

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE – VALIDADE – CONTRATO PRORROGAÇÃO

PROCESSO N° : 215553/21
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE MANDAGUAÇU
INTERESSADO : MAURICIO APARECIDO DA SILVA
RELATOR : CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

ACÓRDÃO N° 3249/21 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. No caso de inexigibilidade de licitação por força da exclusividade do contratado, a existência de atestado de exclusividade fornecido por órgão de registro do comércio não exime a Administração Pública de dimensionar devidamente seus problemas e necessidades, fixando os contornos e características das soluções disponíveis no mercado para atender ao interesse público, só podendo ocorrer a contratação direta caso haja a devida demonstração e comprovação de que o produto é o único disponível no mercado a atender adequadamente a finalidade pretendida. Não há um prazo de validade predeterminado para a aceitação dos atestados de exclusividade, mas deve a Administração se certificar de que tal atestado retrata uma situação atual do mercado, através do estabelecimento de um prazo razoável entre a sua emissão e a sua utilização como fundamento para a inexigibilidade de licitação. A validade dos atestados de exclusividade deve ser aferida no momento da contratação, sendo possível que o prazo de vigência do contrato seja superior ao prazo de validade do documento. No entanto, caso o contratado não seja mais fornecedor exclusivo no momento de eventual prorrogação contratual, deve a Administração se certificar, através de pesquisas mercadológicas, que as condições avençadas inicialmente permanecem mais vantajosas em relação às existentes no mercado, devendo ser realizada licitação no caso de o mercado em concorrência apresentar vantajosidade para a contratação. Não existe prazo mínimo de vigência dos contratos, podendo a Administração firmá-los por prazo inferior a 12 meses, de acordo com suas necessidades. Quanto ao prazo máximo, em regra, não pode ultrapassar o exercício financeiro. Contudo, quanto aos serviços de execução continuada, podem ser fixados por prazos superiores a 12 meses, em até 60 meses, desde que a Administração comprove a efetiva vantajosidade e economicidade decorrente de contratação por períodos prolongados, tendo em vista se tratar de inexigibilidade de contratação em decorrência de exclusividade de fornecedor. A prorrogação dos contratos, limitada ao período de 60 meses, pode ser realizada por prazo diferente do inicialmente avençado, devendo a administração adotar toda a cautela necessária para verificação da efetiva vantajosidade e economicidade do novo prazo a ser fixado.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta¹ encaminhada pelo Município de Mandaguáçu, através de seu Prefeito, Sr. Maurício Aparecido da Silva, com fundamento no art. 38 da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

¹ Peça 03 destes autos.

O Consulente indaga este Tribunal de Contas a respeito de contratação realizada mediante inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

- a) Considerando a existência de atestados de exclusividade fornecidos pelos órgãos de registro de comércio, que contemplem os serviços almejados pela Administração Municipal, é possível a contratação através de inexigibilidade de licitação?
- b) Existe prazo de validade mínimo exigido para os citados atestados?
- c) O prazo de vigência do contrato pode ser superior ao prazo de validade dos atestados de exclusividade?
- d) Quais os prazos mínimo e máximo de vigência do contrato?
- e) A Administração Municipal pode, com base em critérios de oportunidade e conveniência, optar por celebrar um contrato com prazo superior a 12 (doze) meses, com vistas a possibilitar uma amortização de custos e, conseqüentemente, um preço global menor?
- f) Em havendo previsão contratual de prorrogação, esta estaria necessariamente vinculada ao prazo originário? (p. ex.: em contrato firmado por um ano, a prorrogação deve obedecer ao mesmo prazo?)
- g) Caso a resposta ao quesito “f” seja negativa, existe limitação ao prazo de prorrogação?

Foi devidamente apresentado Parecer Jurídico² pelo Consulente, que indicou, de modo geral, respostas positivas às indagações.

Através do Despacho nº 291/21³, verificou-se que o Consulente é parte legítima para formular Consulta e que as questões apresentadas podem ser abordadas em tese e de forma objetiva, guardando relação com as atribuições deste Tribunal de Contas, sendo recebida a Consulta.

