
TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS TRATADOS
NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO
POR MEIO DA PORTARIA/PGF N.º 467, DE 08 DE
JUNHO DE 2012

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

PARECER Nº 05/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004303/2012-71

INTERESSADA: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012.

EMENTA

LIMITES DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF NO TOCANTE AO CONTROLE DE LEGALIDADE DAS MINUTAS DE CONVÊNIOS.

I – No âmbito dos convênios, cabe ao advogado público analisar as competências institucionais definidas legalmente para o órgão ou entidade federal concedente, a observância à respectiva lei de diretrizes orçamentárias, o enquadramento do crédito orçamentário ao programa/ação orçamentários, previstos no Plano Plurianual, que compreende uma análise dos critérios de elegibilidade e de prioridade definidos no art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, entre outros atos normativos aplicáveis.

II - No tocante às condições e aos requisitos técnicos para celebração do convênio, o controle de legalidade prévio exercido pelos órgãos de execução da PGF se restringirá a uma análise quanto à presença de manifestação técnica conclusiva que respalde a celebração do instrumento pelo concedente, mormente no que se refere à especificação do objeto do convênio, ao seu custo, bem como aos demais documentos essenciais apresentados após a celebração do convênio.

III - Na situação em que utilizada a cláusula condicionante de eficácia na minuta de convênio, é recomendável que os autos sejam remetidos novamente ao respectivo órgão de execução da PGF, após manifestação técnica conclusiva, para análise quanto à compatibilidade entre o ato celebrado e a justificativa técnica apresentada.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal - PGF que, por intermédio da Portaria 467, de 08 de junho de 2012, criou Grupo de Trabalho cujos objetivos são:

- (i) identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- (ii) promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e
- (iii) submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. O presente Parecer abordará questões referentes aos limites de atuação dos órgãos de execução da PGF no tocante ao controle de legalidade das minutas de convênios.

4. Registre-se, desde já, que as orientações contidas neste parecer *não têm por foco restringir a atuação do advogado público no controle de legalidade a ser exercido e tampouco afastá-lo de seu dever de se atualizar, constantemente, acerca das fontes primárias e secundárias aplicáveis do Direito.*

5. É o relatório.

I – Do controle prévio de legalidade

6. É cediço no Direito Administrativo que o ato administrativo pode ser classificado em vinculado ou discricionário.

7. Atos discricionários são aqueles em que o agente público possui uma certa liberdade de atuar, especificamente quanto à valoração dos motivos ou a escolha do objeto ou conteúdo do ato. Pode ocorrer:

- (i) quando a lei confere expressamente essa faculdade de atuação dentro de limites estabelecidos;
- (ii) quando a lei estabelece determinada competência, mas é omissa quanto à conduta a ser adotada – essa situação corresponde à atribuição de uma faculdade implícita de agir;
- (iii) quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo do ato que, em uma situação concreta, gera uma zona de incerteza quanto à sua valoração.

8. Os atos administrativos, ainda quando discricionários, são passíveis de controle de legalidade, o qual irá se referir não ao mérito da opção adotada, mas, sim, à adequação da opção de mérito aos limites legais. Nesse sentido, são os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho¹:

“Limitações ao Poder Discricionário – A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade.

Tais fatores constituem meios de evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa e ainda possibilitam a revisão da conduta no âmbito da própria Administração ou na via judicial.

¹ *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lúmen Júris. Fls. 40 e 41.

O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional.

Discrecionariedade e Arbitrariedade – A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discrecionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discrecionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discrecionariedade ‘contra legem’.”

9. Consoante a doutrina administrativista acima citada, todo ato discrecionário pressupõe uma liberdade de atuação nos limites legais, que, compreendem, em sentido amplo, os limites constitucionais e aqueles estabelecidos nos atos que regulamentam a legislação aplicável, quando cabíveis. A atuação fora dos limites legais contamina o ato de vício de legalidade, passível de anulação, seja na esfera administrativa ou judicial.

10. O controle de legalidade exercido anteriormente à celebração do convênio, pelos órgãos que prestam assessoria jurídica à Administração Pública, está previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, ‘in verbis’:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Parágrafo único. As *minutas* de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (redação)

11. No âmbito da Advocacia-Geral da União - AGU, destaca-se o art. 11, VI, 'a'², da Lei Complementar nº 73/1993, que prevê ser atribuição das Consultorias Jurídicas examinar, *prévia e conclusivamente*, os textos de contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. O referido dispositivo também se aplica aos órgãos de execução da PGF, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002.

12. Também o art. 44 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 é explícito ao exigir, como condição para a celebração do convênio, uma manifestação jurídica prévia do órgão ou da entidade concedente:

Art. 44. A celebração do convênio será precedida de análise e manifestação conclusiva pelos setores técnico e jurídico do órgão ou da entidade concedente, segundo suas respectivas competências, quanto ao atendimento das exigências formais, legais e constantes desta Portaria.

13. A manifestação jurídica prévia acerca do ato de transferência voluntária, formalizado pela celebração do convênio, restringe-se a aspectos referentes à legalidade, haja vista não ser atribuição dos órgãos de execução da PGF adentrar no mérito do ato administrativo.

14. No entanto, o fato de ser a manifestação jurídica limitada ao exercício de um controle de legalidade, e não de mérito, não implica na necessidade de se ter uma análise meramente formal, consistente na conferência acerca da presença ou não de documentos descritos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011.

2 Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

3 Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

§ 1º No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento, à Procuradoria-Geral Federal aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

II – DOS ASPECTOS ESSENCIAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA

15. O convênio celebrado no âmbito da Administração Pública Federal vem definido no art. 1º, § 2º, VI, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 como *“acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”*.

16. A partir do referido conceito depreende-se que o convênio, enquanto relação jurídica, tem os seguintes elementos essenciais:

- a) trata-se de acordo de vontade travado entre dois entes, sendo que, no caso:
 - (i) o concedente é órgão ou entidade da Administração Pública federal;
 - (ii) o conveniente é órgão ou entidade da administração pública estadual, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos;
- b) a finalidade do acordo de vontade será a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, mediante transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

17. Na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, cabe ao advogado público analisar as competências institucionais definidas legalmente para o órgão ou entidade federal concedente, a observância à respectiva lei de diretrizes orçamentárias, o enquadramento do crédito orçamentário ao programa/ação orçamentários, previstos no Plano

Plurianual, o que compreende análise dos critérios de elegibilidade e de prioridade definidos no art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, entre outros atos normativos aplicáveis.

18. E, nesse controle de legalidade, é importante que se analise a compatibilidade da escolha da localidade a ser beneficiada e da escolha do objeto que será executado com o ordenamento jurídico, mormente no que se refere aos aspectos acima mencionados.

19. Outro elemento relevante dessa relação jurídica seria o valor definido para a execução do objeto, ou seja, o valor total do convênio, e, sobretudo, o valor de repasse federal. Entretanto, quanto à análise dessa questão, incluindo outras referentes às condições e requisitos técnicos para celebração do convênio, o controle de legalidade prévio exercido pelos órgãos de execução da PGF se restringirá à verificação da presença de manifestação técnica conclusiva que respalde a celebração do instrumento pelo concedente, mormente no que se refere à especificação⁴ do objeto do convênio, ao seu custo⁵, bem como aos demais documentos essenciais apresentados após a celebração do convênio.

20. É certo que o controle *prévio* de legalidade quanto a esses aspectos pode ficar prejudicado nas situações em que o órgão/entidade concedente se utiliza da prerrogativa de estipulação de cláusula condicionante, prevista na parte final do art. 37, 'caput', da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, ou, ainda, quando, a par da apresentação do projeto básico/termo de referência pelo conveniente anteriormente à celebração do convênio, deixa o órgão/entidade concedente de juntar aos autos análise técnica conclusiva antes da sua celebração.

