TC/012963/2021

Objeto: 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.

Valor inicial: R$ 9.196.354,39
Valor liquidado e pago: R$ 11.649.593,41

Interessados: Bellacon Construtora e Incorporadora Eirelli e Hospital do Servidor Público Municipal ("HSPM").

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma.

Competência: Pleno.

PARECER

EXCELENTÍSSIMO CONSELHEIRO

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.

Em sede de Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (Peça 24), concluiu a Auditoria o exposto:

> "**4.1.** A lavratura extemporânea do TA 036/2021, TA 106/2021, TA 233/2021 e TA 240/2021 ocasionou períodos em que os serviços não tiveram cobertura contratual (item 3.3.);
> **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.);

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. 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.);

4.5. Nas medições 1 a 7, e 9 e 10, não houve o destaque na NF acerca da retenção da alíquota de 11% do INSS, ou a base legal para a não incidência, em desacordo à cláusula 6.10. do contrato, e ao inciso VI, parágrafo 1º, artigo 1º, das Portarias SF nº 92/14 (medições iniciadas até 31.08.20) e 170/2020 (item 3.5.1.b);

4.6. Nas medições efetuadas, não houve a juntada de guia de recolhimento do ISS, relativo ao mês anterior à medição, acompanhada de declaração de pertinência com o objeto contratado, em desacordo à cláusula 6.11. do ajuste (item 3.5.1.b);

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.);

4.8. Há morosidade 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 (item 3.6.);

4.9. Não houve aplicação de penalidades, apesar das sucessivas prorrogações do prazo contratual solicitadas pela contratada e das falhas constatadas na execução do objeto (item 3.7.)"

Devidamente oficiados/intimados (Peças 27 a 34), a empresa Contratada, o HSPM e a Secretaria Municipal de Saúde ("SMS") apresentaram suas defesas às Peças 37, 38 e 45, respectivamente, sob as quais manifestou-se a Auditoria em sede de Relatório Conclusivo (Peça 49), ratificando todos os apontamentos acima referenciados (4.1 a 4.8), a exceção do apontamento 4.9 que foi retificado e passou a constar com a seguinte redação:

> "**4.9.** Embora a Origem tenha determinado aplicação de penalidades, decorrente de falhas constatadas na execução do objeto, não foi apresentado comprovante de recolhimento da multa aplicada pelo HSPM, não demonstrando assim o efetivo cumprimento das previsões da cláusula 8ª do contrato (redação alterada) (item 3.7.)"

Instada a se manifestar, a AJCE destacou as conclusões alcançadas pela Auditoria em seu Relatório Conclusivo, fazendo consignar que relativamente ao apontamento 4.1 e 4.2 o fato é que mesmo nos contratos por escopo "seu prazo para conclusão dos serviços" deve ser prorrogado antes de seu término (Peças 52 e 53).

E, por fim, a PFM requereu a intimação da Origem para ciência e manifestação a respeito do Relatório Conclusivo de Auditoria (Peça 49) e dos subsequentes pareceres da AJCE (Peças 52/52) (Peça 56).

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.

Em face das documentações e dos esclarecimentos apresentados durante a instrução processual, a Auditoria ratificou todos os apontamentos inicialmente identificados no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (Peça 24), à exceção do apontamento 4.9 que teve sua redação alterada.

Neste momento passo a tecer considerações acerca dos mesmos.

Conforme verificado pela Especializada, houve a lavratura extemporânea do TA 036/2021, TA 106/2021, TA 233/2021 e TA 240/2021, ocasionando períodos em que não havia contrato formalizado, em desacordo ao art. 60, parágrafo único da LF nº 8.666/93, que veda o contrato verbal (apontamento **4.1**).

A este respeito, cumpre mencionar que no âmbito da análise formal do referido contrato, à luz do TC 005323/2021, incluindo os termos aditivos pactuados, foram apontados, entre outras irregularidades, a lavratura extemporânea dos supracitados aditivos, resultando em períodos em que os serviços não tiveram cobertura contratual.

A Contratada alegou (Peça 37, fl. 1) que apresentou no prazo adequado a documentação legal exigida, contudo, as tramitações até a lavratura dos termos referenciados dependem única e exclusivamente da administração pública.

Por sua vez, o HSPM (peça 38, fls. 1 e 2) e a SMS (peça 45), indicaram que não foi estabelecida cláusula de vigência contratual no Termo de Contrato nº 506/2019 por se tratar de contrato por escopo, que se extingue somente com a conclusão do seu objeto. Por isso os prazos estabelecidos para execução dos serviços são prazos moratórios e o seu descumprimento não acarreta, necessariamente, na extinção do contrato, cuja finalidade precípua é a entrega do objeto, no caso, dos serviços integralmente realizados, razão pela qual mostra-se inapropriada a interpretação de extemporaneidade, na medida em que os termos aditivos foram firmados durante a execução do referido contrato.

Com a devida vênia, tendo a discordar da defesa apresentada, corroborando com o apontamento da referida impropriedade detectada pela Auditoria.

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, avizinhando-se 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:

> *"(...)II) prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do* concedente*, não pode ser objeto de convalidacão, 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 convenente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria n2 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:

---

[1] (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 214.)

"**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 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".”

Diante do exposto, opino pela procedência do apontamento 4.1.

À luz da constatação de que 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 obra (apontamento **4.2**), justificou a empresa Contratada que as prorrogações se fizerem necessárias em razão dos adventícios ocorridos no decorrer da execução do contrato. Nesse sentido, afirma que as etapas de execução foram liberadas de forma segmentada a pedido da Administração, comprometendo a fluidez e o bom andamento da obra, com o fito de não prejudicar o atendimento hospitalar em tempos de pandemia.

No mais, ainda evidenciou a repercussão negativa no mercado de construção civil advinda da pandemia do coronavírus e da quarentena obrigatória decretada pelo Governo do Estado de São Paulo, culminando na escassez ou indisponibilidade de materiais necessários e, como consequência, atrasos nos prazos de entrega. Por último, ponderou que o objeto contratual foi recebido tempestivamente pela administração pública através do Termo de Recebimento Provisório ("TRP") com solicitações de melhorias.

Ao seu tempo, o HSMP confirmou a alegação da contratada relacionada a escassez de materiais e problemas relacionados à pandemia, além de indicar que houveram imprevistos relacionados ao alto índice pluviométrico e acréscimo de serviços, parte solicitado pela Unidade e parte devida as demandas advindas do andamento da obra, tais como: troca do forro, inclusão de piso podotátil, parte do sistema de climatização, fechamento de ambientes para trabalho e passagem de tubulações, limpeza e desobstrução de rede de esgoto, alvenaria de embasamento para fundação, cantoneiras de proteção, demolição de argamassa para reparos nas instalações elétricas e hidráulicas, entre outros.

De acordo com o art. 57, §1º da LF nº 8.666/93, os prazos de conclusão e entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos motivos elencados em seus incisos I a VI, devidamente autuados em processo.

Nessa vereda, em vista das justificativas trazidas relacionadas a imprevistos climáticos ou anormalidades mercadológicas e dificuldade para a realização da obra decorrentes da pandemia do Covid-19, me parece que restam justificadas as prorrogações com amparo no inciso II, que assim dispõe:

"II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;"

Não obstante, conforme confirmado pelo próprio HMSP, se fizeram necessários acréscimos e supressões qualitativos e quantitativos, respeitando os limites legais, devidamente justificados pela Contratada e aceitos pela Autarquia, com fundamento nos incisos I, letras a e b e II do art. 65 do referido normativo. Neste caso, entendo fundamentada e de acordo com a legislação pertinente as prorrogações do prazo contratual, pois o particular não tem o dever jurídico as alterações realizadas nos mesmos prazos inicialmente pactuados, razão pela qual opino pela improcedência do apontamento.

Destaco que o entendimento relacionado a possibilidade das prorrogações contratuais em decorrência das justificativas apresentadas em nada obsta o posicionamento acima adotado no que tange a intempestividade de alguns dos Termos Aditivos. E, ainda, friso que conforme se verificará a frente, a despeito da Contratada ter entregado a obra no prazo previsto de 25.10.2021, foram verificadas inúmeras pendências, as quais não foram sanadas pela Contratada.

O apontamento **4.3** dispõe que houve a emissão das notas de empenho, posteriormente ao início da realização da despesa, em infringência aos arts. 60 e 61 da LF nº 4320/64, sendo o caso da NE 19970/2021, emitida em fevereiro/21 (parcela de R$ 254.622,72), no que se refere aos meses de novembro e dezembro/20); da NE 55159/2021, emitida em julho/21, utilizada para pagamento de despesas realizadas em junho/21; e das NEs 72727 e 81933, emitidas, respectivamente, em setembro e outubro/21, para pagamento de despesa de agosto/21.

Em sede de defesa, registrou a Contratada que a emissão de notas de empenho depende exclusivamente da Administração Pública, enquanto a Origem alegou que as medições de junho de 2021 foram pagas com saldo de nota de empenho e que houve equívoco em emissões e baixa de NE.

Inicialmente, registro que a prévia existência de empenho é necessária vez que se trata de uma forma de controle entre o que foi previsto no orçamento e o que foi gasto, trata-se de uma reserva de recursos que garante a existência de dinheiro para a execução do contratado, por isso a importância da prévia autorização com a respectiva disponibilização financeira. Sob o aspecto financeiro, é o empenho que cria a obrigação de pagamento para o Estado (art. 58, Lei Federal 4.320/64).

O art. 61 da Lei Federal nº 4.320/64 prescreve que *"Para cada empenho será extraído um documento denominado 'nota de empenho' que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria",* ou seja, a emissão da Nota de Empenho deve preceder a realização do serviço e deve, também, ser suficiente para cobrir o serviço que será prestado.

Prelecionam no mesmo sentido de que o conceito de empenho pressupõe anterioridade ("*ex ante*") os ilustres J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (MACHADO JR., J. Teixeira, REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada*. 27ª ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1990. p. 119).

Entretanto, ainda que constatada a emissão extemporânea da nota de empenho, necessário ressaltar que esta Corte de Contas já relevou a referida impropriedade em sede de julgamento de outros processos, conforme colaciono:

> (**TC 002335/2012**)
> ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. AHM. Serviços de limpeza, asseio e conservação predial, desinsetização, desratização e limpeza de caixa d'água. Intempestividade da Nota de Empenho e insuficiência de recursos. Ausência de reserva de recursos. Falhas reconhecidas pela Origem. Presunção de validade da afirmação e da boa-fé. Precedentes. Pregão ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime. Contrato e TAs. ACOLHIDOS. Votação por maioria.

(**TC 004418/2003**)

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que não acolheu os aditivos por NEs insuficentes e extemporâneas. Art. 61, Lei 4.320/64. Art. 5º, Dec. Mun. 23.639/87. Serviços especializados de lavanderia, com fornecimento de roupas e materiais de consumo. AHM. 1. A prestação de serviço de natureza contínua estimada com base no histórico de consumo médio mensal caracteriza figura do empenho-estimativo, somente por ocasião da realização dos serviços é que se obtém o volume fornecido e, por consequência, o valor devido ao contratado. Apontamento superado. 2. O atraso na emissão do empenho decorreu do fato de que na data de início da vigência do aditivo ainda não haviam sido publicados os índices oficiais de reajuste. Falha relevada. Recurso voluntário NÃO CONHECIDO por intempestivo. PFM CONHECIDO. PROVIDO para julgar regulares os ajustes. Votação unânime. (julgado em 18.11.2020)

(**TC 001447/2008**)

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SUBPREFEITURA. Serviços de manutenção e conservação de logradouros públicos. Relevadas a ausência de CND. INSS. FGTS. CADIN e a emissão extemporânea NE. REGULARES. Votação unânime. (julgado em 18.03.2015)

(**TC 001436/2007**)

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. Serviços de Assistência Médica e Ambulatorial. UBS. SMS. Publicação do ajuste e NE extemporâneas. Impropriedades relevadas. REGULARES. Votação por maioria. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. (julgado em 09.09.2009)

(**TC 004217/2001**)

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS e RETIRRATIFICAÇÃO. SMS. Desenvolvimento de ações em "Saúde da Família". SUS. Relevadas a extemporaneidade da NE, da publicação do ajuste e da remessa de documentação. Ausência de CND e FGTS. Comprovada posteriormente a inexistência de irregularidade fiscal. Realização de despesa sem prévio empenho aceita em caráter excepcional. Serviços essenciais. Precedentes. Impropriedades relevadas. Instr. 01/92. Res. 04/96. Art. 26, Lei 13.278/02.

