

SERVIÇOS E FORNECIMENTOS CONTÍNUOS – EXTINÇÃO DO CONTRATO E PRAZOS

Ivan Barbosa Rigolin

(jan/25)

I – Chama a atenção a previsão do inc. III do art. 106 da Lei nº 14.133/21, sobre extinção do contrato de fornecimentos contínuos, e do de prestação de serviços contínuos.

A lei de licitações destacou essa hipótese das regras aplicáveis generalizadamente à extinção dos contratos, portanto especificando e particularizando dentro do quadro geral.

Os serviços contínuos, como se sabe, sempre foram, na lei, destacados dos demais serviços. E desta vez o legislador teve a atenção de incluir os fornecimentos ao lado dos serviços contínuos, medida de boa técnica.

Reza a lei:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a

existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do **caput** do art. 75 desta Lei.

II – Em primeiro lugar é preciso ter presente e claro o que são fornecimentos e o que são serviços contínuos.

Fornecimento

Em direito civil fornecimento é um contrato civil de um serviço prestado continuamente, ou de compras entregues periodicamente, como no primeiro caso é o fornecimento de

energia elétrica, de gás, de telefone ou de água, e na segunda hipótese é o fornecimento de merenda escolar de particular para particular, em contrato civil.

No direito público, caso da lei de licitações, é um contrato de compra com entrega parcelada e não de uma só vez, como o fornecimento diário de merenda escolar *para escolas do poder público*.

Continua sendo um contrato civil de compra e venda com entrega parcelada, mas por ser público o contratante o contrato, mesmo civil, sofre inúmeras injunções públicas dadas pela lei de licitações e contratos. As partes nos contratos civis se acham em condição de pressuposta igualdade de direitos e obrigações.

Não é porque o contratante é pessoa pública que esse contrato se transforma em contrato administrativo, e nem todo contrato com o poder público é administrativo, sendo, aliás, que a imensa maioria deles é de contratos civis.

Serviços contínuos

Aqui já tem a figura de um *contrato administrativo*, que é uma espécie de contrato com cerca de 250 anos de história dentre os demais ramos de direito, surgido na França como produto do direito administrativo, originário segundo a tradição pela doutrina que se passou a formar após um acidente de trem que vitimou uma menina.

Os tribunais franceses bem logo, naquele então, se deram conta da insuficiência e impropriedade do direito civil para resolver as demandas que daquele evento se originaram, e

para suprir a lacuna jurídica a Europa passou a instituir regras de direito do Estado, e de um contrato todo especial no qual a parte pública, contratante, tinha alguns direitos que o particular não detinha, numa evidente inequivalência de direitos e obrigações.

.Nesse mundo do contrato administrativo o *contrato de serviços contínuos*, ou executados de forma continuada, obedece as regras do direito administrativo e se caracteriza, repete-se, pela predominância de direitos da parte pública sobre a privada (¹).

Caracteriza-se por ter objeto de serviços indispensáveis ao contratantes público, que ele jamais poderá descartar, que ele próprio ou alguém terá necessariamente de prestar, e que são executados ou de forma contínua dia após dia, ou a cada período certo, ou de outro modo que precisam ser postos à disposição do contratante público permanentemente, em regime de prontidão, sobreaviso ou, em bom vernáculo, *stand-by*.

Fornecimento é contrato civil de compra e venda com entrega parcelada. *Serviços contínuos* são um contrato administrativo de prestação de serviço e não de compra.

III – Vista a diferença, o art. 106 da lei descarta quaisquer outros contratos que não sejam de *serviços contínuos* ou de *fornecimentos contínuos* pelo contratado particular ao poder público contratante. Apenas esses dois contratos se submetem às regras do art. 106.

¹ O que só em si não autoriza ninguém a concluir como o Barão de Itararé, que muita vez a vida pública é a continuação da privada. Ou que a pessoa sai da vida pública para ingressar na privada. As palavras têm de ser usadas com muita civilidade ...

Para qualquer desses dois contratos o prazo inicial máximo é de cinco anos; licitado ou não, o prazo máximo é esse, antes de se chegar à hipótese de aplicar o art. 107, e fora da hipótese do art. 108, ambos que se examinarão adiante.

Uma vantagem sobre a lei anterior é que o prazo quinquenal pode ser estabelecido de início, não mais dependendo de burocráticas e muito trabalhosas prorrogações de prazos iniciais menores.

E não se tema por eventual descontentamento do contratante pela execução, porque a possibilidade de *extinção* (e não mais rescisão) está sempre presente, constando deste art. 106.

O primeiro requisito para a celebração destes contratos (art. 106, inc. I) é a justificativa, no expediente da contratação, da vantagem que o tempo dilatado apresenta ao ente contratante, com relação a contratos de menor duração.

Não é difícil produzi-la, todos sabendo da conveniência de se reduzir a burocracia, quase sempre sem sentido e sem utilidade, dos procedimentos prorrogatórios – de contratos que na maior parte das vezes são concebidos para durar o quinquênio ou mais, e não para exigir reafirmações do óbvio e do generalizadamente sabido.

Apenas na prorrogação para além dos cinco anos originários, conforme art. 107, é que será necessária aquela demonstração.

O inc. II do art. 106 em parte parece contrariar o que se disse, porém não é bem isso que ocorre na prática. Exige que a cada exercício o ente contratante declare ter crédito orçamentário

onde classificar a despesa a cada exercício, o que é de uma bisonhice cavalgar, e dá ideia de que o contratante não conhece orçamento nem contabilidade pública.

Mas ainda o inc. II exige a manifestação de que manter o contrato é vantajoso, o que, convenhamos, é de uma hipocrisia e uma demagogia absoluta, e está a escrito na lei tão só para o legislador demonstrar quão zeloso é com as finanças públicas. Mera formalidade *para cumprir tabela*, recomenda-se que o contratante escreva no expediente alguma coisa a este respeito. Cada ator tem um papel nesse teatro.

IV – O inc. III deste art. 106, entretanto, é que provoca fortes emoções.

Confere ao contratante público o direito de simplesmente extinguir o contrato – *sem ônus* - em duas hipóteses: a) não dispuser e créditos orçamentários em que enquadrar a despesa no exercício, e b) o contrato não mais lhe oferecer vantagem.

Na primeira hipótese faltaram créditos orçamentários. Ora, como isso pode acontecer se o orçamento é sinônimo de planejamento, e se precisa considerar todos os compromissos a vencer no exercício ? Foi acaso intencional a exclusão dos créditos na peça orçamentária ?

Mas sem embargo da estranheza pode acontecer – na vida e na Administração pública tudo pode acontecer - de simplesmente o orçamento não ter meios e não ter como contemplar aqueles créditos específicos e suficientes para cobrir o

contrato. Nessa hipótese fica compreensível a previsão extintiva da lei.

A segunda hipótese é a de o contrato *sic et simpliciter* deixar de ser vantajoso, conforme se apure e se demonstre no expediente respectivo. Isso pode, muito mais factivelmente, acontecer, dada a variação ou a cambiância de preços do mercado, e a própria flutuação do interesse do ente contratante, que ontem era um e hoje pode ser outro radicalmente diverso.

Mas a leve e alegre previsão de que a extinção será *sem ônus* – como se extinguir um contrato pudesse ser assim medida tão singela, deixa o leitor com o sifonáptero alojado na face traseira de seu pavilhão auricular, ou a pulga atrás da orelha.

Caso o contratado demonstre prejuízo pela extinção unilateral pleiteará, administrativa e/ou judicialmente, indenização por ele. Invocará o art. 138, § 2º, da lei, ainda que seja norma genérica e haurida do direito civil, mas poderá ainda invocar regras basilares do Código Civil f]em seu pleito.

Muitos contratos de fornecimentos contínuos ou de serviços contínuos exigem mobilização e instalações do contratado, ou locações mobiliárias e imobiliárias, todas programadas para durar o mesmo que o contrato, e a desmontagem súbita do dispendioso esquema por certo não será objeto de gratuita gentileza ao poder público.

Em conseguindo demonstrar prejuízo pela súbita extinção – após exercer seu contraditório que o ente contratante lhe precisa assegurar -, seguramente obterá alguma indenização, e a operação extintiva resultará, enfim, onerosa ao contratante.

Mas o § 1º do artigo, muito razoável, confere alguma segurança ao ente.

V – O § 1º do art. 106 fixa que qualquer das duas extinções previstas no *caput* somente poderá dar-se no subsequente aniversário do contrato (considerada a data em que o ente resolveu extinguir), ou então em dois meses, se o aniversário estiver mais próximo que isso.

Tal permite ao contratado – ao menos na maioria das hipóteses – desmobilizar-se, porém mesmo essa desmobilização antecipada deve significar despesa extra, imprevista, ao contratado, e isso, em ocorrendo, não será desconsiderado na consumação da extinção, vislumbrando-se composições negociais.

O § 2º, encerrando o art. 106, manda aplicar-se o artigo ao caso de *aluguel de equipamentos* – e em princípio alugueis imobiliários estão fora da previsão, salvo para algum intérprete amante do elastério exegético para quem imóveis são equipamentos – e também para contratos de *utilização de programas de informática*, hoje em dia absolutamente comuns em incontáveis entes públicos.

É que aluguel ou locação não são bem contratos de serviço, e o direito administrativo da lei de licitações resta pouco à vontade para enquadrar esses ajustes em qualquer categoria de contrato administrativo, daí fazê-los assimilar-se a contratos de serviços. Não é serviço ... mas parece.

VI – O art. 107 fixa a regra da prorrogação de prazo dos contratos a que se refere o art. 106, que é quinquenal como se lê desse último dispositivo e como foi visto.

Fixado pelo prazo inicial que for, esses contratos podem ser prorrogados para durar até dez anos - em períodos iguais ou desiguais porque a lei não especifica nem restringe -, desde que: a) o edital da licitação havida, ou o próprio contrato celebrado sem licitação, tenha previsto essa prorrogabilidade, b) a cada prorrogação a autoridade contratante ateste a permanência da vantagem ao contratante ⁽²⁾.

Muito melhor que a lei anterior, esta regra até este ponto – porque o artigo termina de modo melancólico, tratando de extinção quando o contrato simplesmente esgotou seu prazo - desburocratiza a nossa anterior tradição e racionaliza as prorrogações, que em geral é o que ambas as partes querem ou mesmo esperam desde o início da execução.

VII – O art. 108, na esteira da racionalização dada pelos artigos anteriores, admite *contratações diretas, dispensável a licitação* (art. 75), já pelo prazo de dez anos, nas seguintes hipóteses:

(art. 75, inc. IV, al. f) – bens ou serviços produzidos no Brasil, de alta complexidade tecnológica e defesa nacional. Não basta serem produtos nacionais nem que envolvam alta

² Evitemos a todo custo a palavra *vantajosidade*, o neologismo mais horroroso dos dois últimos séculos, que pediu alvará para ser feio e entrou na fila três vezes. Quem o inaugurou deve ter sérios problemas existenciais.

tecnologia, porque além disso precisam referir-se à segurança nacional;

(inc. IV, g) – materiais *finalísticos* das Forças Armadas, excluídos aqueles de uso pessoal e administrativo, sempre que necessário manter a padronização de apoio logístico às Armas – o que supostamente nem sempre acontece. Deve ser autorizado o negócio pelo comandante da força militar que tenha autonomia para contratar, e não a autoridade máxima da Arma;

(inc. V) - contratações, do objeto que for, destinadas ao cumprimento dos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20, todos da Lei nº 10.973/04 – uma indescritivelmente ruim colcha de retalhos cuja leitura constitui um castigo e um pesado tormento a quem obrigação de fazê-lo - relativos a agências de fomento e instituições científicas e tecnológicas (ICTs);

(inc. VI) – contratações suscetíveis de comprometer a segurança nacional, conforme estabelecido pelo Ministério da Justiça. Inciso patético e ridículo, porque se pode comprometer a segurança nacional o objeto que aqui se permite contratar deveria ser simplesmente *proibido*, e não facilitado com dispensa de licitação;

(inc. XII) – contratações, com transferência de tecnologia, de produtos estratégicos para o SUS - materiais e serviços, e ocasionalmente até mesmo obras, entendemos -, indicados pelo próprio Sistema Único de Saúde, a valores compatíveis com os definidos no instrumento da transferência de tecnologia. Todas essas características devem estar presentes e evidenciadas nos contratos por este inciso, e

(inc. XVI) – aquisição, por União, Estado, Distrito Federal ou Município, de insumos estratégicos para saúde, de fundação instituída para apoiar o poder público e criada antes de 1º de abril de 2.021, a preços compatíveis com o mercado.

A impressão que a lei dá é a de que as novas fundações, instituídas após 1º de abril de 2.021, são inidôneas ou suspeitas, porque não se beneficiam deste inciso, e para vender seus produtos precisam submeter-se a licitação. Não é nova a regra da discriminação, tendo provindo essa esquisitice da lei anterior, onde fazia tanto sentido quanto agora na nova lei: nenhum.