A SJB – Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, através da Informação nº 47/21⁴, apresentou algumas decisões deste Tribunal.

A CGM – Coordenadoria de Gestão Municipal, através da Instrução nº 91/21⁵, também apresentou, de modo geral, respostas positivas às indagações.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 164/21 – PGC⁶, acompanhou o opinativo técnico.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

O Consulente apresenta a seguinte indagação a este Tribunal de Contas:

- a) Considerando a existência de atestados de exclusividade fornecidos pelos órgãos de registro de comércio, que contemplem os serviços almejados pela Administração Municipal, é possível a contratação através de inexigibilidade de licitação?
- b) Existe prazo de validade mínimo exigido para os citados atestados?
- c) O prazo de vigência do contrato pode ser superior ao prazo de validade dos atestados de exclusividade?

2 Peça 04 destes autos.

3 Peça 06 destes autos.

4 Peça 07 destes autos.

5 Peça 10 destes autos.

6 Peça 11 destes autos.

- d) Quais os prazos mínimo e máximo de vigência do contrato?
- e) A Administração Municipal pode, com base em critérios de oportunidade e conveniência, optar por celebrar um contrato com prazo superior a 12 (doze) meses, com vistas a possibilitar uma amortização de custos e, conseqüentemente, um preço global menor?
- f) Em havendo previsão contratual de prorrogação, esta estaria necessariamente vinculada ao prazo originário? (p. ex.: em contrato firmado por um ano, a prorrogação deve obedecer ao mesmo prazo?)
- g) Caso a resposta ao quesito “f” seja negativa, existe limitação ao prazo de prorrogação?

Após análise dos autos, verifico que deve ser respondida, de modo geral, de forma positiva as indagações, conforme passo a expor.

Inicialmente, a CGM apresentou uma ressalva, de que seu opinativo estava circunscrito aos ditames da Lei nº 8.666/93, não adentrando no âmbito da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, uma vez que a peça inicial e o Parecer Jurídico tomaram como fundamento a Lei nº 8.666/93.

Acompanho o Unidade Técnica, uma vez que, para que fosse apresentada uma resposta adequada aos questionamentos nos termos da Nova Lei de Licitações, deveriam os consultentes ter apresentado fundamentos de acordo com a referida Lei, inclusive com seu devido debate pelas Unidades Técnicas deste Tribunal de Contas, o que não ocorreu no presente caso.

Desse modo, as questões apresentadas pelo Consultente serão respondidas conforme os ditames da Lei nº 8.666/93, nos termos dos fundamentos de sua peça inicial e do Parecer Jurídico apresentado.

Feita esta ressalva, passamos à análise de cada um dos questionamentos.

a) Considerando a existência de atestados de exclusividade fornecidos pelos órgãos de registro de comércio, que contemplem os serviços almejados pela Administração Municipal, é possível a contratação através de inexigibilidade de licitação?

O art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, prevê que é inexigível a licitação quando for inviável a competição, em especial

para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Desse modo, a princípio, a resposta ao questionamento deve ser positiva, uma vez que a legislação permite a apresentação de atestados de exclusividade fornecidos por órgãos de registro de comércio da localidade da licitação ou da obra ou serviço como fundamento para a inexigibilidade.

No entanto, não basta a apresentação de tais atestados para que a licitação se caracterize como inexigível, uma vez que é necessária a devida comprovação da adequação entre a necessidade da Administração Pública e da solução presente no material, equipamentos, ou gêneros fornecidos por fornecedores ditos exclusivos.

Conforme bem ressaltado no Parecer Jurídico apresentado pelo Consultante, “em se tratando de exceção à obrigação constitucional de licitar, cabe ao Ente Público adotar as cautelas necessárias à instauração do respectivo processo administrativo, apresentando formalmente a justificativa para aquela contratação”⁷.