Art. 61, Lei 4.320/64. Art. 3º, Dec. Mun. 23.639/87. ACOLHIDOS. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. (julgado em 06.02.2013)

Aliás, este tem sido o entendimento esposado pela jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ("TCESP"), que tem se posicionado pela relevação de falhas relativas à emissão extemporânea da nota de empenho, convertida em recomendação à Administração, conforme transcrevo:

(TC 18446/989/21)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CONSTRUÇÃO DE CRECHE. UTILIZAÇÃO DE SISTEMA DE VERBA OU CONJUNTO. PRÁTICA NÃO ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO TCESP. TERMOS ADITIVOS CONTAMINADOS PELA IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO. RELEVAÇÃO DE FALHAS COM RECOMENDAÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDA a E. Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 15 de fevereiro de 2022, pelo voto dos Conselheiros Sidney Estanislau Beraldo, Presidente e Relator, Antonio Roque Citadini e Edgard Camargo Rodrigues, preliminarmente, indeferir o pedido de vista pleiteado, conhecer do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, ante o exposto no voto do Relator, juntado aos autos, dar-lhe provimento parcial, para o fim de afastar das razões de decidir e alçar ao campo das recomendações os apontamentos relativos (I) à emissão extemporânea da nota de empenho, (II) à falta de prazo para emissão da ordem de serviço, (III) à publicação extemporânea do termo aditivo n° 2; (IV) à falta de cobertura das garantias suplementares apresentadas nos termos aditivos para o período de execução do contrato, mantendo-se, todavia, a irregularidade da tomada de preços, do contrato e dos termos aditivos nos 1e 2. (julgado em 24.02.2022)

(TC 20551/989/20)

EMENTA: DISPENSA DE LICITAÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 4º DA LEI FEDERAL Nº 13.979/20. RELEVÂNCIA, ADEQUAÇÃO LEGAL E

> **COMPATIBILIDADE DE PREÇO DEMONSTRADOS. AJUSTE EXECUTADO A CONTENTO. ENCERRAMENTO ANTECIPADO JUSTIFICADO. RELEVADA A EMISSÃO DE NOTA DE EMPENHO A DESTEMPO, SOB RECOMENDAÇÃO. REGULARIDADE. ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO AJUSTE E TERMO DE RESCISÃO CONHECIDOS.**
>
> (...) Não obstante, recomendo à origem que, doravante:
>
> - providencie a emissão das notas de empenho antes da realização das respectivas despesas, dando cumprimento ao artigo 60 da Lei nº 4.320/64; e (...)" (julgado em 08.06.2021)

Na mesma direção trilha o posicionamento publicado pela Revista Zênite (*Contrato de fiscalização de obras prorrogado sem o prévio empenho – Como realizar o pagamento?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 275, p. 33-36, jan. 2017, seção Orientação), sob os seguintes termos:

> "(...). O empenho (ou instrumento semelhante) adotado pela entidade deve ser emitido em momento anterior ou concomitante à celebração do contrato ou do termo aditivo de sua prorrogação. É o que se depreende do art. 60 da Lei nº 4.320/64, citado como paradigma, segundo o qual é "vedada a realização de despesa sem prévio empenho". Essa regra tem em vista a necessidade de assegurar a disponibilidade financeira para fazer frente à despesa que será assumida.
>
> Se o empenho (ou instrumento equivalente) visa a destacar da programação orçamentária o montante necessário para fazer frente às despesas, bloqueando formalmente os valores envolvidos, tem-se como irregular a celebração do contrato e/ou de seu aditamento sem a reserva de recursos correspondente.
>
> Sobre o ponto, veja-se excerto extraído do Informativo de Jurisprudência do TCE/SC nº 16 - Licitações e Contratos (Período – 1º a 30 de setembro de 2015):
>
> Representação. Inexigibilidade de licitação. Inobservância aos pressupostos legais. Despesas contraídas sem prévio empenhamento. Irregularidades graves. Multas. [...]

> O Tribunal Pleno julgou parcialmente procedente a representação formulada por Vereadores municipais a respeito de irregularidades praticadas no âmbito da [...]. Aplicou multas ao ex-Presidente da [...] em face da ausência de prévio empenho na realização de despesas com o evento, em desacordo ao artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64; bem como pela realização dos procedimentos de inexigibilidade de licitação e respectivas contratações de Bandas Musicais e da Associação dos Clubes e Sociedades de Tiro do Vale do Itapocu - ACSTV após o evento alusivo [...], em descumprimento ao art. 26 e parágrafo único, inc. II da Lei Federal nº 8.666/93 e ao art. 63 da Lei Federal nº 4.320/64. REP-14/00213530. Rel. Aud. Cleber Muniz Gavi.
>
> **Sem prejuízo da constatação de que a não adoção tempestiva de medidas visando reservar recursos previamente à realização da despesa constitui uma irregularidade, o fato é que, ausente prejuízo em relação à execução orçamentária, mostra-se possível sua convalidação mediante o aporte do valor posteriormente.** (...)".

À luz dos ensinamentos da Ilustre Professora Weida Zancaner, a convalidação consiste na correção do ato através de outros meios, tais como o decurso do tempo e a ratificação, restaurando-se, através dela, a legalidade e privilegiando-se de igual sorte a segurança jurídica.

Na abalizada opinião desta autora, somente são convalidáveis atos em que se verifiquem vícios de competência, formalidade e procedimento (quando ausente ato da Administração, cuja falta não desvirtue a finalidade do procedimento e, também, quando não praticado ato do particular, se este puder ser praticado posteriormente com efeitos retroativos) (ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 1993. p. 55/56/68/71). Sob este espectro, a falta de emissão de empenho prévio à realização da despesa pode ser entendida como vício de procedimento, pois a emissão da nota de empenho apresenta-se como um dos atos inerentes ao processamento da despesa.

Desta feita, com base no entendimento esposado pela referida autora acerca da matéria, no sentido de que mesmo que o ato tenha sido praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, se não tiver causado prejuízo à perfeita execução orçamentária, será possível cogitar sua convalidação, e diante de precedentes neste sentido, entendo pela possibilidade de se relevar, a critério superior, a emissão extemporânea das notas de empenho verificadas pela Auditoria, posto que as mesmas foram emitidas, ainda que a *posteriori*, sem prejuízo de eventual emissão de recomendação à Origem para que observe, em suas contratações futuras, as normas disciplinadoras da matéria orçamentário-financeira quanto à necessidade da emissão prévia do empenho.

A respeito da ausência de observância ao prazo de pagamento estipulado na cláusula 6.5 do ajuste à Contratada, de até 30 dias após o último dia do mês de competência da medição (apontamento **4.4**), registrou a Contratada que as medições mensais foram apresentadas tempestivamente aos cuidados da fiscalização, porém, demandaram algum tempo complementar para que a fiscalização efetuasse conferência e correções às mesmas, as quais, posteriormente, seguiram o rito comum, na forma da lei até o efetivo pagamento.

Já a Autarquia sustentou que eventual atraso se deu em decorrência da necessidade de revisões e reapresentação de documentos, estendendo ocasionalmente o período da aprovação da medição.

Em que pese a confirmação de que houve infringência a previsão contratual, saliento, nos termos do confirmado pela própria Auditoria, que em determinados meses houve a morosidade da Contratada na solicitação do pagamento e na entrega da documentação necessária para ateste e liquidação da despesa.

Assim, evidente que o prazo estabelecido na cláusula 6.5 é condicionado ao ateste pelo fiscal do contrato e, por suposto, à entrega dos documentos

nele especificados, refugindo à Administração gerencia sobre a demora no envio de toda a documentação necessária à liquidação da despesa pela contratada. Além do mais, cumpre evidenciar que não houve qualquer reclamação por parte da Contratada quanto a intempestividade nos pagamentos, motivo pelo qual entendo que a referida irregularidade seja passível, à critério superior, de ser relevada, com amparo em julgado desta Corte de Contas, no âmbito do TC 002554/2018, que abaixo consigno:

> "**ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTÁBIL E FINANCEIRA. SMS. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar. 1. Relevada a intempestividade, a insuficiência das notas de empenho e o atraso nos processos de pagamento, uma vez que demonstrado que os recursos não estavam disponíveis em sua totalidade, devido aos repasses periódicos de cotas orçamentárias feitos pela SF. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação por maioria. (j. em 05.04.2023)**
>
> (...)
>
> Por fim, quanto ao atraso dos pagamentos – item (iii) – que ocorriam após os 30 (trinta) dias de prazo previsto nos contratos, embora haja uma infringência, não vislumbro que esta tenha provocado efeitos adversos na execução contratual. As empresas contratadas suportaram os prazos maiores e não houve repercussão na prestação de serviços à população atendidas nos Hospitais Municipais e nas Unidades de Pronto Atendimento, de modo que considero também este último apontamento passível de superação. Diante do exposto, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE a execução dos Contratos Emergenciais AHM 64/2017, 65/2017, 66/2017, 82/2017, 83/2017, 84/2017, 85/2017, 86/2017, 87/2017 e 89/2017, nos períodos auditados."

Registrou a Auditoria que nos documentos fiscais relativos às medições nº 1 a 7, e 9 e 10 (Peça 21, fls. 4, 11, 16, 21, 26, 31, 36, 48 e 63, respectivamente), não há o destaque no corpo da NF acerca da retenção do INSS, ou a base legal para a não incidência, em desacordo à cláusula 6.10 do contrato, e ao inciso VI, parágrafo 1º, artigo 1º, da Portarias SF nº 92/2014, para medições iniciadas até 31.08.20, e nº 170/2020, para as demais (apontamento **4.5**).

A este respeito, justificou a Contratada que embora não o tenha feito nas primeiras NFs, na 8ª e a partir da 11ª passou a registrar a informação no documento, indicando a ausência de responsabilidade solidária dos órgãos públicos. Em igual sentido, aduz a Origem acerca da inexistência de responsabilidade solidária, com fulcro no §3º do art. 164 da IN nº 971/09, além de manifestar que os processos de pagamento foram instruídos com os documentos elencados na referida Portaria, (i) prova de regularidade com o FGTS, (ii) prova de regularidade com as contribuições previdenciárias e (iii) certidão negativa de débitos trabalhistas.

Como se denota, a irregularidade indicada pela Especializada não questiona a aplicação ou a base legal para a não incidência da retenção do INSS, mas sim, a ausência de referência ao tributo na emissão das NFs, infringência esta que restou confirmada pela própria Contratada conforme retromencionado, razão pela qual opino por sua procedência.

Apesar do verificado, confirmo que, de fato, na 8ª e a partir da 11ª medição passou a constar destaque nas NFs referente à não incidência de retenção do INSS conforme IN RFB 971/2009, art. 164, § 3°.

Acerca da ausência de juntada, em todas as medições efetuadas, de guia de recolhimento do ISS relativo ao mês anterior à medição, acompanhada de declaração de pertinência com o objeto contratado, em desacordo à cláusula 6.11 do ajuste (apontamento **4.6**), registrou a Contratada que embora as guias e comprovantes não tenham sido inseridos em processo de medição, houve a apresentação de Certidão Conjunta de Débito de Tributos Mobiliários, cujo tributo abrangido é o ISS, comprovando a irrestrita regularidade da contratada perante a administração pública.

Entretanto, conforme elucidado pela Especializada, em consulta ao processo de pagamento da 19ª medição, verificou-se que unidade do HSPM

encaminhou reiterados e-mails à contratada solicitando comprovações de regularidade fiscal (SEI 060666921 e 060668386), sob os quais, em resposta, apresentou a mesma comprovantes bancários de pagamento, nos quais, não é possível fazer sua correlação ao recolhimento a que se referem.

Diante da impossibilidade de se constatar o efetivo recolhimento de ISS, pela ausência de apresentação de certidão de quitação de ISS ou das guias que motivaram os pagamentos, entendo pela procedência do apontamento, consignando entendimento deste Tribunal de Contas acerca da matéria:

> "**TC 3.766/2015 ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SP Urbanismo. Serviços de arquitetura e urbanismo, engenharia e gestão do espaço público. Vale do Anhangabaú. 1. Ausência de recolhimento de ISS. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.(j. em 27.11.2019)**
>
> 4. Todavia, como restou incontroverso o apontamento relativo à ausência de recolhimento do ISS em 4 das medições realizadas, sendo tal falha suficiente para impedir o reconhecimento da regularidade dos atos examinado, não acolho a execução do ajuste, no período e valores auditados, reconhecendo, porém, os efeitos financeiros produzidos, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, própria dos atos desta natureza."

A partir da 9ª medição, após a exoneração do fiscal à época e designação de novo fiscal, servidor da Unidade de Coordenação do Projeto (UCP/SMS), foram realizados atestes em desconformidade ao Anexo I da Portaria SF nº 170/20 (apontamento **4.7**), conforme se verifica nos atestes juntados à Peça 21, fls. 59, 64, 68, 72, 79, 83, 87, 91 e 98.

Enquanto a Contratada sustentou não ser de sua competência a realização de ateste, justificou a Autarquia que a SMS/UCP detêm formato padrão para a

realização de atestes de todas as obras, assim, ainda que não utilizados os modelos referenciados, foram observados todos os requisitos determinados para liquidação e pagamento das medições.

A priori, indico que a atestação ou aposição do "atesto" consiste em uma das mais relevantes obrigações do fiscal de contratos administrativos. A atestação do objeto é a confirmação, pelo fiscal, de que o bem foi efetivamente entregue ou os serviços efetivamente prestados. É ato de capital importância para caracterizar a liquidação da despesa, sendo o ponto culminante dessa fase. O "atesto" significa, em essência, que foram conferidos todos os elementos necessários à configuração do direito do contratado à percepção da contraprestação pecuniária.

O objetivo essencial da norma supracitada é padronizar os procedimentos para liquidação e pagamento de despesas, os quais contribuem para a celeridade processual, bem como ao atendimento ao princípio da eficiência da administração pública. A este ensejo, conforme inciso V do art. 1º, o ateste deve estar de acordo com o Anexo I da Portaria, não sendo facultativa sua adoção pela Administração.

Sem embargo do exposto, convém notar que a despeito de não haver sido efetuado nos moldes referenciados, os atestes foram efetivamente realizados pelos servidores designados, conforme se verifica nos documentos acima relacionados, cumprindo sua função precípua de consignar a conformidade do que foi executado com o objeto contratado, se tratando, ao meu ver, de irregularidade de cunho formal, a qual entendo poder ser relevada, a critério superior.

A partir de visita *in loco* realizada no Complexo Hospitalar (peça 23), a Especializa constatou que houve morosidade na conclusão do objeto contratual, excetuando os eventos de força maior, tais como implicações da pandemia e as chuvas sazonais, principalmente em virtude da insuficiência de mão-de-obra; falta de melhores

tratativas entre contratante e contratada; além da execução de serviços com problemas de qualidade, implicando em atrasos e transtornos aos usuários do hospital (apontamento **4.8**).

Ademais, destacou a Auditoria que as falhas na capacidade de execução contratual foram constatadas em outros serviços realizados pela Contratada ao Hospital, como por exemplo na contratação de serviços para execução de reformas no Setor de Nutrição e Dietética (SND), Contrato nº 487/2019, onde a contratada não concluiu 100% dos serviços, culminando em penalidades e na rescisão unilateral do ajuste pelo HSPM (PA SEI 6210.2019.0004309-0).

A Contratada esclareceu que, tempestivamente, houve o acréscimo de mão-de-obra e adoção de medidas para a conclusão do objeto contratual dentro do prazo estabelecido, sendo que houve a entrega do objeto através do Termo de Recebimento Provisório (TRP) com lista de melhorias a serem realizadas no objeto entregue.

A Autarquia, como defendido no apontamento 4.2, destacou a dificuldade na conclusão do objeto contratual por diversos fatores imprevisíveis, tais como acréscimos de serviços não previstos contratualmente, os quais surgiram no decorrer da obra, mas principalmente, por manter a unidade em funcionamento durante a execução dos serviços, por força superveniente da pandemia.

Em que pesem os argumentos expendidos pelas partes, destaco que, ainda que a obra tenha sido entregue na data estipulada de 25.10.2021, quando da vistoria de entrega a Unidade de Coordenação do Projeto Avança Saúde da SMS constatou diversas pendências a serem regularizadas pela Contratada, restando patente a execução de serviços com problemas de qualidade. Deste modo, foi emitido Termo de

Vistoria Provisório com pendências (SEI 055313902), cujo derradeiro prazo para regularização foi dado para o dia 10.12.2021.

Conforme se verifica, a partir de diversas notificações enviadas pela SMS através dos SEIs 060183336, 057882035, 057359505, 056793484, 056240868, 056240995, 056241141, 055639394, 055640708, 055641016, 055641348, 054621370, à Contratada, não foram realizadas as correções que se encontravam pendentes, obstando a emissão do Termo de Recebimento Definitivo da obra, o que culminou, inclusive como se verá no apontamento 4.9, em penalização da Contratada.

No mais, enfatiza a problemática e a periculosidade relacionada aos vícios na execução dos serviços a ocorrência de incidentes no Pronto Socorro onde um dos usuários teve seu pé ferido pelo "piso tátil" que estava soltando, conforme Boletim de Emergência (Doc SEI 056793441).

Assim sendo, evidente a situação de descumprimento contratual configurada pela empresa Bellacon ao não atender as notificações feitas pelo Hospital Municipal, bem como nitidamente deflagradas falhas na capacidade de execução do mesmo, motivo pelo qual opino pela procedência do apontamento.

No que se refere a aplicação de penalidades à Contratada em decorrência de falhas constatadas na execução do objeto (apontamento **4.9**), a Autarquia, em manifestação aos autos, aduziu que não houve a necessidade de penalidade por acréscimo de prazo, posto que a empresa contratada solicitou os pleitos aditivos, com as justificativas técnicas pertinentes das quais foram avaliadas e aprovadas, além de pontuar que não houve a paralisação da obra, não ensejando, assim, aplicação de penalidades pelo atraso na execução.

Noutro giro, diante de pendências remanescentes à Contratada e da constatação de sua inércia em sana-las, em 17.01.2022, a empresa foi notificada pelo Departamento Técnico de Administração e Infraestrutura (Doc SEI 057530645) sobre a iminência da aplicação de penalidades contempladas no termo de contrato.

Em 24.03.2022, foi publicado no DOC (SEI 060422758) despacho do HSMP aplicando à Contratada as penalidades previstas na Cláusula VIII, itens 8.1.1 e 8.1.4 do Termo 506/2019, o que implica nas multas previstas pelo atraso na execução dos serviços para regularização das pendências e não atendimento das exigências da fiscalização para a regularização das pendências constatadas nos serviços executados, totalizando o montante de R$ 313.611,30 (trezentos e treze mil seiscentos e onze reais e trinta centavos) de multa contratual.

Em consulta ao Processo SEI 6210201700033334, verifiquei por meio da Informação HSPM/GCF Nº 079635580, emitida em 09.03.2023, que a empresa Bellacon Construtora e Incorporadora Eireli, não efetuou o recolhimento da Guia nº 369/2022 no valor de R$ 313.611,30, tendo sido incluída no Cadastro Informativo Municipal (“Cadin”).

Inclusive, em 13.02.2023 a empresa solicitou o parcelamento da multa contratual (DOC SEI 080458803), indeferido pelo HSMP em 23.03.2023 (DOC SEI 080460989), sem, até o presente momento, constar qualquer informação de quitação da mesma por parte da Contratada, motivo pelo qual entendo procedente o apontamento.

De minha parte, vale destacar que a aplicação de sanção à Contratada constitui ferramenta fundamental ao exercício da função fiscalizatória da Administração, haja vista, precipuamente, o seu caráter preventivo/educativo/pedagógico, com o fito de evitar a reiteração das infrações pela Contratada.

Diante da negação da empresa em concluir corretamente a obra conforme relatório SEI 062721228, não se dispondo a sanar todas as pendências verificadas, valioso informar que foi instruído processo administrativo SEI 6210.2022/0009069-8 para a contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para execução de serviços de: FINALIZAÇÃO E CORREÇÕES DO PRONTO SOCORRO ADULTO e PRONTO SOCORRO INFANTIL, sob o qual foi firmado o Contrato nº 131/2023-HSPM, a partir da Tomada de Preços nº 001/HSPM/2023, com a empresa Facchin Contruções Ltda., com vigência de 120 dias corridos contados a partir de 16.05.2023, no valor de R$ 436.501,00.

Por último, quanto ao manifestado pela PFM (Peça 56), destaco que a despeito da Origem não ter se manifestado acerca do Relatório Conclusivo, o mesmo em nada alterou as irregularidades constatadas pela Auditoria em sede de Relatório Preliminar, à exceção do apontamento 4.9 teve sua redação retificada, sob as quais a mesma já havia se manifestado, não havendo, assim, prejuízos a sua defesa.

Por todo o exposto, opino 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, 24 de maio de 2023.

MILENA GIOVANNETTI MAGALHÃES CASTRO

Secretária-Geral

IKL

Assinado digitalmente por MILENA GIOVANNETTI MAGALHAES CASTRO
Data: 25/05/2023 16:50:13 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo