



Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

ZÊNITE FÁCIL

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](https://twitter.com/zenitenews)  [/zeniteinformacao](https://facebook.com/zeniteinformacao)  [/zeniteinformacao](https://linkedin.com/company/zeniteinformacao)
 [/zeniteinformacao](https://youtube.com/zeniteinformacao)

CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE TIC E A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA ACESSÓRIA DA GARANTIA E SUPORTE

Data	Junho de 2024
Autores	Luiz Claudio de Azevedo Chaves.

CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE TIC E A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA ACESSÓRIA DA GARANTIA E SUPORTE

LUIZ CLAUDIO DE AZEVEDO CHAVES

Administrador Público e Jurista, pós-graduado em Direito Administrativo. Assessor Especial para Contratação de STIC do Tribunal de Justiça/RJ, de onde é servidor de carreira, com mais de 30 anos de serviço. É Professor Convidado da Fundação Getúlio Vargas-FGV/PROJETOS e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUC-RIO, além de diversas instituições de ensino e Escolas de Governo do País. Autor, dentre outras, das seguintes obras: Curso Prático de Licitações, os segredos da Lei 8.666/93, Lumen Juris; Gerenciamento de Riscos nas Aquisições e Contratações de Serviços da Administração Pública, ed. JML; A Atividade de Planejamento e Análise de Mercado nas Contratações Governamentais, 2ª. ed. Fórum; e, Como fixar os requisitos de qualificação técnica nas licitações da administração pública, ed. Fórum, 2022. Membro do Conselho Editorial da Revista SÍNTESE – Direito Administrativo, ed. IOB.

RESUMO

Das inúmeras inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos, uma em especial tem tirado o sono de empresas, principalmente do segmento de TIC, que é a possibilidade de prorrogação decenal em contratos de fornecimento de equipamentos com serviços associados de suporte e manutenção em garantia. A alegação é de que ultimada a vida útil do equipamento, os fabricantes colocam o equipamento em obsolescência, deixando de promover atualização de *softwares* e descontinuando insumos e peças de reposição. Nas linhas a seguir, vamos demonstrar o quão é juridicamente equivocada tal cláusula de prorrogabilidade quando inserida nos instrumentos contratuais relativos à aquisição de equipamentos de TIC.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Premissas fundamentais da Teoria das Obrigações e sua aplicação aos contratos administrativos. 3. O regime de contratação de fornecimento com serviço associado. 4. A inexistência de conflito do regime de fornecimento com serviço associado e o princípio do parcelamento do objeto. 5. O dimensionamento do prazo contratual em razão das obrigações acessória. 6. O tratamento do específico caso das compras de equipamentos de TIC no regime de fornecimento com serviços associados. 7. Conclusões.

1 - INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos, trouxe para o arcabouço normativo inúmeras novidades em termos de novos institutos jurídicos, exigindo especial atenção e esforço do intérprete para sua correta aplicação. Podemos citar, à guisa de exemplo, o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, o Diálogo Competitivo, as soluções dialogadas de resolução de conflitos, novos modos de disputa, fornecimento continuado, entre outros. Uma dessas novidades está sediada no rol de regimes de contratação, que, aliás, deixou de ser chamado de regime de *execução* (como conceituava as alíneas do art. 6º VIII, da Lei nº 8.666/1993). Estamos nos referindo especificamente ao regime de fornecimento com serviços associado.

Por este instituto, a Administração poderá adquirir bens, equipamentos ou produtos, associando ao contrato de compra e venda, algum serviço a ser prestado pelo fornecedor ou por uma outra empresa subcontratada, quando admitida essa possibilidade no edital de licitações. São comumente contratados com as aquisições, serviços de garantia e suporte do produto, montagem, instalação, entre outros. Esse tipo de aquisição é especialmente frequente no segmento de equipamentos de TIC. Switches e servidores para data center e borda, *storages*, automação predial entre outros, costumeiramente exigem instalação e configuração, que deve ser realizada por profissionais especializados. Além disso, todos os equipamentos devem vir acompanhados da garantia do produto, bem como o suporte, que pode incluir atualizações de software, configuração, migração de dados etc. E, não raro, considerando a criticidade do uso do equipamento para a operação do negócio do órgão/entidade, esses serviços devem estar disponíveis 24 X 7 e do tipo *on site*, ou seja, o prestador do serviço de garantia e suporte atende o órgão/entidade no local da instalação do equipamento.

Diante dessa realidade fática, andou bem o legislador ao reconhecer a necessidade de conceituar e regular essa espécie de contratação, que já vinha sendo promovida, mas que carecia de fundamento jurídico mais sólido. Todavia, como qualquer inovação normativa, essa também tem gerado algumas dúvidas e preocupações tanto da parte dos agentes públicos, na formatação dos artefatos de planejamento da contratação, notadamente, o ETP e o TR, como também das empresas, em razão da assunção de obrigações que, com o tempo, poderão se tornar iníquas.

Dentro desse contexto, a principal inquietação diz respeito à prorrogabilidade do contrato de prestação de serviços associados ao fornecimento. Como é sabido, em regra, os contratos de manutenção e suporte costumam ser classificados como de natureza contínua. Para esse conjunto de contratos, a nova lei reservou uma modificação bastante interessante se comparada com a norma primitiva, que é o fato de ser possível prorrogá-los por até dez anos. Mas, e se o equipamento entrar em obsolescência antes disso? Como ficaria a obrigação da empresa fornecedora com a manutenção e a substituição de peças que eventualmente podem até ser descontinuadas pelo fabricante?

Nas linhas a seguir, iremos melhor esclarecer esses novos paradigmas contratuais a fim de orientar o operador da lei a corretamente enquadrar o caso concreto à hipótese legal que lhe é correlata. Faz-se mister compreender o verdadeiro conteúdo e alcance da norma a fim de viabilizar sua adequada aplicação.

A Lei geral de licitações procura emprestar definição para os tipos de contratos que podem ser celebrados pelo Poder Público, senão vejamos:

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

[...]

X - compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento;

XI - serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

Em que pese a tentativa de elucidar de forma objetiva e definitiva o que viria a ser uma compra ou um serviço, nem sempre, no campo prático, essa definição se mostra simples. Há casos em que o mesmo objeto, em razão de suas características ou formas de execução ou ainda de oferta, tanto pode assumir a condição de uma compra como de um serviço. A colocação de piso vinílico em um ambiente é uma compra de m^2 do revestimento colocado, ou é um serviço de colocação de revestimento, cujo preço é o valor da mão de obra da colocação somado ao valor da quantidade de m^2 do revestimento? A resposta não está no Direito Administrativo, mas nos conceitos do Direito Privado, mais precisamente, na Teoria Geral das Obrigações. É lá que vamos encontrar as respostas para todas as dúvidas que orbitam a caracterização do contrato em se tratar de uma compra ou um serviço. Não se olvide que aos contratos administrativos, são aplicáveis as normas e princípios do Direito Privado, nos termos do art. 89 da Lei nº 14.133/2021.

2 – PREMISSAS FUNDAMENTAIS DA TEORIA AS OBRIGAÇÕES E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seguindo, pois, nessa linha de raciocínio, temos que o termo *obrigação*, vem do latim – *obligatio*, *obligationis*, que quer dizer o ato de obrigar, ou o fato de se estar

obrigado a um dever, que pode ser originado da vontade humana (testamento, contrato), de um ato ilícito (inadimplemento de uma obrigação ou cometimento de um delito) ou ainda, imposto por lei (impostos e taxas). Os elementos essenciais da obrigação são: a) o sujeito (credor e devedor), b) objeto, e c) vínculo jurídico. O contrato é a fonte clássica das obrigações derivadas da vontade humana que, segundo a Teoria Geral das Obrigações, poderão ser de **dar** (coisa certa ou incerta), de **fazer** ou de não **fazer**. Assim, o contrato é o vínculo jurídico que une uma parte a outra (credor e devedor), na relação obrigacional, no qual um fica obrigado a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa em proveito do outro.¹

A obrigação de **dar**, é um dever de natureza positiva, a qual consiste na entrega de uma coisa, “seja para lhe transferir a propriedade, seja para lhe ceder a posse, seja para restituí-la”². A obrigação de **dar**, portanto, pode se caracterizar de duas formas: pela transcrição, para bens imóveis; pela tradição (transferência), para os bens móveis. As aquisições são a forma mais comum nos contratos da Administração Pública de estabelecimento de obrigação de **dar**, que pode ser material, como a entrega de um equipamento, ou imaterial, como um direito a uma licença perpétua de *software*. Já a obrigação de **fazer** é uma atividade ou um serviço a ser executado, em princípio, pelo próprio obrigado (devedor). A distinção entre ambas é que a obrigação de **dar** consiste numa prestação de coisa e a obrigação de fazer numa prestação de fato.

Além disso, outra definição importante para o estudo em tela é a classificação da obrigação quanto ao seu protagonismo na prestação. Essa definição é crucial para o reconhecimento da espécie do contrato (compra ou serviço), mormente quando o contrato envolve, ao mesmo tempo, obrigações de **dar** e de **fazer**.

A obrigação pode ser classificada como principal ou acessória. São consideradas principais as obrigações que subsistem por si, não dependendo de qualquer outra obrigação antecedente ou posterior para serem exigidas, sendo, portanto, autônomas³. As obrigações acessórias são as que acompanham as obrigações principais, delas sendo dependentes. Não existem autonomamente e servem para completar ou garantir a obrigação principal.⁴

Nos contratos envolvendo ambas as espécies de obrigação (**dar e fazer**), a definição de a contratação ser um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços passa pela identificação da classificação da obrigação principal. Se esta for uma obrigação de **dar**, falaremos de um contrato de compra e venda; se for uma obrigação de **fazer**, tratar-se-á de um contrato de prestação de serviço.⁵ Isso, independentemente do valor isolado de cada uma das obrigações. É possível que em um determinado contrato tenhamos uma obrigação de **fazer** como principal, mas não ser o componente de custo mais valioso do contrato. A manutenção corretiva de um veículo, sem dúvida é uma prestação de serviço, pois é a atividade humana (testes, diagnósticos, identificação do defeito, a realização do reparo e substituição de peças) a obrigação principal, mas que pode ser muito menos onerosa do que o valor das peças a serem substituídas (obrigação acessória de *dar*). Notem que, no exemplo, a

compra das peças de nada serviria se desacompanhada do serviço (este sim, autônomo).

3 – O REGIME DE CONTRATAÇÃO DO FORNECIMENTO COM SERVIÇO ASSOCIADO

Para os casos de contratos de aquisição de bens, envolvendo também serviços, a nova Lei de Licitações passou a listar esse novo regime de contratação. Sua definição está presente no art. 6^a, XXXIV e no art. 46, VII, senão vejamos:

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

[...]

XXXIV - fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

[...]

VII - fornecimento e prestação de serviço associado.

Nesse regime de contratação, por meio de um único ajuste, a Administração adquire um bem e contrata serviços a ele associado, responsabilizando o fornecedor por sua operação, manutenção ou ambas, por um determinado período. Como se pode notar e considerando as definições acima explanadas, nessa hipótese, o contrato irá prever uma obrigação de **dar** como principal e outras obrigações de **fazer** como acessórias.

No macro sistema normativo das contratações públicas, já existe algo assemelhado, porém com inversão das obrigações principais e acessórias. Estamos falando do instituto previsto no art. 2^o, §2^o da Lei nº 11.079/2004, a chamada Lei das PPPs, que é a concessão administrativa, na qual se tem uma prestação de serviços (obrigação *de fazer*, como principal) em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, e que pode envolver execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (obrigação de **dar**, como acessória)

A realização do objeto se dá em duas etapas. Primeiro ocorre o adimplemento da obrigação de **dar**, consistente na entrega e recebimento definitivo do bem adquirido. Num segundo momento e em ato contínuo, sobrevém a obrigação *de fazer*, relativa à prestação dos serviços associados, a qual perdurará pelo período estipulado no termo de Referência. Esse regime traz algumas vantagens bem interessantes para a Administração.

Ao contratar com esse modelo, a Administração tende a atrair maior qualidade no equipamento e, conseqüentemente, nos serviços. Se, por exemplo, o contratado

ficar obrigado a oferecer suporte e garantia por período mais extenso (falaremos mais à frente sobre isso), por óbvio que ele procurará apresentar proposta que contemple um bem de qualidade superior, evitando produtos de segunda linha, pois terá de suportar o encargo de um número maior de manutenções, agregando custo de mão de obra e de peças. Ademais disso, esse tipo de regime possibilita que o edital fixe como critério de aceitabilidade de proposta a condição do licitante **fazer** parte da rede credenciada do fabricante, pois somente esses atores do mercado é que podem se comprometer perante a fábrica pela manutenção e suporte em garantia, quanto mais, em períodos mais extensos.⁶ Nesse caso elimina-se o risco de a licitação atrair um proponente que, não fazendo parte da rede credenciada, faz a comercialização do produto ou equipamento por importação direta, o que não dá a solidez da manutenção em garantia por período estendido e peças de reposição para pronta entrega. Além disso, há uma tendência de que a licitação se torne mais competitiva, pois sabedor de que além da venda do equipamento será responsável também pela manutenção e/ou operação, o negócio comercial se torna muito mais atraente para as empresas, aquecendo a disputa. Ainda há o fato de que o órgão economiza recursos institucionais e financeiros pois realizará uma única licitação e formalizará um único contrato, que será gerido e fiscalizado pela mesma equipe de gestão.

4 – A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DO REGIME DO FORNECIMENTO DE BENS COM SERVIÇOS ASSOCIADOS COM O PRINCÍPIO DO PARCELAMENTO DO OBJETO

Desde o regime jurídico das contratações públicas anterior, já se havia solidificado o entendimento no sentido de que, em homenagem aos princípios da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa, a regra geral no sentido de que, as contratações de bens, serviços e obras, deveriam ser subdividas em tantas quantas parcelas fossem possíveis. Tal regra vinha presente no art. 23, §§ 1º e 7º, da Lei 8.666/1993 e se tornou verbete sumular no Tribunal de Contas da União:

SÚMULA TCU 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

A ideia é a de que, se o objeto é divisível, além de atrair maior competitividade e, conseqüentemente, preços mais vantajosos, também se ampliaria a distribuição de renda, pois mais empresas poderiam disputar as oportunidades de negócio que o Poder Público tem a oferecer a partir dos seus processos de licitatórios. A reunião de itens autônomos ou isolados em grupos de itens (lotes) ou de forma global passou a ser encarada não como uma faculdade do gestor, mas como alternativa excepcional, dependente de justificativa nos autos, no sentido do potencial prejuízo ao conjunto ou complexo ou ainda por eventual perda em grau de economia de escala.

Esse entendimento vinha sendo reafirmado amiúde em julgados da Corte Federal de Contas e mais recentemente, ainda sob o olhar do regime jurídico primitivo, o Plenário assim decidiu⁷:

[...] incumbe ao gestor demonstrar que a ausência de parcelamento do objeto (...) não restringe indevidamente a competitividade do certame, nos termos dos arts. 3º, inciso I, e 23, § 1º da Lei 8.666/1993.

A nova Lei de Licitações elevou à condição de princípio de planejamento das contratações públicas o instituto do parcelamento do objeto, como se vê de seu arts. 40, inciso V, alínea 'b', e 47, inciso II:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

V - atendimento aos princípios:

[...]

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:

[...]

II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

Dito assim, poder-se-ia imaginar que a possibilidade de se estabelecer o regime de fornecimento com serviços associados violaria o princípio do parcelamento do objeto, na medida em que, de uma só vez, seriam licitados objetos que, em tese, poderiam ser executados por empresas distintas. Mas esse não é o caso.

Relembre-se que o parcelamento do objeto somente é cabível quando a contratação envolve objetos autônomos e que possam ser executados de forma isolada por empresas distintas. E assim mesmo, se, da cisão do objeto, não restar prejuízo técnico ou gerencial para o conjunto ou complexo, ou ainda que esta subdivisão torne os itens isolados pouco atraentes ao mercado, representando perda em grau de economia de escala.

Nos casos de fornecimento de bens com serviços associados, foi visto que se trata de um contrato que envolve uma obrigação principal de **dar** e outras obrigações de natureza acessórias **de fazer**. Também foi visto que as obrigações acessórias não possuem vida autônoma, ou seja, não existem senão atreladas a uma obrigação principal.

Logo, não é pertinente considerar a possibilidade de parcelamento do objeto, licitando separadamente a obrigação de **dar** das obrigações de **fazer**, uma vez que, isoladamente, a segunda não teria qualquer utilidade.

Nada obstante, subsiste a possibilidade de se autorizar a subcontratação das obrigações acessórias, o que não representa autonomia destas em relação à obrigação principal, posto que, na subcontratação, a responsabilidade pelo todo permanece no encargo da contratada independentemente da intervenção da subcontratada.

5 – O DIMENSIONAMENTO DO PRAZO CONTRATUAL EM RAZÃO DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

No capítulo referente à duração dos contratos, a novel Lei de Licitações trouxe inúmeras inovações. Três delas são especialmente importantes para o desiderato a que se propõe o presente estudo. A primeira é que, agora, o prazo máximo de vigência para contratos de natureza continuada passa a ser de 10 anos (art. 107). A segunda é o reconhecimento de que as aquisições também poderão ser enquadradas no conceito de prestação contínua. A terceira, é que a duração dos contratos celebrados no regime de que trata este trabalho, poderá ser dimensionado para ter duração máxima pela soma dos prazos de entrega e dos serviços associados, limitados a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto (art. 113). A contraposição desses dispositivos pode conduzir a alguma confusão e provocar algumas preocupações.

Isto porque em alguns casos, os contratos de fornecimento com serviços associados podem assumir o caráter de natureza continuada. A Instrução Normativa nº 05/2017/SEGES/MPDG traz a seguinte definição para serviços contínuos:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Considerando o disposto no art. 106 da Lei nº 14.133/2021, que acrescentou ao conceito de contrato contínuo, também os fornecimentos, hodiernamente, tanto as aquisições como os serviços, caso sejam enquadrados no conceito estabelecido no art. 15 da IN nº 05/2017, poderão ter sua duração prorrogada em até dez anos. E, assim sendo, um contrato no regime *sub examine* poderá ter sua vigência estendida além dos 5 anos previstos no art. 113, mas para 10 anos, caso possam ser enquadrados na forma do art. 106.

Levando em conta o conceito acima transcrito, fornecimento contínuo deve se referir a um bem cuja aquisição deva ser feita de forma permanente, cuja ausência provoque danos à atividade essencial da Administração contratante. Um exemplo de

fácil inteligência é o caso da aquisição de medicamentos ou material médico-hospitalar por uma Secretaria Municipal de Saúde. São itens que nunca podem faltar nas prateleiras do almoxarifado, porquanto sua ausência prejudica diretamente a atividade estatal de prestação de serviços públicos de saúde à população. Mas, note-se, que esse conceito não é aplicável senão aos bens de consumo, pois somente estes exigem aquisições frequentes. Os bens de natureza permanente, justamente por terem vida útil superior a dois exercícios financeiros, não podem ser classificados como bens a serem fornecidos de forma contínua.⁸

De um modo geral, os contratos de prestação de serviço de manutenção e suporte são considerados de natureza contínua, pois tendem a atender a necessidades da Administração de forma permanente por mais de um exercício financeiro.

Todavia, nos contratos de fornecimento com serviços associados, somente será possível adotar o prazo de vigência máxima decenal (art. 107) nos casos em que o bem for enquadrado como fornecimento contínuo, ou seja, se o bem a ser adquirido, além de ser classificado como material de consumo, sua falta possa causar prejuízos às atividades que representam missão institucional do órgão/entidade ou a ela estratégica. Em outras palavras, independentemente da natureza dos serviços associados ao fornecimento, é a obrigação principal que orientará o enquadramento do caso concreto ao dispositivo legal referente aos prazos contratuais. Isto porque é assente na doutrina de que o acessório segue o principal, corolário do Direito Privado que decorre da interpretação do art. 233 do Código Civil.⁹

6 – O TRATAMENTO DO ESPECÍFICO CASO DAS COMPRAS DE EQUIPAMENTOS DE TIC NO REGIME DE FORNECIMENTO COM SERVIÇOS ASSOCIADOS

No que se refere às aquisições de equipamentos de TIC, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com fundamento na Portaria MP/STI nº 20/2016 aprovou o guia de Boas Práticas, Orientações e Vedações para Contratação de Ativos de TIC, que se acha na 4ª versão¹⁰, assim propondo:

1.2. AQUISIÇÃO DE ATIVOS COM GARANTIA VERSUS CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO

1.2.1. Os ativos de TI devem ser adquiridos com garantia de funcionamento provida pelo fornecedor **durante sua vida útil**, salvo quando justificado o contrário e com relação ao ativo em específico.

1.2.2. Tal procedimento se justifica pelo fato de que, de forma geral a contratação, a posteriori, de serviços de manutenção para ativos fora de garantia, usualmente é mais onerosa para a Administração do que quando o bem é adquirido com garantia para toda sua vida útil. Ainda, os contratos de manutenção têm seus custos elevados na medida em que os bens mantidos se tornam obsoletos. Ou seja, quanto mais antigo for o ativo de TI,

menor seu valor comercial e maior será seu custo de manutenção, devido à dificuldade de provimento de peças de reposição e do maior risco do fornecedor descumprir os níveis de serviço exigidos para reparo desses equipamentos.

1.2.3. Tem-se, portanto, que um dos fatores que para definição do posicionamento adequado da tecnologia (item 1.1) é o tempo de vida útil previsto para utilização do ativo e, por conseguinte, o tempo de garantia de funcionamento a ser contratado.

Com base nessa orientação, tem sido cada vez mais comum os órgãos da Administração Pública promoverem suas aquisições de equipamentos de TIC, com serviços de manutenção em garantia e suporte por períodos mais longos, em geral, de cinco anos. E é aí que reside a preocupação, principalmente para as empresas do ramo pertinente, para os casos de aquisição de bens e equipamentos de TIC.

Alguns órgãos têm aplicado a essas contratações, e somente para os serviços de manutenção e suporte, o conceito de “serviço continuado”, para incluir, nos instrumentos contratuais, cláusula de prorrogabilidade decenal. A preocupação das empresas do segmento reside no fato de que, como os equipamentos possuem vida útil, em média, de cinco anos, após esse período a manutenção se tornaria excessivamente onerosa, pois, a partir desse período, não raro os fabricantes começam a descontinuar atualizações de softwares, de insumos e de peças de reposição. Logo, uma prorrogação contratual nessas circunstâncias implicaria em condição contratual iníqua para o contratado, com potencial de levá-lo à ruína, visto que as prorrogações contratuais devem respeitar as mesmas condições contratuais originais, com aplicação das cláusulas de reajuste ordinário baseados em índices oficiais que medem o processo inflacionário.

Pelo lado dos órgãos e entidades públicas, vê-se que o fundamento técnico do enquadramento como serviço continuado residiria no fato de que a manutenção de equipamentos permanentes é uma atividade que visa proteção do patrimônio público e que por isso é imprescindível ao funcionamento da máquina estatal, quanto mais se relacionadas à própria operação da organização, como é o caso de equipamentos de rede lógica e de armazenamento de dados.

Tal fundamento até estaria correto não fosse o fato de estarmos falando de fornecimento com serviços associados. Ora, nesses casos, vimos que os serviços não podem ser tratados como se fossem autônomos, uma vez que constituem obrigações acessórias. E, reprisando, o acessório segue o principal. Nesses contratos, somente podem ser considerados continuados o objeto relativo à obrigação principal (**de dar**), que são os equipamentos. E mesmo assim, se puderem ser classificados como tal. Mas, como possuem vida útil superior a dois anos, são considerados material permanente o que os torna não passíveis de ser enquadrados como objeto de fornecimento contínuo.

7 – CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto, é possível concluir, que:

i. nas contratações de bens e serviços em que haja estipulação tanto de obrigação de **dar** como de **fazer**, a definição de tratar-se de compra ou serviço depende da análise da obrigação principal;

ii. se a obrigação principal for de **dar**, é uma compra (com serviço associado), se for de **fazer**, será um serviço (com fornecimento de material);

iii. o regime de contratação de fornecimento com serviço associado é um contrato em que há obrigações das duas naturezas, sendo a obrigação de **dar**, a principal e a de **fazer**, acessória;

iv. quanto ao prazo contratual, em tais contratos, o prazo máximo poderá de ser de até 5 (cinco) anos, nos termos do art. 113, da Lei nº 14.133/2021;

v. considerando que a nova Lei de Licitações admite que as aquisições também possam ser enquadradas como de natureza continuada, nos contratos citados logo acima, este prazo poderá se estender a até 10 (dez) anos, porém, desde que o fornecimento se refira a um objeto cuja ausência cause prejuízo às atividades essenciais do órgão;

vi. somente podem ser considerados como fornecimento contínuo bens e materiais de consumo, uma vez que os materiais permanentes, por terem vida útil alongada, não exigem contratações recorrentes em curto espaço de tempo;

vii. por ser impertinente, é equivocada a adoção de cláusula de prorrogabilidade de contratos de fornecimento com serviços associados de duração decenal, quando o bem a ser fornecido for classificado como material permanente; e,

viii. as aquisições de equipamentos de TIC, com prazo de manutenção em garantia e suporte vinculado à respectiva vida útil, não se enquadram como fornecimento contínuo, descabendo prorrogação decenal.

Por fim, ainda que esteja em vigor um contrato com essas características que, dentre suas cláusulas, contenha possibilidade de prorrogação decenal, a empresa contratada poderá recusar a prorrogação dos serviços, uma vez que essa medida não pode ser imposta ao contratado por não se tratar de cláusula exorbitante.

Caso, ao final do período de vigência da garantia vinculada ao tempo de vida útil do produto o mesmo ainda se achar em condições de servir à finalidade a que se destina, caberá o órgão promover a contratação própria da manutenção preventiva e corretiva, se técnica e economicamente ainda for vantajoso.

¹ Nesse sentido, vide DINIZ, Maria Helena. Curso Brasileiro de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações.1998 e NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, Obrigações. Forense.5 ed. Rio de Janeiro: 2010.

² GOMES, Orlando. Obrigações, Forense. 17 ed. Rio de Janeiro:2007, p. 47.

³ Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil, 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴ Nesse sentido: SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico 25ª ed. atualizado por Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

⁵ Nesse sentido, vide JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª. ed., Dialética. São Paulo, 2010, pág. 126.

⁶ Nesse sentido, vide, TCU, Acórdão nº 920/2022, Plenário, Rel. Vital do Rêgo, j. em 27/04/2022: A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando imprescindível e desde que devidamente motivada, deve ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes, eis que potencialmente contribui para reduzir o caráter competitivo do certame, à medida que afasta empresas não parceiras do fabricante.

⁷ TCU, Acórdão nº 2.529/2021, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 20/10/2021.

⁸ Sobre o conceito de bens permanentes e de consumo: Material de consumo – aquele que em razão de seu uso corrente e da definição da Lei nº4.320/1964 perde normalmente sua identidade física e/ou tem sua utilização limitada a dois anos; Material permanente – aquele que em razão de seu uso corrente não perde a sua identidade física, e/ou tem uma durabilidade superior a dois anos. Disponível em: <https://www.slog.cefetmg.br/divisao-de-patrimonio-dipat/perguntas-frequentes/1-qual-a-diferenca-entre-material-permanente-e-material-de-consumo/> Acessado em 05/06/2024.

⁹ CC, Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

Disponível em: [10] BRASIL, Boas Práticas, Orientações e Vedações para Contratação de Ativos de TIC – Versão 4. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes-de-tic/orientacoes_ativos-de-tic-v-4.pdf Acessado em 05/06/202430/04/2024.

Como citar este texto:

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. Contrato de aquisição de equipamentos de TIC e a natureza jurídica da cláusula acessória da garantia e suporte. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 19 jun. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.