Nas palavras da CGM,

a Administração deve, em um primeiro momento, dimensionar o problema, fixando os contornos e as características da necessidade que deseja atender, para só então definir a solução para o problema identificado, com a consequente definição do objeto”⁸.

Com isso, para realizar uma contratação direta com fundamento na inexigibilidade em decorrência de aquisição de material, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, a Administração deve demonstrar e comprovar a adequação entre a necessidade e a solução encontrada, com a devida demonstração de que determinado produto ou serviço disponível no mercado é o único capaz de satisfazer plenamente suas necessidades e que é fornecido com exclusividade por determinada pessoa, física ou jurídica, conforme bem leciona Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, nos seguintes termos:

(...) a exclusividade do fornecedor é a consequência lógica da relação entre a necessidade que se pretende satisfazer e a solução capaz de viabilizar a desejada satisfação. Assim, em um primeiro momento, é preciso que se demonstre a adequação entre a necessidade e a solução. Definida a solução, em um segundo momento, é preciso demonstrar, de acordo com o mercado, quais são os objetos (produtos e serviços) que traduzem e materializam a solução capaz de satisfazer plenamente a necessidade, o que se faz por meio de cuidadosa análise e eleição de um conjunto de especificações e características técnicas - a descrição do objeto. Por fim, no terceiro momento, como condição para que se configure a inexigibilidade com fulcro na exclusividade, é indispensável demonstrar que o objeto, seja de que natureza for, somente poderá ser fornecido ou prestado por um agente econômico monopolista. Vale dizer: é preciso demonstrar cabalmente que somente o monopolista (fornecedor exclusivo) é capaz de atender plenamente à necessidade da Administração, o que torna a competição inviável por impossibilidade de disputa.⁹

O fato de que uma empresa ser fornecedora exclusiva de determinado produto não justifica a contratação por meio de inexigibilidade se não restar demonstrado

7 Pg. 03 da peça 04 destes autos.

8 Pg. 03 da peça 10 destes autos.

9 MENDES, Renato Geraldo / MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016, p. 249.

que aquele é o único produto que atende às necessidades da Administração, conforme bem definiu a CGM, nos seguintes termos:

Assim, o fato de uma empresa ser fornecedora exclusiva de determinado produto não configura justificativa apta a fundamentar o uso da inexigibilidade se existirem outros produtos semelhantes no mercado que possam atender as necessidades do Município.

Nesse sentido, é de longa data a jurisprudência do Tribunal de Contas da União pela impossibilidade de contratação direta, com fundamento na inviabilidade de competição, se existirem no mercado outros produtos que, indistintamente, atendam à necessidade da Administração.

Além disso, comprovada a imprescindibilidade em relação a determinada solução, a fim de configurar a inexigibilidade em relação à exclusividade no fornecimento, é indispensável comprovar que ela é realizada por apenas um particular.

Nesse ponto, a simples emissão de atestado por órgãos de registro do comércio não é capaz de, por si só, comprovar a existência de uma situação de inviabilidade absoluta de competição, considerando que essas entidades muitas vezes se limitam a declarar informações prestadas pelos próprios interessados.¹⁰

Inclusive, o Tribunal de Contas da União possui este entendimento sumulado, nos seguintes termos:

Súmula 255 - TCU

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Desse modo, a presente indagação deve ser respondida nos seguintes termos:

No caso de inexigibilidade por força da exclusividade do contratado, a existência de atestado de exclusividade fornecido por órgão de registro do comércio não exime a Administração Pública de dimensionar devidamente seus problemas e necessidades, fixando os contornos e características das soluções disponíveis no mercado para atender ao interesse público, só podendo ocorrer a contratação direta caso haja a devida demonstração de que o produto é o único disponível no mercado a atender adequadamente a finalidade pretendida.

b) Existe prazo de validade mínimo exigido para os citados atestados?

Conforme bem apontado no Parecer Jurídico apresentado pelo Consultante, “a citada exclusividade deve ser aferida no momento da contratação. Portanto, é obrigatório que o prazo de validade dos atestados esteja vigente quando da celebração do contrato e adjudicação do objeto”¹¹.

