



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

Procuradoria Federal – IFPI
Av. Jânio Quadros, 330– Bairro Santa Isabel
CEP 64.053-390 – Teresina / PI
Tel.: (86) 3131-1430

NOTA REFERENCIAL Nº. 01 /2022/PROJUR/IFPI/PGF/AGU

Processo: 23183.000173/2022-46

Interessado: Campus Cocal

Assunto: Dúvida jurídica – prorrogação da concessão – contrato suspenso – retorno às atividades

Magnífico Reitor,

1. Chegam a este órgão de consultoria e assessoramento jurídicos, os autos do processo, acima epigrafado, que dão conta da dúvida suscitada pelo Campus Cocal, no que tange à contagem dos prazos de vigência da concessão do espaço da lanchonete instalada no referido Campus, bem como aos períodos de reajuste da taxa de concessão, tendo em vista a suspensão das atividades decorrentes da pandemia de COVID-19, conforme transcrito abaixo:

1. Considerando que, a partir de 01/04/2020, este Termo de Concessão está suspenso e que, em 21/08/2021, este foi prorrogado por mais 1 ano (situação melhor detalhada nas folhas 196, 197, 198, 199 e 200 deste processo, ou no arquivo “Processo digitalizado – 2 de 3” páginas 94 a 98 do pdf anexado no SUAP), qual deverá ser o período da nova vigência? Por exemplo, se a lanchonete voltar a funcionar em 01/04/2022, a prorrogação (12 meses) passará a valer a partir desta data, sobrepondo-se à atual vigência do terceiro termo aditivo, que vai até 21/08/2022? Ou seja, a nova vigência seria de 01/04/2022 a 01/04/2023?

2. Tendo em vista que na primeira prorrogação contratual (que o prorrogou de agosto 2019 a agosto de 2021), foi considerado o índice do IGPM de julho de 2017 (mês da proposta) até julho de 2019, qual deverá ser o período a ser considerado agora? Por exemplo, seria de julho de 2019 (data da última alteração) até julho de 2021? Ou eu devo desconsiderar (para fins de reajuste) o período que o contrato esteve suspenso? Uma vez que a lanchonete deve reabrir a partir de 01/04/2022. A dúvida consiste unicamente pelo fato do contrato ter ficado suspenso pelo período de 2 anos, uma situação bastante atípica.

2. Os autos vieram instruídos com as principais peças do procedimento licitatório da concessão.

3. Era o breve relato. Passa-se à análise.

4. Primeiramente, registre-se que a presente Nota, tal como proposto pelo agente consulente, haverá de ser adotada no âmbito do IFPI, como referência para casos idênticos, nos termos da autorização expressa na Orientação Normativa nº 55/2014, diante do fato de que a

atividade consultiva, ora exercida, em todos os casos concretos que envolvem a matéria, está adstrita à conferência dos prazos de vigência presentes nos termos aditivos das prorrogações, após o retorno às atividades presenciais, bem como pelo fato de que será replicada nos diversos campi do IFPI, o que gerará maior agilidade e eficiência na tomada de decisão dos gestores.

5. Pois bem.

6. Como sabido, os contratos administrativos não devem ter prazo de vigência indeterminado, podendo, no entanto, ter seus prazos de vigência, de execução e de entrega dos objetos, prorrogados, desde que justificados, nos exatos termos do art.57, da Lei nº 8666/93, *verbis*:

§ 1o Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2o Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3o É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

7. Assim, como se nota, várias situações concretas do dia a dia podem ensejar a necessidade de alteração dos prazos contratuais, até mesmo por ordem expressa e unilateral da Administração Pública.

8. E foi o que se viu. Em virtude da pandemia de COVID, dada à cessação das atividades presenciais nos diversos Campi do IFPI, os gestores, acharam por bem, suspender os diversos contratos mantidos com a iniciativa privada, dentre os quais, os de concessão de lanchonetes, tendo obtido a concordância dos contratados.

9. Frise-se, por outro lado, que de acordo com constatações presentes em parecer recente da PGF/AGU, de nº 00003/2020, que analisou se era possível que cláusulas condicionantes/condições suspensivas em contratos administrativos pudessem gerar a prorrogação automática, ficou claro que as prorrogações sucessivas devem acontecer, mediante termo aditivo, e que, as condicionantes contratuais, porventura existentes, não geram a renovação automática dos prazos de vigências das contratações públicas, como se lê do excerto abaixo:

36. No entanto, entende-se que não há direito adquirido ou subjetivo à prorrogação/renovação contratual, já que a sua validade depende da análise das vantagens daí resultantes para a Administração, que, a partir de um juízo de discricionariedade, decide de forma justificada se assinará ou não o termo aditivo para prorrogação/renovação contratual de vigência.

37. Portanto, a prorrogação/renovação contratual de vigência deve ser compreendida como mera expectativa de direito, inserindo-se na esfera decisória da Administração, que é orientada por seu juízo de oportunidade e conveniência. Ensina a doutrina administrativa que:

Por conseguinte, se a prorrogação não passa de uma expectativa de direito, o particular não deve considerá-la como evento futuro e certo no momento que elabora e apresenta sua proposta no processo de licitação. [GARCIA. Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018. p. 438.].

38. Nesse sentido, destacamos julgado do Tribunal de Contas da União, segundo o qual:

Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público, mas sim mera expectativa de direito, uma vez que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. (g.n.).(Acórdão 12280/2019-Segunda Câmara | Relator: ANA ARRAES).

39. O Código Civil prescreve, em seu artigo 122, que "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes". (g.n.).

40. Deste modo, tendo em vista a previsão legal expressa no sentido de ser necessária a celebração de termo aditivo para prorrogação/renovação contratual de vigência, conforme citado acima - §§1º e 2º, do artigo 57 da Lei n. 8.666/1993, verifica-se a ilicitude da cláusula automática condicionada para prorrogação/renovação contratual de vigência.

41. Por fim, é importante destacar que o presente caso não se trata de situação que enseja aplicação da Orientação Normativa/AGU nº 36, de 13 de dezembro de 2011, uma vez que esta incide nos contratos administrativos com prazo de vigência indeterminado:

A administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (empresa brasileira de correios e telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários.

42. Apenas nos casos acima citados é possível condicionar a continuidade do contrato à existência de crédito orçamentário sem a necessária formalização do respectivo Termo Aditivo, já que o contrato possui vigência por prazo indeterminado.

10. Assim, como se depreende das constatações vislumbradas no trecho acima, as suspensões das execuções nos contratos administrativos não geram a prorrogação automática dos prazos de vigência dos ajustes, devendo ser assinado, em cada caso, o respectivo termo aditivo.

11. No caso dos autos, andaram bem os agentes quando providenciaram a aditivação do ajuste, indo a vigência, como se nota dos documentos juntados, até 21 de agosto de 2022.

12. Isto Posto, se a cada 21 de agosto a vigência vinha sendo prorrogada, continuará desta forma, independentemente da suspensão, porque, mesmo suspensas as execuções, as relações contratuais mantiveram-se intactas, tanto que tal realidade veio descrita nos termos aditivos assinados pelas partes. Portanto, não se há de confundir a data marcada para retorno das atividades presenciais nos diversos Campi do IFPI com a fórmula de contagem dos prazos de vigência das contratações.

13. Para as concessões, onde os prazos de execução contratual e de vigência se confundem, a assertiva é ainda mais verdadeira, sendo certo que, o dia de abril agendado para

retorno das atividades do concessionário em nada influencia na contagem do prazo de vigência normal da contratação, como dito acima. Portanto, em agosto, mês de encerramento da vigência atual, o Campus deveria providenciar a lavratura de novo aditivo de prorrogação, caso seja do interesse a manutenção da concessão com o atual concessionário.

14. Por outro lado, a ressalva feita no §5º, do art.79, da Lei nº 8.666/93, quanto à devolução do prazo da suspensão contratual, visando a ampliação do cronograma da execução, vez que se deu em virtude de evento não atribuído ao contratado, é garantia legal, devendo ser adotada à vista de expressa previsão.

15. Os contratos de concessão de espaço tem uma especificidade, qual seja, a de não estarem adstritos à vigência dos créditos orçamentários, o que, à primeira vista, não impactaria na observância da exigência legal de 60 meses para suas respectivas vigências. Assim, poder-se-ia imaginar possível ter-se previsto que a presente concessão duraria até agosto de 2027, por exemplo, portanto, por 10 anos.

16. No entanto, não foi essa a opção da administração. Como se lê no contrato, a vigência inicial da avença foi de 24 meses, os quais foram prorrogados, inicialmente, por mais 24 meses, e, por último, por mais 12 meses, estando, portanto, próximo de esgotar o limite temporal de 60 meses, previsto na Lei nº 8.666/93.

17. Restaria, ainda, de acordo com o §4º, do art.57, da Lei nº 8.666/93, a possibilidade de extensão do prazo de vigência, desde que justificado, por mais 12 meses, alcançando a vigência o prazo total de 72 meses.

18. Assim, tendo em vista que a contratação se deu em agosto de 2017 e, que para o caso dos autos, ainda que se trate de concessão de espaço para lanchonete deve estar submetido à regra do art.57, II, da Lei nº 8.666/93, tal como explicitado acima, há de se asseverar que a vigência total somente poderia alcançar marca dos 72 meses, se adotada a excepcionalidade prevista no §4º, do mesmo artigo.

19. Partindo-se do pressuposto de que agora no ano de 2022 estariam esgotados os 60 meses da vigência geral do contrato, iniciada em 2017, restará apenas mais um ano de prorrogação, para atingimento dos 72 meses máximos permitidos em Lei.

20. Desta feita, este órgão jurídico evoluiu no entendimento da matéria, inclusive em vista da proibição legal da existência de contratos administrativos por tempo indeterminado, conforme preceituado no §3º, do art.57, da Lei nº 8.666/93, para asseverar que, mesmo em se tratando de contratos de concessão, a vigência passará a observar o prazo geral total de 60 meses, nos casos em que o contrato não refira prazo determinado superior àquele e se trate de prorrogações sucessivas, como nos presentes autos.

21. Assim, tendo o contrato sido assinado em agosto de 2017, para vigorar até agosto de 2019, prorrogado por 24 meses, para vigorar até agosto de 2021 e mais uma vez prorrogado por 12 meses, para vigorar até agosto de 2022, viu-se que a suspensão, iniciada em abril de 2020, para durar por tempo indeterminado, usurpou praticamente 2 anos da contratação, já que estamos em 2022.

22. Entendendo-se que a contratação está adstrita à vigência de 60 meses, e tendo em conta a data da concessão, em 21 de agosto de 2017, as prorrogações sucessivas poderiam ocorrer somente até 21 de agosto de 2022, portanto, até este ano. No entanto, a nova

prorrogação poderia abranger mais 1 ano de vigência, correspondendo, a 1 ano da suspensão, indo até agosto de 2023, contando com o autorizativo do §4º, do art.57, da Lei nº 8.666/93.

23. Portanto, muito embora a suspensão tenha durado dois anos, estes não poderão ser mais computados, já que, como dito alhures levariam o contrato até 2025, e, portanto, fora da duração máxima de 72 meses, se incluída a prorrogação excepcional do §4º, do art.57, acima referido.

24. Vide trecho do Acórdão do TCU 1443/2006, no qual consta esta recomendação, *verbis*:

SUMÁRIO

RELATÓRIO DE AUDITORIA. CÂMARA DOS DEPUTADOS. REGULARIDADE DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A EMPRESA BUANI & PAULUCCI LTDA.. CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL DA ADMINISTRAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E LANCHES. 1. Não foram identificadas irregularidades nos procedimentos licitatórios, nem no acompanhamento da execução dos contratos, celebrados entre a Câmara dos Deputados e a empresa Buani & Paulucci Ltda.. 2. No caso concreto, é lícita a concessão graciosa de uso de áreas, instalações e equipamentos da Câmara dos Deputados, destinados à exploração de restaurantes de auto-atendimento e lanchonetes, compreendidos no Bloco 1 da Concorrência nº 04/04, uma vez que, nessa situação, o interesse público, consistente na prestação efetiva de serviços acessíveis a grande parte dos parlamentares, servidores e demais usuários da do restaurante, prepondera sobre o caráter mercantil da concessão, ex vi da interpretação dos arts. 12, inciso III, e 13, inciso VIII, do Decreto nº 3.725/2001.

(...)

Quanto ao prazo de vigência dos contratos de concessão de uso de área , saliento que os limites temporais fixados no art. 57 da Lei nº 8.666/1993 mais se amoldam às avenças custeadas com recursos públicos previstos na lei orçamentária. A razão é simples. As prescrições contidas no referido dispositivo legal visam a adequar a duração dos ajustes ao período de autorização dos respectivos créditos orçamentários. A especificidade dos contratos da espécie reside no fato de esses ajustes normalmente não envolverem o dispêndio de valores à conta do orçamento federal, mas tão somente do concessionário privado.

A rigor, as previsões de prazos contratuais, extremadas na Lei nº 8.666/1993, aplicam-se somente àqueles serviços extras prestados pelo concessionário que sejam custeados pela União, tal qual se verifica no fornecimento de buffet para determinados eventos.

Embora não seja tecnicamente apropriada a utilização dos prazos máximos previstos no Estatuto Federal de Licitações e Contratos para fixar a vigência dos contratos de concessão de uso de bens públicos não-custeados pelo orçamento federal, é válido o seu emprego pela Administração da Câmara dos Deputados como balizador de duração desses ajustes. Importante frisar que tais avenças não podem ser realizadas por prazo indeterminado, devendo a Administração, após o transcurso do período de vigência contratual, realizar licitação pública, conforme determina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e os arts. 2º, 3º, 57, § 3º, e 121, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

25. Dito isto, é recomendável que em contratos de concessão de espaços para lanchonetes e reprografia, por exemplo, onde não esteja explicitado o prazo total de vigência superior a 60 meses, vindo a sofrer sucessivas prorrogações, seja firmado o entendimento de que só possam atingir os 72 meses máximos previstos em lei, a fim de se atender, também, ao disposto na ON 38/2011, aplicada por analogia ao caso concreto:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA 38/2011

NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA DEVE-SE OBSERVAR QUE: A) O PRAZO DE VIGÊNCIA ORIGINÁRIO, DE REGRA, É DE ATÉ 12 MESES; B) EXCEPCIONALMENTE, ESTE PRAZO PODERÁ SER FIXADO POR PERÍODO SUPERIOR A 12 MESES NOS CASOS EM QUE, DIANTE DA PECULIARIDADE E/OU COMPLEXIDADE DO OBJETO, FIQUE TECNICAMENTE DEMONSTRADO O BENEFÍCIO ADVINDO PARA A

ADMINISTRAÇÃO; E C) É JURIDICAMENTE POSSÍVEL A PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO DIVERSO DO CONTRATADO ORIGINARIAMENTE.

26. Quanto à aplicação do índice, adotando-se o mesmo raciocínio acerca da vigência contratual, é de se entender que a atualização da taxa contemplará também o período da suspensão, podendo ser autorizado ao contratado o aumento dos valores dos produtos comercializados, por razões óbvias, de acordo com o subitem 2.2, da Cláusula Segunda do Termo de Contrato, garantida a modicidade dos custos aos frequentadores do estabelecimento.

27. Frise-se, por oportuno, que o particular não está obrigado a manter contrato com a Administração, podendo negar-se à prorrogação do ajuste, caso este não lhe seja mais vantajoso, segundo os seus critérios, devendo o Campus providenciar nova licitação, se for o caso, sem aplicação de penalidades ao concessionário.

28. Estas as considerações.

Teresina, 29 de março de 2022.

Ceilânia Maria Figueirêdo de Sousa Coêlho Alves

Procuradora Federal

Mat. SIAPE 1214023

OAB 2732/96