



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE

AV. JOAQUIM TEOTONIO SEGURADO QUADRA 402 SUL CONJ 01 LOTE 13 CEP: 77021.622 PLANO DIRETOR SUL PALMAS-TO

DESPACHO n. 00016/2020/CJU-TO/CGU/AGU

NUP: 25026.000139/2019-12

INTERESSADOS: UNIÃO - SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - SEMS/TO

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO

Aprovo o **PARECER N° 058/2020/CJU-TO/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União ANTONIO JANUÁRIO DO REGO FILHO.

Acrescente-se, ainda, que na condução das contratações públicas o órgão assessorado, encontra-se jungido aos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como ao art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Confira-se:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Registre-se, no entanto, que a aprovação cinge-se exclusivamente à tese jurídica exposta no referido opinativo, **sendo de responsabilidade do Advogado da União que o subscreveu a análise da documentação acostada aos autos.**

Devolva-se ao órgão consulente.

Palmas, 18 de junho de 2020.

(Assinado eletronicamente)
ANDRE LUIS RODRIGUES DE SOUZA
ADVOGADO DA UNIÃO
CONSULTOR JURÍDICO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25026000139201912 e da chave de acesso d09ce434

Documento assinado eletronicamente por ANDRE LUIS RODRIGUES DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 444905935 no endereço eletrônico

<http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRE LUIS RODRIGUES DE SOUZA. Data e Hora: 18-06-2020 10:09. Número de Série: 6834638679007641023. Emissor: AC CNDL RFB v3.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DO TOCANTINS
GRUPO JURÍDICO

AV. JOAQUIM TEOTONIO SEGURADO QUADRA 402 SUL CONJ 01 LOTE 13 CEP: 77021.622 PLANO DIRETOR SUL PALMAS-TO

PARECER n. 00058/2020/CJU-TO/CGU/AGU

NUP: 25026.000139/2019-12

INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - SEMS/TO

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO

ASSUNTO: Dúvida jurídica quanto à dispensa de licitação para contratação de remanescente de serviço, em consequência de rescisão contratual, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA. REMANESCENTE DE SERVIÇO.

I - Pedido de rescisão do contrato por parte da empresa contratada antes do fim do prazo de vigência.

II - Contratação direta de empresa para execução de serviços remanescentes de recepcionista.

III. Dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.

IV. Possibilidade jurídica, desde que observadas as recomendações deste parecer.

V - Necessidade de apuração e aplicação de sanção por inexecução contratual, mediante procedimento que assegure o contraditório e ampla defesa.

Sr. Consultor Jurídico da União,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de processo oriundo do Superintendência Estadual do Ministério da Saúde - SEMS/TO, para análise e emissão de parecer jurídico desta Consultoria Jurídica (CJU/TO), nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93 e do art. 8º-F, e parágrafos, da Lei nº 9.028/1995.

2. Através do Ofício nº 89/2020/TO/SEMS/SE/MS (seq. 5 do SAPIENS), a SEMS/TO submeteu a esta CJU/TO os seguintes questionamentos, *verbis*:

(...)

1. Inicialmente cumprimento-o, e em sequência sabe-se que a Consultoria Jurídica da União tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Com efeito, envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados. Neste contexto, visando o apontamento de possíveis riscos, do ponto de vista jurídico, e a recomendação de providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão e necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada, encaminha-se o processo n 225026.000139/2019-12 para manifestação da CJU/TO com exposição específica dos fatos, uma vez que se permeiam dúvidas jurídicas quanto ao tema rescisão amigável de contrato e a realização de dispensa de licitação direta em favor da segunda colocada no pregão eletrônico.

2. Nestes termos, importante destacar que a Superintendência Estadual do Ministério da Saúde no Tocantins - SEMS/TO realizou o Pregão Eletrônico nº 02/2019 no dia 04 de junho de 2019, consagrando-se como vencedora do certame a empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA CNPJ: 10.512.105/0001-83. Assim, celebrou o contrato nº 03/2019 com a SEMS/TO cuja vigência corresponde a **26/06/2019 e encerramento em 26/02/2021**.

3. No dia 20 de maio de 2020, a empresa contratada solicitou a rescisão "amigável" mediante o documento nº 20014947912 cujos motivos são a pandemia provocada pelo Covid-19 e a ausência de "saúde" financeira para dá continuidade nas execuções dos serviços. Com efeito, a contratação ainda não encerrou a vigência e a empresa citada está determinando o fim da relação contratual. Como intuito de não ficar sem recepcionista, a SEMS/TO almeja realizar uma dispensa de licitação ou voltar a fase do pregão eletrônico para chamar a segunda empresa classificada no certame.

4. Ressalta-se que a Lei nº 8.666/93 expressa no art. 24, inc. XI que: "É dispensada a licitação na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido".

5. Baseado nesta situação fática e no art. 24, inc. XI e art. 64, §2º da Lei nº 8.666/93, questiona-se a esta CJU/TO: é possivelmente legal realizar a contratação direta do remanescente do pregão eletrônico nº 02/2019, tendo em vista que a empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA, vencedora da licitação, assinou o contrato, porém desistiu de executar o objeto antes de findar a vigência? No caso de contratação da segunda colocada do pregão, devem ser mantidos os preços unitários da proposta vencedora, ou seja, preços da proposta

da empresa Meio Norte? Ou deverá ser contratada de acordo com o preço da segunda colocada? Ainda sobre os questionamentos, a licitante remanescente (ou o licitante que restou na ordem de classificação da licitação) poderá ter o contrato com vigências renovadas dentro do período de 60 meses? No caso em tela, se ao invés de dispensar a licitação com base no art. 24, inc. XI e voltar a fase do pregão [04 de junho de 2019], as propostas ainda terão validade? Na literatura jurídica que envolve licitação, há algum prazo legal que se pode voltar a fase de pregão e contratar outras empresas em razão da frustrada contratação anterior?

6. Diante do exposto, solicitamos uma manifestação jurídica em relação aos questionamentos a fim de realizar a contratação de nova empresa para prestação de serviços de recepcionistas na SEMS/TO. (grifou-se)

3. É o relatório do necessário. Passa a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

4. Destaque-se que a presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. A função desta CJU é justamente apontar possíveis riscos, do ponto de vista jurídico, e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão e necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

5. É relevante destacar que o nosso exame é realizado estritamente com base nos autos processuais submetidos à análise. Partiremos do pressuposto que todos os documentos e declarações que compõem os autos são legítimos e verdadeiros, porquanto os atos administrativos gozam de presunção relativa de veracidade e legitimidade.[1]

6. Destarte, ressaltamos que a análise desta Consultoria é **exclusivamente jurídica**, delimitada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 73/93 – Lei Orgânica da Advocacia Geral da União c/c art. 19 do Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, subtraindo-se responsabilidades por questões administrativas e técnicas de qualquer sorte.

II.2 – DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE REMANESCENTE DE SERVIÇO, EM CONSEQUÊNCIA DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM BASE NO INCISO XI DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666/1993.

7. A SEMS/TO pede orientação sobre a possibilidade de realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de serviço, em consequência de rescisão contratual

8. A empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA celebrou o Contrato nº 03/2019 com a SEMS/TO, cuja vigência corresponde a **26/06/2019 e encerramento em 26/02/2021**. No dia 20 de maio de 2020, a empresa contratada solicitou a rescisão "amigável" do Contrato nº 03/2019, alegando como motivos a pandemia provocada pelo Covid-19 e a ausência de "saúde" financeira para dar continuidade na execução dos serviços.

9. Sobre a matéria dispõe a Lei. 8.666/1993:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, **em consequência de rescisão contratual**, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

10. Por expressa determinação constitucional (CF. art. 37, inc XXI) a regra para as contratações públicas é o prévio procedimento licitatório, sendo este dispensável apenas em hipóteses expressas na lei, como o inciso em comento.

11. Da referida norma, observa-se que somente aplicável quando houver a rescisão do contrato, fato que não ocorreu no caso em análise.

12. Acreditamos que esse permissivo legal não se aplica às contratações extintas por advento do termo ou cumprimento de prazo. Ademais, pressupõe que se convoque novo concorrente, classificado imediatamente após o licitante vencedor.

13. A razão é que, na precitada norma, alude-se à contratação de remanescente "em consequência de rescisão contratual". Enquanto a extinção é um gênero que, embora compreenda como espécie a rescisão, contempla também outras espécies que não se classificam como tal, a exemplo do advento do termo ou cumprimento de prazo.

14. Sobre essa distinção, convém repassarmos (v. quadro seguinte) as várias hipóteses de extinção (gênero) contratual (cf. Gasparini, em seu "Direito Administrativo", 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo, ed. Saraiva, 1993, p. 428):

EXTINÇÃO (gênero)

I - POR FATOS: 1 - cumprimento do objeto;

(espécies) 2 - cumprimento do prazo;

3 - desaparecimento do contratante particular; e

4 - desaparecimento do objeto.

II - POR ATO: 1 - rescisão administrativa: a) interesse público;

- (espécies) b) inadimplemento; e
- c) ilegalidade.
- 2 - rescisão consensual; e
- 3 - rescisão judicial.

15. Desse modo, a dispensabilidade de licitação prevista no mencionado inciso XI do art. 24 da nova Lei incide na espécie rescisão, do gênero extinção. Não alcança, todavia, a espécie advento do termo ou cumprimento do prazo, daquele mesmo gênero.

16. Aliás, esse é também o entendimento de Cretella Júnior, "in" "Das Licitações Públicas", 2ª ed., Rio, Forense, 1993, p. 187:

"A Administração pode proceder à 'rescisão de contrato' cujo objeto seja a 'feitura de obra, a prestação de serviço ou o fornecimento de bens ou produtos'. Nesse caso, o poder público poderá, 'sem nova licitação', celebrar diretamente novo contrato que envolva o remanescente dessas obras, serviços ou fornecimentos, **mas o 'novo contratado' deverá ser o imediatamente colocado após o licitante vencedor, cujo contrato foi rescindido, devendo esse licitante aceitar as mesmas condições oferecidas ao 'licitante alijado do ajuste', inclusive no tocante ao preço, que será devidamente corrigido**" (apusemos grifos além dos constantes do original).

17. Vale ressaltar, contudo, que a dispensa de licitação constitui faculdade, e não hipótese vinculante para a Administração Pública, que sempre pode avaliar a conveniência e oportunidade de realizar novo certame. É, aliás, o que expressamente salienta Marçal Justen Filho,^[2] ao comentar o dispositivo legal acima transcrito:

Essa hipótese pressupõe a realização de licitação anterior, de que resultou contratação que veio a ser rescindida pela Administração. **Em vez de promover nova licitação, a Administração poderá convocar os demais licitantes, na ordem de classificação, convidando-os a executar o remanescente. Os licitantes não são obrigados a aceitar a contratação, inclusive porque o contrato se fará nos termos de proposta formulada por terceiro.** [...]

A contratação se fará de acordo com o remanescente que resta a ser executado. Logo, poderá ser parcial. O valor do contrato deverá ser adaptado, não apenas para atualizar o preço a ser pago ao novo contratado como também abater as parcelas executadas na vigência do contrato anterior.

A Administração não é obrigada a adotar a solução prevista neste inciso. Poderá preferir realizar nova licitação, solução que se imporá como necessária se nenhum dos demais licitantes dispuser-se a contratar a execução do remanescente, nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

18. Neste cenário, tem-se que a escolha entre a realização de nova licitação ou a convocação dos licitantes classificados no último pregão para contratação direta do objeto remanescente é matéria afeta à discricionariedade administrativa, devendo ser eleita pelos gestores competentes, mediante motivação expressa. Todavia, decidindo-se pela dispensa de licitação, **a contratação direta estará condicionada, de toda forma, à respectiva aceitação do próximo classificado na licitação anterior, o qual deverá executar o objeto remanescente nas mesmas condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em relação ao preço contratado.**

19. A situação versada no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, já foi objeto de manifestação por parte da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 7/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal em 18/09/2014, no qual se concluiu que a contratação direta do objeto remanescente depende da observância dos seguintes requisitos:

- (i) a realização de licitação anterior;
- (ii) a assinatura do contrato;
- (iii) a contratação deve ser extinta prematuramente (art. 79, I, II, III, LLC);
- (iv) haja remanescente de obra, serviço ou fornecimento, independentemente de ter havido início da execução;
- (v) não tenha sido cumprido o prazo previsto para a duração do contrato;
- (vi) sejam convocados os demais licitantes, atendida a ordem de classificação da licitação;
- (vii) sejam mantidas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

20. Assim, para o caso em análise, existe a possibilidade para a contratação do remanescente dos serviços com fundamento no inc. XI, art. 24 da Lei nº 8.666/1993, após a realização da rescisão contratual.

21. Conforme ensina Ronny Charles Lopes de Torres ao comentar a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/93,

(...)

Os licitantes remanescentes ficarão vinculados à proposta do outrora vencedor da licitação. Suas propostas anteriores serão desprezadas, não servindo como parâmetro para qualquer negociação, embora não estejam eles obrigados a aceitar a contratação. A Administração, da mesma forma, caso entenda mais interessante ao interesse público, pode deixar de contratar o licitante remanescente, de forma direta, para realizar novo certame.

(...)

Por fim, há o elemento material, o contrato a ser firmado estará adstrito às "mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido". Em relação a esse limite, o Tribunal de

Contas da União tem entendido que a dispensa de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, decorrente de rescisão contratual, requer a manutenção das condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto aos preços unitários, devidamente corrigidos, e não apenas a adoção do mesmo preço global". [3]

22. Nesse sentido o entendimento externado pelo TCU, segundo o qual a aceitação das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor implica a aceitação não apenas do preço global proposto, mas também dos preços unitários, sem margem de alteração ou negociação, tanto assim que o licitante não está obrigado a aceitar a contratação, pois terá de aderir a uma proposta elaborada por terceiro. Por oportuno, transcrevo os elucidativos trechos de voto proferido pela E. Ministra Ana Arraes, Relatora no Acórdão nº 552/2014-Plenário, TC 004.510/2002-9, *verbis*:

VOTO:

"O prejuízo ao erário apurado nestes autos tem origem na contratação para execução de remanescente de obra com base em condições diversas daquelas que venceram o processo licitatório. Segundo o inciso XII do art. 24 da Lei 8.666/1993, é dispensável a licitação (destaques acrescidos) :

"XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e **aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;**"

É necessário observar que a referida hipótese de dispensa do procedimento licitatório estabelece, como requisito essencial, a manutenção das condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em seus aspectos econômicos. Não estão obrigados nem o gestor público a aproveitar o certame, nem os demais licitantes a aceitar os termos da proposta vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as condições vencedoras do processo concorrencial.

As citações doutrinárias que fundamentaram a prolação da decisão 417/2002-Plenário (ata 13), registradas na instrução da Secob-1, são esclarecedoras e, por sua pertinência, transcrevo-as a seguir:

"10. A respeito, observe-se que um dos princípios interpretativos aplicável do Direito Administrativo é exatamente o de que a Administração Pública age com desigualdade em relação aos administrados. Mas nesse caso específico, sequer há que se falar em desigualdade, uma vez que nas contratações realizadas com fulcro no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93 não se impõe qualquer obrigação ao contratado, sendo-lhe facultado aceitar ou não as condições requeridas pela Administração.

11. Nesse sentido, elucidativa é a lição de **Marçal Justen Filho: 'Os licitantes não são obrigados a aceitar a contratação, inclusive porque o contrato se fará nos termos de proposta formulada por terceiro'**. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., p. 253) .

12. Veja-se que o festejado administrativista explicita que **o contrato se fará nos termos da proposta de terceiro, e não apenas pelo preço global daquele. E para que a proposta seja coerente, não se pode dissociar os preços unitários do valor total do empreendimento.**

13. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao tratar o assunto, leciona que 'a equação da proposta mais vantajosa não pode ser alterada com a contratação do licitante remanescente' (op. cit., p. 403). **Não existem dúvidas de que a alteração dos preços unitários implicaria na alteração da equação econômico-financeira vigente**, mormente quando se verifica que o regime de execução é o de empreitada por preços unitários. Ainda do nobre doutrinador, na mesma obra (p. 397) , extrai-se a seguinte lição:

'... os licitantes remanescentes, se aceitarem, estarão vinculados à proposta do licitante classificado em primeiro lugar no certame; não só ao preço, como também a todas as condições ofertadas, integralmente. **A proposta que o licitante remanescente formulou à Administração será desprezada, não intervindo de qualquer modo no ajuste: ou ele aceita as condições ofertadas pela Administração, que estará balizada, repita-se, integralmente, pelas condições constantes da proposta do licitante vencedor, ou não. Inexiste qualquer possibilidade de negociação, acerto, conciliação ou alteração equivalente.**'

14. Também Carlos Pinto Coelho da Motta assinala que, se configurando a hipótese prevista no art. 24, XI, a contratação ocorrerá mediante a 'aceitação, pelo licitante classificado, das mesmas condições do adjudicatário anterior' (in Eficácia nas Licitações e Contratos, 8ª ed., p. 153).

15. **Observe-se que a norma poderia simplesmente prever a contratação do segundo classificado no certame, inclusive com os preços por ele ofertados - que, com a desistência do primeiro classificado, passariam a ser os melhores preços disponíveis. Não obstante, o legislador pretendeu conferir à Administração a possibilidade de contratar - ou no caso previsto no § 2º do art. 64, prosseguir com as obras ou serviços - nas exatas condições inicialmente obtidas. Nesse caso, ao licitante segundo colocado simplesmente é dada a opção de aceitar ou não a assunção integral da proposta formulada pela primeira colocada. Destaque-se: a assunção integral da proposta da primeira colocada! A proposta do segundo colocado é totalmente afastada. Somente dessa forma será cumprida a intenção legis."**

A contratação de remanescente de obra pressupõe que o proponente estudou a equação inicial antes de assinar o ajuste e analisou e aceitou uma proposta de preços baseada em dados que entendeu exequíveis em condições de equilíbrio econômico-financeiro."

23. Oportuno registrar que, segundo a expressa dicção legal, o preço para a contratação com vistas à execução do objeto remanescente deverá ser o mesmo ofertado pelo licitante vencedor, *"devidamente corrigido"*. Dessa forma, a empresa convocada faz jus à correção do preço constante da proposta vencedora, devendo ser utilizados, para tanto, os critérios de reajustamento previstos no Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2019 e no termo do Contrato nº 03/2019, com a observância dos respectivos regramentos (repactuação para as parcelas relativas à mão de obra e reajuste por índices quanto aos insumos e materiais a serem fornecidos).

24. Neste ponto, convém salientar, como bem destacado no item 71 do Parecer nº 07/2014/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, acima citado, que *"não há na Lei a previsão da necessidade de que se formalize a extinção do contrato anterior para que só depois se inicie o procedimento para a contratação do remanescente. A tramitação concomitante da extinção do contrato em vigor e da nova contratação evita solução de continuidade, permitindo um melhor planejamento, quando isso for possível"*.

25. Sem embargo disso, entretanto, a prévia rescisão do contrato administrativo inicialmente firmado é pressuposto para a incidência do art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, de modo que o novo contrato para execução do objeto remanescente apenas

poderá ser firmado depois de formalizada a extinção prematura do pacto anterior. Em suma, **a contratação direta do remanescente não pode ser firmada ainda na constância do contrato em processo de rescisão.**

26. **Neste diapasão, em homenagem ao princípio da continuidade dos serviços públicos e atividades administrativas, recomenda-se que a Administração adote, por cautela, todas as medidas necessárias a fim de evitar eventual solução de continuidade na prestação dos serviços em comento.**

27. Em relação ao prazo máximo de vigência da nova contratação a ser realizada, como se trata de contratação de remanescente de serviço objeto de uma licitação já realizada, deve ser respeitado o prazo máximo de 60 meses, contabilizando-se o tempo de execução do contrato a ser rescindido. Ou seja, a soma dos períodos de prestação dos serviços pela empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA em razão do Contrato nº 03/2019 e o tempo restante a ser executado pela empresa substituta não pode ultrapassar o prazo máximo de 60 (sessenta) meses, previsto no inciso II do art. 57 da LLC.

28. Neste ponto, destaca-se a orientação contida no citado Parecer nº 07/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU (itens 81, 83 e 95, “e”) no sentido de que “o termo final dos contratos de duração a ser considerado compreende o período total de 60 ou 48 meses, incluindo a possibilidade de eventual renovação, conforme autorizam os incs. II e IV do art. 57 da LLC [...] o contrato de remanescente pode ser prorrogado/renovado”. Em outras palavras, em se tratando da hipótese prevista no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (execução de serviços de natureza continuada), o prazo de duração do contrato firmado para execução do objeto remanescente deverá levar em conta o total de 60 (sessenta) meses (face à possibilidade de prorrogação contratual), contados do início da vigência do contrato anterior.

29. **Por conta disso, após a rescisão contratual, deverá a Administração verificar por quantos meses o Contrato nº 03/2019 esteve em vigor, a fim de excluir esse período do prazo de vigência (total) do novo contrato, celebrado para execução do objeto remanescente (ex.: se o contrato for rescindido após 2 meses de vigência, o limite máximo da prorrogação será de 58 meses restantes, e não de 60 meses). Em suma, os prazos do contrato original e do contrato para execução do objeto remanescente, somados, devem chegar a, no máximo, 60 meses. Tais orientações deverão ser observadas pela Administração quando da celebração do novo contrato.**

30. A par disso, cabe ressaltar que, em sendo escolhida a convocação dos licitantes habilitados segundo sua ordem de classificação, o contrato a ser firmado deverá obedecer as mesmas condições propostas pelo licitante vencedor, **inclusive no que toca ao prazo contratual**, como bem ressaltado no trecho de precedente do Tribunal de Contas da União,[4] abaixo transcrito:

“Os Ministros do Tribunal de Contas da União, [...], ACORDAM em julgar regulares com ressalva as contas [...], e mandar fazer a(s) seguinte(s) recomendação(ões) e determinação(ões) sugerida(s) nos pareceres emitidos nos autos: (...)

1.7. Determinar à Imprensa Nacional que, nas contratações de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento com fundamento no inciso XI do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, **fixe a data de término da vigência do novo contrato de acordo com o prazo do contrato rescindido.**” (grifou-se)

31. Portanto, a Administração pode proceder à rescisão de contrato cujo objeto seja a prestação de serviço. Nesse caso, o poder público poderá, sem nova licitação, celebrar diretamente novo contrato que envolva o remanescente desses serviços, mas o novo contratado deverá ser o imediatamente colocado após o licitante vencedor, cujo contrato foi rescindido, devendo esse licitante aceitar as mesmas condições oferecidas ao licitante alijado do ajuste, inclusive no tocante ao preço, que deverá ser devidamente corrigido.

32. Em conclusão a este tópico, convém salientar que “a decisão de contratar com base no inciso XI, do art. 24, da Lei de Licitações, ou de realizar novo certame licitatório, insere-se no juízo de conveniência administrativa que é insito ao exercício do poder discricionário da autoridade competente, devendo ser tomada com base no interesse público e objetivamente justificada, sendo relevante invocar a advertência de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, de que, na dicção do art. 113 da Lei nº 8.666, de 1993, as autoridades administrativas têm o dever de demonstrar a regularidade e a legalidade dos atos que praticam, numa inversão do tradicional princípio da presunção de legitimidade” (item 63 do Parecer nº 07/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU).

33. Com efeito, a escolha entre a realização de nova licitação ou a convocação dos licitantes habilitados no último pregão realizado (obedecida sua ordem de classificação no certame) é matéria afeta à discricionariedade administrativa, devendo ser realizada pelos gestores competentes, mediante motivação expressa. Nesse sentido, determina o art. 50, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 que “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório”. O art. 26, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, igualmente, exige que as dispensas de licitação previstas no inciso III e seguintes do seu art. 24 sejam “necessariamente justificadas”.

34. **Por conta disso, recomenda-se que sejam devidamente indicados nos autos os motivos pelos quais a Administração entende que a contratação direta do objeto remanescente, no caso, é a solução que melhor atinge a finalidade e o interesse públicos com vistas à manutenção da atividade administrativa em questão, emitindo-se decisão administrativa formal e expressa sobre a matéria.**

35. O órgão apresentou ainda o seguinte questionamento, *verbis* (seq. 5, pág. 2):

(...)

No caso em tela, se ao invés de dispensar a licitação com base no art. 24, inc. XI e voltar a fase do pregão [04 de junho de 2019], as propostas ainda terão validade? Na literatura jurídica que envolve licitação, há algum prazo legal que se pode voltar a fase de pregão e contratar outras empresas em razão da frustrada contratação anterior?

36. A resposta a esse questionamento pode ser extraída do art. 64, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

(...)

§ 2º **É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado**, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º **Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.** (grifou-se)

37. Respondendo ao questionamento do órgão, não é possível aplicar ao caso em análise o disposto no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93, visto que a empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA. assinou e deu início à execução do Contrato 03/2019, estando esse contrato vigente desde o dia 26/06/2019. Portanto, no estágio atual, a única possibilidade de convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação para prestar os serviços objeto do Pregão Eletrônico nº 02/2019, será através de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.

II.3 - DA NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO APURATÓRIO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

38. Ressalto, que deve ser dado prosseguimento da apuração pelo descumprimento contratual e aplicação das sanções cabíveis, chamando atenção para a necessidade de urgência diante da possibilidade de extinção das garantias contratuais para que se evitem prejuízos ao órgão. Neste ponto, sugiro que a Administração verifique se a contratada mantém outros contratos com a SEMS/TO para reforço das garantias em caso de ressarcimento de prejuízos que devem ser devidamente quantificados.

39. Para tanto, trago orientações da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3º **A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.**

§ 4º **No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.**

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

40. A aplicação de penalidades contratuais está no campo do poder discricionário do administrador, que deve apurar a irregularidade ocorrida e, dentro das penalidades previstas em contrato, aplicar a sanção apropriada. Não cabe a esta CJU-TO imiscuir-se na atividade administrativa para praticar ato de gestão que não se enquadra no seu rol de competências.

41. Portanto, cumpre esclarecer que, tipificada a conduta da contratada, cabe à Administração decidir sobre a aplicação da penalidade à empresa contratada, ou não, ante a realidade fática e a prova das alegações e da defesa constante nos autos, observando sempre o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

42. Vale lembrar que *"a inexecução do contrato se consuma quando a prestação contratual não é satisfeita pelo devedor; exatamente, nos moldes avençados no pacto negocial, seja quanto à forma, seja quanto ao local, seja quanto ao tempo para o cumprimento do objeto do negócio jurídico. Não há a necessidade de que o devedor se abstenha, por completo, de cumprir a obrigação negocial para que se possa falar em inexecução, bastando o cumprimento defeituoso e/ou irregular desta prestação, tal qual ocorreu no caso em tela."*(AC 201151010133211, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF2 – 6ª Turma Especializada, E-DJF2R 18/04/2013).

43. Cumpre destacar, que mesmo com o encerramento da obrigação pactuada com o fim do contrato ainda é possível a aplicação das penalidades previstas no art. 87, da Lei nº 8.666/93 depois do término da vigência do contrato, conforme reza a Orientação Normativa AGU 51:

"A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual (REFERÊNCIA: Arts. 57, 69 e 73, §2º, da Lei nº 8.666, de 1993; PARECER PGFN/CJU/COJLC/Nº 1759/2010)".

44. Por oportuno, transcrevo a ORIENTAÇÃO NORMATIVA/AGU Nº 48:

É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e nº 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento" REFERÊNCIA: art. 58, Lei nº 4.320, de 1964; §1º do art. 37 e art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993; art. 3º e 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

45. Afim de que se possa evitar qualquer alegação quanto ao cerceamento de defesa por parte da contratada, a Administração deve observar o prazo legal para a apresentação da peça de defesa, devendo decidir formalmente quanto à efetiva aplicação das penalidades cabíveis (indicando a Cláusula/itens do contrato/edital que foram violados e as respectivas penalidades que entender aplicar), aplicando-as efetivamente, se nesse sentido for a decisão.

46. A decisão da autoridade competente deverá ser comunicada formalmente à Contratada apenada, dando-lhe o prazo para o recurso cabível, quanto às penalidades efetivamente aplicadas e sua proporção, de 05 (cinco) dias úteis, tudo conforme o artigo 109, I, "F", da Lei 8.666/93.

47. A notificação que comunicar a eventual pena de multa, deverá estar acompanhada da GRU ou das orientações para pagamento.

48. Destaco que a decisão a ser encaminhada à Contratada necessita ser bem fundamentada, devendo indicar os fatos caracterizadores da inexecução do contrato (os itens contratados que não foram executados, ou de forma tardia), os dispositivos legais e do contrato/edital infringidos (arts. da Lei 8.666/93; Itens do Edital e do contrato) e especificar as penalidades que estão sendo aplicadas (indicando os itens/subitens da cláusula do contrato e/ou do Edital).

49. Essa fundamentação é imprescindível, a fim de que se possa viabilizar o contraditório e a ampla defesa do consórcio.

50. Por fim, para aplicação da penalidade à Contratada, cabe ressaltar que a dosimetria da pena também deve ser motivada, sopesando-se, na escolha da sanção, a gravidade da infração e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

51. Também destaco a publicação "Caderno de Logística- Sanções Administrativa" disponível no endereço <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>.

III - CONCLUSÃO

52. Diante do exposto, ressaltando-se os aspectos de conveniência e oportunidade não sujeitos ao crivo desta Consultoria Jurídica, respondemos aos questionamentos do órgão consulente no seguinte sentido:

a) é cabível, no presente caso, a contratação direta de empresa para execução de serviços remanescentes de recepcionista, mediante dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993;

b) a Administração Pública deverá instruir o processo para contratação direta mediante dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993;

c) segundo a expressa dicção legal, o preço para a contratação com vistas à execução do objeto remanescente deverá ser o mesmo ofertado pelo licitante vencedor, devidamente corrigido. Dessa forma, a empresa convocada faz jus à correção do preço constante da proposta vencedora, devendo ser utilizados, para tanto, os critérios de reajustamento previstos no Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2019 e no termo do Contrato nº 03/2019, com a observância dos respectivos regramentos (repactuação para as parcelas relativas à mão de obra e reajuste por índices quanto aos insumos e materiais a serem fornecidos);

d) em se tratando da hipótese prevista no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (execução de serviços de natureza continuada), o prazo de duração do contrato firmado para execução do objeto remanescente deverá levar em conta o total de 60 (sessenta) meses (face à possibilidade de prorrogação contratual), contados do início da vigência do contrato anterior (Contrato nº 03/2019).

e) nas contratações de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento com fundamento no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93, deve a Administração Pública fixar a data de término da vigência do novo contrato de acordo com o prazo do contrato rescindido;

f) não é possível aplicar ao caso em análise o disposto no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93, visto que a empresa MEIO NORTE TURISMO E EVENTOS LTDA. assinou e deu início à execução do Contrato 03/2019, estando esse contrato vigente desde o dia 26/06/2019. Portanto, no estágio atual, a única possibilidade de convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação para prestar os serviços objeto do Pregão Eletrônico nº 02/2019, será através de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.

g) deve a Administração proceder à apuração e aplicação de sanção por inexecução contratual, mediante procedimento que assegure o contraditório e ampla defesa.

53. É o que nos pareceu, salvo melhor juízo.

54. À consideração superior[5].

Palmas, 17 de junho de 2020.

ANTONIO JANUARIO DO REGO FILHO
ADVOGADO DA UNIÃO

[1] Os atos administrativos têm fê pública e gozam de presunção de veracidade juris tantum. Assim, não constando quaisquer documentos que pudessem ilidir a veracidade das declarações do oficial de justiça, no sentido de ter o réu manifestado o desinteresse em apelar, entende-se comprovada sua renúncia ao respectivo direito (STJ, HC 138231/SP)

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 16 ed, rev.atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 435.

[3] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentada. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, pág. 344/346.

[4] AC-2725-30/08-1. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

[5] Nos termos do item III, alínea “b”, da Ordem de Serviço nº 02/2019-GAB/CJU-TO (processo com **matérias inéditas (ineditismo)**, ou com alguma **relevância ou repercussão do ponto de vista econômico, político, jurídico ou social**), editada em consonância com o Ato Regimental AGU nº 01/2016.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25026000139201912 e da chave de acesso d09ce434

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO JANUARIO DO REGO FILHO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 444507790 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO JANUARIO DO REGO FILHO. Data e Hora: 17-06-2020 18:02. Número de Série: 6925599419545851332. Emissor: AC CAIXA PF v2.