21. Para essas situações em que utilizada a prerrogativa de estipulação de cláusula condicionante, recomenda-se o retorno dos

4 Sobre a especificação de marcas e modelos para equipamentos em gerais, é importante alertar o gestor quanto ao entendimento já firmado no Parecer nº 350/PGF/NMMCS/2010, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, segundo o qual a referida especificação deverá ser precedida de justificativa técnica nos autos consistente acerca da sua escolha em detrimento de outras, de forma a não haver direcionamento no futuro procedimento licitatório de contratação do executor do objeto do convênio.

5 Quanto à análise de custo, destaca-se que o art. 1º, § 2º, XXVI, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 prevê que o termo de referência, documento apresentado quando o objeto do convênio, contrato de repasse ou termo de cooperação envolver aquisição de bens ou prestação de serviços, "*deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado da região onde será executado o objeto, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto*" (grifamos)

autos à Procuradoria, após manifestação técnica conclusiva, para análise quanto à compatibilidade entre o ato celebrado e a justificativa técnica apresentada.

22. Além dos aspectos essenciais do convênio, destacamos que o controle de legalidade deverá ter por foco a conferência do preenchimento das demais condições e requisitos, previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, para a celebração do convênio⁶.

III – CONCLUSÃO

23. Pelo exposto:

- a) no âmbito dos convênios, cabe ao advogado público analisar as competências institucionais definidas legalmente para o órgão ou entidade federal concedente, a observância à respectiva lei de diretrizes orçamentárias, o enquadramento do crédito orçamentário ao programa/ação orçamentários, previstos no Plano Plurianual, que compreende uma análise dos critérios de elegibilidade e de prioridade definidos no art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, entre outros atos normativos aplicáveis;
- b) no tocante às condições e aos requisitos técnicos para celebração do convênio, o controle de legalidade prévio exercido pelos órgãos de execução da PGF se restringirá a uma análise quanto à presença de manifestação técnica conclusiva que respalde a celebração do instrumento pelo concedente, mormente no que se refere à especificação do objeto do convênio, ao seu custo, bem como aos demais documentos essenciais apresentados após a celebração do convênio;
- c) na situação em que utilizada a cláusula condicionante de eficácia na minuta de convênio, é recomendável o retorno dos autos ao respectivo órgão de execução da PGF, após manifestação

6 Registre-se que o Grupo de Trabalho entendeu por bem tratar do detalhamento da análise das demais condições e requisitos previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 em outra oportunidade, mediante procedimento formal mais apto a estabelecer orientações que possam ser constantemente atualizadas.

técnica conclusiva, para análise quanto à compatibilidade entre o ato celebrado e a justificativa técnica apresentada.

À consideração superior.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012).

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Erica Maria Araujo Saboia Leitao
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 08 de outubro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 05 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 08 de outubro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 09 /2012:

I – No âmbito dos convênios, cabe ao advogado público analisar as competências institucionais definidas legalmente para o órgão ou entidade federal concedente, a observância à respectiva lei de diretrizes orçamentárias, o enquadramento do crédito orçamentário ao programa/ação orçamentários, previstos no Plano Plurianual, que compreende uma análise dos critérios de elegibilidade e de prioridade definidos no art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, entre outros atos normativos aplicáveis.

II - No tocante às condições e aos requisitos técnicos para celebração do convênio, o controle de legalidade prévio exercido pelos órgãos de execução da PGF se restringirá a uma análise quanto à presença de manifestação técnica conclusiva que respalde a celebração do instrumento pelo concedente, mormente no que se refere à especificação do objeto do convênio, ao seu custo, bem como aos demais documentos essenciais apresentados após a celebração do convênio.

III - Na situação em que utilizada a cláusula condicionante de eficácia na minuta de convênio, é recomendável que os autos sejam remetidos novamente ao respectivo órgão de execução da PGF, após manifestação técnica conclusiva, para análise quanto à compatibilidade entre o ato celebrado e a justificativa técnica apresentada.

