



Processo nº:	31771/026/16.
Interessado:	Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, por seu Diretor-Presidente.
Em exame:	Consulta.

Trata-se de consulta formulada pelo Diretor-Presidente da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, apresentada a esta Corte em 18.11.2016 (fls. 02/11, docs. fls. 12/13).

O consulente indaga: *“a Companhia do Metrô ou qualquer outro órgão da Administração deve se basear em qual inciso do § 1º do artigo 57 do Diploma Licitatório para justificar a celebração de aditivo de prorrogação de prazo por culpa da contratada, em contratos por escopo, já que nenhum deles traz previsão quanto a essa hipótese?”* (fls. 07).

O Gabinete Técnico da Presidência, considerando a competência deste Tribunal para resolver eventuais dúvidas na aplicação de textos legais, e que o caso em questão apresenta dúvida *in abstracto*, propôs o recebimento da petição como **consulta** (fls. 15/18), medida acatada pela Presidência (fls. 19).

Distribuídos os autos, o relator determinou a oitiva da Assessoria Técnico-Jurídica (fls. 22), que apresentou o judicioso parecer de fls. 23/43, acatado na integralidade pela Chefia (fls. 44).

O relator também determinou a oitiva da Procuradoria da Fazenda do Estado (fls. 45), que se manifestou no sentido de *“admitir a interpretação extensiva das hipóteses previstas no parágrafo 1º do artigo 57 da Lei federal nº. 8.666/93, sobretudo ante o caráter meramente formal do aditamento para fins de adaptação da vigência do contrato e da atualidade de seu cronograma, ante a ausência de repercussão monetária imediata por ocasião da modificação”* (fls. 46/61 e 124/126, docs. fls. 62/123).



Aos 11.07.2017 solicitamos, com fundamento no art. 71, inc. II, alínea 'a'¹ c/c art. 231², ambos do Regimento Interno, diligência para que fosse informado nos autos se o assunto já fora, ou não, objeto de parecer, com a juntada de eventuais julgados no qual o assunto fora examinado.

Cumprindo a determinação de fls. 130, a Secretaria-Diretoria Geral, por meio da SDG-4 – Centro de Documentação Jurídica, informou que *“não foi encontrada nenhuma decisão referente a exatamente este assunto proferida por esta E. Corte. No entanto, foram localizadas algumas decisões que, embora não versem precisamente sobre a indagação presente na exordial, tangenciam este tópico”* (fls. 157/158, julgados às fls. 131/156).

Retornam os autos com vistas ao Ministério Público de Contas para sua atuação como fiscal da ordem jurídica.

É o relatório.

A competência do Tribunal de Contas para responder consultas decorre da previsão legal do art. 2º, inc. XXV da LCE 709/1993, que dispõe:

Art. 2º. Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...)

XXV - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno;

O procedimento das consultas é regulado no Capítulo IX do Regimento Interno deste E. Tribunal:

CAPÍTULO IX
Das Consultas
SEÇÃO I
Competência

Art. 226. O Tribunal Pleno resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas acerca de dúvidas suscitadas na aplicação das disposições legais concernentes à matéria de sua competência, desde que não envolva caso concreto ou ato consumado.

§ 1º. O Tribunal Pleno poderá, excepcionalmente, apreciar o mérito de consulta que contenha individualização da situação fática apresentada, caso o recomende relevante razão de interesse público.

§ 2º. As consultas, a que se refere este artigo, formuladas por intermédio dos Chefes dos Poderes Públicos estaduais e municipais, Secretários de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta e fundacional, tanto do Estado como dos Municípios, constarão de exposição precisa da dúvida, com formulação de quesitos.

Art. 227. Os pareceres emitidos em virtude de consulta terão força obrigatória, importando em prejudicamento do Tribunal.

¹ RITCE/SP, art. 71. O Ministério Público poderá:

II - requerer ao Presidente, Presidente de Câmara, ao Conselheiro que presidir a instrução:

a) qualquer providência ordenatória dos autos e/ou informações complementares ou elucidativas para as quais tiver justificativas;

² RITCE/SP, art. 231. Deferidas, as consultas deverão, imediatamente, de forma sistemática, ser encaminhadas à unidade encarregada de coligir a documentação e a jurisprudência do Tribunal, para informar se o assunto já foi, ou não, objeto de parecer.

Parágrafo único. Em caso positivo, a unidade anexará aos autos respectivos o parecer em seu inteiro teor.