Assim, no momento da contratação, a Administração deve se certificar de que o atestado apresentado pelo fornecedor seja válido, tendo em vista que esta situação de exclusividade do fornecimento deve ser contemporânea à contratação.

¹⁰ Pg. 03 da peça 10 destes autos.

¹¹ Pg. 03 da peça 04 destes autos.

Não existe um prazo de validade mínimo para os referidos atestados, mas deve a Administração se certificar de que tais atestados exprimem uma situação de fato, a fim de que a justificativa para a contratação por inexigibilidade não se revista de mera formalidade.

Conforme bem ressaltou a CGM, quanto mais recente for a emissão dos atestados de exclusividade maior a chance de exprimir uma situação de fato verdadeira, nos seguintes termos:

Na esteira do exposto no tópico anterior, mais relevante que o prazo de validade dos atestados de exclusividade, é a Administração perquirir se os documentos, de fato, exprimem uma situação verdadeira, sendo que, quanto maior o lapso temporal entre a emissão do atestado e a contratação direta, maior é a probabilidade de o documento não retratar a situação mercadológica atual.¹²

Desse modo, a presente indagação deve ser respondida nos seguintes termos:

Não há prazo de validade predeterminado para a aceitação dos atestados de exclusividade, mas deve a Administração se certificar de que tal atestado retrata uma situação atual do mercado, através do estabelecimento de um prazo razoável entre a sua emissão e a sua utilização como fundamento para a inexigibilidade de licitação.

c) O prazo de vigência do contrato pode ser superior ao prazo de validade dos atestados de exclusividade?

Conforme exposto no item anterior, os atestados de exclusividade devem estar vigentes no momento da contratação, a fim de demonstrar a situação de exclusividade no fornecimento do objeto contratado.

No entanto, não há qualquer impeditivo legal para que o prazo de vigência do contrato seja superior ao prazo de vigência do atestado, conforme bem destacado no Parecer Jurídico apresentado pelo Consultente.

Tal entendimento também foi exposto pela CGM, que concluiu pela possibilidade de que a vigência contratual seja superior à vigência do atestado de exclusividade.

Os contratos devem ser firmados pelo prazo necessário para o devido atingimento das necessidades da Administração Pública frente ao caso concreto, sendo independente da validade dos certificados de exclusividade, que somente servem para demonstrar a situação justificadora da inexigibilidade no momento da contratação.

Apesar disso, deve a Administração verificar no decorrer da execução contratual se a situação de exclusividade do fornecimento do objeto ainda persiste, pois, no caso da cessação da exclusividade, pode o contratado restar impossibilitado de dar continuidade à prestação o objeto, caso não seja mais fornecedor do objeto; ou

¹² Pg. 05 da peça 10 destes autos.

haver mais de um fornecedor no mercado, ocasião em que haverá a possibilidade de realização de licitação para uma nova contratação.

Neste segundo caso, quando durante a execução contratual a situação de exclusividade não permaneça, havendo mais de uma empresa no mercado apta a fornecer o objeto avençado, deve a Administração averiguar no momento de eventual análise de prorrogação contratual se os termos contratuais acordados inicialmente permanecem vantajosos à Administração frente a uma maior variedade de empresas fornecedoras existentes no mercado.

Através de pesquisas mercadológicas, deve a Administração se certificar de que as condições existentes no mercado antes de eventual análise de prorrogação contratual são mais vantajosas que o acordado inicialmente, sendo que, em caso positivo, deve se abster de prorrogar o contrato firmado com fundamento em inexigibilidade e promover uma nova licitação.

