

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS¹

Leon Frejda Szklarowsky²

I. Significado da expressão contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, cunhada pelo inciso II do artigo 57 da Lei 8666, de 1993, e suas alterações posteriores. II. natureza jurídica do contratos de prestação de serviços de forma contínua. III. natureza jurídica dos contratos de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas. IV. prazo de duração do contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua. V. possibilidade de prorrogação dos contratos dessa natureza, ainda em vigor. VI. real interpretação do aludido dispositivo, em face das diversas alterações legislativas. VII. conteúdo e aplicação do caput do artigo 121 e § 4º do artigo 57. VIII. Menor preço e maior desconto, segundo o TCU.

A Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, regula a matéria, objeto do questionamento, no inciso II do artigo 57, alterado pela Lei 9648, de 27 de maio de 1998, publicada no DOU, de 28 de maio seguinte, fruto da conversão da Medida Provisória 1531-18, de 29 de abril de 1998, publicada no DOU, de 30 do mesmo mês, em Projeto de Lei de Conversão 5, de 12 de maio de 1998.

O artigo 57 dispõe que:

"A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses".

O inciso II, na redação da Lei 8883, de 1994, assim se inscrevia;

"à prestação de serviços a serem executados de forma contínua que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração as sessenta meses"

-
1. Agradeço, extremamente sensibilizado, ao Professor AIRTON ROCHA NÓBREGA, mestre em Direito Administrativo, pelo profissionalismo e fidalguia, nas ponderações e assistência, na elaboração do presente trabalho.
 2. Professor e Subprocurador - Geral da Fazenda Nacional aposentado.

Doutrina

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, na expressão genial de Ulpiano, e tanto Aristóteles, quanto Kant e, modernamente, a escola de Kelsen, consideram o contrato uma norma criada por particulares, mas, na precisa conceituação de Clovis Bevilacqua, é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

É a associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe necessariamente a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei. Neste sentido, Washington De Barros Monteiro.

No direito contratual público, o conceito de contrato não difere substancialmente, a não ser pela só presença da Administração Pública, que derroga normas de direito privado, conforme as lições de Hely Lopes Meirelles e da doutrina proeminente. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada. Dada a supremacia de poder, a contratante adquire certas prerrogativas, em vista do interesse público, respeitadas os direitos da contratada, que pode ser a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública, abrangendo esta a administração direta e a indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo todas as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (artigo 6º, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93 e suas alterações posteriores)

O contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí por que, cumprindo preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação e sincronia.

Entretanto, a lei admite exceções, à licitação, desde que motivadas, nas hipóteses de inexigibilidade, dispensa e prorrogações ou extensões dos prazos contratuais.

Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente personalíssimo. A instabilidade, na execução do contrato, advém do interesse público, daí por que, no discurso do Ministro José Augusto Delgado,

"não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público, Este não se apresenta imutável" (cf. Revista de Direito Publico 62/123 e segs.).

Observa ainda o autor que, na execução do contrato administrativo, a responsabilidade é da própria pessoa com quem se contratou, todavia essa regra admite exceções e, fundado, no magistério de Marcelo Caetano, indica, com tranqüilidade, que:

"a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e a idoneidade do concessionário ou do sucessor" (cf. op. e p. cits.).

Também Carlos Roberto Pellegrino, escudado na melhor doutrina, inclina-se por esse entendimento (cf. Revista de Direito Público, 92/139).

Eis aqui nascendo a verdadeira simbiose entre o direito público e privado, que Guillermo Andrés Muñoz descreve, com muita sensibilidade, e rechaça a divisão esotérica entre o direito público e privado, porque tais dogmas sofrem, na atualidade, violenta crise e conclui que é muito difícil sustentar a romana contraposição entre o direito público e privado, calcada na idéia de um Estado regulado por princípios especiais e opostos aos do direito privado (cf. Revista de Direito Público, 91/19-27).

Deste pensar é também o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vai justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características (cf. Licitações & Contratos Administrativos, ADCOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

É princípio assente de hermenêutica que o dispositivo a ser interpretado deve ser comparado com outros do mesmo repositório ou de leis diferentes, porém tendo o mesmo objeto. Leciona Carlos Maximiliano, alicerçado na melhor doutrina (Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Trigo de Loureiro e Carlos de Carvalho):

"Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço."

O entrelaçamento de um princípio com outros é de fundamental importância, ou, como informa o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, "o Direito, como sistema é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se" (cf. Direito & Justiça, Correio Braziliense, Brasília, 14.4.97).

Desde Celso, em Roma, emitir parecer ou julgar a lei, separadamente, ao invés de fazê-lo em conjunto, é extremamente condenável, porque contrário ao direito. Sabe-se, com Saredo, que não se presumem dispositivos contraditórios, devendo as palavras harmonizarem-se entre si (cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, de Carlos Maximiliano, Livraria Freitas Bastos, 6ª edição, 1957, pp. 164 e 172).

Contratos de prestação de serviços

Serviço é toda atividade que se destina a obter determinada utilidade de interesse para a administração.

O contrato de prestação de serviço de forma contínua caracteriza-se pela impossibilidade de sua interrupção ou suspensão, sob pena de acarretar prejuízos ou danos insuperáveis. Assim, certos contratos, dada a necessidade de sua continuidade, pode ser prorrogado ou estendido, para além do exercício do crédito orçamentário.

A lei vigente estabelece os princípios gerais que disciplinam a licitação e os contratos administrativos.

Constituiu-se de normas gerais³, aplicáveis aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de normas específicas da União - incidentes, apenas, na órbita federal.

O artigo 118 manda que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da Administração indireta⁴, compreendendo todos os entes descritos no artigo 119, adaptem suas normas ao disposto nesta Lei, em harmonia com o princípio da autonomia, inscrito na Constituição Federal (arts. 1º, 25 a 32).

O artigo 119 comanda que as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo 118, deverão editar regulamentos próprios (ou adaptar os já existentes), devidamente publicados, ficando sujeitos às disposições, isto é, às normas gerais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8666/93 (LLCA) e suas alterações posteriores.

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, publicada no DOU, de 5 seguinte, contudo, alterou o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição⁵, consignando que à União compete legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Por outro lado, a citada Emenda introduziu inovação neste último dispositivo⁶, ordenando que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, enquanto que o artigo 3º da Emenda Constitucio-

3. Sobre o assunto, consulte-se, de Geraldo Ataliba, LEIS NACIONAIS E LEIS FEDERAIS NO REGIME CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, *in* Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rao, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1976, organizado por Péricles Prado.

4. Sobre o conceito de administração e sua abrangência, consulte-se nosso A Administração Pública e a Lei 8666/93, *in* Boletim de Licitações e Contratos (BLC), da Editora NDJ, de São Paulo, volume 8/93.

5. Cf. artigo 1º da Emenda cit.

6. Cf. artigo 22 da Emenda cit.

nal suprimiu, com muita razão, a expressão *fundacional* do *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional, visto que a fundação é parte integrante da administração indireta, conquanto não o tenha feito no aludido artigo 22.

O Tribunal de Contas da União, pelo seu Plenário, adotando voto do eminente Relator, Ministro Bento José Bugarin, decidiu, por unanimidade, que a entidade paraestatal, ao adotar regulamento próprio, deverá fazê-lo, de conformidade com as diretrizes da Lei 8666/93. Entre essas entidades, engloba os serviços sociais autônomos⁸, que são pessoas jurídicas de direito privado (SESC, SENAI etc.), cabendo sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria (SENAI). Vinculam-se, todavia, ao Ministério da Indústria e Comércio e, como escolas de ensino, submetem-se também à fiscalização do Ministério da Educação, integrando o rol das unidades jurisdicionadas a essa Corte.⁹

A Lei 9472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, de conformidade com a Emenda Constitucional 8/95, cria a Agência Nacional de Telecomunicações, como órgão integrante da Administração Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com o objetivo de regular as telecomunicações.

Dita ainda o diploma legal que a contratação de obras e serviços de engenharia civil se submete ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública, contudo, para os casos não previstos no *caput* do artigo 54 dessa Lei, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação nas modalidades de consulta e pregão.

A autoridade superior é aquela designada nos regimentos, nos regulamentos e nos estatutos. A imprensa oficial é o veículo oficial de divulgação dos atos da Administração. Para a União, é o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, o que for determinado pela legislação própria¹⁰.

Os fundos especiais são produtos de receitas especificadas que, por lei, vinculam-se à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Poderão ser sujeito ativo e passivo, no contrato, ou seja, tal qual as entidades antes referidas, poderão funcionar como contratante e contratado.¹¹ É uma inovação introduzida por esta lei. Não têm personalidade jurí-

7. Cf. nosso Sujeito Ativo da Execução Fiscal, in REPRO – Revista de Processo número 41.

8. Cf. remissão anterior.

9. Cf. Decisão 408/95, Ata 37/95, Sessão de 16.8.95. Este julgado cita, no mesmo sentido, inúmeras decisões, in BLC cit., 3, de março de 1997, pp. 143 a 146.

10. Cf. artigo 6º, inciso XIII, da LLCA. Sobre a publicidade dos contratos e dos atos administrativos, consulte-se nosso A Publicidade dos Contratos Administrativos, in: Revista dos Tribunais, vol. 731/56; Informativo Consulex, 13, de 25 de março de 1996.

11. Consulte-se o artigo 71 da Lei 4320 comentada, de J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo Costa Reis, IBAM, 25a. edição, 1993, pp. 128 e segs.

dica. Assemelham-se à massa falida, à herança e ao condomínio. O fundo é um patrimônio de ações, bens, dinheiro, afetado pelo Estado.

Também os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e do Tribunal de Contas se regerão por essas normas (normas gerais), no que couber, nas três esferas administrativas - artigo 117¹².

Entre as normas gerais, que dizem respeito à essência, ao interesse público (da coletividade), distinguem-se: a publicidade, os prazos (duração de contrato), a obrigatoriedade de licitação, as modalidades de licitação, a dispensa, a declaração de inexigibilidade, o objetivo da licitação (artigo 3º), as normas disciplinadoras dos contratos (artigos 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61) etc.

Os princípios estão insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, a que se devem submeter a Administração.

O Tribunal de Contas da União sumou que as decisões desta Corte, relativas à aplicação de normas de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Súmula 222, aprovada na Sessão Administrativa de 8.12.94, e publicada no DOU de 3.1.95)

Da duração dos contratos: regra geral

Os contratos administrativos têm sua vigência adstrita ao exercício do crédito orçamentário ou financeiro, de conformidade com a enérgica ordem do artigo 57 da Lei 8666/93 e suas alterações posteriores.

O exercício financeiro, de acordo com o artigo 34 da Lei 4.320/64, coincide com o ano civil, isto é, estende-se de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Este pode ser alterado por lei complementar, segundo os ditames do § 9º do artigo 165 da Constituição.

Exceções à regra geral

Não obstante, a lei excepcionalmente permite a prorrogação ou a extensão desses contratos, além desse exercício, segundo o disposto nesta Lei¹³, ou ainda se preveja sua duração por prazo superior, no momento mesmo de sua formalização.¹⁴

12. Cf. nosso A Administração Pública e a Lei n.º 8666/96, Boletim de Licitações e Contratos 8/93.

13. Cf. nossos Duração do contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, BLC, de dezembro de 1988, pp.81-6; Duração de contrato administrativo e a Lei 8666/93; Duração dos contratos de prestação de serviço contínuo, in Licitações e Contratos Administrativos. Algumas observações em face da Lei 8883/94 e da MP 681/94, in Revisa Arquivos do Ministério da Justiça, 185, janeiro / junho 1995; idem na Revista de Informação Legislativa 125, janeiro/março 1995, com farta doutrina e jurisprudência. Idem, BLC 10, de outubro de 1993, pp. 401 a 409.

14. Sobre a diferença entre prorrogação e extensão, consultem-se nossos trabalhos: Duração de Contratos Administrativos e a Lei 8666/93, in Boletim de Licitações e Contratos, da Editora NDJ

A prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente, para celebrar o contrato.

Admite a lei que os contratos ultrapassem o exercício financeiro, sobressaindo-se a hipótese de contratos de serviços continuados ou que não podem ser suspensos nem interrompidos, durante sua execução.

Assim, a prorrogação de contratos de serviços a serem executados de forma continuada (não podem ser suspensos nem interrompidos; não podem sofrer solução de continuidade, pena de causar prejuízo ou dano)¹⁵ recebeu nova redação, introduzida pela Medida Provisória 1531-18, de 29 de abril 1998, que se converteu, no citado PLC 5, consubstanciado na Lei 9648, alterou profundamente o inciso II,¹⁶ que já sofrera substancial modificação, introduzida pela Lei 8883, de 1994, oferecendo-lhe nova feição, desta feita agasalhando doutrina fartamente trabalhada por autores do porte de Yara Police Monteiro e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁷.

Este doutrinador analisa o inciso II, com a redação dada pela Lei 8883, ofertando interpretação, que veio, a final, provocar a produção legislativa, com renovada e diversa redação, trazida pela Medida Provisória citada¹⁸ e que melhor se afeição à realidade.

A atual postura legislativa assemelha a situação ali desenhada à marcada no inciso I, ou seja, o *caput* do artigo 57 determina que a duração dos contratos fique

LTDA., de São Paulo, 10, de 1993; Duração de Contratos Administrativos, in BLC cit. dezembro de 1988; Licitações e contratos administrativos, Arquivos do Ministério da Justiça cit. Vide remissão anterior..

15. Cf. nosso Duração, in Boletim de Licitações e Contratos 12, dez. 94; idem, 2/1997, p. 76; Eficácia nas Licitações e Contratos, de Carlos Pinto Coelho Motta, 1977, p. 277; Nelson de Figueiredo, Contratos Administrativos, in BLC cit. 11/1995, p. 535; idem, 7/1996, p. 15.
16. A Medida Provisória 1452, de 10 de maio de 1996, publicada no DOU de 11 seguinte, já continha a determinação, para acrescentar o novo parágrafo 4o. ao artigo 57. Já a Medida Provisória 1500, de 7 de junho de 1996, publicado no DOU de 10 deste mesmo mês, repete o parágrafo 4o. e introduz uma inovação que será repetida iterativamente, modificando o inciso II do aludido artigo. Em 21 de junho seguinte, o Chefe do Poder Executivo baixa o Decreto 1937, ordenando que, na reedição de medidas provisórias, serão mantidos os números originários, acrescidos do número correspondente à reedição, separados por hífen (artigo 12). Este decreto foi publicado no DOU de 24 do mesmo mês.
17. Cf., de Jorge Ulisses Jakoby Fernandes, o comentário “A duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua”, in BLC 2/96. Vide nosso “Licitações e contratos administrativos. Algumas observações em face da Lei 8883/94 e da Medida Provisória 681/94” (in Arquivos, do Ministério da Justiça, 185, de 1995; Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 134/46; Revista de Informações Legislativas, do Senado Federal, 125/111. Neste trabalho, tecemos a interpretação do referido inciso II, com a redação da Lei 8883/96, acolhida pela jurisprudência do Tribunal Maior de Contas, atualmente superada pela Medida Provisória citada.
18. Neste sentido, a culta advogada Yara Police Monteiro.

adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas permite que essa duração se prorrogue por iguais e sucessivos períodos (no inciso I, permite que, naquela hipótese, a Administração prorogue o contrato, além do exercício), tendo em vista melhores condições e preço, para a Administração, não ultrapassando o prazo limite de 60 meses, excepcionada a faculdade de prorrogação mantida pela Lei 9648, que acrescentou o § 4º. ao referido artigo 57. Este dispositivo autoriza, em casos excepcionais, devidamente justificados e com permissão superior, a prorrogação do prazo previsto no aludido inciso, em até doze meses. Além do prazo comum da prorrogação, há que se considerar ainda este último.

Se, anteriormente, com a redação dada pela Lei 8883, a contratante devia fazer, de imediato, o contrato, já prevendo o prazo que melhor se afeiçoasse aos interesses da Administração,¹⁹ atualmente, poderá fazer o contrato para vigorar no exercício, com a possibilidade de prorrogar essa duração por iguais e sucessivos períodos.

O dispositivo confirma energicamente essa exegese, porquanto deve-se ler que: a duração dos contratos.... ficará adstrita aos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos (caput): II) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada ... Entenda-se que a duração, de um exercício (prevista no *caput*), *poderá ser (faculdade a ser exercida) prorrogada, tendo em vista a obtenção de melhor preço e condições mais vantajosas, que serão aferidos*, por ocasião da realização da prorrogação, se esta realmente for de interesse da Administração, em comunhão com a tese, que defendemos, ao comentarmos a citada Medida Provisória.²⁰ Este entendimento foi sufragado, recentemente, pela douta advogada da Consultoria da Editora NDJ, Dra. Eunice Leonel da Cunha.²¹

Interessante questão deve ser respondida, quanto à faculdade de se prever a prorrogação por período menor que o originário.

Não vemos óbice, nesta interpretação, visto que quem pode o mais, pode o menos e não seria razoável exigir-se da Administração que preveja, no contrato, a prorrogação por igual período do contrato originário, portanto superior às reais

19. Consulte-se o citado "Licitações e contratos e administrativos" de nossa autoria. O TCU sentenciou que o contratante se abstenha de incluir nos processos de licitação e, portanto, nos contratos a serem firmados, a previsão de prorrogação de prazo, quando se tratar de serviços de duração continuada., dimensionando-se claramente a duração desses serviços, nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei 8666/93, alterada pela Lei 8883/94, Relator Ministro Humberto Guimarães Souto, Decisão 34/96, 1 Câmara, DOU de 18 de março de 1996, Seção I. Consultem-se, neste sentido, de Roberto Bazilli, Contratos Administrativos, Malheiros, Editores, 1996, p.70; idem, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos., 4ª edição, p. 364; Jessé Pereira Júnior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 4ª edição, p. 398.

20. Cf. nosso Duração de Contrato Administrativos, in Boletim de Licitações e Contratos 2, de fevereiro de 1997, pp. 76 a 79.

21. Cf. A Duração dos Contratos, in BLC cit. 1, de janeiro de 1998, pp. 10 a 13.

necessidades, em detrimento de seus próprios interesses, apenas para satisfazer a interpretação literal e gramatical do texto, contrariando a melhor doutrina.

É também facultada a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, conclusão e entrega do objeto, desde que, mantidas as demais cláusulas, fique assegurado o equilíbrio econômico - financeiro (*caput* do artigo 57) e ocorra um dos motivos previstos no § 1º. do artigo 57. Os fatos que autorizam a prorrogação são posteriores ao início da vigência do contrato, ou seja, surgem durante sua execução e, portanto, neste caso, não se há de falar em *repactuação*, para retomada do equilíbrio econômico - financeiro, somente, após um ano, em vista da legislação que introduziu o Plano Real, como querem alguns, equivocada e absurdamente. A restauração do equilíbrio econômico – financeira da equação, se comprovada a decomposição deste, far-se-á, obrigatoriamente, em qualquer época,, porque assim exige a lei.

Interpretação do § 4º do artigo 57

O § 4º do artigo 57 foi introduzido pela Medida Provisória 1081, de 28.7.95.²² e mantido pela Lei 9648. A Lei 8883/94 modificou o texto originário da Lei 8666. Esse dispositivo modificado tem sido repetido pelas Medidas Provisórias ulteriores, as quais convalidam os atos praticados com base na Medida Provisória anterior.

Destarte, no caso de contrato de prestação de serviço de forma continuada, o administrador deve dimensionar o prazo, que melhor se ajuste às circunstâncias, fazendo uma prévia avaliação, auscultando preços e condições mais vantajosos para a Administração, cabendo-lhe também avaliar o tempo de duração do contrato e o interesse daquela.

No caso das agências de turismo, segundo pré-dica do TCU, o menor preço se consubstancia, no maior desconto sobre a comissão.

O TCU, na Representação formulada nos termos do artigo 113, § 1º, da estudada lei, c/c o artigo 213 do Regimento Interno (artigo 34 da Resolução TCU 29/95), seguindo o voto do culto Ministro – Relator, Bulgarin, decidiu que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos créditos orçamentários, que, em regra, equivale ao exercício financeiro,²³ todavia admite sua prorrogação ou extensão, nos casos previstos na Lei.

Para temperar os rigores desta situação, o legislador (*in casu*, o Chefe do Executivo) editou a citada Medida Provisória 1081 e enxertou o § 4º, facultando que a Administração pudesse prorrogá-lo, em até doze meses mais, desde que demonstrada a excepcionalidade e houvesse a autorização da autoridade superior. Essa prorrogação faz-se por aditamento, submetendo-se a todas as formalidades da

22. Publicado no DOU de 31.7.95, Seção I. Os atos praticados com fundamento nas Medidas Provisórias que tratam da matéria foram convalidados pela citada Lei 9648.

23. Cf. Decisão 148/96, Pleno, de 27.3.96. Este decisório cita ainda em seu apoio a Decisão 34/96, em que funcionou como Relator, o Ministro Humberto Souto, in BLC cit. 6, de junho de 1996, pp. 300 a 304..

lei. E, mais tarde, através de Medida Provisória, modificou o inciso II do estudo dispositivo.

Sem dúvida, não há que se indagar da existência da previsão desta faculdade no contrato ou no edital, porque isto é impossível, por se tratar de caso excepcional e imprevisto, segundo a inteligência do dispositivo em tela.

Assim, estando em vigor o § 4º, é forçoso concluir que esse dispositivo se aplica a todos os contratos que se fizeram ou fazem, sob sua vigência, ou antes de sua vigência, mesmo que não previsto no contrato e no edital, por que impossível tal previsão.²⁴

Natureza do contrato de fornecimento de passagens

Esse contrato tem por objeto a prestação dos serviços de emissão de passagens aéreas e terrestres e também os de serviços de assessoramento para definição de melhor roteiro, entrega de bilhetes em local indicado, a apresentação de tabelas de preços das concessionárias dos serviços de transporte aéreo vigente a época da contratação, a emissão e entrega, em tempo hábil, das passagens solicitadas, através da requisição de passagens, por órgão gestores, o fornecimento de passagens terrestres, em caso de conveniência de servidor ou de contratante, a recepção ou o acompanhamento, quando do desembarque ou embarque, se solicitado pela contratante, a emissão, reservas, marcação e remarcação de passagens aéreas nacionais e internacionais, o assessoramento para definição de melhor roteiro, horário, frequência de vôo, tarifas promocionais, desembaraço de bagagens, reserva, locação de veículos, emissão de passaportes etc.

Questão relevante se prende a saber a extensão do dispositivo modificado pela mencionada Medida Provisória, agora transformada na citada Lei 9648, no que diz respeito às sucessivas prorrogações por iguais períodos.

O legislador, que editou a medida provisória em apreço, visou antes de tudo sanar uma dificuldade que o administrador vinha encontrando na prática, segundo variada interpretação que se dava ao acima citado dispositivo, corroborando a melhor exegese, de sorte que o que já se fazia costumeiramente, o legislador houve por bem de adotar integralmente, ao assinalar, com precisão matemática, que a prorrogação pode ser feita, tendo em vista preço e condições mais vantajosas, para a Administração, que se constituem no vetor da melhor gestão e administração.

A doutrina não ficou inerte nessa questão, tendo estudado profundamente a natureza jurídica do contrato entre a Administração e as agências de turismo.

Sem dúvida, trata-se de contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

O contrato em tela é de prestação de serviços, visto que se trata de atividade da qual se extrai uma utilidade, de conformidade com o conceito trazido pelo artigo 6º da Lei, que assim se inscreve:

24. Esta é também a opinião do Professor Toshio Mukai e do Dr. Lucas Azevedo Moreira dos Santos, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

"Artigo 6º - Para os fins desta lei, considera-se:

II – Serviço – toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, transporte, locação de bens etc. A lei não é exaustiva, mas exemplificativa."

Marçal Justen ensina que esse tipo de contrato consiste em uma prestação de serviço, posto que:

"A Agência se obriga a identificar os transportadores que atendem as necessidades da Administração, realizar as reservas, providenciar a emissão de bilhetes e sua entrega à Administração e outras atividades similares, destinadas a assegurar a concretização do contrato de transporte."²⁵

O insigne autor, Airton Rocha Nóbrega, estudando a natureza do contrato destinado à aquisição de passagens aéreas, enfatiza, com muita propriedade, de forma irretorquível²⁶, que:

".....

A aquisição de passagens aéreas é a atividade que transparece e salta à vista nesse tipo de contrato celebrado pela Administração Pública com a finalidade de atender a uma necessidade específica que, nem de longe, se assemelha ou pode ser rotulada como a de *aquisição de um bem determinado (passagem aérea)*.

Não se comprem passagens aéreas como atividade-fim desse tipo de contrato, adquire-se, em realidade, o bilhete que representa o instrumento de acesso ao objetivo final que é o de ver-se, em regra, um servidor ou terceiro autorizado transportado de um ponto a outro, no País ou no exterior.

Têm-se, desse modo, não a aquisição de um bem, caracterizando um fornecimento ou uma compra, consoante conceituação contida no art. 6º, III, da Lei nº 8.666/93, mas sim a *obtenção de uma utilidade de interesse da Administração*.

Estabelece-se e disciplina-se nessa relação contratual a *prestação de um serviço de transporte*, estando o *transporte* conceituado pelo art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93, como *serviço*.

Tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (ano civil), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período.

25. Cf. ILC número 42, de julho/97, páginas 503 a 5505.

26. Cf. Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, págs. 584 a 589.

Como *serviço* que efetivamente é, permite a *Lei de Licitações e Contratos* o dimensionamento da duração do contrato por um período de *até 60 (sessenta) meses*, a teor do que preceituado se acha em seu *art. 57, inciso II*, gerando sensíveis economias para a Administração já que não se terá que, a cada exercício, iniciar um novo procedimento licitatório, culminando com a celebração de um contrato que terá efêmera duração.

Para o planejamento da licitação e quantificação dos custos contratuais futuros, ter-se-á que ter como base *valores estimados*, resultantes de uma avaliação das prováveis necessidades da repartição, considerados inclusive os gastos realizados em exercícios anteriores.

Avaliado esse aspecto primeiramente proposto, conclusão clara que se extrai, com fundamento no *art. 6º, II, da LLC*, é que o *contrato de transporte aéreo de passageiros* celebrado pela Administração *possui típica natureza de serviços contínuos*, envolvendo uma atividade destinada à obtenção de uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de um só vez ou parceladamente."

Conclui com acerto que esse contrato possui típica natureza de serviço contínuo, cuja atividade tem o objetivo específico de extrair uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.²⁷

Na verdade, poder-se-ia até dizer que não se trata apenas de um contrato de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, senão uma séries de contratos, indissoluvelmente ligados.

Essas atividades, como é óbvio, não podem ser interrompidas abruptamente, pois, segundo a dicção do autor antes citado, se esse contrato fosse

"tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (*ano civil*), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período."²⁸

Efetivamente, não se coaduna esse tipo de contrato com as efêmeras contratações, para durar apenas um exercício, *ou seja, não são contratos instantâneos*, por sua própria natureza.

Exatamente, por isso, os contratos eram dimensionados, segundo suas características, por períodos que, segundo a avaliação da Administração, podiam e realmente ultrapassavam o exercício financeiro, alavancados no melhor preço e nas condições mais acessíveis e vantajosas, cuja tônica veio a ser corroborada, pela nova redação que as sucessivas medidas provisórias, antes citadas, transformadas no

27. Cf. Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, páginas 584 a 589.

28. Cf. op. cit.

mencionado diploma legal, deram ao estudado *inciso II do artigo 57*, autorizando prorrogações sucessivas, por iguais períodos, acorrentadas à obtenção de melhor preço e às condições mais vantajosas, para a Administração, isto é, tendo em vista os altos interesses da Administração.

Do dimensionamento da duração

Induvidoso, portanto, que essa espécie de contratação não admite enquadramento como fornecimento e não se poderá, assim, estipular duração contratual sem observância da regra contida no art. 57, inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, já que se trata de *prestação de serviços de natureza contínua*.

Se assim o é, a questão alusiva à duração há de ser cuidada nos moldes estatuídos nesse dispositivo legal, não havendo como estabelecer-se a duração dos respectivos contratos apenas pelo exercício.

Em realidade, poderá a Administração prever essa duração por períodos menores - *verbi gratia*, 12 meses – dimensionando o seu prazo por períodos sucessivos, até que o período máximo em lei previsto seja alcançado. Aspectos relacionados ao interesse público e à economicidade da contratação é que deverão servir como parâmetro para a preservação do contrato ou para a sua extinção.

Restando certa essa possibilidade, diretamente decorrente do dispositivo de lei anteriormente referido e da própria natureza do contrato em questão, cumpre saber se poderia a Administração alcançar o período máximo de duração, mediante sucessivas prorrogações, ainda quando o edital e o contrato celebrado isso não prevejam explicitamente.

A questão, que se apresenta controvertida, merece exame acurado ante as disposições que, inseridas no bojo da Lei 8.666/93, possibilitam uma orientação positiva no sentido da admissibilidade do procedimento.

Da natureza de cláusula implícita da Lei 8.666/93

Observe-se que, a possibilitar a adoção dessa orientação, um primeiro aspecto resulta do fato de se dar à Lei 8666/93 a condição de cláusula implícita do contrato administrativo.

Essa condição é imposta pela própria Lei que, em seu art. 61, ao referir-se ao conteúdo do preâmbulo dos contratos administrativos, determina que neles se deverá fazer constar, além de outros dados, expressa " *... sujeição dos contratantes às normas de Lei ...*". Cria-se, assim, de forma direta e incontestável, estrita vinculação dos contratantes aos termos da Lei, tornando-a aplicável à avença independentemente de específica previsão, quando não houver necessidade de regulamentação adicional, salvo quando houver omissão, no disciplinamento de determinado aspecto, ou na hipótese de exigência específica vier a ser feita.

Veja-se que em razão disso, independentemente de específica previsão a aplicação aos contratos de providências que, estatuídas na Lei, não exigem repetição no bojo

do instrumento firmado. Cite-se, apenas para exemplificar, que hipóteses como a de *retomada do objeto* (art. 80, I) e a aplicação das *sanções administrativas*, salvo a de multa (art. 87), não resultam diretamente do fato de estarem inscritas no contrato, mas sim do fato de estarem previstas na Lei.

E a necessidade de previsão de prorrogação ou extensão deve estar explicitada no edital e no contrato, quando a lei o exigirem, com absoluta nitidez, v. g., o inciso I do artigo 57, *in litteris*,

"I – aos projetos cujos produtos.....,se houver interesse da Administração *e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório*." (Grifou-se).

Ocorrendo o fato que enseja a rescisão administrativa, consequência decorrente será a efetivação da retomada como medida de proteção do interesse público representado pela Administração. Inadimplindo o contratado suas obrigações, a sanção administrativa pertinente lhe deverá ser aplicada, apenas necessitando a Administração que disponha o instrumento contratual de previsão do percentual relativo à multa aplicável no caso concreto.

Não se pode deixar, desse modo, de concluir que a Lei 8.666/93, ao dispor sobre a duração dos contratos o fez de modo tal que, ainda que não haja específica previsão, se o prazo máximo ainda não foi alcançado, terá a Administração a possibilidade legal de realizar o dimensionamento dessa duração até o limite estabelecido, especialmente em vista da norma absoluta, de significativa precisão, como se verá adiante.

Da aplicação impositiva do art. 121 a todos os casos

A reforçar a tese anteriormente sustentada, merece registro o fato de que, ao ser editada a Lei 8.666/93, dentre as inúmeras dúvidas e questionamentos que então foram gerados, sobressaía, também, aquele alusivo especificamente à sua aplicação às *licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência*.

Trouxe a Lei, a respeito desse assunto, em seu art. 121, com a redação que lhe foi posteriormente dada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1.994, disposição clara no sentido de que

"Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente a sua vigência, *ressalvado* o disposto no *art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78*, bem assim o disposto no "*caput*" do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de 90 dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993." (Grifou-se).

Sobressaía desse dispositivo por demais óbvio que, ao assim se dispor, buscava-se preservar e respeitar, em relação às licitações em curso e aos contratos já

celebrados, o ato jurídico perfeito, como garantia inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais da Carta Política de 1.988 (art. 5º, inciso XXXVI).

Cristalina, portanto, a inaplicabilidade da nova Lei a todas aquelas situações baseadas em *processos já instaurados* quando de sua edição e aos contratos em vigor.

Ao dispor a Lei, no entanto, que as suas disposições não se aplicariam às *licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente a sua vigência*, entendeu ser necessária a exclusão de algumas situações específicas do âmbito dessa regra, que se viram ampliadas com a edição da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1.994.

Foram ressalvadas, assim, as situações tratadas no art. 57 (relativa à *duração dos contratos*), nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65 (relativa a *acréscimos e supressões e à dispensa de aditivos*), no inciso XV do art. 78 (relativa a *rescisão do contrato por atraso de pagamento*), bem assim o disposto no caput do art. 5º (relativa à *moeda de pagamento e à observância da ordem cronológica na quitação de obrigações*).

Vale dizer, portanto, que nas situações ressalvadas, afastou-se a Lei da obrigação de respeito ao ato jurídico perfeito. Determinou ela, em realidade, que as regras indicadas deveriam ser estendidas aos contratos anteriormente celebrados, agregando-se suas disposições ao conteúdo dos instrumentos que se achavam vigorando quando de sua edição.

Para que dúvidas não viessem a subsistir, a título de exemplo, pode-se afirmar que, embora regido por normas do extinto Decreto-lei nº 2.300/86, o contrato poderia ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração, limitada a sua duração a 60 meses, consoante disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi imprimida pela Lei nº 8.883/94.

Atendendo-se a ressalvas contidas no texto da própria Lei, deverão as licitações que naquela oportunidade já se achavam instauradas e os contratos assinados observar as disposições contidas no art. 57 (relativa à *duração dos contratos*), nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65 (relativas a *acréscimos e supressões e à dispensa de aditivos*), no inciso XV do art. 78 (relativa a *rescisão do contrato por atraso de pagamento*), bem assim o disposto no caput do art. 5º (relativa à *moeda de pagamento e à observância da ordem cronológica na quitação de obrigações*).

Extrai-se dessa orientação legal, de modo claro e inequívoco, que a disposição alusiva à duração dos contratos possui caráter impositivo, prevalecendo sempre sobre disposições contratuais e editais.

Resta indubitado, ademais, que o fato de não ter havido previsão no instrumento convocatório ou de não haver qualquer menção expressa à prorrogação de prazo não significa, nesse tipo de contrato, que não se possa fazer. Confere-se a Administração, em tais casos, a possibilidade legal de realizar o dimensionamento dessa duração até o limite estabelecido, especialmente em vista da norma absoluta que, consoante anteriormente já restou dito, possui precisão matemática.

Cabe, na situação exposta, a conclusão objetiva no sentido de que não tendo a Administração estabelecido prazo contratual que exceda o limite máximo previsto

no art. 57, II, da LLCA, poderá ela, a despeito da inexistência de expressa previsão contratual, realizar aditamentos ao instrumento contratual, projetando a sua duração até que se esgote o parâmetro fixado na norma.

Da prorrogação em caráter excepcional por até doze (12) meses

E não se pode olvidar, ademais, que além dessa possibilidade de extensão da duração contemplada no inciso II do art. 57 – buscou-se criar para a Administração uma outra hipótese, em caráter excepcional, de dilação do prazo do contrato relativo aos serviços de duração contínua.

Independentemente da anterior duração da avença, o que se estabelece de modo claro é que o prazo de duração da avença poderá, a critério da Administração, ser ainda acrescido de período adicional que a lei fixa em até doze meses.

Tudo isso se presta a confirmar a intenção do legislador, expressa no sentido de que os contratos de prestação de serviços de duração contínua poderão ter prazo de duração superior àquele fixado como limite no inciso II do art. 57 da LLCA.

O dimensionamento dessa duração incumbe ao administrador, a quem competirá avaliar, em relação aos preços praticados no mercado, se é conveniente e oportuno onerar a Administração com novo certame licitatório e com os custos revistos que dele poderão advir.

A intenção transparece explícita: o dimensionamento da duração de tais espécies contratuais é incumbência que se outorga ao administrador, de modo a permitir a preservação de contratos que ainda se mostrem vantajosos para a Administração. Licitar nesse contexto, encerrando contrato que vem sendo executado de forma econômica, significa contrariar o próprio princípio de licitação, impondo à entidade injustificável e descabido ônus.

Assim, ainda que não se pudesse admitir a possibilidade anteriormente sustentada – o que se admite apenas para efeito de argumentação – restaria à Administração sempre a hipótese prevista no § 4º do art. 57, o que lhe proporcionaria um período adicional de prestação de serviços.

Conclusões

Assim, ante todo o exposto, é de se inferir, conclusivamente, que:

- a) deve-se entender como "*prestação de serviços*", consoante definição inculpada no texto da Lei de Licitações e Contratos (art. 6º, II), a atividade contratada pela Administração com a finalidade de alcançar determinada utilidade de seu interesse, compreendendo, dentre outras hipóteses, o contrato de prestação de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, transporte, terrestre, aéreo e ferroviário;
- b) os contratos de prestação de serviços, quando destinados a atender necessidades permanentes da Administração, terão natureza contínua.

- c) a contratação de transporte aéreo e o fornecimento de prestação de fornecimento de passagens não possuem a condição de fornecimento, já que não se pode, nesse negócio, visualizar, como elemento de identificação, o simples ato de emissão do bilhete de passagem, que constitui mera autorização para o uso do meio de transporte;
- d) não possuindo o contrato de transporte aéreo exigência eventual para a Administração, deve ele observar a regra de duração dos prazos prevista no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, não estando, portanto, a sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários;
- e) as disposições contidas no art. 57, inclusive os seus incisos e parágrafos, a teor do que preceituado se acha no art. 121 da mesma Lei, são de observância obrigatória nos contratos, independentemente de específica previsão no instrumento convocatório ou no instrumento firmado pela Administração;
- f) o dimensionamento da duração dos contratos prevista no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/93, pode e deve ser feito pela Administração sempre com a finalidade de obter maior economicidade, respeitado, no entanto, o limite máximo de duração em lei fixado (60 meses);
- g) a vantagem da manutenção de contrato já em curso pode e deve ser sempre medida em face do proveito oferecido pelo contratado, consistente esta, em tais casos, no maior desconto por ele oferecido, consoante reiterada e sólida jurisprudência da Colenda Corte de Contas;
- h) por razões de oportunidade e conveniência administrativa, devidamente justificadas, vê-se também a Administração autorizada a exceder o limite anteriormente referido, por até doze (12) meses.