Parágrafo único. Salvo deliberação em contrário emitida pelo Tribunal Pleno, o prejudgado emanado em relação ao consulente não importará na fixação de orientação normativa para a Administração em geral.

Art. 228. Contra os pareceres mencionados neste Capítulo, caberá pedido de reconsideração, apresentado dentro de 15 (quinze) dias pelo próprio consulente:

I - se o Tribunal não tiver apreendido a tese da consulta;

II - se forem necessárias explicações complementares ou elucidativas;

III - se a orientação fixada for inoportuna ou inconveniente ao serviço público.

Art. 229. A qualquer tempo, poderá ser repetida a consulta, se fatos ou argumentos novos puderem importar modificação do parecer.

Parágrafo único. É facultado ao Tribunal, por iniciativa do Presidente ou de qualquer Conselheiro, reexaminar ex officio o ponto de vista firmado em parecer, submetendo-o ao Tribunal Pleno para apreciação. Ocorrendo alteração do prejudgado, a orientação que vier a ser adotada terá força obrigatória, a partir da sua publicação, em relação aos órgãos da Administração já submetidos aos efeitos do prejudgado modificado.

SEÇÃO II

Procedimento

Art. 230. As consultas, depois de protocoladas, serão encaminhadas à Presidência, que decidirá sobre o seu cabimento, dela dando vista ao Ministério Público.

Art. 231. Deferidas, as consultas deverão, imediatamente, de forma sistemática, ser encaminhadas à unidade encarregada de coligir a documentação e a jurisprudência do Tribunal, para informar se o assunto já foi, ou não, objeto de parecer.

Parágrafo único. Em caso positivo, a unidade anexará aos autos respectivos o parecer em seu inteiro teor.

Art. 232. Quando em face dos elementos colhidos verificar-se a existência de decisão da espécie, o Relator, independentemente de qualquer provocação ou, se for o caso, após a audiência dos órgãos de instrução, remeterá, ao consulente, mediante despacho, o julgado anterior, cujo teor lhe será transmitido e ordenará o pronto arquivamento do processo.

Parágrafo único. É facultado ao consulente, na hipótese prevista neste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer ao Relator explicações complementares ou elucidativas, que, se as julgar relevantes, poderá proceder na forma prevista no parágrafo único do art. 229 deste Regimento Interno.

Art. 233. Não tendo sido a matéria objeto de parecer do Tribunal Pleno, o Relator do feito aplicará as disposições contidas, no que for cabível na Seção anterior, no que couber, ouvindo-se os órgãos que se fizerem necessários, com vista ao Ministério Público.

No caso dos autos, o consulente encontra-se dentre o rol de legitimados, o quesito formulado adéqua-se às balizas fixadas na norma de regência, e a matéria não foi objeto de parecer específico anterior. Assim, seguindo o posicionamento do Gabinete Técnico da Presidência (fls. 15/18), opina o MPC pelo conhecimento da consulta.

Passa-se ao mérito do quesito formulado.

De início, considerando que o consulente representa uma empresa pública, oportuno analisarmos a dúvida também sob esta ótica, isto é, atentando ao Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). Todavia, não se deve olvidar que os contratos celebrados anteriormente com base na Lei de Licitações continuarão regidos por ela (art. 91, § 3º, da Lei 13.303/2016)³.

³ Lei 13.303/2016, art. 91, § 3º. Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no *caput*.



O consulente indaga *em qual inciso do § 1º do artigo 57 do Diploma Licitatório deve se basear para justificar a celebração de aditivo de prorrogação de prazo por culpa da contratada, em contratos por escopo.*

Primeiramente, cabe diferenciar 'contratos por escopo' (também conhecidos como 'contratos por objeto', 'contratos de obra', 'contratos de execução instantânea', 'contratos de resultado') dos 'contratos de prestação continuada' (também conhecidos como 'contratos de execução continuada', 'contratos de prestação de serviços', 'contratos contínuos', 'contratos por prazo', 'contratos por prazo certo').

O contrato por escopo impõe um resultado certo e final, individualizado e identificável, enquanto que o contrato de prestação continuada importa na verificação de uma mesma atividade de forma reiterada. Nos contratos contínuos, não há elemento específico a ser concluído, mas sim uma necessidade da Administração, renovada periodicamente.

Podem ser citados como exemplos de contratos por escopo: um contrato para construção de uma escola, um contrato para entrega de materiais escolares. De outro lado, são exemplos de contratos de prestação continuada: um contrato de prestação de serviço de limpeza, um contrato de serviço de vigilância, um contrato de locação.

Esta diferenciação é adotada tendo em vista que os dois tipos de contrato extinguem-se de maneira diversa, além de seguirem regras distintas de prorrogação.

Conforme ensina MEIRELLES, os contratos administrativos se extinguem, normalmente, ou (i) pela conclusão do objeto ou (ii) pelo término do prazo. Ou, de forma excepcional, (a) pela rescisão ou (b) pela anulação, formas prematuras de cessação do ajuste, em meio à sua execução.⁴

Começemos com as formas excepcionais.

A (a) rescisão do contrato administrativo é regulada nos artigos 77 a 80 da Lei de Licitações; a (b) anulação, por sua vez, encontra amparo nas Súmulas 346

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 41ª ed. (atual. por ALEIXO, Délcio Balestero e BURLE Filho, José Emmanuel). São Paulo: Malheiros, 2015, p.256-259.



e 473 do STF⁵ e nas leis de processo administrativo⁶, e suas consequências estão tratadas no art. 59 da Lei de Licitações.⁷

A extinção (i) pela conclusão do objeto é o modo mais comum. A extinção ocorre de pleno direito quando as partes cumprem integralmente suas prestações contratuais, ou seja, a realização do objeto do ajuste por uma delas e o pagamento do preço pela outra. Concluído o objeto do contrato, segue-se sua entrega, pelo contratado, e recebimento, pela Administração. O recebimento definitivo importa o reconhecimento da conclusão do objeto do contrato, operando sua extinção. Embora tradicionalmente se afirme que o contrato se extingue ‘com a conclusão do objeto’, no caso do contrato administrativo, é mais correto dizer que sua extinção se dá ‘após a conclusão e a entrega do objeto pela contratada e seu recebimento pela Administração’.

A extinção (ii) pelo término do prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, de modo que, uma vez expirado, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto.

Assim como a Assessoria-Técnico Jurídica e a Procuradoria da Fazenda do Estado (além do próprio consultante), este Ministério Público de Contas filia-se à teoria de que o mero decurso de prazo, nos contratos por escopo, não os extingue. É dizer: os contratos por escopo permanecem vigentes até sua extinção, que ocorre, via de regra, com o recebimento do objeto pela Administração.

Também adotam esta posição a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo⁸, MEIRELLES⁹, TORRES¹⁰, AMARAL¹¹, NIEBUHR¹² e a mais recente jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹³.

⁵ Súmula 346 STF. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁶ No âmbito federal, no art. 53 da Lei 9.784/1999 (“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”). No âmbito do Estado de São Paulo, no art. 10 da Lei Estadual 10.177/1998.

⁷ Lei de Licitações, art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

⁸ Externada nos Pareceres PA nº 157/2009 (fls. 75/87), 48/2013 (fls. 88/102) e 116/2014 (fls. 103/122).

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 41ª ed. (atual. por ALEIXO, Délcio Balestero e BURLE Filho, José Emmanuel). São Paulo: Malheiros, 2015, p.256-259.

¹⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*, 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.637-640.



O raciocínio que fundamenta tal entendimento pode ser resumido da seguinte forma:

No contrato de escopo, o objeto é que define o prazo. Por exemplo, um contrato para construção de uma creche terá um número certo de dias para que a obra seja concluída, entregue e recebida pela Administração. Veja-se que é a especificidade do objeto que ditará o prazo: em regra, se mais complexa a obra, mais dias terá o cronograma.

Já no contrato de prestação continuada, o serviço será prestado por tanto tempo quanto seja o prazo de vigência do contrato. Em outras palavras, no caso do contrato de prestação continuada, o prazo define o objeto. Veja-se que, seja mais ou menos complexo, o contrato será prestado pelo número de dias que for estipulado em contrato.

Por conta disto, a extinção dos prazos tem efeitos distintos nos dois tipos contratos. Nos contratos de escopo, em razão de sua natureza, o fim do prazo não acarreta, de imediato, a extinção do contrato, eis que essa somente ocorre com a conclusão e entrega do objeto pela contratada e seu recebimento pela Administração. O término do prazo, nos contratos de escopo, não tem por efeito a extinção do contrato, mas sim a caracterização de mora. Já nos contratos de prestação continuada, o término do prazo encerra o contrato, pois, nesses, o lapso temporal previsto no contrato integra o núcleo de seu objeto, de modo que, terminado o prazo, estará extinto o contrato.

