

ETCM/012963/2021

TC/012963/2021

Objeto: Execução Contratual - Contratação de empresa para execução de serviços e obras para reforma e ampliação do pronto socorro e ambulatório do Hospital do Servidor Público Municipal / instalação de ar condicionado central em áreas críticas do HSPM

Interessados: Hospital do Servidor Público Municipal (*), Bellacon Construtora e Incorporadora Eirelli

Relator: Eduardo Tuma

Competência: PLENO

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Trata o presente de Acompanhamento da Execução do Contrato nº 506/2019, celebrado entre o Hospital do Servidor Público Municipal ("HSPM") e a empresa Bellacon Construtora e Incorporadora Eirelli, para execução de serviços e obras para reforma e ampliação do pronto socorro e ambulatório do HSPM/ instalação de ar condicionado central em áreas críticas do HSPM.

Posteriormente à última manifestação desta SG encartada à peça 58, na qual opinou-se pelo não acolhimento da execução do Contrato nº 506/2019 pelas razões ali consignadas, os interessados foram novamente oficiados/intimados (peças 63 a 70), em acolhimento ao pedido formulado pela PFM (peça 61).

Diante dos esclarecimentos prestados pela Sra. Elizabete Michelete (Superintendente do HSPM) e pelo Sr. Luiz Carlos Zamarco (Secretário Municipal de Saúde) às peças 84 e 85/86, respectivamente, considerando que a empresa Bellacon Construtora e Incorporadora Eireli deixou transcorrer *in albis* o prazo ofertado para manifestar-se, ratificou a Auditoria todos os achados alcançados em seu Relatório Conclusivo (peça 90).

Por sua vez, a AJ entendeu pela permanência dos achados de auditoria, os quais demonstraram falha na fiscalização do ajuste e descumprimento contratual, ressaltando que o período de execução do ajuste ocorreu quando do enfrentamento da pandemia do COVID-19, o que permitiria, à critério superior, análise e interpretação contextualizadas dos fatos à luz do art. 22 da LINDB (peças 92 e 93).

Por derradeiro, a PFM propugnou pelo acolhimento da execução do Contrato nº 506/2019, relevando-se as impropriedades havidas, eis que meramente formais ou,

subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros decorrentes dos atos praticados, em homenagem aos princípios da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica no tempo (peça 95).

É o relatório.

Preliminarmente, elucido que o procedimento de acompanhamento, previsto no art. 44, I do Regimento Interno deste E. Tribunal foi devidamente instruído, com a detida análise dos órgãos técnicos, bem como manifestação dos interessados.

Visto que ambas as defesas fornecidas guardam idêntico teor, procederei a análise das mesmas de forma conjunta.

No que se refere a lavratura extemporânea do TA 036/2021, TA 106/2021, TA 233/2021 e TA 240/2021 ocasionando períodos em que os serviços não tiveram cobertura contratual (apontamento 4.1), reiteraram o HSPM e a SMS as questões jurídicas já colocadas envolvendo a natureza de contratos por escopo, indicando que mesmo que esgotado o prazo de execução sem a finalização da obra e entrega do objeto, adota-se o entendimento de que a vigência do contrato não estava expirada, uma vez que em razão de sua natureza o mesmo teve a vigência automaticamente prorrogada pela não entrega do objeto contratual no prazo inicialmente avençado. Ainda, trazem a baila previsão contida na LF nº 14.133/21 de que a prorrogação do prazo de vigência desse tipo de contrato ocorre de forma automática quando não houver a conclusão do objeto, sustentado por entendimento doutrinário.

Em que pese a defesa colacionada aos autos, reitero entendimento previamente esposado por esta SG no sentido da manutenção da referida impropriedade, o qual peço vênia para transcrever:

“Ora vejamos, conforme predispõe o §3º do art. 57 da LF nº 8.666/93, é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado, assim, é imperioso desde já salientar que a continuidade do contrato depois do prazo de vigência não encontra respaldo na sistemática de contratações públicas. Em sentido contrário, a referida vedação implica na exigência expressa de um prazo final definido.

Desta forma, avizinhandose o fim do prazo contratual sem a conclusão do objeto, deve se proceder a prorrogação do contrato por meio de termo aditivo devidamente formalizado por escrito, e se atingido o prazo de vigência sem a prorrogação tempestiva, resta reconhecer a extinção do contrato administrativo, pois vedado o contrato verbal, com fulcro no art. 60 da LF nº 8.666/93, sendo o mesmo nulo e de nenhum efeito.

Nesse passo, esclareço que a tese da vigência do contrato de escopo enquanto pendente e até que seja concluído o objeto tampouco é albergada no entendimento consolidado do TCU:

“8. A principal tese jurídica da defesa é que o aditamento de prazo não é necessário nos chamados contratos de escopo, em que o objeto é a aquisição de um determinado bem ou benfeitoria, a exemplo de uma obra, como no caso. Não abono tal tese, que no recurso vem chancelada pela doutrina de Joel de Menezes Niebuhr,

não só porque contradiz a remansosa jurisprudência desta Corte, mas também porque é contrária à Lei 8.666/1993, cuja disciplina acerca do assunto, estabelecida no art. 57, veda a duração indeterminada do contrato administrativo e permite a prorrogação apenas nos acasos ali relacionados. É dizer: considera-se extinto o contrato que atingiu o termo final do prazo de duração nele fixado. Daí a necessidade de prorrogá-lo, por um dos motivos previstos em lei, ainda durante sua vigência.

9. Porém, não se pode deixar de admitir que, de fato, para os contratos visando obra certa, essas exigências legais têm apenas o objetivo de evitar a prorrogação indefinida ou abusiva dos contratos, sem responsabilização de alguma das partes. Na disciplina da Lei 8.666/1993, o contrato administrativo há de produzir efeitos a partir de sua celebração, vedada, entre outras práticas, a de suspender prazos de execução sob alegação de falta de recursos sem qualquer responsabilização dos agentes administrativos. **(Acórdão 3.131/2010, Plenário, rel. Min Augusto Nardes)**

Consolida a tese de ilegalidade da vigência indefinida do prazo de contratos de escopo entendimento ventilado na Orientação Normativa nº 03 da Advocacia Geral da União ("AGU"), de 1º de abril de 2009, conforme se visualiza:

"NA ANÁLISE DOS PROCESSOS RELATIVOS À PRORROGAÇÃO DE PRAZO, CUMPRE AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS VERIFICAR SE NÃO HÁ EXTRAPOLAÇÃO DO ATUAL PRAZO DE VIGÊNCIA, BEM COMO EVENTUAL OCORRÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS PRECEDENTES, HIPÓTESES QUE CONFIGURAM A EXTINÇÃO DO AJUSTE, IMPEDINDO A SUA PRORROGAÇÃO."

Trago à colação mais um pronunciamento da AGU neste sentido, Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 34/2013, cujo trecho transcrevo abaixo:

"(...)III) prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar de vício sanável. Deverá a concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa expiração da vigência. III) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extrapolação de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores. IV) Avulta notar ainda que, tendo em vista interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar possibilidade de assinatura de um novo convênio com conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011."

Desta sorte, resta patente que a observância do prazo de vigência do contrato administrativo é formalidade essencial e inafastável, devendo ser observada sua tempestividade quando dos eventuais aditamentos contratuais.

Por derradeiro, cito precedente desta Egrégia Corte de Contas em sintonia com o entendimento adotado:

"2º Julgado RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que rejeitou os termos aditivos e aplicou multa. Aquisição de kits escolares. SME. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria. Legislação citada: Art. 14, h, Lei Mun. 9.167/80. Arts. 26, IX, 'a' RITCMSP. 2.772ª Sessão Ordinária (julgado em 22.10.2014) 1º Julgado ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SME. Aquisição de kits escolares. TAs lavrados extemporaneamente. Acessoriedade. Contrato REGULAR.

Votação unânime. TAs REJEITADOS. MULTA. Votação por maioria. 2.329ª Sessão Ordinária. (julgado em 20.06.2007)

(...)

Voto de desempate apresentado pelo VicePresidente Roberto Braguim, no exercício da Presidência:

E o faço, alinhando-me a corrente encabeçada pelo ilustre Conselheiro Relator Edson Simões, que, "data vênia", entendo mais coerente com a disciplina normativa da Lei Federal 8.666/1993 e posteriores alterações, cujo artigo 54 dita as diretrizes gerais dos ajustes administrativos, enquanto o artigo 55 seguinte elenca suas cláusulas necessárias e o artigo 57 a duração dos contratos por ela regidos. O contrato por escopo, que sustenta a tese oposta, seria aquele que não estaria limitado ao tempo de sua duração, mas à consumação de seu objeto.

Entretanto, "permissa venia", não há na legislação do Direito Público qualquer referência ao contrato rotulado por escopo, uma vez que seu tempo de vigência constitui cláusula necessária em todo e qualquer contrato administrativo, observando-se que o artigo 57, inciso II, da precitada Lei Federal limita seu prazo em cinco anos, admitindo uma prorrogação de até doze meses, mediante despacho justificado da autoridade competente (§ 4º), bem assim o disposto no § 3º, vedando a vigência indeterminada. Assim, ressalvadas as exceções legais expressas, que admitem a extrapolação dos prazos de duração, mormente em grandes obras e serviços que não podem ser interrompidos ou apresentar solução de continuidade, entendo, na minha singela visão da problemática, que, no caso presente, de aquisição de kits escolares, sequer se pode cogitar de exceção à regra geral."

Com efeito, a prorrogação do contrato administrativo só é possível mediante formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, sendo questionável a elaboração de termos aditivos com efeitos retroativos.

A obra de Hely Lopes Meirelles possui passagem que ilustra o tema:

*"A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras anteriormente contratadas. O contrato extinto não se prorroga, nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior"*¹.

Sem embargo de todo o elucidado, entendo válido destacar que o referido entendimento não resta pacificado nesta Colenda Corte de Contas, havendo corrente de entendimento em sentido divergente, inclusive apresentada no julgado supracitado, a qual transcrevo:

"Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Porém, nos denominados contratos de escopo, como o dos autos, cuja duração depende, não do singelo decurso do tempo que se convencione, mas da cabal conclusão de uma obra, da integral ultimação de um serviço ou da completa efetivação de um fornecimento, o prazo é estipulado apenas para a caracterização da eventual mora da contratada no cumprimento dos deveres a seu cargo.

Em consequência, julgo regulares os termos de aditamento celebrados em 30-04-09, 10-06-09, 30-11-09 e 29-03-10, recomendando ao Município que observe, com rigor, o disposto no artigo 7º, inciso II, das Instruções 2/08." (Cláudio Ferraz de Alvarenga, em 20 de dezembro de 2010).

Desta feita, ainda que o prazo de vigência fixado deva ser observado, tanto nos "contratos por prazo quanto naqueles que só se extinguem pela conclusão do objeto, entendo que estes últimos podem receber tratamento mais flexível, já que o

¹ Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 214.

vencimento do prazo não é causa de extinção do negócio jurídico, de modo que eventual celebração de termo de aditamento, ainda que a destempo, não resulta, necessariamente, em sua anulação".

Não obstante, a despeito das defesas suscitarem a norma abarcada pela LF nº 14.133/21, destaco que a mesma não detêm qualquer aplicabilidade ao caso em tela, vez que a pactuação do contrato foi lastreada na LF nº 8.666/93. E, ainda que assim o fosse, destaco entendimento da AJ de que seria *"necessário formalizar a prorrogação automática de um contrato de escopo por meio de termo de aditivo, especialmente pela necessidade de estabelecimento de novos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto"*.

Quanto ao apontamento 4.2² esta SG já se manifestou previamente por sua improcedência e quanto aos apontamentos 4.3³, 4.4⁴ e 4.7⁵ pela possibilidade, à critério superior, dos mesmos serem relevados, pelas razões esposadas à peça 58.

No que se refere aos apontamentos 4.5⁶ e 4.6⁷, as defesas encartadas corroboraram as conclusões do órgão técnico desta Corte de Contas ao afirmar que tais irregularidades tratam-se de vícios de formalidade pontuais, razão pela qual reitero entendimento pela manutenção dos mesmos.

De outra parte, no que tange ao apontamento 4.8, o qual discorreu sobre a morosidade verificada na conclusão do objeto contratual em razão de mão-de-obra insuficiente; falta de melhores tratativas entre contratante e contratada; e execução de serviços com problemas de qualidade, implicando atrasos e transtornos aos usuários do Hospital; destaco que a argumentação fornecida pela Autarquia acerca dos imprevistos e impedimentos que impactaram nos prazos para a conclusão dos serviços já foi devidamente sopesada por esta SG, não havendo elementos capazes de alterar a constatação de que as diversas pendências verificadas quando da vistoria de entrega não foram regularizadas pela contratada, restando patente os problemas de qualidade e capacidade de execução do serviço, bem como nítido o descumprimento contratual pela empresa contratada ao não atender às notificações encaminhadas pelo Hospital Municipal, motivo pelo qual reitero o entendimento pela manutenção do apontamento.

² **4.2.** A vigência do contrato está sendo prorrogada por sucessivos aditamentos de curto prazo, cujos períodos mostram-se insuficientes e incompatíveis com o atual andamento da execução dos serviços (item 3.3.);

³ **4.3.** Houve emissão de notas de empenho posteriormente ao início da realização da despesa, em infringência aos artigos 60 e 61 da LF 4320/64 (item 3.4.1.);

⁴ **4.4.** Houve atrasos nas medições efetuadas pela contratada, superiores a trinta dias, em desacordo à cláusula 6.1. do contrato, acarretando atrasos nos pagamentos feitos pela contratante, em desacordo à cláusula 6.5 (itens 3.4.1. e 3.5.1.a.);

⁵ **4.7.** A partir da 9ª medição, os atestes realizados pelos fiscais da UCP/SMS foram realizados em desconformidade ao Anexo I da Portaria SF 170/2020 (item 3.5.2.);

⁶ **4.5.** Nas medições 1 a 7 e 9 e 1 O não houve destaque na NF acerca da retenção da alíquota de 11% do INSS, ou a base legal para não incidência, em desacordo à cláusula 6. 1 O do contrato, e ao inciso VI, parágrafo 1167, artigo 1º, das Portarias SF 9 2114 (medições iniciadas até 31/10/2021) e 170/2020 (item 3. 5. 1. b);

⁷ **4.6.** Nas medições efetuadas não houve a juntada de guia de recolhimento do ISS, relativo ao mês anterior à medição, acompanhada da declaração de pertinência com o objeto contratado, em desacordo com a cláusula 6.11 do ajuste (item 3.5.2);

E, por fim, no que se relaciona a ausência de comprovante de recolhimento da multa aplicada pelo HSPM à Contratada em decorrência de falhas constatadas na execução do objeto (apontamento 4.9), as defesas informaram haverem sido emitidas as guias de recolhimento nº 369/2022 e nº 558/2022 nos valores de R\$ 313.611,30 (processo SEI 6210.2017.000.3333-4) e R\$ 383.776,33 (processo SEI 6210.2019.000.4309-0), correspondentes às multas contratuais aplicadas em face da Contratada, inscritas no Cadin Municipal em virtude da falta de pagamento. Ademais, consignaram a solicitação de inserção destes débitos no PDC (Portal de Disponibilização de Créditos Não Tributários) para inscrição na Dívida Ativa e posterior cobrança judicial, cuja tramitação estaria em andamento, tornando evidente que não houve inércia por parte da Autarquia quanto a cobrança das multas.

Nesse contexto, cumpre informar que em consulta ao processo SEI 6210.2017.000.3333-4, por meio do sistema Átomo-Radar, verifiquei a publicação em 19.12.2023 de despacho da Superintendente do HSPM (SEI 095245043) no qual foi deferido o pedido apresentado pela empresa Bellacon Construtora e Incorporadora Eireli para determinar sua exclusão no CADIN, no tocante à guia de depósito nº 369 emitida em 15.06.2022 no montante de R\$ 313.611,30, referente a aplicação de multa contratual, vez que há cobertura do referido valor na Apólice do Seguro Garantia nº 1007500123694. Desta forma, a empresa foi regularmente excluída do CADIN em 15.12.2023, conforme documentado no SEI 095375564.

No mais, destaco que a contratação deflagrada no processo SEI 6210.2019.000.4309-0 difere da tratada no âmbito destes autos.

Por todo o exposto, reitero o entendimento pelo não acolhimento da execução do Contrato nº 506/2019, sem prejuízo de eventuais recomendações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 7 de junho de 2024.

ISABELLA KESSELRING LIMA

Assessor de Secretaria I

OAB/SP nº 431.518