



Parecer Jurídico SMLC/DJ nº 071/2024

EMENTA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO Nº 115/2022. ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO DE VALORES. EARQUI SERVIÇOS DE ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA. E MUNICÍPIO DE CANOAS/RS. SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. ARTIGO 57, § 1º, I E III, E ARTIGO 65, §1º, DA LEI Nº 8.666/93. PARECER FAVORÁVEL CONDICIONADO.

I. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo SEI nº 23.0.000058497-5. contendo pedido de prorrogação do contrato nº 115/2022, onde figura como contratada a empresa Earqui Serviços de Arquitetura e Construções Ltda., possuindo como objeto a execução de obra civil de construção de escola municipal de ensino fundamental Sete de Setembro.

2. Verifica-se que o processo foi instruído, entre outros, com os documentos abaixo listados:

- Justificativa do ordenador de despesas ;
- Cópia do Contrato, Termos Aditivos, Apostilas e Termo de Paralisação;
- Certidões de Regularidade;
- Manifestação da Contratada;
- Manifestação da área técnica corroborando necessidade de prorrogação de prazo.

3. A justificativa da autoridade competente, chancelando parecer técnico da fiscal e pedido da contratada, foi devidamente apresentado, expondo de forma objetiva a necessidade dos aditivos. Confira-se:

Conforme justificativa da empresa, foram verificadas inconsistências no projeto, impactando na necessidade aqui pleiteada para o fiel atendimento do objeto. Dentre as alterações está a utilização de estacas escavadas, ao invés das pré-moldadas previstas inicialmente, especificamente para a fundação do bloco de laboratórios e passarela de ligação, facilitando o acesso ao canteiro de obras sem prejudicar o andamento das aulas e possibilitando uma execução mais rápida, segura e econômica para o Município.

Conforme parecer da fiscal técnica, arquiteta Matilde Paredes, convém realizar o aditivo para acréscimo de valores no total de R\$ 41.994,62, equivalente a 1,015% do valor inicial do contrato e supressão de valores no total de R\$ 137.966,08, equivalente a 3,33% do valor inicial do contrato, totalizando um valor a ser suprimido de R\$ 95.971,46 equivalente a 2,32% do valor contratual. Ademais, os itens aqui aditados e suprimidos foram devidamente analisados e aprovados pela fiscalização, estando de acordo com os valores de mercado e planilha de licitação.

Para a execução destes serviços, será necessário aumento de prazo contratual. Para tanto, solicita-se o acréscimo de 6 (seis) meses a contar da Ordem de Reinício de Serviços, uma vez que a obra encontra-se atualmente paralisada. O pedido de aditamento de prazo visa também compensar os atrasos e demandas burocráticas, bem como os pagamentos defasados.

É o relatório.



II. DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE JURÍDICA

II.A. DA COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE

4. Inicialmente, frise-se que, forte no parágrafo único do art. 191 da Lei 14.133/21, os contratos firmados sob a égide da Lei 8.666/93 continuarão durante toda sua vigência a ser por ela regidos. Em prosseguimento, o art. 53, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, a exemplo do que ocorria no âmbito da Lei nº 8.666/1993, dispõe sobre a obrigatoriedade de envio dos processos licitatórios e de parcerias em sentido amplo para análise do órgão de assessoramento jurídico competente. Confira-se:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

(...)

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

5. Acerca da competência da Diretoria Jurídica da Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, o Decreto Municipal nº 549, de 26 de dezembro de 2023 assim dispõe:

*Art. 13. A análise jurídica referente aos processos de licitações e contratos será realizada pela **Diretoria Jurídica da secretaria responsável pelo processamento das licitações**. (grifei)*

6. Logo, verifica-se que é atribuição privativa desta Diretoria proceder com o controle prévio de legalidade quanto aos atos desenvolvidos na fase interna da licitação e demais avenças firmadas pela administração pública direta municipal envolvendo convênios, acordos, parcerias e outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos, com ênfase nos artefatos que compõem a contratação, mas sem prejuízo quanto à análise do processo como um todo.

