DECISÃO SINGULAR DSG - G.WNB - 9087/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/11905/2014
PROTOCOLO	: 1523810
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BATAGUASSU
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: PEDRO ARLEI CARAVINA
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BATAGUASSU - 1º TERMO ADITIVO - REGULARIDADE – 2° TERMO ADITIVO – FORMALIZAÇÃO DO TERMO ADITIVO DEPOIS DO TÉRMINO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO – IRREGULARIDADE - 3° TERMO ADITIVO – CONTAMINAÇÃO - IRREGULARIDADE - EXECUÇÃO FINANCEIRA – NÃO CONTAMINAÇÃO - REGULARIDADE – MULTA - RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

O processo refere-se ao **Contrato Administrativo n.º 82/2014,** Formalização do 1°, 2° e 3° Termos Aditivos e a Execução Financeira, celebrado entre o **Município de Bataguassu**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 03.576.220/001-56**, e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, inscrita no **CNPJ sob o n.º 18.026.606/0001-61**.

O propósito desta licitação pública é a prestação dos serviços médicos na área de saúde para realização de exames de ultrassonografia (abdômen total/obstétrico/vias urinárias e rins/pélvico/endovaginal/mamas/vias biliares), nas dependências das unidades de saúde, utilizando os equipamentos disponibilizados pelo Município, com o valor de R$ 105.600,00 (cento e cinco mil e seiscentos reais).

Ressalta-se que a Inexigibilidade de Licitação - Credenciamento nº 2/2014 e a formalização do Contrato Administrativo n° 82/2014 foram julgados pela

regularidade e legalidade, conforme Acórdão “AC02-1575/2016”, fls. 235-238.

Transpondo as colocações, e após análise dos documentos acostados nos autos, a 2ª Inspetoria de Controle Externo acompanhada pelo d. Ministério Público de Contas opinaram pela **Regularidade** da formalização do **1º e 2° Termo Aditivo do Contrato Administrativo n° 82/2014**, bem como, pela **Irregularidade** da formalização do **3° Termo Aditivo e da Execução**, destacando a intempestividade na remessa de documentos ao Tribunal conforme verificado na Análise **“ANÁLISE ANA - 2ICE - 23612/2018”** a Peça Digital n.º 60 (fls. 1018/1026), e no R. Parecer Análise **“PAR - 2ª PRC - 13853/2019”** a Peça Digital n.º 51 (fl. 1026/1028).

Em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da verificação por parte da Equipe Técnica quanto à irregularidade sobre a formalização do 3º Termo Aditivo e Execução Financeira, determinou-se a intimação da autoridade responsável por este Conselheiro-Relator para, querendo, apresentar sua **defesa** sobre os pontos levantados no curso da instrução processual, com prazo estipulado nos termos das intimações: **“INT - G.WNB - 14013/2019”** (fl. 1030), e **“INT - G.WNB - 14012/2019”** (fl. 1031).

Ao retornarem os autos, verificou-se que e a Resposta à Intimação (Peça 60 e 66) alegou que o 3° Termo Aditivo não sofreu os acréscimos contratuais, apenas prorrogou o contrato em razão do acréscimo do número de exames, para manutenção do equilíbrio contratual, e que ainda, os artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93 trazem as hipóteses em que a Administração Pública poderá não realizar o procedimento licitatório e contratar diretamente, por meio da dispensa e da inexigibilidade de licitação. Desta forma, foi encerrada a instrução processual, conforme Despacho “DSP - G.WNB - 29987/2020”.

É o Relatório.

Preliminarmente, forte no art. 4º, III, “a”, c/c arts. 10 e 11, IV, da Resolução n.º 98/2018, em razão da matéria, a competência para o julgamento do

feito em comento é do Juízo Singular.

Constata-se que foram observadas as disposições regimentais, razão pela qual se passa ao exame e o julgamento da matéria relativa ao Ato de Contratação Pública e Execução de seu objeto, conforme consta no art. 121, II e III, da Resolução n.º 98/2018.

O mérito em questão compreende o exame da formalização dos 1°, 2° e 3° Termos Aditivos e da Execução Financeira do Contrato Administrativo n.º 82/2014, celebrado entre o **Município de Bataguassu** e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, conforme visto nos termos do Contrato presente às fls. 166/170.

Verifica-se que a formalização do **1º Termo Aditivo do Contrato n° 82/2014**, cujo objeto é o acréscimo dos encargos do contratado em 10,83% (dez inteiros e oitenta e três centésimos por cento), acrescentando ao valor inicialmente contratado o montante de R$ 11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais), atendeu as determinações da Lei Federal n° 8.666/93 e suas posteriores alterações, incluindo o art. 65, § 1º do mesmo diploma legal.

O **2º Termo Aditivo do Contrato n° 82/2014** teve como objeto prorrogar o Contrato Administrativo, com seu término previsto para 23/05/2016.

Embora a Equipe Técnica tenha considerado que o 2° Termo esteja em consonância com o § 2º do art. 57, cc. o parágrafo único do art. 38, ambos da Lei nº 8.666/1993 e dentro do prazo previsto no inciso II do art. 57 do mesmo diploma legal, verifica-se uma irregularidade, tendo em vista que o Contrato n° 82/2014 possui a vigência de 16 de maio de 2014 até 16 de maio de 2015, e o 2º Termo Aditivo foi formalizado em 22 de maio de 2015.

Pois bem, considerando a formalização do 2º Termo Aditivo após o término do Contrato, é necessário ressaltar que a prorrogação do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste.

Desse modo, o contrato extinto não se prorroga, nem se renova, e sim

deve ser refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior.

O Tribunal de Contas da União ratifica esse posicionamento em alguns de seus precedentes. Tomemos como exemplo o Acórdão nº 1.335/2009:

> "[RELATÓRIO] [Irregularidade] e) celebração de termo aditivo de prorrogação da vigência do Contrato […], cuja vigência estava expirada, com efeitos retroativos, configurando recontratação sem licitação, infringindo a Lei 8.666/1993, art. 2o, c/c 3o; […] 25. […] se os dois agentes públicos […] tivessem agido com a diligência de um profissional médio no exercício das funções, não teria ocorrido a celebração de Termo Aditivo […] com efeito retroativo a configurar contração sem licitação. Nesse sentido, somos pela aplicação de multa aos Senhores [omissis], sem prejuízo de determinações à Entidade para prevenir-se de novas ocorrências. [VOTO] 9. A celebração de termo aditivo de prorrogação da vigência do Contrato […], cuja vigência estava expirada […], constitui infração a norma legal, revestindo-se de gravidade suficiente para justificar a sanção dos responsáveis. [ACÓRDÃO] 9.6. aplicar aos srs. [omissis], individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 268, inciso II, do Regimento Interno/TCU, no valor de R$ 5.000,00 […]; 9.9.5. não realize serviços sem a devida cobertura contratual e não celebre contratos e aditivos com prazos de vigência retroativos, evitando situações irregulares […];" (Grifou-se)

Portanto, a prorrogação do Contrato Administrativo só é possível se for realizada, mediante formalização do respectivo Termo Aditivo, antes do término do prazo de vigência do Contrato, motivo pelo qual o 2° Termo Aditivo se encontra **irregular**.

O **3° Termo Aditivo do Contrato n° 82/2014** teve como objeto aumentar os encargos do contratado em R$ 96.800,00 (noventa e seis mil e oitocentos reais), referentes ao acréscimo de mais 2.200 (dois mil e duzentos) exames médicos**,** o que representa 91,66% (noventa e um inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor inicialmente contratado.

Em Análise "ANA - 2ICE - 23612/2018", a 2ª Inspetoria de Controle Externo, aduz que o 1º Termo Aditivo teve como objeto o aumento dos encargos do contratado em 10,83%, o que somado ao acréscimo promovido pelo 3º Termo Aditivo**,** representa o total de 102,49% (cento e dois inteiros e quarenta e nove centésimos por cento) do valor estabelecido inicialmente, e que por isso o valor acrescido pelos aditivos ultrapassa o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) para contratações dessa natureza, o que é vedado pela Lei 8.666/1993.

O Ministério Público de Contas, em Parecer "PAR - 2ª PRC - 13853/2019" concordou com a Análise da Equipe Técnica em relação ao 3° Termo Aditivo.

Dessa forma, o Gestor foi intimado para se manifestar acerca do limite de 25%, estabelecido na Lei Geral de Licitações, ter ultrapassado com a formalização do 3º Termo Aditivo. Tendo comparecido nos autos argumentou, em seu favor (Peça 60), que o 3° Termo Aditivo não sofreu os acréscimos contratuais previstos no artigo 65, inciso I, alínea "b", parágrafos 1 ° e 2° da Lei 8.666, sendo que na verdade, a Secretária Municipal de Saúde solicitou a prorrogação do contrato e acréscimo do número de exames, para manutenção do equilíbrio contratual, e que ainda, os artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93 trazem as hipóteses em que a Administração Pública poderá não realizar o procedimento licitatório e contratar diretamente, por meio da dispensa e da inexigibilidade de licitação.

Esclarece-se que nas alterações unilaterais quantitativas, previstas no art. 65, I, "b", da Lei nº 8.666/93, a referência aos limites é expressa, uma vez que os contratos podem ser alterados unilateralmente quando necessária à modificação do

valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos no § 1º do referido artigo.

A regra, portanto, é de que as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, a questão que se coloca aqui diz respeito à possível admissibilidade de alteração além dos limites estabelecidos na lei, qual seja, a possibilidade de acréscimo da prestação contratual acima do percentual de 25% para o fornecedor exclusivo.

Em relação à inexigibilidade de licitação, a mesma ocorre quando não resta evidenciado o requisito básico de todas as licitações, qual seja: a competição, na forma preconizada pelo artigo 25 da Lei de Licitações.

São extraídas, portanto, três hipóteses de inexigibilidade, sendo uma delas o credenciamento, que possibilita que a Administração Pública contrate prestadores de serviços, diante da inviabilidade de competição e mediante requisitos estabelecidos no edital de convocação, considerando que determinado serviço público necessita ser prestado por urna pluralidade de contratados simultaneamente.

A situação de exclusividade de fornecedor (art. 25, I, da Lei nº 8.666/93) impede a realização de licitação porque os materiais, equipamentos ou gêneros somente poderão ser oferecidos por uma única pessoa, o que torna absolutamente inviável a tentativa de obtenção da proposta mais vantajosa.

Ocorre que, a exclusividade de fornecedor não autorizaria, a princípio, o acréscimo do contrato além do limite previsto em lei, caso em que a Administração deveria efetuar nova contratação direta fundada na inexigibilidade, por ausência de competição, mas, em situações excepcionais, a Administração pode ultrapassar os referidos limites.

Apresenta-se oportuno ressaltar o entendimento sumulado na Orientação Normativa NAJ-MG nº 03/2009, da Advocacia-Geral da União, nos seguintes termos:

> "TERMO ADITIVO DE CONTRATO VISANDO ACRÉSCIMO SUPERIOR A 25% (Art. 65, §1º, da lei nº 8.666/1993). Em caso de contratação direta fundada em INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (Art. 25 da lei nº 8.666/1993), respeitado o art. 3º da Lei 8666/1993, é possível o acréscimo, desde que conste justificativa expressa, observando-se os princípios da economicidade da eficiência. Face à inviabilidade de competição, é desnecessária a realização de novo procedimento de inexigibilidade de licitação idêntico ao que deu origem à contratação que se pretende aditar, alterando-se apenas o valor do objeto da contratação". (g.n.i)

No mesmo sentido o Ministério Público de Contas/TC/MS, processo TC/974/2017, emitiu seu parecer 4º PRC-15366/2018 (fls. 188 – 190), concordando com a possibilidade do acréscimo em questão, conforme testifica "*in vergis*":

> "Diante desses pressupostos e reconhecendo a importância da Saúde e do interesse Público, bem como as dificuldades que pesam sobre ela, este órgão Ministerial admite a exceção e conclui, portanto, que, esta claro nos autos a adjudicação a proposta da empresa, havendo justificativa expressa e fundamentada, do respectivo percentual de alteração, mostra-se juridicamente viável o acréscimo contratual superior ao limite legal de 25% em caso de contratação direta fundada em credenciamento, em prestígio, aos princípios da eficiência e economicidade, que devem nortear a atividade administrativa."(grifos nossos)

No caso, o gestor comprovou os requisitos para autorizar a prorrogação em limite superior ao estabelecido na legislação, porém será considerado irregular em face da contaminação do 1º Termo Aditivo, deixando de aplicar multa em face da vedação ao *bis in idem*.

Por fim, a **Execução Financeira do presente Contrato Administrativo n.º 82/2014** encontra-se resumidamente assim demonstrados:

RESUMO TOTAL DA EXECUÇÃO	
Valor Contratual Inicial	**R$ 105.600,00**
Termo Aditivo	R$ 225.280,00
Valor Contratual Final	**R$ 330.880,00**
Notas de Empenho	R$ 379.368,00
Anulações de Notas de Empenho	R$ 112.948,00
Saldo Notas de Empenho	**R$ 266.420,00**
Ordens de Pagamento	**R$ 266.420,00**
Notas Fiscais	**R$ 266.420,00**

Sobre o Controle Externo dos Atos de Contratação Pública e de Execução do Objeto do Contrato, o art. 121do Regimento Interno deste Tribunal dispõe:

> "Art. 120. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases:
>
> I - primeira fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento:
>
> a) licitatório, inclusive, conforme o caso, da formalização ou da adesão à ata de registro de preços;
>
> b) de dispensa ou de inexigibilidade de licitação;
>
> II - segunda fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do contrato administrativo firmado, quanto ao teor do seu termo ou do instrumento

> que o substituiu, tal como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço;
>
> III - terceira fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato, especialmente quanto:
>
> a) ao cumprimento dos prazos e condições pactuados no instrumento contratual, observado, quanto ao termo aditivo e a outras eventuais alterações das cláusulas contratuais, o disposto no § 4º;
>
> b) à atestação da regularidade do recebimento parcial ou total do bem móvel ou imóvel, da obra ou do serviço, especialmente quanto aos seus aspectos de conformidade, qualidade e quantidade;
>
> c) aos dispêndios financeiros realizados e à despesa pendente de liquidação.
>
> (...)
>
> **§ 1º Os julgamentos das matérias nos âmbitos das primeira, segunda e terceira fases são juridicamente distintos; todavia, em decorrência da cronologia dos eventos:**
>
> I - a matéria compreendida no âmbito da fase subsequente não poderá ser julgada antes do julgamento da matéria compreendida no âmbito da fase antecedente;" (g.n.)

Assim, ao realizarmos uma interpretação lógica do referido artigo, podemos concluir, portanto, que o julgamento de um mesmo procedimento licitatório é dividido em três fases e, justamente por isso, devem ser autônomas e independentes quando houver meras irregularidades, sem afetar a decisão da fase subsequente.

Pela própria discriminação feita pelo ordenamento jurídico, constata-se que há separação, com autonomia e independência, entre as fases e o julgamento de uma etapa não macula a apreciação e decisão das subsequentes, sobretudo com relação à execução financeira, pois segue as regras descritas na Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre as normas gerais do orçamento público.

Com efeito, apesar de ser irregular o 3° Termo Aditivo, da 2ª fase, diante da autonomia da 3ª fase, deve esta ser declarada regular.

Quanto à Execução Financeira, constata-se que não foram remetidos os documentos necessários para análise da 3ª fase no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados do último pagamento à esta Corte de Contas, não atendendo ao disposto na Instrução Normativa n.º 35/2011, vigente à época, prejudicando o julgamento do ato, pois a data limite para apresentação dos documentos foi 21/07/2016, e a documentação somente foi remetida em 09/11/2016.

Todavia, embora a remessa dos documentos tenha ocorrido de forma intempestiva, com mais de 30 (trinta) dias de atraso, torna-se antieconômica a aplicação de multa por intempestividade da remessa dos documentos, haja vista que o ato não trouxe dano ao erário, permitindo a adoção da **Recomendação** ao Jurisdicionado para a observância rigorosa dos prazos de remessa a este Tribunal, como medida suficiente ao caso concreto, nos termos do art. 59, §1º da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012.

Diante disso, **DECIDO:**

I – **PELA REGULARIDADE** da formalização do **1º Termo Aditivo do Contrato Administrativo n° 82/2014**, firmado entre o **Município de Bataguassu**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 03.576.220/001-56** e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, inscrita no **CNPJ sob o n.º 18.026.606/0001-61**, haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, II, §4º do RITC/MS;

II – **PELA IRREGULARIDADE** da formalização do **2º Termos Aditivos do Contrato Administrativo n° 82/2014**, firmado entre o **Município de Bataguassu**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 03.576.220/001-56** e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, inscrita no **CNPJ sob o n.º 18.026.606/0001-61**, em razão da formalização de Termo Aditivo depois do término do prazo de vigência do Contrato, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c 121, II, do RITC/MS;

III - PELA IRREGULARIDADE da Formalização do **3º Termo Aditivo do Contrato Administrativo n° 82/2014**, celebrado entre o **Município de Bataguassu**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 03.576.220/001-56**, e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 18.026.606/0001-61** em razão da contaminação do 2º Termo Aditivo, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c 121, II, do RITC/MS;

IV - PELA REGULARIDADE da **Execução Financeira do Contrato Administrativo n° 82/2014**, celebrado entre o **Município de Bataguassu**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 03.576.220/001-56**, e a empresa **S.J.C. Gois Clínica Médica - ME**, inscrito no **CNPJ sob o n.º 18.026.606/0001-61**, haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, III do RITC/MS;

V - PELA APLICAÇÃO DE MULTA no valor correspondente a **50 (cinquenta) UFERMS**, sob a responsabilidade do **Sr. Pedro Arlei Caravina**, inscrito no **CPF sob o n.º 069.753.388-33**, atraindo a incidência dos arts. 21, X e 44, I da Lei Complementar n.º 160/2012;

VI - PELA RECOMENDAÇÃO ao atual responsável pelo município,

para que observe, com maior rigor, a data de formalização de Termo Aditivo, para que seja realizado durante a vigência do Contrato, bem como, os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas, nos termos do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012;

VII – PELA CONCESSÃO DE PRAZO DE 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominado no item "III" supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas - FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83 da Lei Complementar nº 160/2012, sob pena de cobrança executiva, nos moldes do art. 78 da mesma Lei Orgânica;

VIII - PELA INTIMAÇÃO do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 11 de novembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA