

Ministério da Saúde

FIOCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz
Procuradoria Geral

Memorando-Circular 05 /PG-01

Assunto: Vigência de contratos. Orçamento.

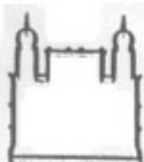
Srs.(as) Diretores (as):

Cuida este memorando da possibilidade de firmar compromissos contratuais de consumo (fornecimento), que ultrapassam o exercício financeiro.

Extrai-se da Carta Constitucional, em seu artigo 167, inciso II, e o parágrafo único desse artigo, a regra master que normatiza a situação em análise.

Impõem tais dispositivos que são vedadas as realizações de despesas de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Outrossim, "Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade".



Ministério da Saúde

FIOCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz
Procuradoria Geral



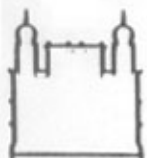
Obediente a esse princípio de índole constitucional, a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, determina, no seu artigo 5º, parágrafo 1º, a mesma obrigatoriedade.

Por sua vez, o *caput* do artigo 57 da Lei de Licitações, vincula a duração dos contratos à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Assim, todos os contratos que não foram excepcionados pelo referido artigo 57, como os de consumo, por exemplo, não poderão ultrapassar o exercício financeiro.

O referido dispositivo impede que se firme contratos sem a necessária previsão de recursos orçamentários para seu pagamento.

Como leciona o prof. Marçal Justen Filho em sua conceituada obra "Comentários à Licitações e Contratos Administrativos", que:



Ministério da Saúde

FIGCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz
Procuradoria Geral




“Se fosse possível uma contratação com longo prazo de vigência, estar-se-ia frustrando esse princípio, pois a contratação se faria sem previsão de recursos orçamentários...””

Conclui-se, portanto, que a regra da vigência dos contratos administrativos é limitada ao respectivo crédito orçamentário. Escapam dessa regra os casos apontados pelo próprio artigo 57,

Especificamente quanto ao fornecimento de gases medicinais, diante da Decisão n. 732/2000 – Plenário do Tribunal de Contas da União - , decisão essa que fora uma conquista do Ministério da Saúde – Representação do Rio de Janeiro – , permite-se que o prazo de vigência seja regulado na forma do inciso II, artigo 57, da Lei 8666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98,

Atenciosamente,


Francisco José Feliciano
Procurador - Geral

Adriano - Pres. Prouz

DECISÃO Nº 732/2000-TCU-PLENÁRIO



1. Processo nº TC-001.128/1999-0
2. Classe de Assunto VII – Representação.
3. Interessada: João Batista Pereira Vinhosa.
4. Unidade: Coordenação-Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secex/RJ.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/92, e art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c o disposto no art. 37A, VII, e § 1º, da Resolução TCU 77/96, DECIDE:
 - 8.1. conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
 - 8.2. determinar à Coordenação-Geral de Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro que
 - 8.2.1. observe os prazos mínimos estabelecidos entre a última publicação dos editais de licitação e a data fixada para o recebimento e abertura das propostas, nos termos do art. 21, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.666/93;
 - 8.2.2. a classificação orçamentária da despesa deve estar em conformidade com o objeto dos respectivos contratos;
 - 8.2.3. ajuste o prazo de vigência dos contratos celebrados para fornecimento de gases medicinais ao disposto no art. 57, II, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648, de 28.5.1998,
 - 8.3. dar conhecimento da presente decisão ao interessado, e
 - 8.4. arquivar este processo
9. Ata nº 35/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 06/09/2000 – Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator) e Guilherme Palmeira

Iram Saraiva
IRAM SARAIVA
Presidente

Walton A. Rodrigues
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator



GRUPO II - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-001.128/1999-0

NATUREZA: Representação

UNIDADE: Coordenação-Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde

INTERESSADOS: João Batista Pereira Vinhosa

EMENTA: Representação. Licitação para aquisição de gases medicinais. Inspeção. Audiência. Gases medicinais - classificação do elemento de despesa. Encargos moratórios de obrigações pagas com atraso. Aplicação do subitem 8.1.1 da Instrução Normativa 18/97-MARE, de 22.12.1997, e do art. 29, parágrafo único, da IN/MARE 8/98, de 4.12.1998. Conhecimento e procedência parcial. Determinações. Comunicação ao interessado. Arquivamento.

Trata-se de Representação formulada por João Batista Pereira Vinhosa, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, por entender que as condições estabelecidas no edital da Concorrência 2/98 - CAO, da Coordenação-Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde, *"aniquilavam com o caráter competitivo da licitação"* (fls. 1/4)

Segundo o Representante, o edital comprometia o caráter competitivo da licitação, porque englobava diversos hospitais num só item e previa o fornecimento apenas por tipo de gás e não por tipo de gás e por hospital, o que seria o mais adequado ao disposto no art. 15, IV, da Lei 8.666/93, e na Decisão 393/94 - TCU - Plenário (TC-007.759/1994-0). Questiona, também, a exiguidade de tempo entre a assinatura do contrato e o início do fornecimento, o que, no seu entendimento, afugentaria os concorrentes sérios, não detentores de tempo hábil para instalar seus tanques criogênicos, denotando direcionamento da licitação.

A Secex/RJ analisou os elementos apresentados e entendeu caber razão ao Representante, concluindo pela realização de diligência (fls. 59/69).

Antes, contudo, que a diligência fosse realizada, o sr. João Batista Pereira Vinhosa apresentou os documentos fls. 71/8, nos quais informa que a Concorrência 2/98 - CAO foi anulada, porque os preços ofertados estavam muito acima do valor máximo estabelecido no edital.

Anulada a Concorrência 2/98 - CAO, foi aberta a Concorrência 3/99 - CAO, com alterações no objeto e no valor máximo do oxigênio líquido, fixado em R\$ 1,40 por m³. O processo licitatório foi concluído, sendo contratado o serviço de fornecimento, com entrega parcelada, de gases medicinais, nas Unidades Hospitalares Próprias/MS/RJ.

Com a finalidade de coletar dados e informações, a unidade técnica realizou inspeção no então Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro, cujo Relatório encontra-se às fls. 239/44.

Da análise do processo licitatório, resultou proposta de audiência da Coordenadora do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro e do Presidente da Comissão Especial de Licitação. Realizada a audiência (fls. 248/51) e analisadas as razões de justificativa (fls. 278/85), não foram acolhidas as justificativas para as seguintes ocorrências:

d) descumprimento do prazo mínimo de 30 dias para a última publicação do aviso do edital, em desacordo com o art. 21, § 2º, II, alínea a, da Lei 8.666/93, fato que afronta os princípios constitucionais da igualdade, publicidade e devido processo legal;

O responsáveis informam que a licitação cumpriu os trinta dias de prazo, uma vez que o aviso foi publicado no DOU de 29.1.1999, visando, a publicidade nos jornais O Globo e Folha de São Paulo, apenas a ampliar o universo de competidores.

e) previsão de uso da Taxa Referencial - TR - como índice de atualização dos pagamentos efetuados com atraso pelos hospitais, contrariando entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a TR não é índice de correção monetária;

Informam que usaram a TR em cumprimento à Instrução Normativa MARE 18, de 22.12.1997.

f) contratos com previsão de duração de doze meses, podendo ser prorrogados por iguais períodos até o prazo máximo de sessenta meses, em desacordo com o disposto no art. 57 da Lei 8.666/93, visto que o fornecimento de gases é uma compra e não uma prestação de serviço (natureza da despesa: 349030-Material de Consumo, item 14 do edital);

Alegam que o objeto da licitação foi a contratação de serviço de fornecimento, com entrega parcelada, de gases medicinais nas Unidades Hospitalares Próprias/MS/RJ. A definição do objeto como serviço visou à inclusão de outros componentes ao preço final do produto, como o fornecimento de tanques e cilindros e a manutenção dos equipamentos e da área em torno dos tanques criogênicos.

Essas razões de justificativa foram analisadas pela AFCE Fátima Regina Moreira da Silva, nos seguintes termos (fls. 281/3):

"9. Com relação ao item d, releva notar que o art. 21, § 3, da Lei 8.666/93 diz que os prazos mínimos estabelecidos desde a publicação do aviso até o recebimento das propostas deverão ser contados a partir da última publicação. Uma vez que a última publicação do aviso foi em 3.2.1999 no Jornal O Globo, o recebimento dos envelopes deveria ter ocorrido em 5.3.1999 e não em 1.3.1999, como ocorreu.

10. Quanto ao item e, cabe informar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN 493/92, concluiu não ser a Taxa Referencial 'índice de correção monetária, pois refletindo as variações de custo primário de captação de depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.' E por isso declarou inconstitucionais diversos artigos da Lei 8.177/91, que visavam substituição de índices de correção monetária pela TR (ADIMC 496/92, ADIn 768/92 e ADIMC 959/94). No mesmo sentido tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em diversos processos por ele julgados (RESP 197774/SP-1998/0090492-1; RESP 126047/MG-1997/0022627-1; RESP 14423/SP-1997/0057401-6 E RESP 140965/MG-1997/0050751-3).

11. Desta forma, entendemos que nos contratos assinados pelos hospitais com as empresas fornecedoras de gases medicinais e que possuam cláusula de atualização monetária pelo atraso no pagamento das faturas, a TR deve ser substituída por outro índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.

12. Relativamente ao item g, deve-se ressaltar que a extensão da duração dos contratos, estabelecida no art. 57, II, da Lei 8.666/93, aplica-se apenas aos serviços executados de forma contínua. Para sabermos se o contrato de fornecimento de gases medicinais enquadra-se neste dispositivo devemos primeiramente distinguir compra de serviço.

13. De acordo com Marçal Justen Filho, 'as compras se caracterizam quando existir obrigação de dar; haverá serviço quando a obrigação for de fazer.' Como exemplo cita o caso do fornecimento de combustível que impõe à parte uma obrigação de dar, tratando-se, portanto, de uma compra e não um serviço. Segundo ele, 'essa qualificação não se altera nem mesmo em face de eventuais obrigações de fazer acessórias' como a obrigação de entregar a coisa em determinado lugar. O dever de entrega é um fazer que não transforma o fornecimento de combustível em uma prestação de serviço (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª edição, 1998, Dialética, pags. 92/3 e 485).

14. Segundo o saudoso Hely Lopes Meirelles 'contrato de serviço é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados', enquanto 'contrato de fornecimento é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc) necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços.' Os contratos de fornecimento admitem três modalidades: 1) integral - a entrega da coisa deve ser feita de uma só vez e

na sua totalidade 2) parcelada - a prestação exaure-se com a entrega final da quantidade contratada e 3) contínua - a entrega é sucessiva e perene, devendo ser realizada nas datas avençadas e pelo tempo que durar o contrato (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, pags. 236 e 239).

15. A nosso ver, a aquisição de gases medicinais é uma compra porque, além de existir uma obrigação de dar, os hospitais estão adquirindo uma coisa móvel necessária à manutenção dos seus serviços. Continua neste caso é a modalidade do fornecimento, e não a forma da execução do serviço. Por esta razão, a duração dos contratos celebrados entre os hospitais e as empresas fornecedoras deverá ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Tal entendimento é reforçado pelo código da despesa (349030 - material de consumo) constante da cláusula sétima dos contratos 3/99, 5.99 e 67/99 (fls. 186, 197 e 208). Ora, se até os hospitais classificaram a despesa como material de consumo, como pode considerar o fornecimento um serviço e prorrogar o contrato por cinco anos? Vale ressaltar que, mesmo se a referida aquisição fosse um serviço, o contrato não poderia mais ter a sua duração prorrogada por cinco anos, pois a Lei 9.648, de 28.5.1998, alterou o inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/93, que passou a ter a seguinte redação:

"II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração estendida por igual período."

Conclusivamente, a sra. Analista propõe:

1. determinar à Coordenação Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro, com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/92, que:

1.1. anexe aos processos das licitações que promover, os comprovantes das publicações do edital resumido e do ato de designação da comissão de licitação, conforme preceituado no art. 38, II e III, da Lei 8.666/93;

1.2. elabore o edital das licitações que promover com todos os elementos previstos no art. 40, I a XVII, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93;

1.3. observe os prazos legais nas licitações que promover, em especial, os prescritos no art. 21, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.666/93;

1.4. substitua, nos contratos assinados entre os hospitais e as empresas fornecedoras de gases medicinais, a Taxa Referencial - TR - por outro índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda; e

1.5. observe nos referidos contratos o prazo de vigência estabelecido no art. 57, *caput*, da Lei 8.666/93;

2. dar ciência ao sr. João Batista Pereira Vinhosa do inteiro teor da Decisão que vier a ser adotada; e

3. arquivar o processo.

O Secretário de Controle Externo, em substituição, endossa a proposta, com exceção do item 1.5. Manifesta-se nos seguintes termos (fls. 284/5)

"Em que pesem as fundamentações apresentadas pela sra. Analista, alinho-me no sentido de considerar o fornecimento de gases medicinais como 'serviço de fornecimento'.

Esclarece o Escritório de Representação que o contrato em tela não se enquadra apenas como fornecimento de material, incluindo, entre outros, o fornecimento de tanques e cilindros, a manutenção dos equipamentos, bem como de toda área adjacente aos tanques criogênicos. Dessa forma, entende a unidade ser o caso em exame característico de serviço de fornecimento.

De fato, assiste razão à unidade. O contrato em tela não se resume apenas a uma obrigação de 'dar', mas também compreende diversas obrigações de 'fazer', todas diretamente relacionadas ao objeto, e sem as quais não se concretiza o fornecimento. Na verdade, podemos dizer que ao fornecimento de gases precedem diversos outros serviços, necessários e indispensáveis a que o produto final possa ser consumido pelos hospitais.



Assim, entendemos que, não obstante a classificação da despesa como material de consumo, presente está um serviço de fornecimento, incluindo tanto o fornecimento de bens como a prestação de serviços. Todavia, é praxe no mercado a cotação de preços pelo valor unitário do gás, estando nela incluídos os custos dos serviços solicitados pela Administração e tidos como encargos da contratada. Esse o motivo da classificação da despesa como material de consumo.

O mais correto seria que o edital de licitação solicitasse a cotação dos gases separadamente da cotação dos demais serviços, neles incluídos o valor do aluguel dos tanques criogênicos, sua manutenção e todos os demais serviços. Porém, ao nosso ver, a classificação da despesa como material de consumo em nada afasta a possibilidade de que seja o prazo do contrato enquadrado no inciso II do art. 57 da Lei 8.666/93, pois, como exposto anteriormente, o contrato em estudo contempla tanto o fornecimento como a prestação de serviços/razão pela qual dissentimos da proposta do item 1.5, para excluí-la das demais propostas."

É o Relatório.

VOTO

Conheço da Representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93.

Verifico, desde logo, a aparente inexistência de má-fé ou de dano ao Erário, não existindo quaisquer das formas de desvio de recursos públicos, ostentando, eventuais irregularidades, natureza meramente formal.

A representação fls. 1/4 tinha por objeto a Concorrência 2/98 - CAO, da Coordenação-Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde, no Rio de Janeiro, posteriormente anulada, não tendo, todavia, sido extinto o seu objeto, em razão da apresentação, pelo Representante, de elementos complementares, bem como em razão da realização de inspeção, pela Secex/RJ, que analisou a Concorrência 3/99 - CAO, aberta em substituição à concorrência anulada, com fundamentadas alegações.

Foram verificadas irregularidades formais na análise do processo licitatório, que deu origem à contratação do serviço de fornecimento de gases medicinais para as Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro. Por tal razão, foram propostas determinações, nos estritos termos do art. 43, I, da Lei 8.443/92. As alegadas restrições ao caráter competitivo da licitação, a que se refere a Representação fls. 1/4, não foram confirmadas.

A publicação do edital da Concorrência 3/99 - CAO ocorreu no Diário Oficial da União de 29.1.1999. Essa data foi usada para fixar a data do recebimento e da abertura das propostas, que ocorreu em 1.3.1999 (fl. 114). Nos termos do art. 21, I e III, da Lei 8.666/93, o aviso contendo o resumo do edital deve ser publicado no mínimo uma vez no DOU e em jornal diário de grande circulação. Nos termos do § 3º do mesmo artigo, o prazo estabelecido para o recebimento das propostas será contado a partir da última publicação, o que, no caso concreto, ocorreu em 3.2.1999, no Jornal O Globo. Não há, no entanto, absolutamente nenhum registro de que a abertura das propostas em 1º.3.1999 e não em 5.3.1999, tenha resultado em prejuízo às empresas participantes do certame, ou que tivessem a intenção de nele participar e foram impossibilitadas pela restrição temporal.

A previsão contratual da incidência de encargos moratórios, no caso de atraso nos pagamentos, está fundamentada no subitem 8.1.1 da Instrução Normativa MARE 18, de 22.12.1997, que disciplina a contratação de serviços executados de forma indireta e contínua, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Segundo esse dispositivo, "nos casos de eventuais atrasos de pagamento, o valor devido deverá ser acrescido de encargos moratórios, apurados desde a data acima referida até a data do efetivo pagamento, tendo como base a Taxa Referencial - TR (...)."

Assim, a Unidade agiu em conformidade com norma vigente, expedida pelo coordenador do Sistema de Serviços Gerais, o extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

A propósito, a Instrução Normativa MARE 8, de 4.12.1998, que dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos licitatórios e de contratação de fornecimentos processados pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, no art. 29, parágrafo único, também determina a aplicação da TR na atualização de valores pagos com atraso.

Os encargos moratórios, a que se referem as instruções normativas citadas, não podem ser confundidos com a correção monetária de contratos, prevista no art. 27 da Lei 9.069/95. Com efeito, o objetivo dos encargos moratórios é compensar financeiramente o credor pela demora no pagamento e não alterar os preços contratados.

Por tal razão, entendo que as restrições levantadas à aplicação da Taxa Referencial - TR - na jurisprudência apontada no Relatório precedente não podem ser aplicadas ao caso em exame. Como exemplo cito a ADIn 493/92, em que o STF concluiu, com fundamento no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, ser inaplicável a TR em contratos do Sistema Financeiro da Habitação celebrados em data anterior à vigência da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Relativamente à classificação da despesa, determinante para a fixação do prazo de vigência dos contratos celebrados, a unidade técnica tem propostas divergentes.

A Analista, em trabalho bem fundamentado, defende a tese de que as empresas contratadas têm por obrigação o fornecimento parcelado de material de consumo - gás medicinal - porque esta é a principal característica do objeto dos contratos: o fornecimento de um bem móvel, que impõe às empresas a obrigação de dar e não de fazer. Em reforço a sua tese, chama a atenção para a classificação do elemento de despesa nos contratos: 349030 - material de consumo. Com a despesa assim classificada, a duração dos contratos estaria restrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei 8.666/93.

O Secretário de Controle Externo, em substituição, de modo diverso, entende que a Coordenação-Geral das Unidades Hospitalares Próprias do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro está correta ao classificar a aquisição de gases medicinais como *serviço de fornecimento*, fixando o prazo de vigência dos respectivos contratos com fundamento no art. 57, II, da Lei 8.666/93.

O parágrafo único do art. 25 do Decreto 93.872/86 admite que o montante da despesa seja imputado à dotação correspondente a serviço, desde que o custo deste seja predominante, quando o serviço compreender emprego de material a ser fornecido pelo próprio executante.

O fornecimento de gás, nos anexos das Portarias 35-SOF, de 1.8.1989, e 576-MEFP, de 10.10.1990, é classificado como "*Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Jurídica*". A enumeração dos itens assim classificados não é exaustiva. Ela é apenas exemplificativa, o que torna admissível a interpretação adotada pela Unidade Administrativa do Ministério da Saúde.

Com efeito, embora de forma aparente prepondere o bem ao serviço - o que daria vazão à adoção da tese inicialmente sustentada - agregam-se ao bem, gases medicinais, uma série de serviços indissociáveis do fornecimento, eventualmente até de custo superior ao bem, estando, por essa razão, tais custos embutidos no preço final dos gases. A atividade exige a montagem de estrutura antes do início do fornecimento dos gases, que vai desde a instalação dos tanques criogênicos, até os sistemas de distribuição interna. Esse sistema de distribuição exige manutenção, também de responsabilidade do fornecedor. Como os custos iniciais são fixos em relação ao período de fornecimento, o preço final se torna menor na medida em que são amortizados num prazo maior. Por isso, a aplicação do art. 57, II, da Lei 8.666/93, mostra-se como uma medida economicamente interessante, porque a vigência dos contratos não se restringe à vigência dos créditos orçamentários e ainda poderão ter a sua duração estendida por período igual ao inicialmente estabelecido, nos termos da Lei 9.648/98, que alterou a redação do mencionado dispositivo legal.

Esse entendimento não afasta, no entanto, a necessidade de haver conformidade entre a classificação orçamentária da despesa e o objeto dos respectivos contratos.

Dessa forma, VOTO por que Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto ao Plenário.

Sala das Sessões, em 6 de setembro de 2000.


Wallon Alencar Rodrigues
Ministro-Relator