¹¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre contratos por prazo e por objeto*. Disponível em <http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2004/c106.pdf>, acesso em 24.01.2018. Oportuno destacar os seguintes trechos:

*"(...) Tome-se, por exemplo, um contrato **por prazo**, como o de prestação de serviços pelo prazo de doze meses. Ao fim desse prazo, ele se extingue. Perde a **validade** e deixa, portanto, de ser **eficaz**. A situação é diferente de um contrato **por objeto**. Se se celebra um contrato de execução de obra, a ser realizada no prazo de doze meses, a extinção do contrato somente se opera ao final da obra, que pode ser concluída, até, antes do término do prazo contratual. Se, expirado o prazo, a obra não estiver concluída por culpa do construtor, ele incorrerá em mora. Assim, o prazo contratual não é, nesse caso, **extintivo**, e sim **moratório**. O que não impede que o contrato seja, a qualquer momento, extinto mediante rescisão ou anulação.*

(...)

*Por isso é que me parece absurdo exigir-se - como se faz às vezes - que um contrato de obra pública contenha cláusula de prorrogação do prazo de execução para que este possa ser prorrogado. Por um lado, porque isso significaria admitir-se que o contratado pudesse descumprir a obrigação de concluir a obra no prazo estabelecido. Por outro, porque a prorrogação de um contrato **por objeto** serve para prolongar sua **eficácia**, mas não sua **validade**, ou seja, sua **existência**, enquanto nos contratos por prazo o que se prolonga é a sua **validade**, ou seja, sua **existência** (e também sua eficácia)." (negrito no original)*

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹³ Veja-se:

Plenário, Acórdão 127/2016, rel. Min. Subs. André Luís de Carvalho, j. 27.01.2016;
Plenário, Acórdão 1674/2014, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 25.06.2014;
2ª Câmara, Acórdão 5466/2011, rel. Min. José Jorge, j. 02.08.2011;
Plenário, Acórdão 2068/2004, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 15.12.2004;
Plenário, Decisão 732/1999, rel. Min. Bento José Bugarin, j. 20.10.1999.



É preciso ressaltar que este entendimento, embora majoritário, não é unânime. Em sentido contrário, destaca-se a posição da Advocacia-Geral da União¹⁴ e de JUSTEN Filho¹⁵.

Passemos às diferenças quanto à prorrogação dos dois contratos.

A renovação¹⁶ dos contratos de prestação continuada é regulada no inciso II do *caput* do art. 57 e em seu § 4º:

Lei 8.666/1993, 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.

Já a prorrogação dos contratos por escopo é regulada no § 1º do art. 57 da Lei de Licitações:

Lei 8.666/1993, art. 57, § 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;

¹⁴ Externada no Parecer nº 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/19003176, acesso em 24.01.2018, e consequente Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013. Cabe assinalar que este Parecer carece de caráter vinculativo, eis que não foi aprovado por decreto presidencial, conforme exige o art. 40, da Lei Complementar 43/1993.

¹⁵ A posição do renomado administrativista é tratada neste curto trecho:

“9.5) Atraso por culpa do particular contratado

A disciplina do art. 57, §1º, envolve hipóteses em que a inviabilidade de atendimento ao cronograma original deriva de evento não imputável ao particular. Em tese, o atraso na execução da prestação decorrente de ação ou omissão culposa do particular configura causa de rescisão do contrato (art. 78, I a V, e art. 80, I).

Mas poderá ocorrer situação em que, não obstante o atraso derive de ato culposamente imputável ao particular, caberá a manutenção do contrato – ainda que acompanhada da imposição de sanções de outra ordem ao faltoso. Se assim se passar, será imperioso promover a readequação dos prazos contratuais, o que se fará segundo a disciplina dos §§ 1º e 2º do art. 57, ora examinados.” (negrito no original) (JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.1124).

¹⁶ Optamos por utilizar a nomenclatura renovação, conforme diferenciação proposta por TORRES:

“Interessante pontuar que a Lei, ao tratar sobre a continuidade além do exercício financeiro, usa a expressão prorrogação em sentido amplo. Sugerimos, para fins didáticos, a divisão do gênero “Prorrogação”, em duas espécies: renovação e prorrogação em sentido estrito.

Tecnicamente, seria melhor a expressão “renovação”, sobretudo para os contratos de serviços continuados, com pagamentos mensais. A mudança sutil permitiria melhor compreensão sobre os efeitos diferentes da prorrogação em sentido amplo, nos diversos tipos de contratações.

Quando um contrato de serviço contínuo, por exemplo, é aditado por mais um período, há uma renovação do contrato, guardando as mesmas condições do período anterior. Por isso que, se no período anterior, seu valor anual era de R\$ 120.000,00, no novo ano seu valor será ampliado em mais uma execução anual de R\$ 120.000,00, sem que isso implique aumento quantitativo, para fins de obediência aos limites do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. Dá-se, na renovação, uma repetição do contrato firmado do período anterior, o que repercute não apenas na vigência, mas também nos valores pagos mensalmente, já que os pagamentos se renovam pelo novo período (resguardando-se, por evidente, eventual recomposição da equação econômica, por reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico).” (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*, 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.618).



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.

Conforme se observa, nenhuma das disposições prevê a prorrogação por não cumprimento de prazos *por culpa exclusiva da contratada*: os incisos I, III, IV e VI do § 1º do art. 57 trazem hipóteses de eventos imputáveis à Administração; já os incisos II e V preveem situações de força maior ou caso fortuito.

A Lei de Licitações traz, ainda, previsão de prorrogações automáticas do cronograma de execução, que nos parece aplicável a ambos os tipos de contratos:

Lei 8.666/1993, art. 79, § 5º. Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

Do mesmo modo, as hipóteses do § 5º do art. 57 da Lei de Licitações podem ser decorrentes tanto de eventos imputáveis à Administração, como de situações de força maior ou caso fortuito.

Dito de outra forma, as hipóteses de prorrogação dos prazos dos contratos de escopo previstas na Lei de Licitações são limitadas ou a eventos imputáveis à Administração ou a situações de força maior ou caso fortuito. A situação abstrata proposta pelo consulente refere-se, todavia, ao não cumprimento de prazos *por culpa exclusiva da contratada*.

Segundo entendemos, sendo caso de culpa exclusiva da contratada, não há concessão de acréscimo de prazo: nesta hipótese, a contratada é considerada em mora e sofre suas consequências legais e contratuais.

No caso das contratações das empresas governamentais, regidas pela Lei 13.303/2016, embora a disciplina contratual seja distinta, a conclusão será a mesma.

Primeiramente, é preciso frisar que os contratos das empresas governamentais regem-se pelos preceitos de direito privado (art. 68 da Lei das Estatais)¹⁷. Assim, as empresas governamentais não detêm a prerrogativa de

¹⁷ Lei 13.303/2016, art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.



modificação unilateral dos contratos, pois suas alterações contratuais devem sempre ser decorrente de acordo entre as partes (art. 72 e art. 81, *caput*, da Lei das Estatais)¹⁸.

Por se tratarem de modificações consensuais, não há um rol legal, taxativo e exaustivo, de hipóteses de alterações contratuais.¹⁹

Entretanto, a lei traz algumas limitações expressas às alterações contratuais consensuais das empresas governamentais. Para o caso em análise, duas limitações explícitas se destacam: (1) é vedada alteração contratual que configure violação da obrigação de licitar (art. 72, *in fine*, Lei das Estatais)²⁰; (2) é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada (art. 81, § 8º, da Lei das Estatais)²¹.

Há, ainda, duas importantes limitações implícitas: a autonomia da vontade da empresa estatal em realizar alterações contratuais consensuais é limitada por

¹⁸ Lei 13.303/2016, art. 72. **Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes**, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, **por acordo entre as partes**, nos seguintes casos:

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

II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;

IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

¹⁹ Neste sentido:

“2.2 Alteração como direito e como dever

A Lei 13.303/2016 não estipula, de forma abstrata e exaustiva, todas as hipóteses de alteração dos contratos das empresas estatais. Isso nem sequer seria viável, em vista das diversas (e imprevisíveis) circunstâncias que podem se apresentar no curso de um contrato.

A previsão do art. 81 destina-se a garantir que os contratos firmados com as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, possam ser adequados à realidade concreta que se apresente no curso de sua execução. Assegura-se ao particular e às empresas estatais o direito de promover determinadas alterações contratuais, de acordo com limites e condições legalmente previstos.

Nada obstante, há que se ter em mente que a modificação dos contratos apenas se legitima juridicamente na medida em que constitua um meio de melhor atender aos interesses visados pela contratação. Mais do que um direito conferido às partes envolvidas no ajuste, a possibilidade de alteração contratual é reflexo da “função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional” (caput do art. 27).

A interpretação das disposições legais que disciplinam a modificação dos contratos celebrados com as empresas estatais deve necessariamente basear-se nessa premissa.” (LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello e WLADECK, Felipe Sripes. *Alterações dos contratos das empresas estatais* in JUSTEN Filho, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.504-505).

²⁰ Lei 13.303/2016, art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, **vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar**.

²¹ Lei 13.303/2016, art. 81, § 8º. É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.



sua função social (realização de interesse coletivo ou atendimento a imperativo da segurança nacional - art. 27 da Lei das Estatais); (2) as alterações contratuais consensuais devem se justificar quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação dos recursos da empresa estatal (art. 85º da Lei das Estatais).

Em um ambiente normal de negócios, o descumprimento de prazos *por culpa exclusiva da contratada* não motiva e justifica a prorrogação do cronograma de execução. Segundo entendemos, sendo *culpa exclusiva da contratada*, não há concessão de acréscimo de prazo; nesta hipótese, a contratada é considerada em mora e sofre suas consequências legais e contratuais.

Por expressa imposição legal, a contratada em mora estará sujeita à multa, conforme art. 86 da Lei de Licitações²² e art. 82 da Lei das Estatais²³.

Também, dentre as consequências legais, vale mencionar as disposições dos artigos 394 a 401 do Código Civil²⁴, aplicáveis ordinariamente aos contratos das

²² Lei 8.666/1993, art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

²³ Lei 13.303/2016, art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

²⁴ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.



empresas estatais (art. 68 da Lei das Estatais)²⁵ e supletivamente aos contratos administrativos (art. 54, *caput*, da Lei de Licitações)²⁶.

Inclusive, por configurar inexecução contratual, a mora, a depender de sua gravidade, poderá motivar a rescisão do contrato administrativo (art. 86, § 1º, da Lei de Licitações e art. 82, § 1º, da Lei das Estatais).

Por fim, registre-se a manifestação da Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas nestes autos. Segundo bem expõe, o consulente deveria ter buscado inicialmente a solução de seu questionamento através da Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos (se o caso, inclusive com o apoio da Assessoria de Empresas e Fundações).

De todo modo, merece ser destacada a saudável preocupação do consulente em, buscando o posicionamento desta Corte de Contas, não dar azo a prorrogações contratuais ilegais.

Mesmo porque, o crime previsto no art. 92 da Lei de Licitações tipifica a prorrogação contratual sem autorização em lei²⁷, tipo penal este também aplicável às contratações das empresas governamentais.²⁸

Observe-se, também, que a prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa contratante é considerado superfaturamento (art. 31, inc. II, alínea 'd', da Lei das Estatais)²⁹.

²⁵ Lei 13.303/2016, art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

²⁶ Lei 8.666/1993, art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

²⁷ Lei 8.666/1993, art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

²⁸ Lei 13.303/2016, art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos art. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

²⁹ Lei 13.303/2016, art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

(...)

§ 1º. Para os fins do disposto no *caput*, considera-se que há:

(...)

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

(...)



Ademais, a prorrogação contratual, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais, obtida de modo fraudulento, constitui ato lesivo à administração pública, punível pela Lei Anticorrupção (art. 5º, inc. IV, alínea 'f', da Lei 12.846/2013)³⁰.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas opina pelo **conhecimento** da consulta formulada, propondo a seguinte resposta:

Em contratos de escopo, a extinção do contrato administrativo opera-se, normalmente, com a conclusão e entrega do objeto pela contratada e seu recebimento pela Administração.

No caso de culpa exclusiva da contratada em não cumprir os prazos de início das etapas da execução, de conclusão e de entrega, inexistindo motivos para extinção excepcional do contrato (seja pela rescisão, seja pela anulação), não há necessidade de firmar aditivo prorrogando a vigência do contrato.

Neste caso, restará inalterado o cronograma de execução, a contratada será considerada em mora (com a necessária aplicação das sanções legais e contratuais), e o contrato permanecerá vigente até sua extinção normal.

Declinado o entendimento deste *Parquet* de Contas, propõe-se, ao final, a divulgação do resultado da consulta no *site* deste E. Tribunal de Contas, a fim de que todos os jurisdicionados possam tomar conhecimento.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

RAFAEL NEUBERN DEMARCHI COSTA
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas

d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

³⁰ Lei 12.846/2013, art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;