechaçada, dando lugar à interpretação teleológica e sistemática que possibilite a atuação administrativa “legítima”, de acordo com o sistema de valores do Estatuto Fundamental.

Muitas vezes o que ocorre é que a renovação dos contratos de execução continuada, como os de alimentação, não tem o condão de obter condições mais vantajosas, vez que as empresas contratadas, por doze meses, negam-se a oferecer melhores preços frente à grande expectativa de renovação do acordo. Isso porque, caso a Administração não renove o contrato, terá sérios problemas para ultimar nova licitação em prazo bastante exíguo, recorrendo, via de regra, a dispensas de licitação por emergência (art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93). Conforme se depreende, portanto, o poder público fica com reduzida capacidade de negociação.

Neste diapasão, a interpretação do art. 57, inciso II, da Lei nº 8666/93 que possibilitaria um melhor cumprimento do princípio da *supremacia constitucional* é no sentido de que a contratação de prestações contínuas poderá ser feita por período superior a um

ano, limitada ao prazo total de sessenta meses. Isso porque, agindo dessa forma, a Administração poderia, sem sombra de dúvidas, realizar negócios mais vantajosos, por menores preços, resguardando a um só tempo a continuidade dos serviços públicos, a eficiência administrativa e a economicidade.

Corroborando esse entendimento, urge ressaltar que os contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais à coletividade têm sempre como objetivo garantir condições mínimas de existência digna à sociedade em geral e, especificamente, à parcela da comunidade diretamente afetada, sendo impensável a interrupção de serviços de tamanha importância. No caso desses contratos, aos princípios constitucionais supramencionados soma-se o princípio vetor de toda a ordem normativa pátria, qual seja, o da dignidade da pessoa humana; verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Nesse sentido, se de um lado o princípio constitucional da anualidade do orçamento impediria, via de regra, a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, de outro lado os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência administrativas, da continuidade dos serviços públicos e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humanas impõem que a melhor interpretação é no sentido de que os contratos de execução continuada, em especial os de serviços essenciais, podem ter duração inicial de até sessenta meses.

Não se trata aqui de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, ao se interpretar o dispositivo legal de forma diversa do que se encontra expresso. Muito pelo contrário, conforme se depreende, a regra geral de adstrição do prazo dos contratos administrativos à vigência dos respectivos créditos orçamentários consta do *caput* do artigo e o inciso II foi expressamente previsto como exceção a tal regra.

Deveras, portanto, se o art. 57 da Lei de Licitações excepciona os serviços de execução contínua da limitação a um exercício financeiro, autoriza implicitamente, que em todos os exercícios seguintes, até a implementação do prazo total, seja reservado o recurso suficiente ao cumprimento das obrigações contraidas.

Corroborando nosso entendimento, trazemos à baila as lições do ilustre administrativista Justen Filho (2001, p. 522, grifo nosso):

A contratação pode fazer-se por período total de sessenta meses. *Não se afigura obrigatória a pactuação por períodos inferiores.* Trata-se de faculdade outorgada pela Administração, que poderá optar por períodos inferiores, com renovações sucessivas (até o limite de sessenta meses).

Assim, parecem excessivamente formalistas as interpretações no sentido de que a contratação deverá respeitar o exercício orçamentário, promovendo-se sua renovação no início do ano seguinte. Essa é uma opção que poderá ser adotada pela Administração, sem que se imponha como a única admissível. *Em face da lei, é possível que o prazo inicial da contratação ultrapasse o limite da lei orçamentária.*

4. Conclusão

Ante todo o exposto, portanto, é imperioso concluir que a interpretação e a aplicação corretas para o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 é a de que os contratos de execução continuada podem ter qualquer prazo, desde que menor que sessenta meses, pois somente por meio dessa exegese consagrar-se-ão, de melhor forma, os princípios da eficiência administrativa, da economicidade administrativa, da continuidade dos serviços públicos, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, cumprindo e respeitando, enfim, o sistema de valores consignados na Constituição da República Federativa do Brasil.

No que tange aos contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais, ganha ainda maior força esta conclusão na medida em que existiria presunção inafastável de que, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente serão reservados recursos para o pagamentos de tais serviços.

5. Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Sidney. A questão da duração do contrato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2008.

FERRAZ, Luciano. Contrato administrativo: possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial, atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2008.

JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade Mecum de licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAZZOCO, Carlos Fernando. *Duração do Contrato administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3255>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Contratos contínuos. *Correio Brasiliense*, 29 jul. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.