

OBJETO: ADITAMENTO 02 AO CONTRATO 05/2020**SETOR INTERESSADO:** ASLIC**DATA:** 02/02/2022

EMENTA: CONSULTA. **ADITAMENTO 02 AO CONTRATO Nº 05/2020** REFERENTE AOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NAS ÁREAS DO DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO, COMERCIAL E TRIBUTÁRIO, QUE ENTRE SI CELEBRAM A SERGIPE GÁS S/A – SERGAS, E A RESENDE REZENDE ANDRADE SANTA RITA SANTANA BARBOSA OLIVEIRA MALUF ADVOCACIA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 71, *CAPUT*, DA LEI 13.303/2016. RENOVAÇÃO DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS **CONDICIONADA AO ATENDIMENTO DE NECESSIDADE PERMANENTES DA SERGAS**. REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 143 DO REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DA SERGAS (RILC), PUBLICADO NO DOE EM 04/09/2018. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPETRADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (PROCESSO Nº 0001030-48.2018.5.20.0005) PELA NECESSIDADE DE CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS INTEGRANTES DE LISTA DE CADASTRO DE RESERVA PARA O CARGO DE ADVOGADO REFERENTE A CONCURSO PÚBLICO VIGENTE.

A Assessoria de Licitação e Contratação, por meio de seu assessor, consultou esta Assessoria sobre a legalidade na celebração do Segundo Aditamento ao Contrato Nº 05/2020, cuja finalidade é a prorrogação do prazo e manutenção do valor referente aos serviços advocatícios nas áreas do direito civil, administrativo, comercial e tributário.

A celebração de tal aditamento deve-se à solicitação da Assessoria Jurídica da SERGAS e à necessidade de continuidade do referido serviço. O Contrato Nº 05/2020 fica com seu prazo prorrogado por mais 365 (trezentos e sessenta e cinco dias), contados a partir de 17 de fevereiro de 2022, e com o valor mantido em R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais).

Os serviços serão executados de acordo com as especificações estabelecidas nas demais cláusulas contratuais, que ficam inalteradas todas as demais regras estabelecidas no Contrato Nº 05/2020.

É o relatório, passo a opinar.

No tocante à prorrogação contratual, convém mencionar o ilustre jurista Marçal Justen Filho, salientando que a "hipótese de prorrogação não se confunde com a modificação contratual. A prorrogação consiste em renovar certa contratação para que tenha vigência por período posterior àquele originalmente previsto. Em termos jurídicos, a prorrogação não é modificação contratual. É o mesmo contrato reiniciando sua vigência e vigorando por outro prazo."

Há que se verificar que não se observa na Lei nº 13.303/16 vedação à celebração de contratos com prazo de vigência inicial inferior a cinco anos, **admitindo-se sua prorrogação até alcançar esse limite, nos termos do artigo 71, caput, da Lei nº. 13.303/2016.** *In verbis*:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

Na medida em que a **Lei nº 13.303/16 não delimitou a aplicação da disciplina contida no caput do seu art. 71 a uma ou outra espécie de objeto contratual**, entende-se possível a aplicação dessas conclusões, ao menos em tese, a qualquer objeto contratado. Nesse sentido, seguem os ensinamentos extraídos do Informativo de Licitações e Contratos da Revista Zênite¹:

Desse modo, com a aplicação da nova legislação, as empresas estatais poderão disciplinar a vigência de seus contratos observando as seguintes condições: a) O prazo máximo de vigência dos contratos será de cinco anos, podendo ser ultrapassado nas hipóteses previstas nos incs. I e II do seu art. 71. b) Não se vislumbra óbice legal, ao menos absoluto e decorrente de previsão expressa, que impeça a celebração de contratos de com prazo de vigência inicial superior a duração do respectivo exercício financeiro no qual este ajuste tenha sido firmado, desde que observado o prazo máximo de cinco anos. c) De igual sorte, também não se observa na Lei nº 13.303/16 vedação à celebração de contratos com prazo de vigência inicial inferior a cinco anos, **admitindo-se sua prorrogação até alcançar esse limite.** d) Na medida em que a Lei nº 13.303/16 **não delimitou a aplicação da disciplina contida no caput do seu art. 71 a uma ou outra espécie de objeto contratual, entende-se possível a aplicação dessas conclusões, ao menos em tese, a qualquer objeto contratado.** e) Com base nisso, não seria antijurídico prever a celebração de contratos de fornecimento continuado, desde que observado o prazo máximo de cinco anos em exame. Todavia, no mais dos casos, talvez não seja

¹ Contrato – Prazo máximo de vigência – Estatais – **Lei nº 13.303/16. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba: Zênite, n. 276, p. 190, fev. 2017, seção Perguntas e Respostas.

conveniente e oportuna a adoção dessa prática, tendo em vista a dificuldade para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses ajustes com o passar do tempo. f) A Lei nº 13.303/16 veda apenas a celebração de contratos por prazo de vigência indeterminado.

Ressalte-se, contudo, que a prorrogação da vigência dos contratos regidos pela Lei nº 13.303/16 depende da manifestação de interesse da Administração e da concordância do contratado. Ou seja, ainda que previsto no edital e contrato, a Administração não poderá impor a prorrogação ao contratado.

Além disso, o Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da SERGAS estabelece que os contratos de prestação de serviços para necessidades permanentes da Companhia poderão ser renovados, desde que observado o prazo máximo de 5 anos e atendidos os seguintes requisitos:

Art. 143 Os contratos de prestação de serviços para atendimento **de necessidades permanentes da SERGAS** poderão ser renovados, desde que observado o **prazo máximo de 5 (cinco) anos** e atendidos os **seguintes requisitos**:

- I – Haja interesse da SERGAS;
- II – Exista previsão no instrumento convocatório e no contrato;
- III – Seja demonstrada a vantajosidade na manutenção do ajuste;
- IV – As obrigações do Contratado tenham sido regularmente cumpridas;
- V – O Contratado manifeste expressamente a sua anuência na prorrogação;
- VI – O Contratado mantenha as condições de habilitação e qualificação demonstradas inicialmente para a celebração do ajuste;
- VII – O Contratado não se encontre sob os efeitos de sanções impeditivas do direito de licitar e contratar com a SERGAS;
- VIII – A renovação seja celebrada antes da extinção da vigência do contrato por meio do competente termo de aditamento;
- IX – Haja autorização da autoridade competente, precedida de parecer da assessoria jurídica.

Grifei.

É oportuno ressaltar que o artigo 71 da Lei 13.303/2016 não dispõe sobre a necessidade de a prorrogação contratual ser realizada por períodos iguais, estando em harmonia, portanto, com o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de ser possível a prorrogação do contrato por prazo não idêntico ao estabelecido inicialmente, quando da análise da Lei 8.666/93 em matéria idêntica, senão vejamos:

A prorrogação do contrato referido foi por tempo inferior à primeira prorrogação. Pelo disposto no art. 57, II, da Lei 8.666/93, a prorrogação deveria ser por iguais e sucessivos períodos. Contudo, **pelo princípio da razoabilidade**, se é possível **prorrogar por até 60 meses, não há porque exigir-se a prorrogação por idênticos períodos conforme ensinamentos sempre balizados do insigne autor Marçal Justen Filho**, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. (Acórdão TCU 771/2005 - Segunda Câmara)

Desta forma, a SERGAS poderá prorrogar, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos e atendidos os requisitos previstos no artigo 143 do seu RILC, a prestação de serviços para atendimento às necessidades permanentes da Companhia com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas.

Em análise dos autos deste procedimento, percebemos tratar-se de procedimento interno no qual a SERGAS pretende aditar o Contrato nº 05/2020, devendo, contudo, ser feita a análise se a prorrogação dos serviços em questão tem por escopo atender à necessidade permanente da SERGAS.

Ressalto, contudo, que algumas variáveis precisam ser consideradas pela Administração antes da renovação do Contrato nº 05/2020 (prestação de serviços advocatícios na área cível, administrativo, comercial e tributário), sobretudo porque, conforme é sabido, corre Ação Civil Pública - ACP (Processo nº 0001030-48.2018.5.20.0005), na 5ª vara do Trabalho em Aracaju/SE, contra a SERGAS questionando o fato de essa Companhia terceirizar a prestação de serviços jurídicos coexistindo candidatos aprovados para o cargo de advogado em concurso público ainda vigente.

Nos autos da ACP referida acima, o Ministério Público do Trabalho em Sergipe (MPT) conseguiu inicialmente obter decisão liminar, *inaudita altera pars*, nos autos da citada Ação para obrigar a SERGAS a se abster de preterir candidatos aprovados em concurso público através da utilização de mão de obra de profissionais não previamente aprovados em certames dessa natureza, a exemplo da celebração de contratos de prestação de serviços (terceirização) com escritórios de advocacia, referentes a serviços de natureza advocatícia/jurídica, consultiva ou contenciosa, administrativa ou judicial. **A mencionada decisão foi suspensa em sede de liminar**, portanto em caráter precário, nos autos do Mandado de Segurança nº 0000323-95.2018.5.20.0000, impetrado pela SERGAS, até o julgamento do citado *mandamus*.

Em 20 de novembro de 2019, os Exmos. Srs. Desembargadores da 1ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região acordaram no mérito, por maioria, negar provimento ao Recurso Ordinário interposto pela SERGAS, mantendo inalterado o decidido pela decisão de 1º grau. Em 12 de fevereiro de 2020, a SERGAS apresentou Embargos de Declaração com pedido de sobrestamento do feito e, liminarmente, o efeito suspensivo aos citados Embargos, em razão do julgamento do Tema 992 (Repercussão Geral) no dia 04/03/2020 – Recurso Extraordinário 960.429.

Em 24 de junho de 2020, o STF ao se debruçar sobre o Tema 992 fixou a tese de que compete à Justiça Comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. Tema 992. DIREITO DO TRABALHO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DISCUSSÃO SOBRE COMPETÊNCIA. ART. 114, INCISO I, DA CF/88. FASE PRÉ-CONTRATUAL.

1. Inexistência de relação de trabalho na chamada fase pré-contratual a atrair a competência da Justiça do Trabalho.
2. Prevalência do caráter público. Concurso público como ato de natureza administrativa.

3. Fixação da tese: Compete à Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal. Recurso extraordinário não provido.

(RE 960429, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020)

O Desembargador Relator vinha decidindo no sentido de sobrestar a Ação Civil Pública - ACP (Processo nº 0001030-48.2018.5.20.0005) até que sobrevenha decisão do STF sobre o tema. Todavia, quando do julgamento dos embargos de declaração, acabou por mudar totalmente o seu entendimento, ao deliberar pela não aderência entre as matérias debatidas no tema 992 (repercussão geral) do STF e o cerne da referida ACP. Vejamos:

(...)

Após estudo minucioso do caso em questão e procedendo a um comparativo entre a situação processual dos presentes autos e o tema discutido nos autos do RE 960.429, **chego a conclusão de que não há aderência entre os temas, tendo em vista que a matéria tratada no Tema se refere a "Discussão quanto à competência para processar e julgar controvérsias nas quais se pleiteiam questões afetas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoa e eventual nulidade do certame , em face de pessoa jurídica de direito privado", enquanto que a hipótese que aqui se cuida de contratação de funcionários forma precária através empresa terceirizada, no lugar de contratar os candidatos aprovados em concurso.**

(...) *Grifei*

Após a decisão acima, a SERGAS apresentou, em 15 de dezembro de 2021, Recurso de Revista, o qual ainda não foi apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Frise-se, ainda, que a citada ACP não questiona a possibilidade de a SERGAS terceirizar a prestação de serviços de natureza advocatícia/jurídica, até mesmo porque o Aditamento nº 02 ao Contrato nº 05/2020 possui amparo no artigo 71, *caput*, da Lei nº 13.303/2016, mas sim o fato de essa Companhia terceirizar a

prestação de serviços jurídicos existindo candidatos aprovados para o cargo de advogado em concurso público ainda vigente.

Não restam dúvidas que tal situação merece atenção, uma vez que os Tribunais pátrios vêm reiteradamente corrigindo o comportamento de contratação de prestadores de serviços, conforme orientação pretérita, paralelamente à existência de cadastro de reserva em concurso público senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SUBMETIDO AO RITO SUMARÍSSIMO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. ADVOGADO. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. DIREITO À NOMEAÇÃO.

Embora o candidato aprovado no cadastro de reserva não tenha direito adquirido à nomeação, apenas expectativa de direito, o fato de ter sido realizado concurso público já revela preparação do reclamado com vistas a suprir eventual perda do quadro de advogados e ter recursos humanos suficientes para atender a necessidade normal e permanente do setor jurídico da reclamada. A contratação de escritórios para recuperação de créditos do banco quase prescritos demonstra terceirização da atividade jurídica do reclamado, a despeito da existência de candidatos aprovados e aguardando a nomeação. Houve, portanto, terceirização ilícita de atividade porque, sendo rotineira a cobrança de ativos, deveria ser realizada por advogados concursados, em atenção à exigência do art. 37, caput e II, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 9313320125080002, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 25/10/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017)

RECURSO DE REVISTA . CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ADVOGADO. CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES INERENTES AO CARGO PARA O QUAL FOI REALIZADO O CERTAME. DIREITO À CONTRATAÇÃO. I. O Tribunal Regional manteve a sentença em que se entendeu que "a terceirização dos serviços de advocacia, quando há candidatos aprovados em concurso público e aptos para o desempenho da função, aguardando nomeação e investidura no emprego público, viola a regra do concurso público, bem como os princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência". II. Esta Corte Superior já decidiu que a aprovação em concurso público para formação de cadastro de reserva, em regra, gera apenas expectativa de direito. Não obstante, a contratação de empregados não pertencentes ao referido cadastro, para exercer as mesmas funções que exerceriam os aprovados, dentro da validade do concurso, configura-se preterição à nomeação do candidato. III. Recurso de revista de que não se conhece.

(TST - RR: 1587320125190004, Data de Julgamento: 19/04/2017, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017)

Assim, a solução a ser adotada no caso em comento merece atenção das relevantes variáveis acima.

Dito isto, abstendo-me da avaliação administrativa, no que diz respeito à conveniência e oportunidade do aditamento contratual, condicionada à verificação de que a prorrogação da prestação dos serviços visa atender à necessidade permanente da Companhia, **opino** pela legalidade da celebração do Aditamento nº 02 ao Contrato nº 05/2020, por estar em consonância com o que dispõe o artigo 71, *caput*, da Lei nº. 13.303/2016,

bem como com o artigo 143 do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da SERGAS. Ressalte-se, contudo, que a prorrogação da prestação de serviços para atendimento de necessidades permanentes da Companhia deve ocorrer por meio de Termo de Aditamento e ter por escopo à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos.

É o parecer.

S.M.J.

Aracaju, 02 de fevereiro de 2022.

Nelson Tavares dos Santos Sobrinho
Advogado/SERGAS
OAB/SE nº 7.956

Aprovado por: Ricardo Mendonça Nunes
Assessor Jurídico, OAB/SE 4.184