

DA IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO AOS DE NATUREZA CONTÍNUA

1. INTRODUÇÃO

O breve e presente artigo tem por escopo geral analisar a possibilidade da interpretação ampliativa do artigo 57, II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - LCC, em especial para abarcar os contratos de fornecimento cuja entrega do objeto contratado se dê em caráter contínuo, a fim de que possam sofrer dilação temporal para além do respectivo crédito orçamentário (art. 57, *caput* da LCC).

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A vigência dos contratos administrativos, em regra, coincide com a vigência do respectivo crédito orçamentário do ano em que foi lavrado o ajuste. Todavia, há determinadas exceções esculpidas no bojo da Lei Nacional n.º 8.666/1993, *in verbis*:

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;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010);

[...]"

Temos, pois que: I. **regra**, o termo *dies ad quem* dos contratos coincide com o fim da vigência do crédito orçamentário, isto é, o termo final dos contratos é 31 de dezembro de cada ano; II. **exceção**, os contratos poderão vigor por prazo superior, desde que haja previsão legal autorizativa neste sentido.

2.2 DO CONTRATO, DO SERVIÇO E DA COMPRA

Cumpra aclarar a diferença entre um *contrato de serviço* e um *contrato de fornecimento*, pois há dispositivo específico de prorrogação para os primeiros.

Contrato, *mutatis mutandis*, na lição do grande civilista Orlando Gomes significa “[...] *uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral*”.

Serviço, por sua vez, é nos termos do art. 6º, II da Lei Nacional n.º 8.666/1993, “*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração*”, em seguida dá exemplos, como: “*demolição, conserto, instalação, montagem, operação conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais*”.

Para Hely Lopes Meirelles¹, ainda sobre serviço, este seria:

“[...] *toda atividade prestada à Administração para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados mediante remuneração da própria entidade contratante. O serviço como objeto de licitação, tanto pode destinar-se ao público como ao próprio Poder Público.*”

Compra, tomando novamente as palavras de Hely Lopes Meirelles²:

“*Muito embora definida na lei como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente” (art. 6º, III), a compra, objeto da licitação, é a mesma compra e venda dos Códigos Civil (art. 1.122) e Comercial (art. 191), ou seja, o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir o*

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79/80

domínio de certa coisa, e a outra, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Com exceção da que é objeto do denominado contrato de fornecimento, que examinaremos oportunamente (cap. X, item 5), não há, pois, compra e venda administrativa, mas tão somente compra e venda civil ou comercial, realizada pela Administração, nas condições por ela solicitadas e atendidas pelo licitante que fizer a melhor proposta.”

Dentro de “compras”, temos diferentes modos de fornecimento, que nada mais são *como* e com qual periodicidade o contratado irá entregar a res à Administração Pública. Sobre o assunto leciona Maria Luiza Machado Granziera³:

*“O **fornecimento pode ser contínuo**, quando a entrega é periódica. Os contratos de fornecimento de água, material hospitalar e combustível têm essa natureza, pois possuem a finalidade de suprir as necessidades diárias da Administração Pública.*

*O **fornecimento é parcelado**, quando as entregas referem-se a partes de um todo. É o caso, por exemplo, de um contrato de fornecimento de equipamentos para a montagem de uma usina hidrelétrica, em que os geradores e turbinas são entregues paulatinamente, à medida que se constrói a obra onde os mesmos serão instalados. A gestão dessa espécie de contrato enseja a realização de inspeções técnicas no estabelecimento do fabricante, com vista na fiscalização do desenvolvimento do objeto.*

*Já o **fornecimento único** é o que prevê a entrega total em uma só parcela. É a modalidade mais simples de aquisição de bens, muito próxima da compra e venda do direito privado, e ao gestor compete apenas a atribuição de receber ou providenciar o correto recebimento do objeto, assim como o respectivo pagamento do preço”.*

Diante do exposto, cumpre-nos enfrentar a questão: **pode o art. 57, II da Lei Nacional n.º 8.666/1993 ser interpretado extensivamente para abarcar os contratos de fornecimento contínuo?**

2.3 DA POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA

A questão já foi enfrentada em ocasiões anteriores por alguns Tribunais de Contas dos Estados. O TC/DF se posicionou pela possibilidade condicionada da medida, eis:

³ GRANZIERA, Maria Luiz Machado. Contrato Administrativos: gestão, teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2002, p. 110.

Fornecimento Contínuo. É admitida a interpretação extensiva do art. 57, II, da Lei 8.666/93. Fornecimento Contínuo. É admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso.

DECISÃO NORMATIVA Nº 03, DE 10 DE NOVEMBRO 1999

"Dispõe sobre a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso XXVI, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução/TCDF nº 38, de 30 de outubro de 1990, e tendo em vista o decidido pelo Egrégio Plenário, na Sessão realizada em 03 de dezembro de 1998, conforme consta do Processo nº 4.942/95, e Considerando a inexistência de melhores alternativas, como exaustivamente demonstrado nos autos do Processo 4.942/95, que possibilitem à Administração fazer uso do fornecimento contínuo de materiais; Considerando o pressuposto de que a Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, não tem por objeto inviabilizar as aquisições de forma continuada de materiais pela Administração, nem foi esta a intenção do legislador; Considerando que, dependendo do produto pretendido, torna-se conveniente, em razão dos custos fixos envolvidos no seu fornecimento, um dimensionamento do prazo contratual com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração; Considerando a similaridade entre o fornecimento contínuo e a prestação de serviços contínuos, vez que a falta de ambos "*paralisa ou retarda o trabalho, de sorte a comprometer a correspondente função do órgão ou entidade*"(Decisão nº 5.252/96, de 25.06.96 – Processo nº 4.986/95); Considerando a prerrogativa conferida a esta Corte no art. 3º da Lei Complementar nº 01, de 09 de maio de 1994; Resolve baixar a seguinte **DECISÃO NORMATIVA: a) é admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso; b) esta decisão entra em vigor na data de sua publicação.**"

A questão foi também levada ao Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que respondeu positivamente quanto à possibilidade de prorrogação de contratos de fornecimento, tendo o Tribunal aprovado por unanimidade o voto do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho:

"NÚMERO DO PROCESSO: 178/026/06

MATÉRIA: CONSULTA

INTERESSADO: CONSULENTE: DESEMBARGADOR LUIZ ELIAS
TAMBARA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

RELATOR: CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO
(04.07.2006)

ÓRGÃO JULGADOR: PLENO

PARECER: TC 000178/026/06 - CONSULTA

CONSULENTE: DESEMBARGADOR LUIZ ELIAS TAMBARA -
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: CONSULTA ACERCADA POSSIBILIDADE DE SER ADOTADA,
NAQUELE COLENDO TRIBUNAL, A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO
DISPOSTO NO INCISO II, DO ARTIGO 57, DA LEI FEDERAL NUMERO
8.666/93, EM SUA ATUAL REDAÇÃO, A FIM DE QUE AS SITUAÇÕES DE
FORNECIMENTO CONTÍNUO ENCONTREM MELHOR SOLUÇÃO DE
EXECUÇÃO.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS. O E. PLENARIO DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, EM SESSÃO DE
07 DE JUNHO DE 2006, PELO VOTO DOS CONSELHEIROS EDUARDO
BITTENCOURT CARVALHO, RELATOR, ANTONIO ROQUE CITADINI,
EDGARD CAMARGO RODRIGUES, FULVIO JULIÃO BIAZZI, CLAUDIO
FERRAZ DE ALVARENGA E RENATO MARTINS COSTA, EM
PRELIMINAR, CONHECEU DA CONSULTA FORMULADA. QUANTO AO
MÉRITO, ANTE O EXPOSTO NO VOTO DO RELATOR JUNTADO AOS
AUTOS, DELIBEROU RESPONDE-LA NO SENTIDO DE QUE, **APOS A
ANALISE DE CADA CASO EM PARTICULAR, PODERÃO SER
RECONHECIDAS SITUAÇÕES EM QUE HA UM CONTEXTO DE
FORNECIMENTO CONTÍNUO, NAS QUAIS PODERA HAVER UMA
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART.57, II, DA LEI DE LICITAÇÕES,
PARA O FIM DE SER ADMITIDA A PRORROGAÇÃO DE PRAZO
PREVISTA NAQUELE DISPOSITIVO LEGAL, DESDE QUE ESSAS
SITUAÇÕES SEJAM DEVIDAMENTE MOTIVADAS PELA
ADMINISTRAÇÃO E QUE SEJAM ATENDIDAS AS CONDIÇÕES CUJOS
ASPECTOS FORAM DESENVOLVIDOS NO CORPO DO VOTO DO
RELATOR.**

FICAM, DESDE JA, AUTORIZADAS AOS INTERESSADOS VISTA E
EXTRAÇÃO DE COPIA DOS AUTOS, EM CARTORIO.
PUBLIQUE-SE.”

Em análise similar, o Tribunal de Contas da União, através de auditoria na
Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde – MS, na Ação de Atenção
aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas, decidiu no acórdão nº
766/2010:

“admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação
extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666, de 21
de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de
coagulação sejam consideradas como serviços de natureza
contínua.”

Destaco os seguintes trechos:

“(…) Necessidade permanente está relacionada com o fim público
almejado pela Administração. Se este fim público persistir inalterado
por um prazo longo de tempo, podemos afirmar que a necessidade
dessa atividade estatal é permanente. A necessidade pública
permanente é aquela que tem que ser satisfeita, sob pena de
inviabilizar a consecução do objetivo público. Ou seja, tem que ser
uma atividade essencial para se atingir o desiderato estatal.

Assim, para configurar serviço contínuo, o importante é que ele seja essencial, executado de forma contínua, de longa duração e que o fracionamento em períodos prejudica a execução do serviço.

Pode-se observar que os serviços contínuos possuem as seguintes características:

- Ser essencial;
- Executado de forma contínua;
- De longa duração;
- O fracionamento em períodos prejudica a execução do serviço.”

3. CONCLUSÃO

Embora vislumbre grande praticidade e elevada chance de economicidade, a interpretação ampliativa do art. 57, II nos parece forçosa e administrativamente arriscada, uma vez que:

a. A Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade estrita: significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar. É, pois, verdadeiro dependente das disposições legais, não podendo ir contra a lei (*contra legem*) ou **além da lei (*prater legem*)**, deve, outrossim, agir conforme a lei (*secundum legem*).

A dicção do art. 57, II é bastante clara no tocante ao tipo de contratos que visou abranger e nele não fez menção às hipóteses de compras:

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

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)”

b. O conceito de *serviço* envolve *atividade a ser prestada* para o atendimento das necessidades da Administração, sendo classificada juridicamente como uma obrigação de fazer. *Compra e venda*, por sua vez, é tipo específico de contrato cuja atividade principal constitui em uma obrigação de dar. Logo, estamos diante de contratos de naturezas distintas;

O TCU entende da mesma maneira no Acórdão transcrito:

“Não permita a prorrogação dos contratos para aquisição de combustível, que é material de consumo, não podendo ser caracterizado o seu fornecimento como serviço de execução continuada, **estando fora da hipótese de incidência do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.**” TCU - Acórdão 125/2005 Plenário.

c. Por se tratar a hipótese do inciso II de norma excepcional, haja vista que a regra está prevista no *caput* do art. 57, consoante hermenêutica jurídica, deve ser *interpretada de maneira restritiva*, sob pena de fulminar a intenção do legislador (*mens legis*) ao editar a norma.

Ora, se a lei é clara, sobretudo no âmbito do direito administrativo, não cabe dar-lhe interpretação diversa sem fazê-lo com determinado risco.

Por todo o exposto, concluo pela não possibilidade de interpretação ampliativa do artigo sob comento, pelos motivos já expostos.