II.B. DA LEGITIMIDADE PARA SUBMISSÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

7. O Decreto Municipal nº 549/2023 traz um rol de legitimados que podem provocar a atuação da Diretoria Jurídica da SMLC e dela solicitar emissão de manifestação jurídica. Colaciona-se o art. 15 do aludido Decreto:

Art. 15. Os processos de licitações e contratos poderão ser submetidos à análise jurídica diretamente por detentores dos seguintes cargos/funções:

I - secretários e equivalentes;

II - diretores e equivalentes; e

III - agentes de contratação e membros de comissões especiais de licitação, no bojo de processos específicos de contratação.

Parágrafo único. Os demais servidores poderão encaminhar processos para análise da Diretoria Jurídica mediante chancela dos legitimados neste artigo.

8. Assim, deve o órgão demandante atentar-se ao determinado no artigo 15 do já mencionado Decreto Municipal 549/23.

9. Todavia, considerando-se que o Decreto Municipal 549/23 foi publicado recentemente, ainda não sendo de pleno conhecimento dos servidores, e visando à **eficiência e celeridade da prestação do serviço público**, esta Diretoria procede ao exame jurídico solicitado por servidor não previsto no art. 15, reiterando-se a necessária observância futura do art. 15 supra.



II.C. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

10. Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

11. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem:

(...)

c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):

(...)

*2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta; (grifei)*

12. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

II.D. DO ATENDIMENTO ÀS RECOMENDAÇÕES JURÍDICAS

13. Ponto que merece destaque, devendo ser objeto de ciência pelos gestores, diz respeito ao devido atendimento às recomendações dos despachos e pareceres jurídicos. Nesse sentido, o art. 16 do Decreto Municipal nº 549/2023:

*Art. 16. Exarado despacho de saneamento ou parecer condicional pela Diretoria Jurídica, os responsáveis pela instrução processual deverão **acolher ou justificar o não acolhimento das recomendações** emanadas do referido órgão de assessoramento jurídico.*

*Parágrafo único. Havendo o **não acolhimento** de recomendações, as justificativas deverão ser expostas em **despacho específico**. (grifei)*

14. Sob tal influxo, importante esclarecer que as recomendações jurídicas veiculadas por meio dos despachos e pareceres comportam justificativa em sentido contrário por parte dos gestores. Isso porque, conforme já explanado, a análise empreendida pelos Procuradores e Assessores Jurídicos é estritamente técnico-jurídica, mas sem prejuízo quanto a eventuais recomendações de aspecto administrativo, cujas decisões, ao fim e ao cabo, competem ao gestor responsável.

15. Nessa toada, destaque-se o Acórdão 2599/2021-Plenário, do Tribunal de Contas da União – TCU:

*Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, **sem a devida motivação**, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o*



que configura culpa grave, passível de multa. Acórdão 2599/2021-Plenário (grifei)

16. Fica claro, diante da interpretação do acórdão supra, bem como do próprio comando do art. 16, caput, do Decreto nº 549/2023, que a adoção das recomendações emanadas do órgão de assessoramento jurídico não é obrigatória, contudo, eventual desconsideração deve ser devidamente motivada, sob pena de configuração de

III. DA PARALISAÇÃO DA OBRA E DO TERMO FINAL DO CONTRATO

17. O artigo 57 da Lei n. 8.666/93 estabelece, como regra geral, a adstrição da duração dos contratos à vigência dos respectivos créditos orçamentários. No entanto, ante a eventual impossibilidade de o Estado cumprir suas funções com a aplicação estrita da regra, foram previstas algumas ressalvas. Uma dessas ressalvas encontra-se no do art. 57, § 1º, III, segundo o qual os contratos de podem ter a sua duração prorrogada quando da interrupção do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem ou interesse da administração, *verbis*:

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

(...)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

(...)

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

18. Assim, considerando-se as manifestações da contratada e da Administração informando os motivos que deram azo ao atraso de execução e desde que atendidos os requisitos legais pertinentes, bem como as recomendações desta assessoria jurídica, seria, em tese, possível a prorrogação pretendida.

19. Compulsando os autos, verifica-se que o contrato nº 115/2022, inicialmente firmado para ter seu termo final em 17/10/2023, tendo sido firmado Termo Aditivo de prazo prorrogando a data final de conclusão dos serviços para 17/12/2023 (TA 285/23 – doc. 0574004). Em 13 de dezembro foi emitido Termo de Paralisação (0574004). Confira-se quadro exposto na justificativa (0573978) contendo resumo das alterações contratuais:

O Contrato ora analisado já sofreu alterações anteriores:
Valor inicial do Contrato 115/2022: R\$ 4.136.323,99
TA 285/2023: Acréscimo: R\$ 399.874,18 (9,67%)
Supressão: R\$ 165.249,50 (4%)
TA 495/2023: Acréscimo: R\$ 32.477,68 (0,0078%)
Supressão: R\$ 30.212,00 (0,0073%)
Apostila 332/2022: Reajuste Junho/20 a Maio/21 18,30%
Reajuste Junho/21 a Maio/22 13,36%
Apostila 288/2023: Reajuste Junho/22 a Maio/23 7,29%

20. À luz da documentação trazida aos autos e da manifestação da fiscal do contrato, chancelada pelo ordenador de despesa, **os percentuais a serem acrescidos e suprimidos se encontram dentro dos limites impostos pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/93.**

21. Por oportuno, confira-se também as informações trazidas pela fiscal do contrato (0479735):



OI – ORDEM DE INICIO- dia 17/05/2022.

Termino do contrato dia 17/10/2023.

O TA 285-23 Supressão, aditivo e prazo de 60 dias, ficando assim o prazo final para a conclusão dos serviços será em 17/12/2023.

22. Portanto, a obra se encontra paralisada, não incorrendo em solução de continuidade a assinatura de termo aditivo solicitado.

23. Ainda, em relação à natureza dos aditivos em tela, conforme manifestação da fiscal do contrato, a necessária alteração contratual, em síntese, dá-se nos termos do art. 65, I, alíneas “a” e “b”, em virtude de:

- modificação do projeto para melhor adequação técnica, com a inclusão de elementos não previstos no projeto inicial e
- inclusão de serviços e materiais que deveriam estar previstos no projeto ou no orçamento inicial que instruíram o processo licitatório, mas por deficiências administrativas do Município, não foram neles devidamente contemplados.

24. Portanto, relevante ressaltar que

a) alterações de projeto durante sua execução devem ser expedientes excepcionais, posto que, ao modificarem o projeto básico original no qual se baseou o processo licitatório, poderiam ter causado fuga de potenciais licitantes, restringindo o caráter competitivo do certame. **Assim, recomenda-se que o administrador ateste que a alteração do projeto não inibiu a participação de outros interessados;**

b) a área técnica da Administração Municipal competente para elaborar e fiscalizar projetos e obras civis deve **aperfeiçoar e ampliar sua capacidade operacional a fim de minimizar os recorrentes pedidos de termos aditivos em decorrência de deficiência no projeto ou orçamento das obras licitadas pelo Município**, sob risco de responsabilização funcional, conforme alude o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42).

IV. DO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA FORMALIZAÇÃO DA PRORROGAÇÃO

25. No que diz respeito à formalização da prorrogação pretendida, esta deve se dar por meio de termo aditivo, uma vez que a alteração configura mudança na própria substância do contrato. Assim determina, inclusive, a legislação local, por meio do Decreto Municipal nº 549/2023:

Art. 52. Toda e qualquer alteração contratual será efetuada por meio de termo aditivo (TA), e os ajustes e retificações que não alterem conteúdo, por meio de apostila.

§1º Entende-se por TA o instrumento formal que altera o contrato administrativo, nos limites e parâmetros definidos pela lei de regência do contrato:

I - acréscimos ou supressões no objeto;

II - prorrogações de prazos;

(...)

26. Pelo exposto, tem-se que o instrumento adequado para concretização da pretensão do administrador é, de fato, o termo aditivo.



V. DAS INCONFORMIDADES ENTRE PROJETOS, MEMORIAL DESCRITIVO E PLANILHA ORÇAMENTÁRIA

27. A contratada, em sua solicitação de aditivos (0426698), assim se manifesta:

(...) foi verificado que alguns itens estavam em inconformidade entre projetos, memorial descritivo e planilha orçamentária do edital, bem como outros nem haviam sido previstos na planilha orçamentária. Portanto sua execução também não estava prevista no eventograma e cronograma da obra. Parte destes serviços, inclusive, já foi executada, ocasionando um atraso em relação a previsão do cronograma uma vez que foram realizadas atividades não previstas

28. Nesse sentido, no processo em tela, como já observado, vê-se que o aditivo contratual envolve fundamentalmente a alteração de natureza qualitativa e quantitativa de materiais e serviços **que deveriam ter sido contemplados no orçamento que inicialmente instruiu o certame. Portanto, nos termos consignados no pedido formulado pela contratada, e não refutados pela fiscal do contrato em suas manifestações nos autos, tal omissão se deu em função erros na elaboração de elementos essenciais ao processo licitatório.** Sobre o tema, confira-se entendimentos do TCU:

O orçamento detalhado do custo global da obra é elemento integrante do projeto básico. (Acórdão 2884/2009-Plenário)

Na contratação de obras e serviços, o objeto a ser contratado deve ser adequadamente especificado em projeto básico que contenha, além de memorial descritivo do objeto, orçamento detalhado do custo global da obra ou serviço, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos devidamente avaliados. (Acórdão 2012/2007-Plenário)

Impõe-se ao gestor especificar os itens componentes do objeto licitado, em nível de detalhamento que garanta a satisfação das necessidades da Administração, da forma menos onerosa possível. (Acórdão 1932/2012-Plenário)

29. Dessarte, as deficiências percebidas no orçamento deveriam ter sido observadas pelos servidores da área técnica do Município e retificadas ou complementadas para a competente realização de licitação e posterior execução da obra.

30. Assim, especialmente considerando-se a recorrência de problemas, equívocos e defeitos envolvendo os projetos, orçamentos e instrução processual de obras e serviços de engenharia no âmbito deste Município (vide MVP's nº 36.847/23, 25.241/23, 75.040/23 e SEI 23.0.00000.4545-4/23), os erros, omissões e as limitações técnicas que por ventura atinjam o setor competente devem ser levadas ao conhecimento da alta gestão Municipal a fim de que sejam paulatinamente eliminadas, tornando as atividades de projeto, orçamentação e fiscalização de obras e serviços de engenharia no âmbito do Município de Canoas mais eficazes, eficientes e efetivas, reduzindo os custos ao erário, os prazos de obra e os aditivos contratuais, redundando, assim, em maiores benefícios ao contribuinte.

31. Na mesma toada, relevante apontar que, uma vez conhecida pelo agente as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado sua ação e que possam redundar em potencial prejuízo ou dano ao erário, é seu dever informar os gestores competentes e consignar tais circunstâncias pelas vias pertinentes, sob pena de responsabilização solidária. Nesse sentido, Lei 8429/93 – Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

32. No mesmo sentido o já mencionado art. 28 da LINDB:



Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

33. Ainda sobre o tema, TCU:

Para aplicação de sanções pelo TCU, deve-se caracterizar a ocorrência de culpa grave ou dolo na conduta do administrador público. Acórdão 1691/2020-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES

34. Abaixo, entendimento do TCU sobre o conceito de erro grosseiro:

Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado. Acórdão 3327/2019-Primeira Câmara | Relator: VITAL DO RÊGO

35. Assim, tendo-se em vista a Justificativa e manifestações técnicas da fiscal do contrato **não** expõem as circunstâncias práticas que condicionam sua atuação funcional, os dispositivos legais pertinentes já citados, bem como a jurisprudência colacionada, tem-se que **tais erros envolvendo o orçamento e o projeto podem ser considerados pelo órgão de controle como erro grosseiro dos servidores responsáveis.**

VI. DOS ATRASOS DE PAGAMENTO APÓS MEDIÇÕES

36. No documento nº 0426698, a contratada menciona recorrentes atrasos de pagamento por parte da Administração. Confira-se:

Outro fator que devemos levar em consideração, são os atrasos nos pagamentos e aberturas de processos, prejudicando o bem estar financeiro da empresa, que por todas as vezes teve que continuar a obra com recursos próprios, cumprindo prazos com fornecedores e funcionários, também com a prefeitura que a todo tempo sempre tem alguma demanda nova, ora demora abrir processos, quando abre não tem empenho, ora tem empenho quando vamos faturar estão sem fonte e dinheiro, tendo que serem substituídos, ora possuem tudo isso e simplesmente não pagam, por relatar falta de recursos, porém nós temos que tê-los.

37. Ressalte-se que **tal conduta da Administração**, independentemente de sua situação financeiro-orçamentária, é **absolutamente censurável** e sua recorrência representa ônus financeiro desnecessário ao erário municipal, bem como eventual responsabilização dos gestores responsáveis.

38. Todavia, o artigo 78, inciso XV, da Lei 8.666/93, que rege o presente contrato, como já referido no capítulo II deste opinativo, assim dispõe:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; (grifo nosso)

39. Por sua vez, a cláusula quinta do contrato, item 5.2., assim determina:

5.2. O pagamento se dará (sic) em até 30 (trinta) dias a contar da data do protocolo da nota fiscal/futura mediante apresentação de: (...) (grifo nosso)



40. Dessarte, a mora da administração somente se constitui após 30 dias da apresentação regular dos documentos elencados na referida cláusula (5.2.1., 5.2.2 e 5.2.3.), e o atraso de pagamento a justificar eventual paralisação da obra somente ocorre após 120 dias da apresentação de tais documentos (30 dias + 90 dias).

41. Nesse sentido, frise-se que **não assiste à contratada a prerrogativa de paralisar a obra em função de atrasos de pagamento inferiores a 120 dias** a contar do marco inicial apontado na cláusula 5.2. supra, bem como **não devem os fiscais do contrato permitir tal conduta, sob pena de responsabilização funcional.**

42. No ponto, veja-se que justamente em função de indesejáveis, mas possíveis, atrasos nos pagamentos dos serviços executados, é previsto em lei, e exigido no edital de obras e serviços de construção civil, índices contábeis aptos a aferir a capacidade financeira da licitante.

VII. DA CONCLUSÃO

43. Assim sendo, tendo em vista a instrução do feito e, em especial, a justificativa elaborada pela autoridade competente, a relevância do objeto, bem como o atendimento aos requisitos expostos no art. 57, § 1º, I e III, e §1º do art. 65, da Lei nº 8.666/93, **encontra-se viabilidade jurídica para o aditamento pretendido, desde que** os documentos de habilitação exigidos no edital que originou a presente contratação estejam válidos e atualizados e sejam juntadas aos autos a **certidão consolidada** expedida pelo TCU, e não somente a de licitantes inidôneos (0574379), e a certidão expedida pelo CNJ referente ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade em relação aos sócios majoritários.

44. Outrossim, **recomenda-se** a apresentação, quando necessário, de **certidões negativas ou positivas com efeito de negativas devidamente atualizadas**, especialmente a do FGTS (0620512) e **que o administrador ateste que a alteração do projeto não inibiu a participação de outros interessados.**

45. Por fim, reitera-se o já exposto neste Parecer, ressaltando mais uma vez:

- o dever do gestor público em aperfeiçoar e ampliar sua capacidade operacional a fim evitar os recorrentes erros e omissões apontados nos documentos que instruem o presente processo;
- a necessidade do corpo técnico do Município, em especial os integrantes do Escritório de Projetos e fiscais de contrato de informar a alta administração do Poder Executivo sobre eventuais limitações operacionais, sob pena de responsabilização funcional solidária, conforme legislação indicada.

É o parecer. À ciência da unidade consulente.

Canoas, 27 de fevereiro de 2024.

João Rafael Dutra Müller

Procurador do Município – Diretoria Jurídica/SMLC

OAB RS 58.768

Matrícula 126031