



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 7/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001636/2014-18

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: DEVER DE CONTINUIDADE – NECESSIDADE DE MANTER A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA – VEDAÇÃO À OMISSÃO – EXTINÇÃO PREMATURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE DIÁLOGO SISTÊMICO ENTRE A LEI DE LICITAÇÕES E A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS – DA CONTRATAÇÃO PELO REMANESCENTE – DECISÃO DISCRICIONÁRIA E MOTIVADA DO ADMINISTRADOR - O ART. 24, INCISO XI, DA LEI DE LICITAÇÕES NÃO FAZ QUALQUER RESSALVA A QUE TIPO DE CONTRATO ELE SE APLICA – REQUISITOS – AUSÊNCIA DE PRECEDÊNCIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA DO REMANESCENTE EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS FORMAS DE MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

I. Os serviços públicos não podem parar, por que não param os anseios da coletividade. Os desejos dos administrados são contínuos. Daí dizer-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta. O Poder Público é um grande tomador de serviço fornecido por empresas terceirizadas, e a manutenção desses contratos é fundamental para o regular desenvolvimento das atividades estatais.

II. Em relação aos contratos administrativos, caso haja o encerramento da relação contratual de forma prematura, o legislador previu a contratação direta do objeto remanescente como um dos meios para garantir a atividade administrativa.

III. Aos contratos administrativos é aplicável a teoria geral dos contratos e, mesmo sendo instituto jurídico com características próprias e inconfundíveis, as contratações públicas não podem ser vistas de forma isolada dos demais diplomas legislativos, em particular do Código Civil, na medida em que os sistemas de contratação pública e privada não são antagônicos, e sim se influenciam reciprocamente, o que leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada dessas plúrimas fontes legislativas convergentes, conforme a teoria do diálogo das fontes (art. 54 da Lei de Licitações).

IV. A Lei de Licitações utilizou o termo “rescisão” para definir todas as hipóteses de extinção do contrato em decorrência de causas supervenientes à sua formação, o que pode gerar conflito com a expressão utilizada na teoria geral dos contratos, sendo melhor lida no sentido genérico de extinção do contrato.

V. A Lei não fez distinção quanto à forma de execução dos contratos que podem ter objeto remanescente, já que pode ser aplicado a qualquer tipo de contrato.

VI. É necessário observar que, para a contratação direta do remanescente, a Lei estabelece como requisito essencial a manutenção das condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em seus aspectos econômicos.

VII. A Lei de Licitações não autorizou a contratação direta do remanescente quando houver problemas nas próprias condições oferecidas pelo vencedor, que precisam ser revistas parcial ou totalmente.

VIII. Não há na Lei a previsão da necessidade de que a extinção do contrato seja anterior à contratação direta, afigurando-se possível que ocorra o início do procedimento para a contratação do remanescente antes da dissolução do contrato vigente, situação esta que evitaria a solução de continuidade na prestação do serviço contratado, permitindo um melhor planejamento, quando isso for possível.

IX. Não há que se invocar o inc. XI do art. 24 da LLC quando simplesmente não há a renovação/prorrogação da vigência contratual, na medida em que não é direito da contratada nem obrigação da Administração efetuar a prorrogação, não podendo ser enquadrada esta situação como uma rescisão contratual, e sim como mera expiração da vigência contratual.

X. Não há impedimento legal algum à contratação do remanescente quando já tiver havido a prorrogação da vigência contratual do contrato de serviço continuado prematuramente extinto, nem que o novo contrato seja prorrogado, desde que dentro do limite de 60 ou 48 meses, previstos nos incs. II e IV do art. 57 da LLC, a depender do caso.

XI. Não há qualquer precedência da opção pela contratação direta do remanescente, podendo o gestor público optar validamente por outra forma de contratação direta, ou até mesmo deflagrar o procedimento licitatório.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III – submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Tendo presentes estes objetivos, foi distribuído a este subscritor o processo em epígrafe, que tem por móvel a situação em que ocorre a rescisão prematura de contrato administrativo de serviço de natureza continuada, ficando a Administração Pública sem a necessária prestação de serviço reputado essencial para o seu regular funcionamento.

3. A necessidade de definição de uma orientação geral por parte da Procuradoria-Geral Federal se tornou ainda mais imperiosa após o encerramento abrupto das atividades de grande empresa prestadora de serviços terceirizados, que possuía mais de 7000 funcionários, contratada por diversos órgãos públicos, em todas as esferas federativas, fato este amplamente divulgado por todos os meios de comunicação.

4. Diante desse quadro, surgiram várias dúvidas sobre a aplicação do inc. XI do art. 24 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratos - LLC, que trata da contratação direta do objeto remanescente, que podem ser assim resumidas:

I. Os requisitos para contratação direta do remanescente;

II. A necessidade de que a rescisão fosse contemporânea à nova contratação;

III. A existência de óbice quando o contrato estivesse com sua vigência já prorrogada;

IV. A possibilidade de ser utilizada a contratação direta do remanescente quando o motivo da rescisão aparentemente decorresse de um valor inexequível do primeiro colocado, ou seja, se a administração poderia deixar de utilizar esta dispensa se suspeitasse da insuficiência do preço da antiga contratada.

V. Se a dispensa de licitação para contratação de remanescente (art. 24, XI, da Lei 8666, de 1993) seria preferencial à uma contratação direta emergencial (art. 24 IV, da

Lei 8.666, de 1993), ou seja, se sua utilização seria necessariamente mais vantajosa que a contratação emergencial.

5. É o relatório.

I – DEVER DE CONTINUIDADE – NECESSIDADE DE MANTER A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA – VEDAÇÃO À OMISSÃO.

6. Como bem destaca Marçal Justen Filho, a consagração de um Estado Democrático de Direito significou a funcionalização de todos os poderes, atribuições e competências estatais. Significando que o direito reconhece e protege certos fins a serem atingidos, impondo a obrigatoriedade de sua realização. Assim se passa porque há fins que ultrapassam o âmbito individual e o direito atribui ao Estado que os promova e realize os valores nele envolvidos¹.

7. Por força da natureza funcional da competência pública, o ordenamento jurídico veda a omissão administrativa. Na medida em que foi consagrado como obrigatório o atingimento de certo fim, inclusive ao ponto de ser dedicada uma competência estatal para tanto, daí segue a imperiosidade de sua efetiva concretização, sendo a omissão em sua promoção uma infração à ordem jurídica².

8. Assim, a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública é princípio reconhecido e visualizado como projeção dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

9. Considerando que as funções administrativas estão estabelecidas em lei ou na própria Constituição, o aparelho administrativo não pode parar de desempenhá-las, sob pena de violar essas determinações, cometendo ilicitude por omissão. O conteúdo do princípio da continuidade das atividades administrativas é, em essência, bastante simples: as atividades administrativas devem ser prestadas, sempre que possível, de modo temporalmente contínuo e ininterrupto³.

10. Bem ponderou o saudoso Diógenes Gasparini que os serviços públicos não podem parar, já que não param os anseios da coletividade. Os desejos dos administrados são contínuos. Daí dizer-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta⁴.

11. Frise-se que o princípio da continuidade das atividades administrativas não abrange apenas os serviços públicos, apesar de muitas vezes ser denominado “princípio da continuidade dos serviços públicos”, pois, como bem acentua Alexandre Santos de

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 92.

² *Ibidem*.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94

Aragão⁵, todas as funções administrativas, em maior ou menor grau, também devem ser prestadas de modo ininterrupto. A sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais, e não apenas aos serviços públicos.

12. Dessa forma, da mesma forma que compete à Administração Pública propiciar o bem estar coletivo, por ser esta a sua finalidade, é clara a importância da manutenção de seu próprio funcionamento, de modo a não se ver impossibilitada de desempenhar suas funções.

13. O reconhecimento do dever de continuidade da atividade administrativa constou do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3068, lançado nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88. 1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. 2. **A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal.** 3. Ação direta julgada improcedente.⁶ (g.n)

14. Com base nessas premissas, será abordado o tema referente à extinção prematura dos contratos.

II – EXTINÇÃO PREMATURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE DIÁLOGO SISTÊMICO ENTRE A LEI DE LICITAÇÕES E A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.

15. Como se sabe, a extinção do contrato é o fim do vínculo obrigacional entre contratante e contratado.

16. É preciso destacar que o vínculo obrigacional não é estático, e sim dinâmico. Clóvis do Couto e Silva, em sua célebre obra “A Obrigação como Processo”, vale-se dessa perspectiva, estudando o processo de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação. Para o autor, a “obrigação como processo” é expressão que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional. Revela as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional⁷.

⁴ GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

⁵ **Op. cit.**, p. 94.

⁶ ADI 3068, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2004, DJ 23-09-2005 PP-00006.

⁷ **Apud** FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 126-127.

17. Judith Martins-Costa identifica que a relação obrigacional desenvolve-se, de fato, como um processo “polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai”⁸. Caracteriza-a juridicamente como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade. A relação obrigacional, para além de crédito e débito, compõe-se de um conjunto de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções⁹.

18. Assim, a forma normal de extinção de toda obrigação contratual é o seu adimplemento, entendido como a realização voluntária da prestação debitória, sendo esta a finalidade principal das partes contratantes, conforme previsto inclusive no § 3º do art. 40 da Lei de Licitações:

§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

19. Contudo, é possível que surjam vicissitudes que acarretem a extinção do vínculo obrigacional sem que seja atingido o cumprimento integral do objeto inicialmente avençado.

20. Com base nessa premissa, especificamente em relação aos contratos administrativos, caso haja o encerramento da relação contratual de forma prematura, o legislador previu a contratação direta do objeto remanescente como um dos meios para garantir a atividade administrativa, que é o foco do presente parecer¹⁰, conforme disposto no inc. XI do art. 24 da Lei 8666, de 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;

21. Anote-se que a lei se referiu a três formas de extinção prematura do contrato como causas de rescisão contratual, conforme consta no art. 79 da Lei 8.666, de 1993, assim lançado:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t., 1, p. 48.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Ob.cit.* p. 126.

¹⁰ Não fazem parte do presente estudo outras formas de manutenção da atividade administrativa em razão da extinção prematura do contrato administrativo, como as previstas em particular nos inc. I e II do art. 80 da Lei 8.666/93, que tratam da cláusula exorbitante da retomada do objeto.

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

22. O referido dispositivo demanda a leitura em conjunto do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos, que elenca as causas de extinção, sendo algumas por ato ou fato imputável ao contratado (incs. I a XI e XVIII), outras por inadimplemento contratual pela Administração ou de inviabilidade material de execução contratual, alheios à vontade do particular (incisos XIII a XVII).

23. A caracterização de alguma das hipóteses de rescisão por ato ou fato imputável ao contratado, ou ainda a utilização, por parte da Administração, da prerrogativa de resolver a avença por razões de interesse público (inc. XII, do art. 78), poderá culminar em uma rescisão unilateral.

24. Não se pode perder de vista que aos contratos administrativos é aplicável a teoria geral dos contratos e, mesmo sendo um instituto jurídico com características próprias e inconfundíveis, as contratações públicas não podem ser vistas de forma isolada dos demais diplomas legislativos, em particular do Código Civil, na medida em que os sistemas de contratação pública e privada não são antagônicos, e sim se influenciam reciprocamente, o que leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada dessas plúrimas fontes legislativas convergentes, conforme a teoria do diálogo das fontes¹¹.

25. A tese da professora Cláudia Lima Marques, nominada de diálogo das fontes¹², tem o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de conflito entre normas jurídicas no sentido de interpretá-las de forma coordenada e sistemática, aplicável a qualquer ramo do direito, e que a doutrina atualizada está à procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão¹³.

26. A influência recíproca decorre inclusive da própria Lei de Licitações, quando determina no seu art. 54, *caput*, que serão aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos, servindo o

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: 2008, p. 87-88.

¹² A teoria do diálogo das fontes foi criada pelo professor Erik Jayme, na obra *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tendo sido popularizada e desenvolvida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques.

¹³ *Op. cit.*, p. 88.

Código Civil como base conceitual para a Lei de Licitações e Contratos, reforçando a ideia de diálogo sistemático:

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. Cabe o registro de que a Lei de Licitações utilizou o termo “rescisão” para definir todas as hipóteses de extinção do contrato em decorrência de causas supervenientes à sua formação, o que pode gerar conflito com a expressão utilizada na teoria geral dos contratos, sendo melhor lida no sentido genérico de extinção do contrato.

28. Como muito bem explicou o saudoso Orlando Gomes, a matéria da extinção dos contratos não se acha ordenada numa teoria geral que ponha termo à confusão proveniente inicialmente da terminologia usada na legislação e na doutrina, e, em seguida, das divergências e vacilações nos conceitos, classificações e distinções necessárias¹⁴.

29. Não obstante, pode ser estabelecido um diálogo entre os institutos de direito privado e a previsão na Lei de Licitações.

30. Como bem esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, numa acepção ampla, rescisão seria usada no sentido genérico de extinção do contrato, decorrente de uma causa superveniente à sua formação, sendo a forma mais utilizada na prática¹⁵, tendo sido esta acepção utilizada na Lei de Licitações.

31. Numa conceituação mais gramatical, a rescisão tem origem em defeito contemporâneo à formação do contrato, sendo que a presença do vício torna o ato anulável ou nulo, como é o caso da rescisão do contrato em virtude de vício redibitório ou do vício do negócio, o que o torna anulável, sendo, por isso, causa de desconstituição do negócio jurídico, que lhe retira eficácia desde a origem (*ex tunc*)¹⁶.

32. Já a resolução, pelo que se pode extrair do art. 475 do Código Civil, é um modo de extinção dos contratos com eficácia retroativa, por força da superveniência de um acontecimento que importa na inexecução do contrato. Caracteriza-se como meio concedido pela lei aos contratantes de poder extinguir o contrato para obter a reparação

¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 169.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral. Volume IV. Tomo 1. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. 8ª ed. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 583. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 77. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Ibidem**.

dos prejuízos que o outro contratante causou pelo descumprimento do contrato, o que faz por meio da reposição das coisas ao estado anterior à celebração do contrato¹⁷.

33. Por outro lado, a resilição é o modo de extinção do contrato por simples declaração de uma (resilição unilateral) ou ambas (resilição bilateral) as partes. É o gênero do qual são espécies o distrato, a denúncia, a revogação e a renúncia¹⁸.

34. O distrato é a resilição bilateral, sendo um acordo entre as partes contratantes, pelo qual elas extinguem o contrato, havendo a vontade bilateral dirigida expressamente à extinção da relação contratual¹⁹, conforme prevê o art. 472 do Código Civil, ou como bem coloca Orlando Gomes, é um “contrato para extinguir outro”²⁰.

35. A resilição unilateral, também chamada de revogação, renúncia ou retratação é uma exceção à regra da bilateralidade da extinção do vínculo contratual. Seu exercício depende de previsão legal ou contratual que confira ao contratante o poder de dissolver o contrato por sua exclusiva vontade²¹. A previsão legal do direito à resilição poderá ser expressa ou implícita conforme dispõe o art. 473 do Código Civil, tendo da Lei de Licitações expressamente contemplado esta possibilidade (art. 79, I).

36. Nos contratos de execução continuada ou de trato sucessivo somente é possível o seu desfazimento com eficácia *ex nunc*, já que não é possível a restituição²². Assim, na resilição as partes não voltam ao estado anterior à contratação, uma vez que, sendo própria dos contratos de trato sucessivo, seus efeitos são *ex nunc*, não atingindo o que foi prestado no tempo²³.

37. Nesses casos, a resilição nada mais é que a resolução *ex nunc*, ou seja, trata-se do mesmo modo de extinção do contrato, distinguindo-se tão-só com relação à eficácia, que terá efeitos prospectivos. A resilição é a resolução *ex nunc* que se opera nos contratos de trato sucessivo, de modo a preservar as prestações já realizadas e exauridas²⁴.

38. A Lei de Licitações estabelece que a Administração na qualidade de contraente poderá fazer uso das cláusulas exorbitantes ao direito privado para melhor

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ibidem*. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *ob. cit.*, p. 177.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 583.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ibidem*.

²⁰ GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 184.

²¹ No Código Civil, cite-se como exemplo de resilição unilateral: o adquirente de coisa locada pode denunciar a locação, a menos que do contrato registrado conste cláusula de vigência em caso de alienação (art. 576); o mandato cessa pela revogação do mandante ou pela renúncia do mandatário (art. 682, I); o passageiro pode desistir da viagem antes de iniciada, desde que comunique ao transportador, a tempo de viabilizar a renegociação da passagem (art. 740).

²² GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 175.

²³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 584.

²⁴ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 141.

resguardar o interesse público. Como se sabe, as cláusulas exorbitantes são as que **inexistem no Direito Privado** e permitem ao Poder Público extinguir e até mesmo anular o contrato, independentemente da anuência do contratado²⁵.

39. Dessa forma, o conceito estrito de rescisão presente na teoria geral dos contratos se amolda ao caso da Administração Pública verificar que o contrato firmado está acometido de ilegalidade por causa anterior à sua formação, permitindo a declaração de nulidade, com efeito retroativo, nos termos do art. 59 da Lei n. 8.666/93.

40. Utilizando ainda a base conceitual do Direito Privado, pode-se notar que as causas de **dissolução** contratual previstas no art. 78 da Lei de Licitações seriam enquadradas como causas de resolução ou rescisão, a depender da eficácia temporal da dissolução contratual e da forma como processadas, se unilaterais ou bilaterais.

41. Considerando que a consistência sistêmica impõe a ideia de harmonia entre diversas regras que compõem um mesmo ordenamento jurídico, e considerando que o direito possui uma unidade, onde os preceitos que o compõem devem ser compatíveis **entre si e, por isso, interferem reciprocamente em seus conteúdos**²⁶, propomos a seguinte sistematização sobre a extinção prematura dos contratos administrativos:

- (i) no caso de extinção unilateral pela Administração do contrato, com base no inc. I do art. 79 da LLC, haverá **resolução** (*ex tunc*) ou **resilição** (*ex nunc*);
- (ii) no caso da extinção amigável entre Administração e particular, com fulcro no inc. II do art. 79 da LLC, ocorrerá o **distrato**; e
- (iii) no caso de se efetuar a extinção do contrato por iniciativa do particular, em razão do inadimplemento da Administração ou impossibilidade de cumprimento por caso fortuito ou força maior²⁷, lastreado no inc. III do art. 79 da LLC, haverá a **resolução** (*ex tunc*) ou **resilição** (*ex nunc*).
- (iv) quando houver invalidação do contrato administrativo, pela teoria geral dos contratos, tal situação se amoldaria à rescisão.

42. Feitas essas considerações, passamos a analisar o disposto no inc. XI do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos.

²⁵ STJ - REsp 527137/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 191.

²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos, **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 238.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 205.

III – DA CONTRATAÇÃO PELO REMANESCENTE – DECISÃO DISCRICIONÁRIA E MOTIVADA DO ADMINISTRADOR - O ART. 24, INCISO XI, DA LEI DE LICITAÇÕES, NÃO FAZ QUALQUER RESSALVA A QUE TIPO DE CONTRATO ELE SE APLICA - REQUISITOS:

43. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 24, estabeleceu uma gama de hipóteses em que a licitação pública é dispensável, ou seja, a contratação pode ser realizada de forma direta, sem que haja disputa entre eventuais interessados. Quanto a esta modalidade de contratação direta, ensina o Professor Marçal Justen Filho²⁸:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinados caso a caso.

44. A contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a prevalência dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

45. Esse procedimento envolve discricionariedade para a Administração, mas a liberdade se restringe às providências concretas a serem adotadas.

46. Especificamente no que tange à situação prevista no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8666, de 1993, estatui-se que é dispensável 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”. Concede-se ao Administrador a possibilidade de contratar nestes termos em razão da inexistência de potencialidade de benefício em decorrência da realização de novo procedimento licitatório.

47. Como bem destaca o Professor Marçal, apesar de estar elencada como causa de dispensa, de licitação, rigorosamente, não se caracteriza contratação direta. Houve uma licitação, de que derivarão duas (ou mais) contratações. A primeira foi abortada pela extinção prematura. A segunda faz-se nos termos do resultado obtido na licitação²⁹.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 397-8.

²⁹ *Op. cit.*, 2014, p. 435.

48. Percebe-se que a Lei não fez distinção quanto à forma de execução dos contratos que podem ter objeto remanescente, já que pode ser aplicado a qualquer tipo de contrato³⁰, seja obra, serviço ou compra³¹.

49. Dessa forma, para a aplicação do regime da contratação do remanescente, pouco importa se se trata de i) contrato de execução instantânea; ou de ii) contrato de duração.

50. São instantâneas as prestações cuja realização se esgota num momento (*quae unico actu perficiuntur*) ou num período tão limitado de tempo que equivale praticamente a um momento. Aqui se distingue entre contratos de execução instantânea imediata e diferida³².

51. Nos contratos de execução imediata a prestação e a contraprestação realizam-se a um só tempo. Já naqueles de execução diferida a contraprestação pode advir em momento posterior, circunstância em que medeia um prazo qualquer entre a prestação e a contraprestação³³.

52. O contrato de duração é aquele que se protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo, e se subdividem, por sua vez, em contratos de execução continuada e de execução periódica³⁴.

53. Nos primeiros inserem-se aqueles em que a prestação é única e ininterrupta, como ocorre na locação ou no comodato. Já naqueles de execução periódica, também chamados de trato sucessivo, a execução tem lugar mediante prestações que se repetem dentro de períodos previamente prefixados³⁵.

54. A Lei de Licitações possui previsões esparsas a respeito do tempo de execução da obrigação.

³⁰ TCU - Acórdão nº 412/2008-Plenário.

³¹ Compre colacionar as definições constantes da Lei 8.666, de 1993:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

³² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato – Confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

³³ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Op. cit.* p. 176

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

55. No seu art. 57 a LLC previu a disciplina geral da duração dos contratos, contemplando tanto a disciplina dos contratos de execução instantânea como os de duração.

56. No seu § 1º do art. 32, por sua vez, dispensa parcialmente a apresentação de documentos quando se tratar de “fornecimento de bens de pronta entrega”, que são aqueles casos em que a execução do contrato se dá em questão de horas ou poucos dias após formalizada a contratação³⁶.

57. Igualmente consta do § 4º do art. 62 da LLC a dispensa de instrumento contratual nas hipóteses de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. Já o art. 60, parágrafo único, também se refere a uma modalidade especial de compra, admitindo a forma verbal de contratação para compras de pronto pagamento³⁷.

58. O § 4º do art. 40 da LLC autoriza a dispensa de certos requisitos em caso de compra para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta.

59. Especificamente em relação às compras, o inc. XI do art. 24 da LLC está intimamente ligado ao contrato de fornecimento, entendido este como o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios etc.) necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços³⁸.

60. A professora Maria Luiza Machado Granziera esclarece que cada tipo de objeto enseja uma sistemática de fornecimento, que deve ser adequada às características do bem e às necessidades da Administração, cabendo colacionar a lição da referida autora a respeito do tema:

O fornecimento pode ser contínuo, quando a entrega é periódica. Os contratos de fornecimento de água, material hospitalar e combustível têm essa natureza, pois possuem a finalidade de suprir as necessidades diárias da Administração Pública.

O fornecimento é parcelado, quando as entregas referem-se a partes de um todo. É o caso, por exemplo, de um contrato de fornecimento de equipamentos para a montagem de uma usina hidrelétrica, em que os geradores e turbinas são entregues paulatinamente, à medida que se constrói a obra onde os mesmos serão instalados. A gestão dessa espécie de contrato enseja a realização de inspeções técnicas no estabelecimento do fabricante, com vista na fiscalização do desenvolvimento do objeto.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 2014, p. 242. O referido autor inclusive sugere como máximo não mais que cinco dias entre a assinatura do contrato e a entrega do bem (p. 243).

³⁷ *Idem.* p. 242.

³⁸ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contrato Administrativos: gestão, teoria e prática.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 110.

Já o fornecimento único é o que prevê a entrega total em uma só parcela. É a modalidade mais simples de aquisição de bens, muito próxima da compra e venda do direito privado, e ao gestor compete apenas a atribuição de receber ou providenciar o correto recebimento do objeto, assim como o respectivo pagamento do preço.³⁹

61. Temos certa dificuldade em imaginar a contratação do remanescente quando se tratar de execução instantânea, mas fica o registro de que eventual impossibilidade será mais em decorrência de circunstâncias fáticas do que em decorrência de alguma vedação legal.

62. O uso da possibilidade de contratação prevista no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/1993 nas hipóteses de dissolução prematura do contrato deve ser evidenciado, mormente quando pouco razoável a exigência de um novo procedimento licitatório com o risco de a Administração ficar sem serviços que lhe são imprescindíveis.

63. Dessa forma, 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 ínsito 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 legitimidade⁴⁰.

64. Em casos deste tipo, em que um contrato é extinto antes do término de sua execução, a solução prevista na lei é convocar os demais licitantes participantes, na ordem de classificação.

65. Consigne-se que a aplicação do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, além de possuir o condão de minorar o desequilíbrio na relação custo/benefício em face das contratações, constitui mecanismo realizador do princípio constitucional da isonomia (também expresso no art. 3º da Lei de Licitações), pois dirige a continuidade das obras, serviços ou fornecimentos licitados aos que efetivamente participaram do certame, e na ordem em que classificadas suas propostas.

66. Conforme destacado pelo Tribunal de Contas da União, é necessário observar que, para a contratação direta para o remanescente, a Lei de Licitações 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

³⁹ Idem.

⁴⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 5ª ed., Belo Horizonte: Fórum. 2013, p. 65.

vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as condições vencedoras do processo concorrencial⁴¹.

67. Cumpre destacar que a Lei 8.666, de 1993, poderia ter previsto 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 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. A proposta do segundo colocado é totalmente afastada⁴².

68. Tal situação foi parcialmente superada na disciplina do Regime Diferenciado de Contratação, previsto na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que expressamente previu que no caso da contratação de remanescente será observada a classificação dos licitantes e as condições por estes ofertadas, conforme disposto no seu art. 41⁴³.

69. Assim, nas contratações regidas pela Lei 8666, a proposta do primeiro colocado devidamente corrigido é o limite para a contratação do remanescente, devendo ser observada pelos demais licitantes.

70. A Lei de Licitações não autorizou a contratação direta do remanescente quando houver problemas nas próprias condições oferecidas pelo vencedor, que precisam ser revistas parcial ou totalmente, conforme a precisa lição de Marçal Justen Filho:

Quando houver necessidade de corrigir, emendar, substituir parcelas executadas incorretamente pelo contratante anterior, deverá realizar-se nova licitação, visando a sanar tais defeitos. Ou seja, a regra do inc. XI apenas se aplica quando houver parcelas faltantes para executar, não quando a má-execução por parte do contratado anterior impuser adoção de providências não previstas no contrato original.⁴⁴

71. Por outro lado, 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.

72. Outro ponto que merece destaque é a ausência de uma solução evidente quando o licitante vencedor assina o contrato, mas não inicia a execução do objeto,

⁴¹ TCU - Acórdão 552/2014 - Plenário.

⁴² TCU - Decisão 417/2002-Plenário.

⁴³ Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

pairando a dúvida sobre a aplicação do inc. XI, do art. 24, ou do § 2º do art. 64 ambos da LLC, dispositivo este que aborda o caso em que sequer o contrato é assinado pelo licitante vencedor⁴⁵.

73. Apesar dos dispositivos gerarem efeitos equivalentes, entendo que não é caso de aplicação do § 2º do art. 64, na medida que seu âmbito de aplicação é restrito ao caso em que o licitante vencedor não firma o instrumento contratual, sendo que, quando há contrato assinado, e não há execução qualquer, **o remanescente é todo o objeto licitado**, não sendo necessário que haja início da execução para que seja considerado algum remanescente.

74. O critério a ser observado é o da satisfação pela óptica do credor, que, no caso é a Administração Pública, que tem por dever manter seus serviços em pleno funcionamento.

75. **Perceba que a Lei fixou como linha divisória entre os dois dispositivos a assinatura do contrato, não sendo aplicável o § 2º do art. 64 quando esta fase já tiver sido superada.**

76. Secundando nossa conclusão, mas com fundamentação própria, o TCU reconheceu a aplicabilidade do inc. XI do art. 24 da LLC quando já assinado o contrato e não houver execução alguma do objeto, conforme trecho assim lançado:

14. Na situação examinada nos autos, entendo que a solução da matéria passa pela utilização do princípio geral de hermenêutica segundo o qual onde existe a mesma razão fundamental deve prevalecer a mesma regra de direito (ubi eadem est ratio, ibi ide jus).

15. Nesse caso, por estarem presentes os mesmos princípios inspiradores dos arts. 24, inciso XI e 64, § 2º da Lei 8.666/1993, quais sejam, os valores da supremacia do interesse público e da eficiência, julgo pertinente o uso da mesma solução jurídica enfeixada por essas normas, para o fim de permitir a contratação das demais licitantes, segundo a ordem de classificação e mantendo as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, também na hipótese em que este houver assinado o contrato e desistido de executá-lo, mesmo sem ter executado qualquer serviço.

16. **Afinal, não há razão lógica nem jurídica para dar consequência jurídica diversa à contratação em apreço só pelo fato de a empresa vencedora ter assinado o contrato e posteriormente ter rescindido amigavelmente o ajuste. Tivesse a sociedade empresária iniciado a execução do contrato, ainda que fosse para realizar uma parcela ínfima do empreendimento, ou oportunamente decidido não assinar o ajuste, não havia de se cogitar qualquer ilegalidade na contratação da segunda colocada, visto que presentes as situações de fato previstas nas normas conformadoras. Observo,**

⁴⁴ Op. cit., 2014, p. 435.

⁴⁵ 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.

portanto, que as diferenças circunstanciais entre as situações fáticas previstas na lei e a observada nos presentes autos não são juridicamente relevantes para merecer um tratamento jurídico distinto.

17. Dito de outro modo, usando a carga principiológica afeta ao regime jurídico-administrativo e tomando por base o princípio da unidade do sistema, não vejo fundamento para diferenciar a hipótese dos autos das demais especificadas na lei. Trata-se, em verdade, de situações fáticas semelhantes, a merecer, portanto, consequências jurídicas iguais, com vistas a preservar a coerência e a unidade do sistema.⁴⁶ (g.n.)

77. Registre-se que não há no âmbito do TCU uma fixação de entendimento a respeito desse tema, sendo a jurisprudência claudicante⁴⁷, fato este que não impede que haja a definição jurídica no âmbito das consultorias jurídicas.

78. Ainda no que tange aos limites temporais para a contratação de remanescente, não há que se invocar o inc. XI, do art. 24, da LLC quando simplesmente não há a renovação/prorrogação⁴⁸ da vigência contratual, na medida em que não é direito da contratada nem obrigação da Administração em efetuar a prorrogação, não podendo ser enquadrada esta situação como uma rescisão contratual, e sim como mera expiração da vigência contratual.

79. O mencionado posicionamento restou sufragado pelo TCU, conforme noticiado no Informativo TCU número 191, assim sumariado:

A ausência de interesse da contratada em prorrogar avença de prestação de serviços de natureza continuada não autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, de que trata o art. 24, XI, da Lei 8.666/93, nem a convocação prevista no art. 64, § 2º, do mesmo diploma legal.⁴⁹

80. Situação diversa ocorre quando depois de já haver alguma prorrogação venha a ocorrer a extinção prematura do contrato renovado.

81. Nesse caso, 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.

82. A respeito, cumpre colacionar o trecho do Acórdão nº 412/2008 do Plenário do Tribunal de Contas da União, que vai ao encontro do entendimento aqui esposado:

⁴⁶ TCU - Acórdão 740/2013 - Plenário.

⁴⁷ Pela aplicação do § 2º do art. 64 da LLC, os Acórdãos 1.317/2006 e 701/2008 do Plenário do TCU, e mais recentemente o acórdão 819/2014-Plenário.

⁴⁸ No presente estudo usaremos indistintamente as expressões prorrogação e renovação, cabendo apenas o registro de que a corrente doutrinária majoritária sustenta que a renovação é uma nova contratação, e a prorrogação é a manutenção do mesmo contrato, mas com alteração do prazo original de vigência. Por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 2014. p. 953.

⁴⁹ TCU - Acórdão nº 819/2014-Plenário.

11. Consta nos autos que o TRE/RR, em 22/12/1999, por meio da Tomada de Preços n. 1/1999, contratou a empresa KCB de Queiroz e Cia Ltda. para executar serviços de limpeza, conservação, copeiragem, reprografia e atendimento telefônico. A avença foi firmada pelo prazo inicial de 24 meses, com a possibilidade de renovação por até 60 meses.

12. Em 22/5/2001, a Administração do TRE/RR rescindiu, unilateralmente, o referido ajuste. Seis dias após a rescisão, a empresa RORSERC, por ter sido a segunda colocada na Tomada de Preços n. 1/1999, foi contratada, com base no art. 24, inciso XI, da Lei de Licitações, para prosseguir na prestação dos serviços.

13. **A controvérsia reside em saber se a Administração poderia ou não ter dispensado a referida licitação. O gestor defende a possibilidade por entender que o edital do certame previa a prorrogação da avença por até 60 meses. Assim, como houve a rescisão do contrato inicial antes deste prazo, a segunda colocada, com fundamento no já transcrito art. 24, inciso XI, poderia prosseguir com a prestação do serviço por todo o período.**

14. O entendimento defendido pela administração TRE/RR está em consonância com o pensamento desta Corte.

(...)

16. Percebo que ao caso sob apreciação também deve ser dado o mesmo tratamento. **O art. 24, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993 não faz qualquer ressalva a que tipo de contrato ele se aplica.** Assim, não se pode exigir do gestor interpretação restritiva para retirar a possibilidade de utilizá-lo somente em determinados contratos de obras, serviço ou fornecimento.

17. A contratação do segundo colocado por conta de rescisão contratual serve para tornar mais ágil a Administração Pública. Não se pode reclamar a realização de novo certame, quando a legislação permite a contratação direta. Ademais, no caso concreto, seria desarrazoado exigir que o órgão funcionasse sem receber os serviços de conservação e limpeza enquanto outra licitação fosse realizada. ⁵⁰ (g.n.)

83. Com base nessa correta premissa, é possível extrair que não há impedimento legal algum à contratação do remanescente quando já tiver havido a prorrogação da vigência do contrato de duração prematuramente extinto, sendo possível que o novo contrato seja prorrogado, desde que dentro do limite de 60 ou 48 meses, previstos nos incs. II e IV do art. 57 da LLC, a depender do caso.

84. Feitas essas considerações, podemos efetuar a consolidação dos requisitos para efetuar a contratação direta do remanescente.

85. A contratação direta do remanescente pressupõe o implemento de prévia licitação e posterior extinção prematura do contrato. Em vez de promover novo certame licitatório, a Administração Pública poderá convocar os demais licitantes, convidando-os a executar o remanescente. Extraímos da Lei de Licitações os 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;

⁵⁰ TCU - Acórdão nº 412/2008-Plenário. 

- (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.

86. Além desses requisitos, cumpre esclarecer que, para os contratos de duração, desde que observado o limite de 60 ou 48 meses, previstos nos incs. II e IV do art. 57 da LLC, a depender do caso:

- (i) é possível a contratação pelo remanescente, mesmo que haja prorrogação/renovação do contrato original;
- (ii) o contrato de remanescente pode ser prorrogado/renovado;

87. Pelo fato de terem que ser mantidas as condições do licitante vencedor, caso haja alguma falha na proposta deste, em particular o preço inexequível, não será possível aproveitar a licitação, devendo ser deflagrado novo certame, considerando as providências a serem tomadas que extrapolam o contrato original.

IV – AUSÊNCIA DE PRECEDÊNCIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA DO REMANESCENTE EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS FORMAS DE MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

88. Conforme ficou registrado, a escolha pela contratação direta do remanescente encontra-se na esfera de discricionariedade do Administrador, devendo ser buscada a melhor solução para o caso concreto, orientada pelo interesse público, não podendo prever em abstrato qual é a solução quando a situação de extinção prematura do contrato ocorrer.

89. Portanto, diante de um fato concreto e utilizando-se do poder discricionário, a Administração Pública tem a obrigação de escolher dentre os diversos comportamentos possíveis o que melhor atinja a finalidade e interesse público, não havendo uma única solução na Lei de Licitações para manter a atividade administrativa.

90. Não há, assim, qualquer precedência da opção pela contratação direta do remanescente, podendo o gestor público optar validamente por outra forma de contratação direta, ou até mesmo deflagrar o procedimento licitatório⁵¹.

91. Essa situação levanta diversos questionamentos a respeito da possibilidade de se preferir a contratação direta emergencial à contratação pelo remanescente.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 2014, p. 435.

92. A possibilidade de dispensa no caso do art. 24, IV, da Lei 8666/93 igualmente reside primordialmente na absoluta impossibilidade de se atender ao interesse público – fim único de toda a atividade administrativa -, se adotado o procedimento licitatório. A emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório⁵².

93. Destaco que tanto a Advocacia-Geral da União⁵³, como o Tribunal de Contas da União⁵⁴, com base na continuidade da atividade administrativa, entendem que na aplicação do inc. IV do art. 24 da Lei 8.666, de 1993, não há que se fazer distinção entre a emergência resultante de fato imprevisível e a decorrente da incúria ou desídia administrativa, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento à situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

94. Forte nessas premissas, cabe ao Administrador o grave encargo de avaliar, no caso concreto, qual é a melhor solução normativa a ser dada, não havendo precedência alguma em relação às mesmas.

V – CONCLUSÃO.

95. Desse modo, ante tudo o que foi exposto acima, concluímos que:

- a) a Lei de Licitações utilizou o termo “rescisão” para definir todas as hipóteses de extinção do contrato em decorrência de causas supervenientes à sua formação, o que pode gerar conflito com a expressão utilizada na teoria geral dos contratos, sendo melhor lida no sentido genérico de extinção do contrato;
- b) a contratação direta do remanescente pressupõe o implemento de prévia licitação e posterior extinção prematura do contrato. Em vez de promover novo certame licitatório, a Administração Pública poderá convocar os demais licitantes, convidando-os a executar o remanescente;
- c) a Lei não fez distinção quanto à forma de execução dos contratos que podem ter objeto remanescente, já que pode ser aplicado a qualquer tipo de contrato;
- d) são requisitos para a aplicação do inc. XI do art. 24 da Lei 8666, de 1993: (i) a realização de licitação anterior; (ii) a assinatura do contrato;

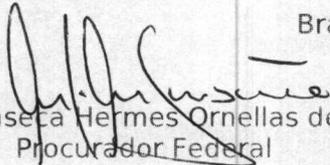
⁵² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. Brasília: Brasília Jurídica. 5ª Edição p. 312.

⁵³ Orientação Normativa Nº 11, de 1º de abril de 2009: A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

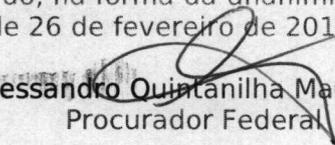
⁵⁴ TCU - Acórdão n.º 1138/2011-Plenário.

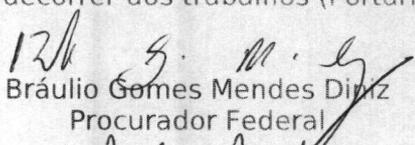
- (iii) a contratação deve ser extinta prematuramente (art. 79, I, II, III, LLC); (iv) haja remanescente de obra, serviço ou fornecimento, independentemente de ter havido início da execução; (v) não tenha sido cumprido o prazo previsto para a duração do contrato; (vi) sejam convocados os demais licitantes atendida a ordem de classificação da licitação; (vii) sejam mantidas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.
- e) para os contratos de duração, desde que observado o limite de 60 ou 48 meses, previstos nos incs. II e IV do art. 57 da LLC, a depender do caso: (i) é possível a contratação pelo remanescente, mesmo que haja prorrogação/renovação do contrato original; (ii) o contrato de remanescente pode ser prorrogado/renovado.
- f) caso haja alguma falha na proposta do licitante vencedor, em particular o preço inexequível, não será possível aproveitar a licitação, devendo ser deflagrado novo certame, considerando as providências a serem tomadas que extrapolam o contrato original
- g) não há precedência da opção pela contratação direta do remanescente, podendo o gestor público, a depender do caso concreto, optar validamente por outra forma de contratação direta, ou até mesmo deflagrar o procedimento licitatório, sempre de maneira plenamente justificada.

Brasília, 17 de setembro de 2014.

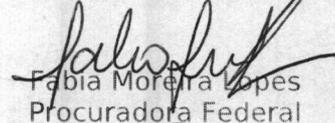

Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

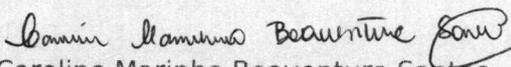
De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

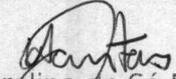

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

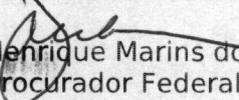
12/9/14

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

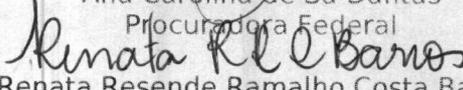

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

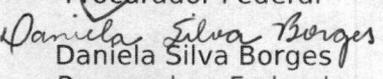

Fabia Moreira Lopes
Procuradora Federal


Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal


Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal

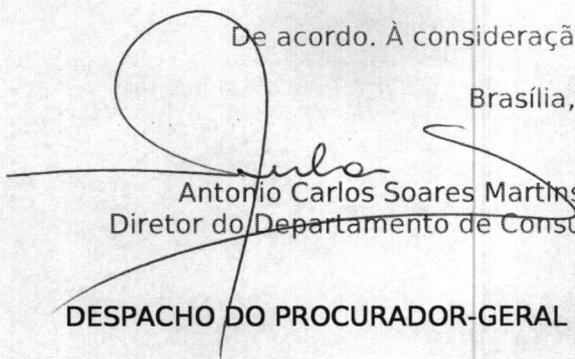

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal


Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal


Daniela Silva Borges
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 17 de setembro de 2014.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 7 /2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 17 de setembro de 2014.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 74/2014

1. A LEI DE LICITAÇÕES UTILIZOU O TERMO "RESCISÃO" PARA DEFINIR TODAS AS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DO CONTRATO EM DECORRÊNCIA DE CAUSAS SUPERVENIENTES À SUA FORMAÇÃO, O QUE PODE GERAR CONFLITO COM A EXPRESSÃO UTILIZADA NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS, SENDO MELHOR LIDA NO SENTIDO GENÉRICO DE EXTINÇÃO DO CONTRATO;
2. A CONTRATAÇÃO DIRETA DO REMANESCENTE PRESSUPÕE O IMPLEMENTO DE PRÉVIA LICITAÇÃO E POSTERIOR EXTINÇÃO PREMATURA DO CONTRATO, CASO EM QUE PODERÁ A ADMINISTRAÇÃO PROMOVER NOVO CERTAME LICITATÓRIO OU CONVOCAR OS DEMAIS LICITANTES, CONVIDANDO-OS A EXECUTAR O REMANESCENTE, OBEDECENDO A ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO;
3. A LEI NÃO FEZ DISTINÇÃO QUANTO À FORMA DE EXECUÇÃO DOS CONTRATOS QUE PODEM TER OBJETO REMANESCENTE, JÁ QUE PODE SER APLICADO A QUALQUER TIPO DE CONTRATO;
4. SÃO REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO INC. XI DO ART. 24 DA LEI 8666, DE 1993: (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;
5. PARA OS CONTRATOS DE DURAÇÃO, DESDE QUE OBSERVADO O LIMITE DE 60 OU 48 MESES, PREVISTOS NOS INCS. II E IV DO ART. 57 DA LLC, A DEPENDER DO CASO: (I) É POSSÍVEL A CONTRATAÇÃO PELO REMANESCENTE, MESMO QUE HAJA PRORROGAÇÃO/RENOVAÇÃO DO CONTRATO ORIGINAL; (II) O CONTRATO DE REMANESCENTE PODE SER PRORROGADO/RENOVADO;
6. CASO HAJA ALGUMA FALHA NA PROPOSTA DO LICITANTE VENCEDOR, EM PARTICULAR O PREÇO INEXEQUÍVEL, NÃO SERÁ POSSÍVEL APROVEITAR A LICITAÇÃO, DEVENDO SER DEFLAGRADO NOVO CERTAME, CONSIDERANDO AS PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS QUE EXTRAPOLAM O CONTRATO ORIGINAL NÃO HÁ PRECEDÊNCIA DA OPÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DIRETA DO REMANESCENTE, PODENDO O GESTOR PÚBLICO OPTAR VALIDAMENTE POR OUTRA FORMA DE CONTRATAÇÃO DIRETA, OU ATÉ MESMO DEFLAGRAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SEMPRE DE MANEIRA PLENAMENTE JUSTIFICADA.
7. NÃO HÁ PRECEDÊNCIA DA OPÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DIRETA DO REMANESCENTE, PODENDO O GESTOR PÚBLICO, A DEPENDER DO CASO CONCRETO, OPTAR VALIDAMENTE POR OUTRA FORMA DE CONTRATAÇÃO DIRETA, OU ATÉ MESMO DEFLAGRAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SEMPRE DE MANEIRA PLENAMENTE JUSTIFICADA.