Desse modo, a presente indagação deve ser respondida nos seguintes termos:

A validade dos atestados de exclusividade deve ser aferida no momento da contratação, sendo possível que o prazo de vigência do contrato seja superior ao prazo de validade do documento. No entanto, caso o contratado não seja mais fornecedor exclusivo no momento de eventual prorrogação contratual, deve a Administração se certificar, através de pesquisas mercadológicas, de que as condições avençadas inicialmente permanecem mais vantajosas em relação às existentes no mercado, devendo ser realizada licitação no caso de o mercado em concorrência apresentar vantajosidade.

d) Quais os prazos mínimo e máximo de vigência do contrato?

e) A Administração Municipal pode, com base em critérios de oportunidade e conveniência, optar por celebrar um contrato com prazo superior a 12 (doze) meses, com vistas a possibilitar uma amortização de custos e, conseqüentemente, um preço global menor?

Os prazos de vigência dos contratos decorrentes de licitações devem guardar relação com os respectivos créditos orçamentários, conforme prevê o art. 57 da Lei nº 8.666/93. No entanto, a fixação do prazo de vigência destes contratos deve considerar, também, as melhores condições para a Administração, tendo em vista o princípio da efetividade e da economicidade.

Conforme indicado no Parecer Jurídico apresentado pelo Consultante, a AGU – Advocacia Geral da União, através da Orientação Normativa nº 38, concluiu que os prazos de contratação de serviços prestados de forma continuada podem ser fixados em períodos superiores aos dos créditos orçamentários, tendo em vista as peculiaridades e/ou a complexidade do objeto, desde que fiquem demonstrados tecnicamente os benefícios advindos para a Administração, nos seguintes termos:

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.

O Tribunal de Contas da União possui o mesmo entendimento, nos seguintes termos:

197. Portanto, como regra, a fixação do prazo de vigência dos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua deve levar em consideração a obtenção de melhor preço e de condições mais vantajosas para a administração e não a vigência dos respectivos créditos orçamentários.

[...]

200. É pertinente concluir que, quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para ofertar seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.

201. Ademais, o prazo de vigência de 60 (sessenta) meses só traz benefícios à administração, visto que os procedimentos atualmente adotados para a prorrogação serão significativamente reduzidos.¹³

Marçal Justen Filho apresenta o mesmo entendimento, de que é possível a realização de contratos com prazo de vigência de até 60 meses, reduzindo-se custos unitários e gerenciais do contratado, obtendo a Administração preços mais vantajosos, nos seguintes termos:

Essa interpretação produz dois problemas sérios. O primeiro é a turbulência ao início do exercício subsequente. Assim se passa porque a renovação não pode ser formalizada antes da vigência da lei orçamentária seguinte. Mas é materialmente impossível renovar o contrato no dia 1.º de janeiro de cada ano. Logo, a solução prática é assegurar a continuidade dos serviços até que seja formalizada a dita renovação.

Mas o problema mais relevante reside na perda pela Administração Pública de uma das vantagens inerentes à adoção de prazos mais amplos. **Quando se realiza um contrato com prazo de sessenta meses, reduzem-se os custos unitários e gerenciais do particular. Portanto, a Administração pode obter preços mais vantajosos.** Quando se impõe contratação com prazo mais reduzido (ainda que com a previsão de sua renovabilidade até sessenta meses), elevam-se os custos do particular. Logo, a Administração se sujeita a preços mais elevados. Esse é um dos motivos do surgimento da figura da “repactuação de preços”, que será examinada com mais profundidade adiante.

Por todas essas considerações, mantém-se a concepção de que o inc. II do art. 57 autoriza contratações com prazo de vigência de até 60 meses.¹⁴ (grifo nosso)

No entanto, tais entendimentos são expostos nos casos em que há competição na contratação, através da realização de licitação, onde as empresas concorrem

¹³ Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário.

¹⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

para apresentar as melhores condições para a Administração e a vantajosidade e economicidade da contratação se presumem.

No caso de contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, deve a Administração justificar a contratação por período acima de 12 meses através da demonstração da efetiva vantajosidade e economicidade decorrente de contratação mais prolongada.

Somente através da demonstração de tal vantajosidade e economicidade decorrente de contratações mais prolongadas está autorizada a Administração a firmar contratos decorrentes de inexigibilidade por prazo superior a 12 meses.

Quanto aos prazos mínimos, não existe qualquer impeditivo legal para a sua realização, podendo a Administração firmá-los por prazo inferior a 12 meses, caso as necessidades da Administração sejam supridas por período menor.

Desse modo, a presente indagação deve ser respondida nos seguintes termos:

Não existe prazo mínimo de vigência dos contratos, podendo a Administração firmá-los por prazo inferior a 12 meses, caso suas necessidades sejam supridas por período menor.

Quanto ao prazo máximo, em regra, não pode ultrapassar o exercício financeiro. Contudo, quanto aos serviços de execução continuada, podem ser fixados por prazos superiores a 12 meses, em até 60 meses, desde que a Administração comprove a efetiva vantajosidade e economicidade decorrente de contratação por períodos prolongados, tendo em vista se tratar de inexigibilidade de contratação em decorrência de exclusividade de fornecedor.

f) Em havendo previsão contratual de prorrogação, esta estaria necessariamente vinculada ao prazo originário? (p. ex.: em contrato firmado por um ano, a prorrogação deve obedecer ao mesmo prazo?)

g) Caso a resposta ao quesito “f” seja negativa, existe limitação ao prazo de prorrogação?

Conforme bem ressaltou a CGM, este Tribunal de Contas já se manifestou a respeito da possibilidade de prorrogação de prazo contratual em prazo inferior ao avençado inicialmente, através do Acórdão nº 792/09 – Plenário, Processo de Consulta nº 792/09, nos seguintes termos:

Quanto ao segundo questionamento, a interpretação literal do artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 poderia levar ao equivocado entendimento da obrigatoriedade da prorrogação contratual de prestação de serviços de duração continuada por idêntico período daquele previsto no contrato original.

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, adotando as dominantes regras de interpretação, têm abrandado o rigor da norma porque **não existe razão plausível de ordem lógica ou jurídica para se impedir a prorrogação contratual por período diferente daquele originariamente ajustado, se for mais vantajoso para a Administração.**

Neste sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Contas da União:

Cabe asseverar, contrariando o entendimento contido na instrução, que a tese defendida por esta Corte de Contas e pela doutrina reinante sobre a matéria é que, na renovação, **não fica a entidade obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. Pois, mesmo que o texto da norma aluda a “iguais períodos” a leitura muito restrita da norma traria um engessamento para o administrador, o que não era o objetivo do legislador. Se é possível prorrogar por 60 meses, não seria razoável subordinar a administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência, seguindo o prazo inicialmente avençado no contrato. Então, nesse aspecto, não haveria qualquer irregularidade na prorrogação por mais 24 meses do contrato inicialmente avençado, com prazo de 36 meses.** (TCU - Acórdão 551/2002 - Segunda Câmara, rel. Min. UBIRATAN AGUIAR, Dou 04/12/2002)

Portanto, se for vantajoso à Administração é perfeitamente possível a prorrogação contratual de prestação de serviço de duração continuada por prazo inferior ao avençado no ajuste original. (grifo nosso)

Assim, conforme bem concluiu a CGM,

nos termos do art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/93, é lícito realizar sucessivas prorrogações por períodos iguais, desde que comprovada a vantajosidade, não havendo razões para impedir a prorrogação por período menor quando essa vantajosidade também estiver presente¹⁵

Por outro lado, a fixação de prazos maiores de prorrogação contratual ao inicialmente avençado pode prejudicar a competitividade da licitação, uma vez que os licitantes não imaginam que pode haver prorrogação por prazos mais longos, o que poderia impactar na previsão de seus custos e apresentação de preços, tendo em vista a economia em escala que tais períodos poderia originar.

A CGM apresentou este mesmo entendimento, nos seguintes termos:

Diferente é o entendimento em relação à prorrogação por prazos superiores ao inicialmente fixado, já que é condição vantajosa ao contratado, que não estava presente quando da elaboração das propostas pelos licitantes, representando ofensa ao princípio da isonomia, podendo também prejudicar a competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa.¹⁶

No entanto, os questionamentos apresentados nos presentes autos se referem à ocorrência de inexigibilidade de licitação decorrente de fornecedor exclusivo, o que afasta a realização de qualquer competitividade na contratação.

Nesse caso, tendo em vista a ocorrência de fornecedor único para o objeto pretendido pela Administração, não haveria óbice para que eventual prorrogação contratual ocorra em prazo superior ao avençado.

Mas, tendo em vista que a condição de fornecedor exclusivo não se reveste de caráter perpétuo, podendo o contratado perder esta condição no decorrer da execução contratual, é imperioso que a Administração se certifique a respeito da

¹⁵ Pg. 09 da peça 10 destes autos.

¹⁶ Idem.

efetiva vantajosidade e economicidade de uma eventual renovação por prazo superior ao avençado originariamente, a fim de que o interesse público seja preservado. Desse modo, a presente indagação deve ser respondida nos seguintes termos:

A prorrogação dos contratos, limitada ao período de 60 meses, pode ser realizada por prazo diferente do inicialmente avençado, devendo a administração adotar toda a cautela necessária para verificação da efetiva vantajosidade e economicidade do novo prazo a ser fixado.

Em face de todo o exposto, voto no sentido de que deve o Tribunal de Contas do Estado do Paraná responder à presente Consulta nos seguintes termos:

a) Considerando a existência de atestados de exclusividade fornecidos pelos órgãos de registro de comércio, que contemplem os serviços almejados pela Administração Municipal, é possível a contratação através de inexigibilidade de licitação?

No caso de inexigibilidade por força da exclusividade do contratado, a existência de atestado de exclusividade fornecido por órgão de registro do comércio não exime a Administração Pública de dimensionar devidamente seus problemas e necessidades, fixando os contornos e características das soluções disponíveis no mercado para atender ao interesse público, só podendo ocorrer a contratação direta caso haja a devida demonstração de que o produto é o único disponível no mercado a atender adequadamente a finalidade pretendida;

b) Existe prazo de validade mínimo exigido para os citados atestados?

Não há um prazo de validade predeterminado para a aceitação dos atestados de exclusividade, mas deve a Administração se certificar de que tal atestado retrata uma situação atual do mercado, através do estabelecimento de um prazo razoável entre a sua emissão e a sua utilização como fundamento para a inexigibilidade de licitação;

c) O prazo de vigência do contrato pode ser superior ao prazo de validade dos atestados de exclusividade?

A validade dos atestados de exclusividade deve ser aferida no momento da contratação, sendo possível que o prazo de vigência do contrato seja superior ao prazo de validade do documento. No entanto, caso o contratado não seja mais fornecedor exclusivo no momento de eventual prorrogação contratual, deve a Administração se certificar, através de pesquisas mercadológicas, de que as condições avençadas inicialmente permanecem mais vantajosas em relação às existentes no mercado, devendo ser realizada licitação no caso de o mercado em concorrência apresentar vantajosidade;

d) Quais os prazos mínimo e máximo de vigência do contrato?

e) A Administração Municipal pode, com base em critérios de oportunidade e conveniência, optar por celebrar um contrato com prazo superior a 12 (doze) meses,

com vistas a possibilitar uma amortização de custos e, conseqüentemente, um preço global menor?

Não existe prazo mínimo de vigência dos contratos, podendo a Administração firmá-los por prazo inferior a 12 meses, caso suas necessidades sejam supridas por período menor;

Quanto ao prazo máximo, em regra, não pode ultrapassar o exercício financeiro. Contudo, quanto aos serviços de execução continuada, podem ser fixados por prazo superior a 12 meses, até 60 meses, desde que a Administração comprove a efetiva vantajosidade e economicidade decorrente de contratação por períodos prolongados, tendo em vista se tratar de inexigibilidade de contratação em decorrência de exclusividade de fornecedor;

f) Em havendo previsão contratual de prorrogação, esta estaria necessariamente vinculada ao prazo originário? (p. ex.: em contrato firmado por um ano, a prorrogação deve obedecer ao mesmo prazo?)

g) Caso a resposta ao quesito “f” seja negativa, existe limitação ao prazo de prorrogação?

A prorrogação dos contratos, limitada ao período de 60 meses, pode ser realizada por prazo diferente do inicialmente avençado, devendo a administração adotar toda a cautela necessária para verificação da efetiva vantajosidade e economicidade do novo prazo a ser fixado;

Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encaminhamento destes autos à Coordenadoria de Execuções para o devido registro e adoção das medidas cabíveis.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, por unanimidade, responder à presente Consulta nos seguintes termos:

I - Considerando a existência de atestados de exclusividade fornecidos pelos órgãos de registro de comércio, que contemplem os serviços almejados pela Administração Municipal, é possível a contratação através de inexigibilidade de licitação?

No caso de inexigibilidade por força da exclusividade do contratado, a existência de atestado de exclusividade fornecido por órgão de registro do comércio não exime a Administração Pública de dimensionar devidamente seus problemas e necessidades, fixando os contornos e características das soluções disponíveis no mercado para atender ao interesse público, só podendo ocorrer a contratação direta

caso haja a devida demonstração de que o produto é o único disponível no mercado a atender adequadamente a finalidade pretendida;

II - Existe prazo de validade mínimo exigido para os citados atestados?

Não há um prazo de validade predeterminado para a aceitação dos atestados de exclusividade, mas deve a Administração se certificar de que tal atestado retrata uma situação atual do mercado, através do estabelecimento de um prazo razoável entre a sua emissão e a sua utilização como fundamento para a inexigibilidade de licitação;

III - O prazo de vigência do contrato pode ser superior ao prazo de validade dos atestados de exclusividade?

A validade dos atestados de exclusividade deve ser aferida no momento da contratação, sendo possível que o prazo de vigência do contrato seja superior ao prazo de validade do documento. No entanto, caso o contratado não seja mais fornecedor exclusivo no momento de eventual prorrogação contratual, deve a Administração se certificar, através de pesquisas mercadológicas, de que as condições avençadas inicialmente permanecem mais vantajosas em relação às existentes no mercado, devendo ser realizada licitação no caso de o mercado em concorrência apresentar vantajosidade;

IV - Quais os prazos mínimo e máximo de vigência do contrato?

V - A Administração Municipal pode, com base em critérios de oportunidade e conveniência, optar por celebrar um contrato com prazo superior a 12 (doze) meses, com vistas a possibilitar uma amortização de custos e, conseqüentemente, um preço global menor?

Não existe prazo mínimo de vigência dos contratos, podendo a Administração firmá-los por prazo inferior a 12 meses, caso suas necessidades sejam supridas por período menor;

Quanto ao prazo máximo, em regra, não pode ultrapassar o exercício financeiro. Contudo, quanto aos serviços de execução continuada, podem ser fixados por prazo superior a 12 meses, até 60 meses, desde que a Administração comprove a efetiva vantajosidade e economicidade decorrente de contratação por períodos prolongados, tendo em vista se tratar de inexigibilidade de contratação em decorrência de exclusividade de fornecedor;

VI - Em havendo previsão contratual de prorrogação, esta estaria necessariamente vinculada ao prazo originário? (p. ex.: em contrato firmado por um ano, a prorrogação deve obedecer ao mesmo prazo?)

VII - Caso a resposta ao quesito “f” seja negativa, existe limitação ao prazo de prorrogação?

A prorrogação dos contratos, limitada ao período de 60 meses, pode ser realizada por prazo diferente do inicialmente avençado, devendo a administração adotar toda

a cautela necessária para verificação da efetiva vantajosidade e economicidade do novo prazo a ser fixado;

VIII - Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encaminhamento destes autos à Coordenadoria de Execuções para o devido registro e adoção das medidas cabíveis.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 25 de novembro de 2021 – Sessão Virtual nº 19.

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente