

BENS DE USO CONTINUADO FORNECIMENTO – CONTRATO – PRORROGAÇÃO

PROCESSO Nº : 706690/18
 ASSUNTO : CONSULTA
 ENTIDADE : MUNICÍPIO DE ASSAÍ
 INTERESSADO : ACACIO SECCI
 RELATOR : CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 440/20 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Interpretação extensiva do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93. Possibilidade de prorrogação de contratos de fornecimento de bens de uso continuado. Conhecimento e resposta.

1 DO RELATÓRIO

Encerram os presentes autos consulta formulada pelo Prefeito do Município de Assaí, por meio do qual se indaga acerca das seguintes questões:

Caberia a interpretação extensiva ou analógica da regra do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal, tais como fármacos, gêneros alimentícios, de limpeza e higiene, possibilitando que estes ajustes durem mais de um exercício financeiro, impedindo a interrupção do serviço público?

Caso positivo, seria cabível a prorrogação destes contratos de fornecimento por até sessenta meses, conforme o referido art. 57, II, da Lei n. 8.666/93, ou pelo tempo necessário à realização de novo procedimento licitatório e conseqüente contratação?

Em atendimento ao disposto no inc. IV, do art. 311, do Regimento Interno do Tribunal, foi anexado parecer jurídico (peça 4), o qual analisou pontualmente as indagações, concluindo “pela possibilidade de interpretação extensiva ou analógica ao disposto no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, para abranger, outrossim, os contratos administrativos cujos objetos envolvam o fornecimento permanente de bens de uso continuado pela Administração, essenciais ao bom atendimento à população administrada, na mesma razão de ser dos serviços de uso continuado, sem os quais a própria continuidade e eficiência do serviço público e o próprio interesse público primários restam prejudicados” (fls. 4 e 5).

Manifestando-se sobre a jurisprudência desta Corte, a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca apresentou sua Informação n. 131/17 (peça 7), relacionando decisões desta Corte (Acórdão n.º 2634/17-Segunda Câmara), do Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 766/10-Plenário) e Tribunais de Contas dos Estados

de São Paulo (Parecer TC 000178/026/06) e do Distrito Federal (Decisão Normativa n.º 3/99).

Por meio do Despacho n.º 2094/18 (peça 9), foi determinado o encaminhamento dos autos à unidade técnica e ao órgão ministerial para suas respectivas manifestações.

A Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução n.º 662/19, peça 13), ao analisar o feito, concluiu

pela possibilidade de que o art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93, seja interpretado extensivamente, abrangendo as situações caracterizadas como de fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas, desde que os bens sejam de caráter essencial, existam recursos em dotação orçamentária específica, bem como que seja comprovado que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração” (fls. 10).

Suscitada a necessidade de retorno dos autos à unidade técnica para fins de resposta à segunda indagação do consulente, o feito a ela regressou, opinando essa “pela possibilidade de que os contratos para o fornecimento contínuo de bens atualmente vigentes sejam prorrogados nos termos Instrução n.º 662/19-CGM, desde que tenha havido tal previsão nos respectivos instrumentos convocatórios” (Instrução n.º 943/19, peça 17, fls. 2).

O Ministério Público junto a esta Corte (Parecer n.º 198/19, peça 18) alinhou-se aos termos vertidos pela unidade técnica.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, comportam os autos as condições necessárias à sua admissibilidade. O consulente é parte legítima para suscitar o presente expediente nesta Corte de Contas, consoante faculta o art. 312, inc. I, do RITCEPR¹. A dúvida versa acerca da aplicação de dispositivos legais concernentes à matéria de competência deste Tribunal de Contas. No mais, em atenção aos inc. II, IV e V, do art. 311 do RITCEPR, o feito se encontra devidamente quesitado, instruído e formulado em tese.

Destarte, conheço da presente consulta.

Eis a regra a vindicar interpretação e aplicação:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

1 Art. 312. Estão legitimados para formular consulta: I - no âmbito estadual, Governador do Estado, Presidente de Tribunal de Justiça, Presidente da Assembleia Legislativa, Secretários de Estado, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo Estado e conselhos constitucionais e legais;

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

Fácil vislumbrar o estabelecimento de uma regra e a hipótese que a excepciona, convindo primeiro encontrar o sentido e alcance daquela para, após, explicitar o desta.

A norma, de índole eminentemente orçamentária, vincula a duração de contratos administrativos à vigência dos créditos orçamentários que lhes servem de substrato. Nesse passo, enquanto perdurar o crédito, subsiste o contrato. E a vigência do crédito se curva à estrita observância do princípio da anualidade orçamentária, previsto no art. 35, II, da Lei n.º 4.320/64. E tendo em vista que o exercício financeiro coincide com o ano civil (art. 34 da Lei n.º 4.320/64), as despesas de um exercício financeiro devem restar lastreadas nas receitas arrecadadas no mesmo exercício. Assim, ultrapassado o exercício financeiro, impõe-se a reserva de numerário suficiente ao adimplemento das obrigações oriundas desse contrato, seguindo o empenho das despesas até o último dia do exercício financeiro e a sua inscrição em restos a pagar no exercício seguinte.

A dissociação a isso, ou seja, a não observância a essa regra, se permite naquelas hipóteses descritas em lei, notadamente, naquilo que toca ao presente, o contrato de prestação de serviços contínuos.

Embora não goze de grande acolhida a interpretação literal (Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 106-123), o apego à literalidade do dispositivo conduz, prima facie, à negativa de considerar qualquer aplicabilidade, ainda que lateral, a contratos de fornecimento (compra) contínuo, eis que cediço que os mesmos encerram obrigação de dar, e os de prestação de serviço, de fazer. Embora isso não ressoe claro da interpretação autêntica dada pela Lei n.º 8.666/93 aos conceitos de serviço e compra (incisos II e III do art. 6º, respectivamente), colhe-se da doutrina diversos exemplos de que o fator de *discrímen* residiria na natureza da obrigação principal que encerra o objeto do contrato. Convém pontuar que esse raciocínio se encontra explicitado no Acórdão n.º 5372/14, do Tribunal Pleno², que restringiu a aplicabilidade do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93, apenas aos contratos que compreendam obrigações de fazer (prestação de serviço), considerando, assim, irregular a prorrogação de contratos de fornecimento contínuo. Mais além, há sólidas posições quanto à não incidência do dispositivo à contratos de compras. Nesse sentido: Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. Dialética: São Paulo, 2012. p. 832; Joel de Menezes Niebuhr. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4 ed. Fórum: Belo horizonte, 2015. p. 857.

2 Relator Cons. Ivan Lelis Bonilha.

Frise-se que é a literalidade do dispositivo que conduz a tais posições.

Mas como afirmado, tirante a interpretação literal, há que se buscar outros meios hermenêuticos para a elucidação da indagação em comento.

De início, cumpre afirmar que, relativamente ao primeiro questionamento, de interpretação analógica não cuida o presente, eis que essa somente se observa quando explicitamente admitida pelo próprio dispositivo legal que se pretende aplicar, pois o mesmo alberga uma fórmula casuística e outra genérica, permitindo a extensão da regra a outras hipóteses por meio da formulação genérica.

Veja-se a redação da cabeça do art. 3º da Lei n.º 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Após uma descrição casuística e enumerada dos princípios que devem ser observados numa licitação (legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório), segue uma formulação genérica a impor a obediência de outros princípios “que lhes são correlatos”. Veja-se que, reside na própria lei a autorização para a utilização da interpretação analógica.

Na interpretação extensiva ocorre uma dilatação da regra para abranger uma hipótese implicitamente admitida. Como leciona Carlos Maximiliano, “a interpretação extensiva completa norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste” (Hermenêutica e aplicação do direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 215).

Dito isso, cumpre verificar se a literalidade ficou aquém do que pretendia a regra.

A lei admitiu a possibilidade de prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos, mas não definiu o que os caracterizaria. Da doutrina colhe-se:

Prestação de serviços de execução contínua devendo-se por esta entender aquela cuja falta paralisa ou retarda o serviço de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal (Jessé Torres Pereira Júnior. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 502);

São contratos voltados para serviços que, devido ao interesse público, deverão ser prestados sem nenhum tipo de interrupção (Sidney Bittencourt. Licitação passo a passo. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 588); Os serviços de execução contínua são caracterizados pela perenidade e necessidade de sua prestação (Diógenes Gasparini. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 2, n. 13, jan. 2003);

Não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (A duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, NDJ, São Paulo, NDJ).

Os conceitos trazidos são uniformes quanto à caracterização de serviços contínuos como aqueles que ostentam a necessidade de sua prestação, onde a sua paralisação, retardo, interrupção comprometeria a atuação estatal. Assim, pela necessidade de sua prestação contínua, sem interrupção, sob pena de embaraçamento da atividade estatal, é que a tais contratos foi outorgada a possibilidade de prorrogação.

Ocorre que os mesmos motivos que possibilitam a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos podem ser utilizados em relação aos de fornecimento contínuo, quais sejam, a necessidade ininterrupta do fornecimento e o comprometimento do funcionamento estatal adequado caso ocorra a sua descontinuidade.

Em verdade, não parece existir razão suficiente (salvo a literalidade da lei) para negar a possibilidade de prorrogação em razão da natureza do contrato que se pretende aditar. A necessidade contínua da prestação do serviço ou do fornecimento do bem se impõe indistintamente.

Consoante bem lembrado na instrução da unidade técnica, esta Corte já considerou a hipótese regular, por meio do Acórdão n.º 2634/17, da Segunda Câmara, nos seguintes termos:

Todavia, entendo que se impõe em juízo de razoabilidade a específica análise do caso concreto, conforme Decisão n.º 10.109/1998 do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

“Admitir a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666, e 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão interessado, caso a caso”.

Nesse sentido, entendo que o Acórdão n.º 766/2010-Plenário do Tribunal de Contas da União, mencionado pela Coordenadoria de Fiscalização Municipal, fornece parâmetros para a possível aplicação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93. Cito trecho da decisão:

Pode-se observar que os serviços contínuos possuem as seguintes características:

- Ser essencial;
- Executado de forma contínua;
- De longa duração;
- O fracionamento em períodos prejudica a execução do serviço.

Estas características podem ser observadas nas contratações para entrega de fatores de coagulação. É um serviço essencial, indispensável para a sobrevivência de milhares de brasileiros. Segundo Marçal Justen Filho (2005), o inciso II do art. 57 “abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure a prestação semelhante no futuro.

Em virtude desses serviços buscarem atender necessidades permanentes e renovadas do poder público, pode-se prever a existência de recursos orçamentários para seu custeio em exercícios posteriores.

O mesmo se aplica à compra de hemoderivados para o tratamento das coagulopatias. O país sempre precisará adquirir os fatores de coagulação, caso contrário estará abandonando à própria sorte milhares de brasileiros que dependem destes medicamentos para sua sobrevivência. Portanto, é previsível que os próximos orçamentos conterão recursos orçamentários para a atenção aos pacientes portadores de coagulopatias, até mesmo porque se trata de uma ação presente no Plano Plurianual.

A execução dessas entregas se dá de forma contínua. É inviável que ocorram entregas que atendam a demanda anual brasileira por fatores de coagulação em períodos curtos de tempo, pois as empresas fornecedoras não teriam capacidade para isso. Para Lucas Rocha Furtado (2007), A regra do caput do art. 57 causa inúmeros transtornos à administração dos contratos celebrados pelo poder público, especialmente às comissões de licitação e aos pregoeiros, em razão de que a grande maioria das licitações deve ser programada tendo como paradigma a referida data (31 de dezembro). É necessário que haja planejamento de modo que, encerrando-se os contratos na fatídica data, já tenha sido realizada a licitação de modo a que não haja solução de continuidade para importantes contratos firmados pelo poder público.

Portanto, o planejamento das compras é primordial para que seja obedecida a regra do caput do art. 57. A compra de fatores de coagulação apresenta, no entanto, peculiaridades que obstam o seu planejamento de forma que os contratos sejam firmados apenas dentro do exercício.

Para que as compras de hemoderivados se enquadrem na regra do art. 57, seria preciso que a licitação fosse realizada no máximo em fevereiro de cada ano. Como foi visto no tópico anterior, é preciso um prazo de pelo menos 120 dias para a entrega da primeira parcela dos medicamentos. Portanto, as entregas deveriam começar em junho e terminar em dezembro, ou seja, haveria no máximo sete entregas para atender à demanda anual de fatores de coagulação.

Seria um fator limitador da concorrência nas licitações a exigência de que as empresas entregassem em poucas parcelas quantidades expressivas de medicamento [...] (grifamos).

Quanto ao caráter essencial do serviço, o fato resta demonstrado uma vez que, conforme assevera a Unidade Técnica, a distribuição de medicamentos concretiza o direito constitucional à saúde e resguarda a dignidade da pessoa humana. Por consequência, a interrupção no fornecimento tende a gerar transtornos aos beneficiários da política pública e prejudicar a execução do serviço.

Irretocáveis as razões acima expendidas, salvo quanto à eleição da essencialidade como atributo do serviço a autorizar a prorrogação do serviço ou fornecimento, eis que tal requisito não se encontra definido na lei. A necessidade contínua do serviço ou do fornecimento é suficiente para autorizar a prorrogação. A essencialidade não se encontra prevista em lei, admitindo-se apenas que o serviço ou o fornecimento seja, para usar a expressão da lei, executado de forma contínua.

No entanto, divirjo da necessidade de ser um serviço essencial, ou seja, cuja paralisação traria prejuízo para a Administração, pois a lei não limitou as hipóteses de contratos executados de forma contínua. O inc. II dispõe: “a pres-

tação de serviços a serem executados de forma contínua que poderão ter sua duração prorrogada...”. Os serviços enquadráveis neste dispositivo são todos aqueles que são executados de forma contínua, não importando se é essencial, ou que sua interrupção provoque dano à Administração. Basta que seja executado de forma contínua. Ainda, válida é a invocação do antigo brocardo: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir)³.

Perceba-se que a essencialidade não é exigida para os contratos de prestação de serviços contínuos, como explica Marçal Justen Filho:

Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também as necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades de menor relevância (tal como limpeza, por exemplo). O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a lei de licitação e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 831)

Como tal essencialidade não se encontra prevista na norma, nem é exigida para a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos, não deve essa ser erigida como requisito para a dilatação do prazo de contratos de fornecimentos contínuos.

Respondendo especificamente à indagação feita, é possível a interpretação extensiva da regra do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal;

Atente-se que, embora a resposta à consulta tenha se adstrito a possibilidade da interpretação extensiva da regra do art. 57, inc. II, da Lei n. 8.666/93, aos contratos de fornecimento contínuo, os mesmos requisitos que se impõe à faculdade de prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos obrigados devem ser atendidos quando da dilatação do prazo daqueles.

O segundo questionamento mostra-se redundante, pelo menos, na sua primeira parte, e prejudicado na segunda. Eis sua redação para uma melhor intelecção:

Caso positivo, seria cabível a prorrogação destes contratos de fornecimento por até sessenta meses, conforme o referido art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, ou pelo tempo necessário à realização de novo procedimento licitatório e consequente contratação?”

A resposta à primeira indagação foi positiva, admitindo a interpretação extensiva do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração Pública,

o que torna desnecessária a primeira parte da segunda dúvida, quando questiona se “seria cabível a prorrogação destes contratos de fornecimento por até sessenta meses, conforme o referido art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93”, eis que, sim, é cabível a prorrogação como afirmado anteriormente.

Relativamente à segunda parte, a pergunta perde sentido diante da resposta à primeira indagação, eis que as duas partes da segunda indagação se encontram ligadas pela conjunção alternativa “ou”. Daí segue que a resposta positiva à primeira prejudica a segunda.

2.1 VOTO

Destarte, VOTO:

1) pelo conhecimento da consulta formulada pelo Prefeito do Município de Assaí, para, no mérito, responder:

É possível a interpretação extensiva da regra do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal;

2) Após a publicação da decisão no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas, proceder aos registros pertinentes, pelas respectivas unidades, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno;

3) Após o trânsito em julgado, feitas as anotações necessárias, encerrar os presentes autos, nos termos do art. 398 do RITCEPR.

É o voto.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em conhecer da consulta formulada pelo Prefeito do Município de Assaí, para, no mérito, responder:

I - É possível a interpretação extensiva da regra do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal;

II - Após a publicação da decisão no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas, proceder aos registros pertinentes, pelas respectivas unidades, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno;

III - Após o trânsito em julgado, feitas as anotações necessárias, encerrar os presentes autos, nos termos do art. 398 do RITCEPR.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI.

Sala das Sessões, 19 de fevereiro de 2020 – Sessão nº 5.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA

Presidente