

Publicações da Escola da AGU

Pareceres dos Grupos de Trabalho de
Licitações, Contratos e Convênios
do Departamento de Consultoria da
Procuradoria-Geral Federal - 2012

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 25	p. 1- 360	fev. 2013
---------------------------------	----------	-------	-----------	-----------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim
Rui Magalhães Piscitelli

CONSELHO EDITORIAL

Marcelo de Siqueira Freitas — Procurador-Geral Federal
Antonio Carlos Soares Martins — Diretor do Departamento de Consultoria da PGF
Douglas Henrique Marins dos Santos — Procurador Federal
Rui Magalhães Piscitelli — Procurador Federal

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Pareceres dos Grupos de Trabalho de Licitações, Contratos e Convênios do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal - 2012 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 25 (fev./2013).- Brasília: EAGU - mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral, e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal
ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

Editorial.....	05
----------------	----

LEGISLAÇÃO

<i>Portaria nº 359, 27/04/2012</i>	09
<i>Portaria nº 467, 08/06/2012</i>	13
<i>Portaria nº 98, 26/02/2013</i>	17
<i>Ordem de Serviço nº 01, 08/03/2013</i>	21

PARECERES

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS TRATADOS NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA PORTARIA PGF Nº 467/2012

<i>PARECER Nº 01/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Érica Maria Araújo Saboia Leitão</i>	27
<i>PARECER Nº 02/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Raphael Peixoto de Paula Marques</i>	49
<i>PARECER Nº 03/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Raphael Peixoto de Paula Marques</i>	61
<i>PARECER Nº 04/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Isabella Silva Oliveira Cavalcanti</i>	87
<i>PARECER Nº 05/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Isabella Silva Oliveira Cavalcanti</i>	105
<i>PARECER Nº 06/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Isabella Silva Oliveira Cavalcanti</i>	117
<i>PARECER Nº 07/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Simone Salvatori Schnorr</i>	143
<i>PARECER Nº 08/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Simone Salvatori Schnorr</i>	173
<i>PARECER nº 09/2012/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Cintia Tereza Gonçalves Falcão</i>	193

PARECER N° 10/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU
Raphael Peixoto de Paula Marques 209

PARECER N° 11/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU
Rui Magalhães Piscitelli.....227

**TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
TRATADOS NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO
DA PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012.**

PARECER N° 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Ricardo Silveira Ribeiro.....241

PARECER N° 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Daniel de Andrade Oliveira Barral251

PARECER N° 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Bráulio Gomes Mendes Dini.....263

PARECER N° 04 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Flavio Hiroshi Kubota277

PARECER N° 05/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Bráulio Gomes Mendes Diniz295

PARECER N° 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Ricardo Silveira Ribeiro 315

PARECER N° 07/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
Ricardo Silveira Ribeiro333

CONCLUSÃO DOS PARECERES.....349

EDITORIAL

Nos termos da Portaria PGF nº 158, de 09 de março de 2010, incumbe ao Departamento de Consultoria da Procuradoria Geral Federal - DEPCONSU exercer a coordenação e orientação das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, bem como assistir o Procurador-Geral Federal, inclusive elaborando estudos e preparando informações em matéria consultiva.

Nesse sentido, sua atuação é voltada, primordialmente, à uniformização de entendimentos jurídicos divergentes porventura existentes entre os Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal. A par disso, constantemente são postas sob sua análise matérias consideradas de alta relevância.

Buscando aprimorar o exercício de suas atribuições institucionais e conferir segurança jurídica para a atuação dos Procuradores Federais, no ano de 2012, a Procuradoria-Geral Federal, por meio da edição das Portarias n.º 359 e n.º 467, constituiu dois Grupos de Trabalho voltados aos estudos de assuntos envolvendo licitações e contratos administrativos, assim como convênios e demais ajustes congêneres.

Os Grupos de Trabalho foram coordenados, respectivamente, pelos Procuradores Federais Douglas Henrique Marin dos Santos e Rui Magalhães Piscitelli, integrantes do DEPCONSU, e contaram com a participação de Procuradores Federais que exercem atividades de consultoria e assessoramento jurídicos relacionados aos referidos temas.

O trabalho foi extremamente profícuo, possibilitando a aprovação, pelo Procurador-Geral Federal, de 9 (nove) Pareceres elaborados no âmbito do GT – Licitações e Contratos e de 11 (onze) Pareceres elaborados no âmbito do GT – Convênios.

Destacamos que todos os Pareceres foram elaborados com apresentação de Conclusões, ao seu final, visando à sistematização dos entendimentos firmados, com a devida identificação numérica, encontrando-se disponíveis na página interna da PGF – DEPCONSU.

A divulgação dos Pareceres, e de suas respectivas Conclusões, tem sido de grande valia aos Procuradores Federais e importante

subsídio no exercício de suas atribuições funcionais, dando-lhes segurança jurídica em questões extremamente específicas nas áreas de licitações e contratos, e também de convênios e demais ajustes congêneres.

Dessa feita, é com imensa satisfação que estamos lançando uma edição especial da Revista da AGU com a íntegra dos Pareceres e de suas Conclusões, para que todos os Procuradores Federais possam melhor visualizá-los, utilizando-os como orientação para o exercício de suas atividades.

Registramos que neste ano de 2013, os referidos Grupos de Trabalho de licitações e contratos administrativos e de convênios e demais ajustes congêneres foram transformados em Câmaras Permanentes no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, disciplinadas pela Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, e pela Ordem de Serviço DEPCONSU nº 01, de 08 de março de 2013.

A transformação em Câmaras Permanentes representa o reconhecimento da efetividade do projeto.

Isso se deve, primordialmente, ao modelo adotado, que privilegia a dialética nas discussões com a inserção de Procuradores Federais especializados nos temas tratados, além da disponibilização de efetiva participação de todos os demais Procuradores Federais, seja na identificação de questões jurídicas relevantes, seja no encaminhamento de subsídios para a elaboração da manifestação jurídica.

Assim, esperamos que no ano de 2014 tenhamos a oportunidade de ver publicada a Segunda Edição desta Coletânea, com os pareceres a serem elaborados no curso do ano de 2013 pelas Câmaras Permanentes. Com isso, a Procuradoria-Geral Federal espera oferecer a segurança jurídica necessária ao bom andamento do trabalho de todos os Procuradores Federais, como orientação relativamente às questões abordadas, haja vista a aprovação das manifestações pelo Procurador-Geral Federal.

Ao final, gostaríamos de agradecer a todos aqueles que acreditaram no projeto e não pouparam esforços para tornar possível

a sua concretização, especialmente aos Coordenadores dos Grupos de Trabalho, Douglas Henrique Marin dos Santos e Rui Magalhães Piscitelli, e à inestimável participação de seus integrantes:

BRÁULIO GOMES MENDES DINIZ (Titular) – GT-Licitações e Contratos Administrativos.

RODRIGO GUIMARÃES JARDIM (Suplente) – GT-Licitações e Contratos Administrativos.

DANIEL DE ANDRADE OLIVEIRA BARRAL (Titular) – GT-Licitações e Contratos Administrativos.

ANA CAROLINA DE SÁ DANTAS (Suplente) – GT-Licitações e Contratos Administrativos.

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO (Titular) – GT-Licitações e Contratos Administrativos.

RENATA RESENDE RAMALHO COSTA BARROS (Suplente) GT-Licitações e Contratos Administrativos.

CINTIA TEREZA GONÇALVES FALCÃO (Titular) - GT-Convênios.

ELSIO BENETTI (Suplente) GT-Convênios.

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES (Titular) - GT-Convênios.

ANDRÉ FARAGE DE CARVALHO (Suplente) GT-Convênios.

ÉRICA MARIA SABÓIA LEITÃO (Titular) - GT-Convênios.

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN (Suplente) GT-Convênios.

ISABELLA SILVA OLIVERIA CAVALCANTI (Titular) - GT-Convênios.

MICHELLE DINIZ MENDES (Suplente) GT-Convênios.

SIMONE SALVATORI SCHNORR (Titular) - GT-Convênios.

JULIANA CAMPOS MENELAU DE ALMEIDA (Suplente) GT-Convênios.

Boa leitura a todos!

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
Diretor do Departamento de Consultoria da PGF

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador Geral Federal

PORTARIA N° 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Constitui Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria-Geral Federal para discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

PORTARIA Nº 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Constitui Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria-Geral Federal para discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

O PROCURADOR-GERAL FEDERAL SUBSTITUTO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e VIII do § 2º do art. 11 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, resolve:

Considerando a necessidade de aperfeiçoamento das teses jurídicas relacionadas às atividades não finalísticas das autarquias e fundações públicas federais;

Considerando a pertinência da uniformização de entendimentos jurídicos, resolve:

Art. 1º Constituir Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria-Geral Federal -PGP visando à discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

Art. 2º São objetivos do Grupo de Trabalho:

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

UI -submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

Art. 3º As atividades do Grupo de Trabalho serão exercidas sob a coordenação e orientação do Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal -DEPCONSU/PGF.

Art. 4º O Grupo de Trabalho será formado pelos Procuradores Federais integrantes do DEPCONSU/PGF e pelos Procuradores Federais abaixo relacionados, na qualidade de titular e suplente, respectivamente:

Bráulio Gomes Mendes Diniz (titular) Rodrigo Guimarães Jardim (suplente).

Daniel de Andrade Oliveira Barrai (titular) Ana Carolina de Sá Dantas (suplente).

Ricardo Silveira Ribeiro (titular) Renata Resende Ramalho Costa Barros (suplente).

Art. 5º A comunicação entre os membros do Grupo dar-se-á por correio eletrônico e as reuniões presenciais ocorrerão sempre que seu Coordenador entender necessárias.

Art. 6º O Grupo de Trabalho terá o prazo de 180 dias para a conclusão dos trabalhos, prorrogável por igual período.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ANTONIO ROBERTO BASSO



PORTARIA N° 467, DE 8 DE JUNHO DE 2012

Constitui Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria Geral Federal para discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

PORTARIA N° 467 ,DE 8 DE JUNHO DE 2012

Constitui Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria Geral Federal para discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

O PROCURADOR-GERAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e VIII do § 2º do art. 11 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, resolve:

Considerado a necessidade de aperfeiçoamento das teses jurídicas relacionadas às atividades não finalísticas das autarquias e fundações públicas federais;

Considerando a pertinência da uniformização de entendimentos jurídicos, resolve:

Art.1º Constituir Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria-Geral Federal -PGF visando à discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais.

Art. 2º São objetivos do Grupo de Trabalho:

- 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.

Art. 3º As atividades do Grupo de Trabalho serão exercidas sob a coordenação e orientação do Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal -DEPCONSU/PGF.

Art. 4º O Grupo de Trabalho será formado pelos Procuradores Federais integrantes do DEPCONSU/PGF e pelos Procuradores Federais abaixo relacionados, na qualidade de titular e suplente, respectivamente:

- I) Cíntia Tereza Gonçalves Falcão (titular) e Elsie Benetti (suplente);
- II) Raphael Peixoto de Paula Marques (titular) e André Farage de Carvalho (suplente);
- III) Erica Maria Saboia Leitão (titular) e Alexandre Douglas Zaidan (suplente);
- IV) Isabella Silva Oliveira Cavalcanti (titular) e Michelle Díniz Mendes (suplente);
- V) Símon Saluatori Schnorr (titular) e Juliana Campos Menelau de Almeida (suplente).

Art. 5º A comunicação entre os membros do Grupo dar-se-á por correio eletrônico e as reuniões presenciais ocorrerão somente quando seu Coordenador entender necessárias.

Art. 6º O Grupo de Trabalho terá o prazo de 180 dias para a conclusão dos trabalhos, prorrogável por igual período.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS



**PORTARIA Nº 98 ,DE 26 DE FEVEREIRO
DE 2013**

Cria Câmaras Permanentes no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal para tratar de assuntos relacionados a convênios e demais ajustes congêneres e licitações e contratos administrativos.

PORTARIA Nº 98 ,DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Cria Câmaras Permanentes no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal para tratar de assuntos relacionados a convênios e demais ajustes congêneres e licitações e contratos administrativos.

O PROCURADOR-GERAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e VIII do § 2º do art. 11 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, resolve:

Considerando a necessidade de aperfeiçoamento permanente das teses jurídicas relacionadas às atividades não finalísticas das autarquias e fundações públicas federais;

Considerando a necessidade de disciplinar, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal PGF, a rotina de identificação de temas relevantes para uniformização, nos moldes do art. 14, III, do Anexo I ao Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010; resolve:

Ar!. 1º Constituir Câmaras Permanentes no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, visando à discussão de questões jurídicas relevantes afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos junto às autarquias e fundações públicas federais relacionadas aos seguintes núcleos temáticos:

I - convênios e demais ajustes congêneres;

11 -licitações e contratos administrativos.

Art. 2º Compete às Câmaras Permanentes, no âmbito de seu núcleo temático:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

11 -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

Art. 3º A composição e o funcionamento das Câmaras Permanentes serão regulados por Ordem de Serviço do Diretor do Departamento de Consultoria, observando-se as seguintes diretrizes:

I -na composição das Câmaras Permanentes, será priorizada a participação direta de Procuradores Federais que estejam no exercício de atividade de consultoria e assessoramento jurídico relacionado com o pertinente núcleo temático;

II -será oportunizada prévia participação de todos os Procuradores Federais em exercício nos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal:

- a) na identificação de questões jurídicas relevantes; e
- b) no encaminhamento de subsídios;

Parágrafo único. Compete ao Procurador-Geral Federal ou ao Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal estabelecer priorização na análise de questões jurídicas relevantes, quando necessário, incluindo aquelas que tenham sido objeto de prévia consulta formal, nos termos da Portaria/PGF nº 158, de 09 de março de 2010.

Art. 4º Os entendimentos firmados pelas Câmaras Permanentes somente vincularão os Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal após aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal.

Parágrafo único. A manifestação jurídica de que trata o *caput* deste artigo poderá ser revista, nos termos da Portaria/PGF nº 158, de 09 de março de 2010.

Art. 5º A manifestação jurídica aprovada pelo Procurador-Geral Federal será encaminhada à Consultoria-Geral da União para conhecimento e eventual apreciação, se entender pertinente.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS

ORDEM DE SERVIÇO Nº 01, DE 8 DE MARÇO DE 2013

Dispõe sobre o funcionamento das Câmaras Permanentes instituídas no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal para tratar de assuntos relacionados a convênios, demais ajustes congêneres, licitações e contratos administrativos.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PROCURADORIA GERAL FEDERAL, considerando o disposto no artigo 3º da Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, resolve disciplinar as atividades das Câmaras Permanentes instituídas para tratar de assuntos relacionados a convênios, demais ajustes congêneres, licitações e contratos administrativos.

Capítulo I

Das Câmaras Permanentes

Art. 1º As Câmaras Permanentes constituídas no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal têm por finalidade a discussão de questões jurídicas relevantes, afetas à atividade de consultoria e assessoramento jurídicos junto às autarquias e fundações públicas federais, relacionadas aos seguintes núcleos temáticos:

- I - convênios e demais ajustes congêneres; e
- II - licitações e contratos administrativos.

Art. 2º Compete às Câmaras Permanentes, no âmbito de seu núcleo temático:

- I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, 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 Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

Capítulo II

Da composição

Art. 3º Os membros titulares e suplentes das Câmaras Permanentes serão designados por ato próprio do Diretor do Departamento de Consultoria, que será divulgado no Boletim de Serviço.

§ 1º Na composição das Câmaras Permanentes, será priorizada a participação direta de Procuradores Federais que estejam no exercício de atividade de consultoria e assessoramento jurídico relacionado com o pertinente núcleo temático.

§ 2º Os coordenadores das Câmaras Permanentes serão designados entre os respectivos membros, sendo facultada a designação de Procurador Federal em exercício no Departamento de Consultoria.

§ 3º O Diretor do Departamento de Consultoria encaminhará, anualmente, memorandocircular eletrônico aos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais juntos às autarquias e fundações públicas federais, solicitando indicação de membros para a composição das Câmaras Permanentes.

§ 4º As solicitações de alteração da composição das Câmaras Permanentes serão analisadas pelo Diretor do Departamento de Consultoria.

Capítulo III

Das reuniões

Art. 4º As atividades das Câmaras Permanentes serão realizadas mediante reuniões presenciais ou por videoconferência, sem prejuízo da possibilidade de troca de informações e deliberações em lista eletrônica institucional específica.

§ 1º O calendário das reuniões presenciais ou por videoconferência será definido e divulgado semestralmente pelos Coordenadores das Câmaras Permanentes.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não afasta a possibilidade de convocação extraordinária de reunião presencial ou por videoconferência pelos Coordenadores das Câmaras Permanentes.

§ 3º As reuniões presenciais ou por videoconferência somente serão instaladas com a participação mínima de $2/3$ (dois terços) de seus respectivos membros.

§ 4º Para fins de participação nas reuniões presenciais, os membros que não estejam em exercício em Brasília deverão encaminhar solicitação para a emissão de diárias e passagens, em formulário próprio, ao Diretor do Departamento de Consultoria, no prazo mínimo de 15 (quinze) dias de antecedência da data prevista para a respectiva reunião.

§ 5º A possibilidade de participação de outros membros da Advocacia-Geral da União nas reuniões das Câmaras Permanentes será submetida à prévia análise do Diretor do Departamento de Consultoria.

Capítulo IV

Da indicação e identificação de questões jurídicas relevantes

Art. 5º Os Coordenadores das Câmaras Permanentes encaminharão, semestralmente, memorando-circular à lista eletrônica institucional dos Procuradores Federais, solicitando indicação de questões jurídicas relevantes que se relacionem com o respectivo núcleo temático.

§ 1º Caberá aos membros das Câmaras Permanentes indicar as questões jurídicas relevantes a serem discutidas em cada reunião.

§ 2º Compete ao Procurador-Geral Federal ou ao Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal estabelecer prioridade na análise de questões jurídicas relevantes, quando necessário, incluindo aquelas que tenham sido objeto de prévia consulta formal, nos termos da Portaria/PGF nº 158, de 09 de março de 2010.

Capítulo V

Da elaboração e deliberação da manifestação

Art. 6º Após identificada a questão jurídica relevante, o Coordenador da Câmara Permanente deverá:

I - designar um membro relator, a quem competirá encaminhar uma minuta de manifestação à lista eletrônica institucional específica, para análise dos demais membros da Câmara Permanente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar da distribuição;

II - encaminhar, no prazo de 2 (dois) dias úteis a contar da respectiva reunião, um memorando-circular à lista eletrônica institucional dos Procuradores Federais solicitando encaminhamento de subsídios no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar de sua expedição.

Art. 7º Será facultado ao membro relator alterar a minuta de manifestação encaminhada à lista eletrônica institucional específica, encaminhando nova minuta na respectiva lista institucional no prazo mínimo de 5 (cinco) dias de antecedência da data prevista para a reunião seguinte.

§ 1º Em sendo propostos ajustes à minuta de manifestação, na reunião prevista para a sua deliberação, será facultado ao membro relator submeter nova minuta para a lista eletrônica institucional específica, no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar da respectiva reunião.

§ 2º A minuta de manifestação elaborada pelo membro relator poderá ser deliberada na reunião em que apresentada ou, posteriormente, mediante manifestação dos membros da Câmara Permanente na lista eletrônica institucional específica.

§ 3º A alteração posterior de manifestação deliberada pela Câmara Permanente, antes de sua aprovação pelo Procurador-Geral Federal, deverá ser consignada na ata da reunião seguinte à referida alteração.

Art. 8º As deliberações das Câmaras Permanentes serão tomadas pela maioria dos membros, sendo facultado ao membro vencido optar por elaborar manifestação divergente ou somente consignar em ata a divergência.

§ 1º Todas as manifestações produzidas, inclusive as manifestações divergentes, deverão ser encaminhadas pelos Coordenadores das Câmaras Permanentes para análise do Diretor do Departamento de Consultoria, a quem competirá a sua submissão ao Procurador-Geral Federal.

§ 2º As manifestações aprovadas pelo Procurador-Geral Federal serão divulgadas a todos os Procuradores Federais por meio de memorando-circuilar eletrônico encaminhado pelo Diretor do Departamento de Consultoria.

Capítulo VI

Das Disposições Finais

Art. 9º Os entendimentos firmados pelas Câmaras Permanentes somente vincularão os Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal após aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal.

Parágrafo único. A manifestação jurídica de que trata o caput deste artigo poderá ser revista, nos termos da Portaria/PGF nº 158, de 09 de março de 2010.

Art. 10. A manifestação jurídica aprovada pelo Procurador-Geral Federal será encaminhada à Consultoria-Geral da União para conhecimento e eventual apreciação, se entender pertinente.

Art. 11. Os prazos de que tratam os artigos 6º e 7º desta Ordem de Serviço poderão ser revistos, excepcionalmente, a critério dos Coordenadores das Câmaras Permanentes.

Art. 12. As Câmaras Permanentes contarão com o apoio logístico da Secretaria do Departamento de Consultoria.

§ 1º As manifestações produzidas no âmbito de cada Câmara Permanente, incluindo as manifestações de divergência, as atas das reuniões e outros documentos considerados relevantes pelo respectivo Coordenador serão arquivados em processo administrativo específico .

§ 2º O processo administrativo de que trata o parágrafo anterior será autuado, com Número Único de Processos e Documentos (NUP) diverso, a cada início de ano.

Art. 13. Os casos omissos serão resolvidos pelo Diretor de Departamento de Consultoria da PGF, após oitiva do Coordenador da respectiva Câmara Permanente.

Art. 14. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS PRODUZIDAS PELO
GRUPO DE TRABALHO CONSTITUÍDO PELA
PORTARIA Nº 467, DE 08 DE JUNHO DE 2012, DA
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – SUB-ROGAÇÃO
DE CONVÊNIO QUANTO AO CONCEDENTE

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

PARECER N° 01/2012/GT467/DEPCONSUS/PGF/AGU
PROCESSO N° 00407.004303/2012-71

INTERESSADOS: Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Manifestações jurídicas produzidas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria n° 467, de 08 de junho de 2012, da Procuradoria-Geral Federal – Sub-rogação de convênio quanto ao concedente.

EMENTA

ANÁLISE DE POSSIBILIDADE DE SUB-ROGAÇÃO DE CONVÊNIO QUANTO AO CONCEDENTE.

I – O instituto de convênios e a evolução do Direito Administrativo. Decreto Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967. Constituição Federal. Lei n° 8.666, de 1993. Decreto n° 6.170, de 25 de julho 2007. Portaria Interministerial n° 507, de 24 de novembro de 2011. Entendimento doutrinário e jurisprudencial.

II – Possibilidade de denúncia do convênio. Diferença entre Convênios e Contratos Administrativos. Compatibilidade com o instituto de Direito Civil da sub-rogação em relação ao concedente, natureza de substituição, possibilidade de Sub-rogação, desde que atendidos os requisitos para a descentralização orçamentária.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal:

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

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. 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, aumentando a segurança jurídica.

3. O presente Parecer abordará o conceito dos institutos jurídicos referentes ao convênio e a sub-rogação, bem como fará um estudo sobre a compatibilidade de ambos dentro da Administração Pública e do Direito Administrativo.

4. É o Relatório, passa-se à análise jurídica.

ANÁLISE JURÍDICA:

5. Inicialmente, com a finalidade de um posicionamento seguro na matéria apresentada como ponto relevante de discussão, importante esclarecer dentro da Administração Pública em que contexto foi instituída a figura jurídica do convênio.

6. O vocábulo Convênio tem a mesma origem da palavra convenção e deriva do latim *convenire*, significando o acordo entre duas ou mais pessoas.

7. Esse conceito de mútua cooperação já existia antes da Constituição Federal de 1988, com o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que readequou vários conceitos até então praticados, como a descentralização e a delegação de competência. Nesse momento, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, para que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta.

8. É sempre bom ressaltar que a Reforma Administrativa implementada no Brasil mediante o DL 200, de 1967 previa a necessidade de se realizar, com o desencargo pelo Estado das atividades-meio, mediante instrumentos que especificou, as atividades não-essenciais. Vejamos a redação de seu art. 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

9. Com o Decreto nº 93.872, de dezembro de 1986, que tratava em seus artigos 48 a 57 da possibilidade de celebração de convênio, acordo ou ajuste com o conceito de convênios que estamos aqui tratando.

SEÇÃO VI

Convênios, Acordos ou Ajustes

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob *regime de mútua cooperação, mediante convênio*, acordo ou ajuste. *(Revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007)*

§ 1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato. *(Renumerado pelo Decreto nº 97.916, de 1988)*

[...]

Art. 49. Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, o convênio será utilizado como forma de descentralização das atividades da administração federal, através da qual se delegará a execução de programas federais de caráter nitidamente local, no todo ou em parte, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes, e quando estejam devidamente aparelhados *(Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 1º, "b" e § 5º)*. *(Revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007)*

Parágrafo único. Excepcionalmente, os órgãos e entidades federais poderão executar programas estaduais ou municipais, e os órgãos da administração direta programas a cargo de entidade da administração indireta, sob regime de mútua cooperação mediante convênio.

[...]

Art. 57. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os convenientes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, ou ajuste, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. *(Revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007)*

10. Observa-se que referida legislação traz a distinção entre contrato e convênio. No caso, o convênio é o acordo que tem por partes órgãos,

entidades da Administração e organizações particulares, seus objetivos são recíprocos e a cooperação mútua.

11. Já no contrato, o interesse das partes é diverso, pois a Administração objetiva a realização do objeto contratado e ao particular interessa o valor do pagamento correspondente. Desta forma, importante esclarece que no convênio os interesses das partes são convergentes; no contrato são opostos.

12. Na Constituição Federal de 1988, base do ordenamento Jurídico Brasileiro atual, há a menção do instrumento convênio com a ideia de cooperação nos Art. 71, VI e Art. 199, parágrafo 1º e, principalmente, reforçado com a Emenda Constitucional nº 19/1998, na nova redação do Art. 241.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

13. Todavia, nem contratos, nem convênios podem descentralizar as atividades finalísticas do órgão ou entidade públicos, bem como aquelas para as quais há cargos específicos nas referidas carreiras funcionais¹.

14. Destarte chega-se a conclusão de que Estado-Administração evoluiu do conceito tradicional de Administração Pública para novas formas de colaboração com a sociedade, via concreção do princípio da descentralização, ora mediante contratos, ora mediante convênios e ajustes congêneres.

15. A exata distinção entre os contratos administrativos e os convênios e demais ajustes congêneres, qual seja, naqueles a existência de

1 Súpula 97, do TCU: “Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano. “

contraprestação, de um bem ou serviço para quem paga pelos mesmos; nestes últimos, a colaboração, sendo os bens ou serviços não para quem repassa os recursos, tampouco para quem os recebe, senão, como um projeto de colaboração mútua em prol do interesse público;

16. Sobre o tópico relevante transcrever o que afirma o Manual de Convênios do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA:

“Dá-se a descentralização quando o Governo Federal, utilizando-se de órgãos e entidades, busca a melhoria da gestão dos programas de governo, transferindo recursos alocados em programas de trabalho aprovados na lei orçamentária, para entidades públicas ou privadas situadas proximamente às populações assistidas ou atendidas pelo programa, como as secretarias estaduais, prefeituras, conselhos municipais, entidades civis, com o propósito de realizar ações públicas de interesse comum.”

17. Outra não foi a intenção do normativo acima mencionado ao prever a colaboração como forma de descentralização da Administração Pública para entidades públicas ou, mesmo, entidade privada sem fins lucrativos (excluindo-se, pois, os contratos, de natureza contraprestacional).

18. Importante alertar que essa evolução da Administração Pública não está terminada, de forma que todos os dias, além da criação de novas políticas públicas, são instituídos novos órgãos e entidades para melhor efetividade das ações governamentais, bem como são redistribuídas as áreas de atuação dos entes da Administração Pública Federal, de forma que nem sempre a legislação é capaz de acompanhar todas essas mudanças, cabendo a realização da melhor interpretação jurídica que possa viabilizar o atendimento do interesse público.

19. A Lei nº 8.666/93 disciplina licitações e contratos administrativos e dispõe, em seu art. 116, que suas disposições aplicam-se aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, no que couber.

Art.116. Aplicam-se as disposições desta Lei, *no que couber*, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de

competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

[...]

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.(grifo nosso)

20. Em 15 de janeiro de 1997, foi elaborada a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, tratando de forma mais específica os convênios de natureza financeira a serem firmados pelos órgãos da Administração Pública Federal. Assim, os convênios celebrados entre 15/01/1997 e 30/05/2008 são regidos pela IN 01/97.

21. Em 25 de julho de 2007, foi publicado o Decreto nº 6.170 que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União

mediante convênios e contratos de repasse sendo regulamentado pela Portaria Interministerial nº 127/2008, de 31 de maio de 2008. Referida legislação revogou de forma expressa os artigos nº 48 a 57 do decreto nº 93.872/1986.

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. *(Redação dada pelo Decreto nº 6.428, de 2008.)*

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento 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, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando 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; *(Decreto nº 6.170/2007).*

22. A partir da publicação da Portaria Interministerial nº 127/2008, todos os convênios e instrumentos congêneres celebrados desta data em diante passaram a ter seu trâmite de acordo com este normativo, porém, aqueles instrumentos que já haviam sido celebrados antes continuaram regidos pela IN nº 01/97 até sua eventual extinção.

23. Em 25 de novembro de 2011, foi publicada a Portaria Interministerial nº 507, que regulamenta a celebração de novos convênios, com vigência iniciada em 1º de janeiro de 2012, conforme disposto no seu art. 97. Os convênios celebrados anteriormente continuam regidos pela Portaria Interministerial nº 127/2008. É possível, no entanto, aplicar as disposições da nova portaria, naquilo que beneficiar a consecução do objeto dos convênios anteriores.

24. Por todo exposto, verifica-se que a legislação referente aos convênios e instrumentos congêneres sofreu três alterações significantes. Entretanto, visando garantir uma maior estabilidade jurídica, o legislador optou por manter sua aplicação de acordo com a celebração do convênio, sendo que a Administração ainda hoje convive com a execução e prestação de contas de convênios com base na IN nº 01/97 e na Portaria nº 127/2008.

Tabela de Legislação:

Data de Celebração do Convênio	Legislação aplicável
Até 30/05/2008	Instrução Normativa STN nº 01/97
De 31/05/2008 a 31/12/2011	Portaria Interministerial nº 127/2008
A partir de 01/01/2012	Portaria Interministerial nº 507/2011

25. Importante ressaltar que os três normativos, além de servir como fontes primárias na elaboração das cláusulas dos instrumentos, dispõem acerca da celebração de convênios, termos de compromisso e termos de cooperação, de suas condições, credenciamento, proposição, cadastramento, formalização, alteração, execução, liberação de recursos, pagamentos, acompanhamento e fiscalização, prestação de contas, rescisão, padronização dos objetos, e, por fim, Tomada de Contas Especial.

26. Adentrando na consulta específica objeto desse parecer, se faz necessário esclarecer que a busca de sua solução jurídica viável transpõe a mera leitura de dispositivos legais e passa pela interpretação sistemática e finalística de todo o sistema legal relacionado ao tema e ainda pela consideração e valoração de princípios como guia para uma interpretação aberta das normas jurídicas.

27. Dessa maneira, no Direito Administrativo Contemporâneo, o sistema vetusto das regras vem ser substituído pela interpretação aberta das normas jurídicas, compondo estas não somente aquelas, mas, sobretudo, os princípios, estes a fim de guiar a visão do aplicador da norma. Assim da pena de OTERO²:

² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina. 2003. p. 167.

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

28. Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros³:

Muito embora os princípios expressos no art. 37, caput, da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do interesse público, também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. O interesse público deve guiar a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, especialmente no paradigma do Estado constitucional, o Estado deve ser movido por interesses que transcendam o plano dos direitos subjetivos envolvidas nas relações de que toma parte. A noção de bem-estar coletivo apresenta-se primordial, porquanto a história do Estado de Direito e de sua intrínseca ligação com as dimensões dos direitos fundamentais revelam que os interesses individuais se coletivizam ou se tornam transindividuais para as sociedades contemporâneas. O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins.

29. Veja-se, a propósito, que a própria Administração Pública já expressou sua adesão formal à interpretação principiológica do Direito Administrativo, mormente no sentido de que à legalidade como regra devem ser agregados os princípios fundantes do Direito Administrativo, dentre eles a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, o interesse público, dentre outros, a fim de se obter a verdadeira norma jurídica, sendo, pois, não somente as regras, mas também os princípios, cogentes, formando, essas duas espécies, o gênero da norma jurídica. Nesse seara, digno de nota é, no Direito Administrativo Contemporâneo, notadamente com os valores trazidos pela Constituição Federal de 88, a substituição

3 MENDES, Gilmar Ferreira, COLEHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 875-876.

do princípio da legalidade pelo da juridicidade, esposado no Parecer nº 1.087 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 19.07.2004⁴:

26. Na magistral lição de Germana de Oliveira Moraes, acerca da *'substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública'*, a *constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.*

27. De acordo com a ilustrada autora, distinguem-se as esferas da juridicidade - o domínio amplo do Direito, composto de princípios e de regras jurídicas, ou seja, de normas jurídicas, e da legalidade circunscrita às regras jurídicas. Na sua visão, a noção de legalidade reduz-se ao sentido estrito de conformidade dos atos com as Leis, ou seja, com as regras - normas em sentido estrito. Já a noção de juridicidade, diz ela, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

28. No Brasil, para o Professor Paulo Bonavides, citado por Germana de Oliveira Moraes, “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, (a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie”. De fato, nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, para esse eminente constitucionalista, os princípios são, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder, e são compreendidos, equiparados e até confundidos com os valores”. (grifo apostro).

30. Dessa maneira, chegamos à seguinte conclusão: o Direito Administrativo deve ser interpretado não somente à luz das regras, senão, também, ao farol dos princípios, sendo que o gênero norma

4 Aprovado por Despacho do Exmo. Ministro da Fazenda, de 17/08/2004 – DOU de 23/08/2004.

jurídica é composto pelos princípios e regras, essas duas espécies com força cogente aos intérpretes. Essa a essência do princípio da juridicidade.

31. Ressalta-se que o instrumento de convênio, nos termos do decreto nº 6.170/2007 (reproduzido em todos os instrumentos regulamentação, por ser característica intrínseca ao sentido de cooperação mútua que existe no conceito de convênio), não pode obrigar os partícipes a permanecer com suas obrigações do instrumento se não houver mais interesse.

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Decreto nº 6.170/2007);

Art. 7º O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas estabelecendo:

[...]

X - a faculdade aos partícipes para denunciá-lo ou rescindi-lo, a qualquer tempo, imputando-se lhes as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenham vigido e creditando-se-lhes, igualmente os benefícios adquiridos no mesmo período; (IN STN nº 01/97);

Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Portaria Interministerial nº 127/2008);

Art. 80. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Portaria Interministerial nº 507/2011).

32. Desta forma, a qualquer tempo, entendendo o concedente ou o conveniente que não há mais interesse em continuar com a execução do convênio celebrado, não há como obrigá-lo a permanecer na avença, exceto no que já foi iniciado e participado voluntariamente.

33. O instituto do convênio, tendo em vista a sua essência de mútua cooperação, não admite a obrigatoriedade da permanência dos partícipes no ajuste se já não há mais interesse (Art. 12, do Decreto nº 6.170/2007), sendo possível a denúncia do instrumento;

34. É neste sentido que se apresenta uma das possíveis soluções para o caso em análise: Uma vez que não há mais interesse do concedente em continuar na execução do objeto, seja por dificuldades estruturais e operacionais, seja por alteração de atribuição genérica decorrente de ato legislativo para outro ente ou órgão da Administração pública Federal, cabe ao concedente denunciar o convênio, solicitando a prestação de contas do que já foi executado pelo conveniente, respondendo cada um pela parte que já executou.

35. O objeto da consulta trata do questionamento sobre a possibilidade jurídica de sub-rogação do convênio no tocante ao concedente. Para o seu esclarecimento, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o instituto da sub-rogação, proveniente do Direito Civil.

36. A sub-rogação contratual é instituto que possui natureza no direito civil, mais especificamente do direito obrigacional. Constitui a hipótese de substituição do credor originário, onde um terceiro, estranho ao negócio jurídico, salda a dívida da obrigação e, sem haver a extinção desta, esse terceiro passa a ter os mesmos direitos, ações, privilégios e garantias relacionados à dívida contra o devedor principal e eventuais fiadores. Sobre o tema, vale lembrar ensinamento de Silvio de Salvo Venosa⁵, abaixo transcrito:

O termo sub-rogação significa substituição. A sub-rogação não extingue propriamente a obrigação. O instituto contemplado nos arts. 346 ss faz subsistir o sujeito da obrigação. No pagamento com sub-rogação, um terceiro, e não o primitivo devedor, efetua o pagamento. Esse terceiro substitui o devedor originário da obrigação, de forma

5 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v.2. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

que passa a dispor de todos os direitos, ações e garantias que tinha o primeiro.

37. O dispositivo legal está presente nos Arts. 346 e ss, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), a seguir destacado:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

I - do credor que paga a dívida do devedor comum;

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.

Art. 351. O credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.

38. Já a aplicação do instituto da sub-rogação ao contrato administrativo possui respaldo jurídico no Art. 54, da Lei nº 8.666/93, através do qual se permite a utilização, de forma supletiva, das disposições de direito privado, senão vejamos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

39. Como já mencionado anteriormente, a previsão contida no art. 116 da lei nº 8.666/93 dispõe sobre a aplicação, no que couber, da respectiva legislação aos convênios e instrumentos congêneres. Desta forma, para se admitir a possibilidade de sub-rogação, é necessário a aplicação do Art. 116, cumulada com o Art. 54 da Lei nº 8.666/93 para utilizar o Código Civil na parte do Capítulo III do Direito Obrigacional, demonstrando assim a compatibilidade do instituto da sub-rogação com as características jurídicas inerentes aos convênios.

40. Embora a jurisprudência da Corte de Contas Nacional se demonstre silente quanto ao embasamento legal do instituto da sub-rogação de convênios, admite expressamente sua possibilidade no Relatório de Monitoramento, processo TC 000.828/2011-4, em que o TCU acompanha o Plano de Monitoramento da Implementação do Sistema de Gestão de Convênios:

Funcionalidade	Data Prevista para Implantação (Nota Técnica 244/2009, de 26/11/2009)
Sub-rogação de convênios	28/02/2010

41. E ainda a Controladoria Geral da União na Tomada de Contas Anual - Relatório nº: 176094, ao tecer comentários referentes ao SICONV, faz clara referência ao instituto da sub-rogação de convênios:

O SICONV, integrado ao Sistema de Administração Financeira – SIAFI, possibilita o acesso aos dados relativos aos convênios, permitindo maior controle e transparência na utilização dos recursos federais. Tal integração permite o pronto registro e a

geração automática de empenhos no SIAFI. Após a implantação do referido sistema foi necessário melhorar algumas funcionalidades de fundamental importância para seu bom desempenho e utilização por parte dos usuários do SIASG, conforme descrição abaixo:

- Transação no SICONV que possibilita a “SUBROGAÇÃO” de convênio. (disponível em: (http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/processo_contas/2005/05_TC_RA176094_%20SLTI.pdf))

42. Outro ponto colabora com o entendimento despojado neste opinativo em busca da solução ao questionamento proposto seria a previsão de descentralização dos créditos orçamentários entre entes da Administração Pública Federal, expressa na própria LDO/2012 e no Decreto nº 825/1993, senão vejamos:

Decreto nº 825/1993

Art. 2º A execução orçamentária poderá processar-se mediante a descentralização de créditos entre unidades gestoras de um mesmo órgão/ministério ou entidade integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, designando-se este procedimento de descentralização interna.

Parágrafo único. A descentralização entre unidades gestoras de órgão/ministério ou entidade de estruturas diferentes, designar-se-á descentralização externa.

Art. 3º As dotações descentralizadas serão empregadas obrigatória e integralmente na consecução do objeto previsto pelo programa de trabalho pertinente, respeitada fielmente a classificação funcional programática.

[...]

Art. 18. A programação financeira correspondente às dotações descentralizadas, quando decorrentes de termo de convênio ou similar, será da responsabilidade do órgão descentralizador do crédito.

Art. 19. A liberação de recursos se dará por meio de:

[...]

III - sub-repasse dos órgãos setoriais de programação financeira para as unidades gestoras de sua jurisdição e entre as unidades gestoras de um mesmo ministério, órgão ou entidade. (grifo nosso)

LDO/2012

Art. 5º Para efeito desta Lei, entende-se por:

VIII - concedente, o órgão ou a entidade da Administração Pública Federal direta ou indireta responsável pela transferência de recursos financeiros, inclusive os decorrentes de descentralização de créditos orçamentários; e

[...]

Art. 8º Todo e qualquer crédito orçamentário deve ser consignado, diretamente, independentemente do grupo de natureza de despesa em que for classificado, à unidade orçamentária à qual pertencem as ações correspondentes, vedando-se a consignação de crédito a título de transferência a unidades orçamentárias integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

§ 1º Não caracteriza infringência ao disposto no *caput* deste artigo, bem como à vedação contida no *art. 167, inciso VI, da Constituição*, a descentralização de créditos orçamentários para execução de ações pertencentes à unidade orçamentária descentralizadora.

§ 2º As operações entre órgãos, fundos e entidades previstas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo, serão executadas, obrigatoriamente, por meio de empenho, liquidação e pagamento, nos termos da *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*, utilizando-se a modalidade de aplicação a que se refere o art. 7º, § 8º, inciso VII, desta Lei.

[...]

Art. 63. *O Poder Executivo poderá, mediante decreto, transpor, remanejar, transferir ou utilizar, total ou parcialmente, as dotações orçamentárias*

aprovadas na Lei Orçamentária de 2012 e em créditos adicionais, *em decorrência da extinção, transformação, transferência, incorporação ou desmembramento de órgãos e entidades, bem como de alterações de suas competências ou atribuições, mantida a estrutura programática*, expressa por categoria de programação, conforme definida no art. 5º, § 1º, desta Lei, inclusive os títulos, descritores, metas e objetivos, assim como o respectivo detalhamento por esfera orçamentária, grupos de natureza de despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso e de resultado primário.

43. Por tudo acima exposto, ainda, verifica-se a possibilidade haver sub-rogação em decorrência da própria descentralização administrativa que preveja de forma expressa a continuidade das ações de um ente para o outro em ato normativo ou por outro ato, recomendando-se, para maior segurança jurídica, uma Portaria Ministerial (caso se trate de sub-rogação entre unidades gestoras de um mesmo Ministério) ou uma Portaria Interministerial (caso de descentralização entre unidades gestoras de estruturas diferentes), de forma que o interesse na continuidade da ação por novo concedente justifique a sua sub-rogação, e desde que atendidos os requisitos para a descentralização orçamentária.

44. Ainda sobre o procedimento, vale salientar que a sub-rogação deve ser precedida de parecer técnico, de mérito e jurídico, tanto do órgão que irá sub-rogar quanto do que receberá a descentralização, aferindo (cada qual em sua competência): a existência de interesse recíproco, considerando as competências legais de cada órgão/entidade; a ausência de solução de continuidade do convênio (vigência do convênio); a viabilidade técnica em se operacionalizar a sub-rogação e a justificativa para a sub-rogação (motivação do ato).

45. Entende-se, portanto, que a possibilidade de sub-rogação do concedente no convênio é compatível com a sua essência de mútua cooperação, interesse recíproco e impossibilidade de obrigatoriedade de permanência no convênio, e ainda com a natureza de substituição do instituto de Direito Civil da Sub-rogação que se aplica de forma parcial ao direito administrativo, sobretudo em relação a substituição do partícipe denominado concedente no instituto do Convênio, tendo em vista a forma de organização estrutural da Administração Pública e a existência do interesse na continuidade da ação objeto do convênio.

CONCLUSÃO:

46. *ISTO POSTO, com base nas razões retro, deixa-se como orientações aos Órgãos Jurídicos da Procuradoria-Geral Federal a serem seguidas:*

- a) O instituto da sub-rogação, derivado do Direito Civil, é possível nos convênios, com a admissibilidade de sub-rogação da concedente com fundamento no art. 116, cumulado com o Art. 54 da Lei nº 8.666/93, conforme o Código Civil na parte do Capítulo III do Direito Obrigacional, e ainda a aquiescência do TCU e da CGU demonstrada neste opinativo;
- b) Verifica-se a possibilidade sub-rogação em decorrência da própria descentralização administrativa que preveja de forma expressa a continuidade das ações de um ente para o outro em ato normativo ou por outro ato, recomendando-se, para maior segurança jurídica, uma Portaria Ministerial (caso se trate de sub-rogação entre unidades gestoras de um mesmo ministério) ou uma Portaria Interministerial (caso de descentralização entre unidades gestoras de estruturas diferentes), de forma que o interesse na continuidade da ação por novo concedente justifique a sua sub-rogação, e a continuidade de execução do objeto conveniado desde que atendidos os requisitos para a descentralização orçamentária.

À consideração superior.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal
Mat. SIAPE nº 001585187

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 01 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 16 de agosto de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 04 /2012:

Nos convênios, admite-se a possibilidade de sub-rogação do concedente com fundamento no art. 116, cumulado com o art. 54 da Lei n° 8.666/93 quando decorrente de descentralização administrativa que preveja, de forma expressa, a continuidade das ações de um ente por outro, conforme previsto em ato próprio, devendo-se, ainda, comprovar o interesse na continuidade da ação pelo novo concedente bem como os requisitos para a descentralização orçamentária.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS TRATADOS
NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO
POR MEIO DA PORTARIA PGF Nº 467/2012**

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Parecer nº 02/2012/GT467/DEPCONSUS/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.004303/2012-71

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

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

I. Direito administrativo. Convênios. Cláusulas obrigatórias. Regime jurídico de alteração. Decreto-Lei nº 200/1967. Lei nº 8.666/93. Decreto 6.170/2007. Portaria Interministerial nº 507/2011.

II. Convênio. Vigência plurianual. Indicação de crédito orçamentário em exercícios futuros. Não caracterização de alteração. Desnecessidade de termo aditivo. Possibilidade de realização de apostila. Art. 65, § 8º, e 116, da Lei nº 8.666/63.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria 467/2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

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. Depois de 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. No parecer ora em apreço, cuidar-se-á do tema 14, de acordo com o Memorando Circular-Eletrônico nº 35/2012-DEPCONSU/PGF/AGU, que diz respeito à forma juridicamente adequada para realizar a indicação dos créditos orçamentários necessários à execução de convênio plurianual.

I) O REGIME JURÍDICO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS E SUA APLICABILIDADE AOS CONVÊNIOS

4. Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas. Relativamente ao contrato administrativo, o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 o conceitua como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acorde de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

5. A Lei nº 8.666/93, no seu art. 60, determinou que “os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato. Ao estabelecer a regra da formalidade, a Lei de Licitações e Contratos vedou a realização de contratos verbais, a não ser nas hipóteses nela expressamente previstas. A Lei nº 8.666/93, ao criar normas gerais sobre a matéria, indicou as cláusulas obrigatórias em todo contrato administrativo:

Art. 55. São *cláusulas necessárias em todo contrato* as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

6. A finalidade dessas disposições é atribuir a nota de oficialidade à celebração dos contratos administrativos. Assim, se o ajuste principal se submete a essas condições formais, todas as alterações produzidas em suas cláusulas originárias seguem a mesma sorte. Acontecimentos supervenientes podem fazer com que haja a necessidade de alteração contratual. Esse é sempre a expressão do acordo ajustado para alterar o contrato, agregando, retirando ou modificando o conteúdo original do contrato. De acordo com Jorge Ulisses Jacoby,

Considera-se alteração contratual toda e qualquer modificação no objeto contratado e demais disposições a ele relacionadas no regime

de execução, no prazo, no valor ou forma de pagamento do contrato e na garantia financeira oferecida. E, ainda, todas as alterações devem visar à melhoria das condições contratuais e ao suprimento das necessidades do órgão.¹

7. O art. 65 da Lei nº 8.666/93 estabeleceu expressamente as situações que ensejam a modificação da relação jurídico-contratual. Com fundamento na finalidade dessas disposições legais, forma-se a regra de que toda e qualquer alteração promovida nos instrumentos contratuais firmados pela Administração seja realizada por meio da expedição de termo aditivo, atendendo aos requisitos impostos pelos artigos 60 e 61 da Lei nº 8.666/93. Seja a alteração unilateral ou consensual, em regra, exige-se a sua formalização por termo aditivo. O Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado quanto ao tema (seção de resenha de jurisprudência):

O termo de aditamento deve ser usado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto, prorrogações, repactuações, além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações de contrato.

8. O mesmo TCU, no Acórdão nº 474/2005 – Plenário, deixou assente que o termo aditivo é usado em situações em que “as alterações são mais profundas”. Para a Corte de Contas, o aditivo tem a vantagem de “proteger tanto o contratado como o interesse público, tendo em vista que é um procedimento mais solene, que gera inclusive publicação na imprensa oficial. Portanto, garante maior transparência e segurança à licitação”.

9. Contudo, nem todos os eventos ocorridos no curso de um contrato e que afetam as condições até então praticadas exigem a expedição de termo aditivo. O § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 autoriza o seguinte:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser *alterados*, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

1 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e alterações das cláusulas contratuais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, out. 2005.

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao *reajuste de preços* previsto no próprio contrato, as *atualizações, compensações ou penalizações financeiras* decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o *empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido*, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples *apostila*, dispensando a celebração de aditamento.

10. Nessas condições, o apostilamento difere do termo aditivo na medida em que este último se ocupa da formalização das alterações nas cláusulas contratuais inicialmente ajustadas. Vale dizer, aplica-se em face da necessidade de aditar, ou seja, alterar aquilo que foi inicialmente pactuado. A apostila constitui o instrumento dirigido a instituir modificações mais simples no bojo do contrato, as quais, inclusive, decorrem das próprias cláusulas e condições firmadas entre as partes por meio dos dispositivos contratuais. Serve, então, para registrar situações que não provoquem a alteração das denominadas bases objetivas do contrato, assim entendidas as principais cláusulas e condições que conferem existência à relação jurídica obrigacional de natureza contratual (partes, objeto, preços, forma de pagamento, prazos, entre outras).

11. Diferentemente do aditivo, o apostilamento não precisa ser publicado na imprensa oficial, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Outra característica da apostila é que não há necessidade da assinatura do contratado ou sua anuência, bastando seu conhecimento, que se faz pela remessa de uma de suas vias, permanecendo a outra juntada ao contrato. Ademais, usa-se a apostila para alterações de menor relevância sobre as quais o órgão poderá decidir independentemente da anuência do contratado.

12. O Tribunal de Contas da União esclarece o conceito e as características da apostila no seu manual *Licitações e Contratos: orientações básicas*:

Apostila é a anotação ou registro administrativo que pode ser: feita no termo de contrato ou nos demais instrumentos hábeis que o substituem, normalmente no verso da última página do contrato; juntada por meio de outro documento ao termo de contrato ou aos demais instrumentos hábeis. A apostila pode ser utilizada nos seguintes casos: variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato; compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento; empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

13. Em vários julgados, o TCU tem orientado no sentido de que a Administração Pública só deve utilizar a figura do termo aditivo para alterações de maior profundidade e que repercutam nas cláusulas contratuais essenciais:

9.3.3. Formalizar, mediante simples apostilamento, as alterações de valores decorrentes de reajustes previstos no próprio contrato, em consonância com o art. 65, § 8º, da Lei 8.666/93, evitando a utilização de aditamentos contratuais para esse fim; (Acórdão nº 219/2004, Plenário)

14. No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União, através da Orientação Normativa nº 35/2011, concluiu que “nos contratos cuja duração ultrapasse o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa ao exercício futuro poderá ser formalizada por apostilamento”.

15. Vê-se, portanto, que a finalidade da lei é estabelecer maior formalidade apenas para aqueles contratos de maior vulto, bem como para modificações que se qualifiquem como verdadeiras alterações contratuais. A ampliação deste entendimento foi defendida pela equipe do Informativo de Licitações e Contratos da Editora Zênite:

Entretanto, não há como entender-se que apenas nos casos apontados nesse dispositivo é que poderá ocorrer o apostilamento, e não o termo aditivo. Entendemos que em qualquer situação que a Administração comprovar que não está alterando as bases contratuais, não será necessário o aditamento, mas apenas o apostilamento.

Nesse dispositivo não haveria como o legislador elencar todas as situações em que não se alteram as bases contratuais. Assim, o § 8º do art. 65 teria disposições exemplificativas, assim como o art. 13 e art. 25 da Lei nº 8.666/93.²

16. Seguindo essa linha de entendimento, conclui-se, também, na esteira do pensamento do professor Diógenes Gasparini, que a realização de apostila dispensa a análise por parte do órgão jurídico.³

² Apostilamento – Hipótese de cabimento, ILC 701/102/AGO/2002.

³ GASPARINI, Diógenes. Aditamento e apostilamento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, jan. 2006.

17. Relativamente aos convênios, pode-se aplicar o regime jurídico de alteração contratual até aqui exposto, com base no art. 116 da Lei nº 8.666/93, considerando que, pelo menos neste ponto, não haveria distinção entre convênios e contratos.

II) A ALTERAÇÃO DA CLÁUSULA ORÇAMENTÁRIA NOS CONVÊNIOS

18. Partindo das premissas expostas acima, cumpre examinar qual a forma mais adequada para indicar créditos orçamentários em convênios com vigência plurianual. Como é cediço, a Administração tem o dever de apontar o recurso que fará frente à futura despesa já quando da instauração do processo administrativo licitatório (art. 7º, § 2º, III, c/c art. 38, *caput*, c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93). Ainda, o art. 55, inciso V, da Lei de Licitações, prevê como cláusula necessária em qualquer contrato, “o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica”.

19. A discussão fundamenta-se no que dispõem o Decreto nº 93.872/1986 e a Portaria Interministerial nº 507/2011. Dispõe o citado decreto:

Art. 27. As despesas relativas a contratos, *convênios*, acordos ou ajustes de vigência plurianual, *serão empenhadas em cada exercício financeiro pela parte nele a ser executada.*

Art. 30. [...].

§ 1º Nos contratos, *convênios*, acordos ou ajustes, *cuja duração ultrapasse um exercício financeiro*, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem assim cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a *declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura.*

20. Por sua vez, a PI nº 507/2011, reproduzindo o conteúdo *supra*, estipulou como cláusula obrigatória dos instrumentos a previsão de que os créditos e empenhos futuros fossem indicados “em termos aditivos” (art. 43, VIII).

21. Questiona-se, portanto, a necessidade de firmar termo aditivo para a indicação do crédito orçamentário, pois ainda que o § 1º do art. 30

do Decreto nº 93.872/86 fale em “termo aditivo”, o § 8º do art. 65 da Lei de Licitações facultou a simples apostila para o “empenho de dotações orçamentárias suplementares”.

22. A despeito do art. 30, § 1º, do Decreto nº 93.872/86, pode-se defender a desnecessidade de aditamento ao convênio para indicar as dotações orçamentárias em exercícios financeiros posteriores. Isto pode ser feito a partir de regras previstas na própria PI nº 507/2011, no Decreto nº 6.170/2007 e com base numa leitura principiológica do ordenamento jurídico, em especial do direito administrativo.⁴

23. Consoante a Portaria Interministerial nº 507/2011, há um procedimento específico para o empenho dos recursos financeiros necessários nos convênios com vigência plurianual:

Art. 12. Nos instrumentos regulados por esta Portaria, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, *indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, mediante registro contábil.*

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a responsabilidade de o concedente incluir em suas propostas orçamentárias dos exercícios seguintes a dotação necessária à execução do convênio.

24. Em sentido semelhante, o Decreto nº 6.170/2007 determina o seguinte:

Art. 9º No ato de celebração do convênio ou contrato de repasse, o concedente deverá empenhar o valor total a ser transferido no exercício e *efetuar, no caso de convênio ou contrato de repasse com vigência plurianual, o registro no SLAFI, em conta contábil específica, dos valores programados para cada exercício subsequente.*

⁴ Pode-se defender, inclusive, a revogação da exigência contida no parágrafo primeiro do art. 30 do Decreto nº 93.872/1986. Esse é o entendimento contido na fundamentação da Orientação Normativa nº 35/2011 da AGU: E por estar em desacordo com o preceito legal a ele posterior, o referido dispositivo do mencionado Decreto não foi recepcionado pela Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, a exigência de instrumento de aditamento para a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa à execução de contrato e ajustes de natureza continuada, configura-se em exigência desprovida de razoabilidade, conforme os argumentos aqui já expendidos”.

25. Assim, nos termos do dispositivo acima transcrito, devem-se empenhar os recursos financeiros relacionados ao ano em curso e, relativamente aos exercícios posteriores, far-se-á o devido registro contábil. Nesse contexto, não é razoável qualificar a indicação processual dos empenhos posteriores como “alteração” do convênio. A indicação dos créditos orçamentários trata-se de mera “execução” do ajuste firmado, não sendo razoável interpretá-la como uma “modificação”, de modo a exigir a celebração de termo aditivo. A indicação da fonte orçamentária caracteriza-se como questão atinente ao âmbito interno da Administração Pública, não ocasionando reflexos à relação jurídica ajustada, sendo, por isso, admitida sua formalização por meio de simples apostila.

26. Por outro lado, exigir que a indicação de recursos orçamentários em convênios com vigência plurianual seja feita por termo aditivo viola os princípios da celeridade e economia processuais, pois, além de toda a tramitação necessária, a manifestação do órgão jurídico revelar-se-ia inócua. Ademais, a formalização desnecessária de aditivos acaba atentando, igualmente, contra o princípio da economicidade, considerando o ônus financeiro que a publicação do extrato na imprensa oficial acarreta. Por fim, o apego demasiado à forma acaba prejudicando a própria finalidade do ato. Não é a toa que a Lei nº 9.784/99 apregoa, no seu art. 2º, que nos processos administrativos deverão ser observados os critérios de “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”. Inspirado sob a mesma *ratio*, o art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967 determina que “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

27. Revela-se perfeitamente possível, portanto, que nos convênios cuja duração ultrapasse o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa aos exercícios posteriores poderá ser formalizada, relativamente a cada exercício, por apostila, já que não se trata de “alteração” do instrumento.

V) CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, conclui-se o seguinte:

- a) Nos convênios cuja duração ultrapasse o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa aos exercícios posteriores poderá ser formalizada, relativamente a cada exercício, por apostila, nos termos do art. 9º do Decreto nº 6.170/2007 c/c o art. 65, § 8º, e art. 116, da Lei nº 8.666/93;
- b) Por não se tratar de alteração no convênio, tal medida prescinde do exame jurídico obrigatório, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 c/c os arts. 44 e 50 da Portaria Interministerial nº 507/2011.

À sua consideração.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Érica Maria Sabóia Leitão
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 02 /2012/GT467/DEPCONSU/
PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 20 de setembro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 05 /2012:

Nos convênios cuja duração ultrapasse o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa aos exercícios posteriores poderá ser formalizada, relativamente a cada exercício, por apostila, nos termos do art. 9º do Decreto nº 6.170/2007 c/c o art. 65, § 8º, e art. 116, da Lei nº 8.666/93.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS TRATADOS
NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO
POR MEIO DA PORTARIA PGF Nº 467/2012**

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Parecer nº 03/2012/GT467/DEPCONSUS/PGF/AGU

PROCESSO nº 00407.004303/2012-71

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

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

I. Direito administrativo e constitucional. Convênios celebrados com recursos oriundos de emendas parlamentares. Natureza jurídica do orçamento. Emendas parlamentares. Limitações. Resolução CN nº 01/2006. Decreto-Lei nº 200/1967. Lei Complementar nº 101/2000. Decreto 6.170/2007. Portaria Interministerial nº 507/2011.

II. Convênio. Dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar. Valor inferior ao estabelecido no art. 2º, I, do Decreto nº 6.170/2007. Impossibilidade de celebração, ressalvadas as situações previstas no art. 2º, parágrafo único, I e II, do citado decreto.

III. Convênio. Entidades privadas sem fins lucrativos. Dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar. Obrigação de realização de chamamento público. Art. 4º do Decreto nº 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto nº 7.568/2011. Exceções estabelecidas no art. 4º, § 2º, do citado decreto, e no art. 31, I e II, da Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012), reproduzidas no art. 52, I e II, da Lei nº 12.708/2012 (LDO 2013).

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria 467/2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

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. Depois de 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. No parecer ora em apreço, cuidar-se-á do tema 10, de acordo com o Memorando Circular-Eletrônico nº 30/2012-DEPCONSU/PGF/AGU, que diz respeito às eventuais contradições entre a lei orçamentária anual, notadamente as emendas parlamentares, e decretos regulamentadores, em especial a) a discrepância entre o valor destinado na emenda parlamentar e o valor mínimo para convênios previsto no Decreto nº 6.170/2007 e b) a suposta incompatibilidade entre emenda parlamentar nominal à entidade privada sem fins lucrativos e a regra da obrigatoriedade do chamamento público previsto no Decreto nº 6.170/2007.

I) A LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

4. A Constituição de 1988 regulamentou a matéria relativa às finanças públicas no capítulo II do Título VI, reservando a seção II exclusivamente para “Dos Orçamentos”. Relativamente à lei orçamentária anual, o art. 165 estabeleceu o seguinte:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º - *A lei orçamentária anual* compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

[...]

§ 8º - A lei orçamentária anual *não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa*, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

5. Estes dispositivos constitucionais fizeram com que a temática orçamentária relaciona-se quase que exclusivamente com o planejamento da gestão patrimonial e à alocação de recursos públicos. Gilmar Mendes e Paulo Gonet chegam a defender que “em certo sentido, pode-se mesmo afirmar que o processo orçamentário não passa de um complexo e diferenciado processo legislativo de planejamento e autorização do gasto público”.¹ Dentro desse contexto, o Poder Executivo sobressai-se como o principal ator no processo de elaboração de normas orçamentárias:

Empenha-se-lhe, em primeiro plano, o papel de coordenador e articulador das propostas orçamentárias, inclusive daquelas enviadas pelos outros Poderes e órgãos autônomos, dentro dos limites da lei de diretrizes orçamentárias, bem como de garantidor de sua compatibilidade com os princípios constitucionais financeiros, por

1 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1511.

meio do reconhecimento da exclusividade de envio do projeto de lei orçamentária ao Legislativo. [...] Por trás desse poder, que reflete a tradição e histórica constitucional, está a viabilização do Executivo como primeiro e supremo definidor das políticas ou programas de ação que serão desenvolvidos pelo Estado [...]. Esse itinerário todo para dizer que o Legislativo, no exercício de sua competência ordinária, não pode impor um determinado programa de governo, que venha a consumir tanto ou quanto do valor arrecadado [...].²

6. Por conta dessas características, a natureza jurídica das leis orçamentárias passou a ser assunto controverso entre os doutrinadores. De acordo com Marcos Nóbrega, as divergências doutrinárias acerca do orçamento podem ser ordenadas em quatro grupos, prevalecendo, dentre eles, o entendimento baseado na teoria da lei formal:

A primeira corrente defende a tese, baseada nos trabalhos pioneiros de Honnel, de que o orçamento é sempre uma lei, posto que emana do Poder Legislativo. Trata-se de uma visão meramente formal das leis orçamentárias que estariam desprovidas de qualquer conteúdo jurídico. A segunda visão adota a idéia de que as leis devem ser classificadas segundo seu conteúdo jurídico e não somente com base nos órgãos das quais emanam. Dessa forma, embora o orçamento apresente intrinsecamente a forma de lei, trata-se na verdade de um mero ato administrativo.

Uma terceira corrente, que ganhou grande expressão, é aquela capitaneada por Leon Duguit que também entende que o orçamento é um simples ato administrativo, no entanto, apenas no que se refere à parte da autorização das despesas pois as regras orçamentárias que autorizam a cobrança e arrecadação de tributos não devem ser consideradas meros atos administrativos, mas, sim, leis de conteúdo material.

Por fim, a visão de Gastón Jèze segundo a qual o orçamento, em nenhuma de suas partes, poderia ser considerado lei, tanto quanto à sua natureza como ao seu conteúdo. Trata-se apenas de peças que têm aparência de lei e dessa forma entende Jèze, que tanto a parte que autoriza despesas como aquela que prevê as receitas são meros atos administrativos. [...]. No que diz respeito às despesas,

² SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 489-500.

as autorizações contidas no orçamento não dão a certeza da sua execução, ficando submetidas aos recursos disponíveis. Jêze considera, portanto, os orçamentos como meros atos-condição que seriam aqueles editados mediante situações estabelecidas por outros tipos de atos, os chamados atos-regra que regulamentam situações gerais e pessoais.

[...]

Malgrado toda discussão de ordem doutrinária, entende-se que *a teoria da lei formal, já consagrada, conforme visto no Direito brasileiro, de fato, se adapta com muito mais propriedade à nossa realidade. O argumento da frustração popular diante da não execução dos programas contemplados no orçamento, deve ser visto não como uma falha do conceito formal de orçamento, mas, sim, da fragilidade dos nossos instrumentos de planejamento. O orçamento deve ser tratado como autorização, posto que a realidade econômica, as adversidades, a mudança do contexto no qual está inserida a execução orçamentária, e até mesmo a mudança de planos determinada pelo Governo podem ensejar a não execução de programas já contemplados nas peças orçamentárias.*³

7. Assim, em que pese ao dissenso quanto à natureza do orçamento, prepondera no Direito pátrio a noção de que tais documentos são leis em sentido formal, sendo necessário que os agentes públicos pratiquem atos jurídicos tendentes à realização efetiva dos recursos cujo dispêndio é autorizado, à medida que as receitas públicas são auferidas. Para Luiz Emygio F. da Rosa Jr,

Parece-nos claro que o orçamento deve ser considerado no novo texto constitucional como lei formal. É, portanto, ato jurídico, pois tem o claro objetivo de limitar o orçamento à sua função formal de ato governamental, cujo propósito é *autorizar as despesas a serem realizadas no ano seguinte* e calcular os recursos prováveis com que tais gastos poderão ser realizados, *mas não cria direitos subjetivos.* [...] *Além disso, as chamadas despesas variáveis não criam para o Estado a obrigação de efetivá-las, por não conferirem direito subjetivo às pessoas que iriam ser beneficiadas com sua realização.* Resumindo, entendemos que o orçamento é lei formal, que por ser disciplinada pela Constituição em seção diferente daquela própria das leis, deve também ser considerada

3 NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 96-99.

lei especial, mas seu conteúdo é mero ato de administração. Isso porque fixa as despesas públicas e prevê as receitas públicas, não podendo versar sobre outra matéria que não seja a orçamentária.⁴

8. Igualmente, para Kiyoshi Harada, a falta de generalidade, abstração e permanência, faz da lei orçamentária “uma lei de efeito concreto para vigorar por um prazo determinado de um ano, fato que, do ponto de vista material, retira-lhe o caráter de lei. Exatamente essa peculiaridade levou parte dos estudiosos a sustentar a tese do orçamento como ato-condição”.⁵ Por isso, conforme Ricardo Lobo Torres,

A teoria de que o orçamento é lei formal, que *apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direito subjetivos* e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro; e tem sido defendida, principalmente sob a influência da obra de Jêze, por inúmeros autores de prestígio, ao longo de muitos anos e sob várias escrituras constitucionais.⁶

9. Tal entendimento repercute, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em precedente de 1957, o STF decidiu que “o simples fato de ser incluída no orçamento uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio; [...] a previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial” (RE 34.581, Rel. Min. Cândido Motta, DJ 05/12/1957).

10. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal até bem pouco tempo não aceitava a impugnação de lei orçamentária através de ação direta de inconstitucionalidade, justamente pelo conteúdo concreto e administrativo de tais normas:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE “DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F.” COMO PRE-

4 ROSA JR, Luiz Emygio F. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.82-83.

5 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74-75.

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

VISTA NA LEI Nº 9.438/97. *LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - E NÃO NORMATIVO*. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, “A”, DA C.F. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma *destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos*, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes [...]. (ADI 1640 / DF, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento: 12/02/1998).⁷

11. A natureza jurídica da lei orçamentária explicita-se, também, na possibilidade de ajuste ao provável fluxo de recursos financeiros, à medida que se efetivam. Desde a edição do Decreto nº 64.441/69, que instituiu o Sistema de Programação Financeira do Tesouro Nacional, a programação e execução financeira passou a ser regulamentada de forma mais precisa. Nesse contexto, compete à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão central do sistema, elaborar e executar a programação financeira, fixar os limites globais a serem desembolsados para os órgãos setoriais e exercer a orientação normativa, supervisão técnica e fiscalização. É possível a movimentação de recursos entre as unidades do sistema de programação financeira por meio da liberação de cotas, de repasses e de sub-repasses, de acordo com a legislação pertinente, com base na qual a STN ajusta os valores propostos, aprova a programação dos Órgãos Setoriais de Programação Financeira e a registra em sistema próprio, para subsequente aprovação e liberação dos recursos, na forma do cronograma de desembolso.

12. As normas atinentes à programação e execução financeira pelo Tesouro Nacional trazem previsão expressa quanto à possibilidade de se promover ajustes na execução da lei orçamentária, senão vejamos:

⁷ Embora recentemente o STF tenha sinalizado com a mudança de sua jurisprudência quanto à possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias, não alterou a sua concepção quanto à natureza jurídica do orçamento. No julgamento da medida cautelar na ADI 4.048-DF, ficou assentado que “o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade”.

DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967

Art. 17. Para ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e o Ministério da Fazenda elaborarão, em conjunto, a programação financeira de desembolso, de modo a assegurar a liberação automática e oportuna dos recursos necessários à execução dos programas anuais de trabalho.

Art. 18. Toda atividade deverá ajustar-se à programação governamental e ao orçamento-programa e os compromissos financeiros só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira de desembolso.

DECRETO Nº 93.872, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1986

Art. 9º As diretrizes gerais da programação financeira da despesa autorizada na Lei de Orçamento anual serão fixadas em decreto, cabendo à Secretaria do Tesouro Nacional, em ato próprio, aprovar o limite global de saques de cada Ministério ou Órgão, tendo em vista o montante das dotações e a previsão do fluxo de caixa do Tesouro Nacional.

§ 1º Na alteração do limite global de saques, observar-se-ão o quantitativo das dotações orçamentárias e o comportamento da execução orçamentária.

LEI Nº 4320/64

Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar.

Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos:

a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho;

b) manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria.

Art. 49. A programação da despesa orçamentária, para feito do disposto no artigo anterior, levará em conta os créditos adicionais e as operações extra-orçamentárias.

Art. 50. As cotas trimestrais poderão ser alteradas durante o exercício, observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária.

LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea *c* do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

13. Nesse contexto é que o art. 167, VI, da Constituição de 1988 prevê três formas de movimentação de dotações orçamentárias: o remanejamento, a transposição e a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para o outro, mediante prévia autorização legislativa.⁸ Tal espaço de manobra se faz necessário para ajustar a aplicação de recursos financeiros ao longo

8 AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei nº 4320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 362-363.

do exercício, com base em fatores que não são estáticos.⁹ A reserva de verba para certo setor social pelo Estado trata-se de intenção, cabendo ao administrador público, diante de situações concretas, sobretudo de escassez de recursos, priorizar determinadas despesas. Por óbvio, existem verbas orçamentárias constitucionalmente vinculadas a finalidades específicas, o que não retira do orçamento o seu caráter autorizativo.

14. Em resumo, o orçamento é lei formal, que *apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direito subjetivos, nem vinculando o Poder Executivo a determinada execução financeira.*

II) EMENDAS PARLAMENTARES AO PROJETO DA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

15. Uma das atividades de maior impacto no processo político-legislativo é a possibilidade de oferecimento de emendas parlamentares durante o processo de elaboração da lei orçamentária anual. Entretanto, as negociações para aprovar emendas não garantem que um projeto, uma vez aprovado e sancionado pelo presidente da República, seja realmente implementado. Para Carlos Pereira e Bernardo Muller, embora os parlamentares tenham o direito de propor emendas individuais e coletivas ao orçamento anual, “cabe ao Executivo determinar quais delas serão executadas, na dependência dos recursos disponíveis no Tesouro Nacional”.¹⁰ No mesmo sentido, Figueiredo e Limongi defendem que as emendas parlamentares têm caráter autorizativo, como o orçamento em geral, pois a liberação para a execução depende da decisão política do

9 “Fundamentalmente, a programação de entradas no caixa se realiza mediante articulação com os órgãos que arrecadam, considerados parâmetros de cálculo que, por sua vez, consideram hipóteses para comportamento dos fatores que interferem no montante arrecadado, como índices de inflação, taxas de juros e câmbio, e nível da atividade econômica (variações do PIB, consideradas as sazonalidades e as variações em setores específicos). A saída de recursos se realiza de forma descentralizada, nos órgãos dos três poderes da União. Assim, a programação do fluxo de pagamentos implica avaliar as necessidades de recursos financeiros em cada um desses órgãos, ao longo de todo o ano, abrangendo: a execução das despesas, as transferências para outras esferas de governo (obrigatórias ou voluntárias) as restituições de receitas e quaisquer pagamentos relevantes” (ALBUQUERQUE, Claudiano Manuel de; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique Feijó da. *Gestão de Finanças Públicas*. Brasília: 2006, p. 408).

10 PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*. DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 45, n° 2, 2002

Executivo. Esta decisão está condicionada às prioridades do Governo, bem como às sintonias com entendimentos de coalizão partidária.¹¹

16. O processo legislativo orçamentário, notadamente quanto à possibilidade de oferecimento de emendas parlamentares, está regulamentado pelo art. 166 da Constituição de 1988:

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

§ 2º - As *emendas* serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º - *As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:*

11 FIGUEIREDO, Angelina Cheibud; LIMONGI Fernando. Processo Orçamentário e Comportamento Legislativo: Emendas Individuais, Apoio ao Executivo e Programas de Governo. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 4, 2005. A natureza meramente autorizativa das emendas fez surgir, na Câmara dos Deputados, projeto de lei que pretende atribuir-lhes força vinculativa, de acordo com notícia no site da Câmara: “Tramita na Câmara o Projeto de Lei Complementar (PLP) 174/12, do deputado Nilson Leitão (PSDB-MT), que obriga o Poder Executivo a executar as emendas parlamentares (de deputados, senadores, bancadas estaduais e comissões do Congresso) nas áreas de educação, saúde e segurança pública e social, destinadas aos municípios. A proposta altera a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF - Lei Complementar 101/00). A obrigatoriedade de execução vale mesmo em caso de queda na arrecadação federal. Atualmente, as emendas parlamentares não têm execução obrigatória”. Fonte: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/administracao-publica/421528-projeto-obriga-execucao-de-emendas-parlamentares-destinadas-a-municipios.html>.

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

17. Além das limitações constitucionais, a propositura de emendas é regulada, também, pelo próprio Congresso Nacional. Atualmente, a matéria encontra-se disciplinada pela Resolução CN nº 01/2006. Esta norma regulamentar prevê a edição anual de um Parecer Preliminar, votado pela Comissão Mista de Orçamento, logo após a chegada do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) ao Congresso, onde são definidas normas adicionais a serem observadas pelos parlamentares na ocasião de oferecimento de emendas. De acordo com os artigos 37 a 40 do normativo citado, as emendas são classificadas como de remanejamento, de apropriação ou de cancelamento.¹² Consoante os artigos 43 a 50 da resolução, elas podem ser individuais e/ou coletivas. Estas se subdividem

12 Art. 38. Emenda de remanejamento é a que propõe acréscimo ou inclusão de dotações e, simultaneamente, como fonte exclusiva de recursos, a anulação equivalente de dotações constantes do projeto, exceto as da Reserva de Contingência.

§ 1º A emenda de remanejamento somente poderá ser aprovada com a anulação das dotações indicadas na própria emenda, observada a compatibilidade das fontes de recursos.

§ 2º Será inadmitida a emenda de remanejamento que não atenda ao disposto neste artigo e nos arts. 47 e 48. Art. 39. Emenda de apropriação é a que propõe acréscimo ou inclusão de dotações e, simultaneamente, como fonte de recursos, a anulação equivalente de:

I - recursos integrantes da Reserva de Recursos a que se refere o art. 56;

II - outras dotações, definidas no Parecer Preliminar.

Art. 40. Emenda de cancelamento é a que propõe, exclusivamente, a redução de dotações constantes do projeto.

em emendas de comissões permanentes do Senado e da Câmara dos Deputados e emendas de bancadas estaduais.

18. A Resolução CN nº 01/2006 estabeleceu vários requisitos para as emendas individuais e coletivas. Quanto às emendas de comissão, o art. 44 determinou o seguinte:

Art. 44. As emendas de Comissão deverão:

I - ser apresentadas juntamente com a ata da reunião que decidiu por sua apresentação;

II - ter caráter institucional e representar interesse nacional, observado o disposto no art. 47, incisos II a V, vedada a destinação a entidades privadas, salvo se contemplarem programação constante do projeto;

III - conter, na sua justificação, elementos, critérios e fórmulas que determinem a aplicação dos recursos, em função da população beneficiada pela respectiva política pública, quando se tratar de transferências voluntárias de interesse nacional.

19. Relativamente às emendas de bancadas estaduais, as condições são transcritas abaixo:

Art. 47. As emendas de Bancada Estadual deverão:

I - ser apresentadas juntamente com a ata da reunião que decidiu por sua apresentação, aprovada por 3/4 (três quartos) dos Deputados e 2/3 (dois terços) dos Senadores da respectiva Unidade da Federação;

II - identificar de forma precisa o seu objeto, vedada a designação genérica de programação que possa contemplar obras distintas ou possam resultar, na execução, em transferências voluntárias, convênios ou similares para mais de um ente federativo ou entidade privada;

III - no caso de projetos, contemplar, alternativamente a:

a) projeto de grande vulto, conforme definido na lei do plano plurianual;

b) projeto estruturante, nos termos do Parecer Preliminar, especificando-se o seu objeto e a sua localização;

IV - no caso de atividades ou operações especiais, restringir-se às modalidades de aplicação 30 (trinta - governo estadual) e 90 (noventa - aplicação direta);

V - em sua justificação, conter, no mínimo:

a) os elementos necessários para avaliar a relação custo benefício da ação pretendida e seus aspectos econômico-sociais;

b) o valor total estimado, a execução orçamentária e física acumulada e o cronograma da execução a realizar, em caso de projeto;

c) as demais fontes de financiamento da ação e as eventuais contrapartidas.

20. Já quanto às emendas individuais, os requisitos são estes:

Art. 49. Cada parlamentar poderá apresentar até 25 (vinte e cinco) emendas ao projeto, cabendo ao Parecer Preliminar fixar o valor total do conjunto das emendas a serem apresentadas, por mandato parlamentar, nos termos do art. 52, II, i.

Art. 50. As emendas individuais:

I - que destinarem recursos a entidades de direito público, deverão observar a programação passível de ser objeto de emendas, definida pelo Parecer Preliminar;

II - que destinarem recursos a entidades privadas, deverão observar a programação passível de ser objeto de emendas, definida no Parecer Preliminar e, cumulativamente:

a) atender às disposições contidas na lei de diretrizes orçamentárias;

b) estipular as metas que a entidade beneficiária deverá cumprir, demonstrando a sua compatibilidade com o valor da emenda;

c) identificar a entidade beneficiada, seu endereço e o nome dos responsáveis pela direção;

III - deverão, no caso de projetos, resultar, em seu conjunto, em dotação suficiente para conclusão da obra ou da etapa do cronograma de execução a que se refere.

Parágrafo único. O Parecer Preliminar especificará os elementos que deverão constar da justificativa das emendas individuais.

21. Portanto, percebe-se que as emendas parlamentares estão sujeitas a restrições de diversas ordens. Além das limitações existentes internamente no âmbito do próprio Legislativo, a Constituição de 1988, como se viu, estabeleceu regras fundamentais para a aprovação de emendas, quais sejam: i) não podem acarretar aumento na despesa total do orçamento, a menos que sejam identificados erros ou omissões nas receitas, devidamente comprovados; ii) é obrigatória a indicação dos recursos a serem cancelados de outra programação, já que normalmente as emendas provocam a inserção ou o aumento de uma dotação; iii) não podem ser objeto de cancelamento as despesas com pessoal, benefícios previdenciários, juros, transferências constitucionais e amortização de dívida; e iv) é obrigatória a compatibilidade da emenda apresentada com as disposições do PPA e da LDO.

III) LIMITES AO REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DECORRENTES DE EMENDAS PARLAMENTARES: O VALOR MÍNIMO DO CONVÊNIO

22. O Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, ao regulamentar “os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos”, criou duas regras que trazem alguma complexidade quando se fala em repasse de recursos financeiros decorrentes de dotação orçamentária fruto de emenda parlamentar.

23. A primeira delas é a regra inscrita no art. 2º, I, que estabelece um valor mínimo para a celebração de convênios:

Art. 2º *É vedada* a celebração de *convênios* e contratos de repasse:

I - com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios *cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, exceto elaboração de projetos de engenharia, nos quais o valor da transferência da União seja inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)*; (Redação dada pelo Decreto nº 7.594, de 2011)

24. Nesse contexto, pode-se indagar sobre a possibilidade de celebrar convênio cujo valor seja inferior aos valores previstos no art. 2, I, mas decorrente de emenda parlamentar.

25. Como se viu anteriormente, o orçamento anual é, no atual modelo constitucional brasileiro, autorizativo. Nada impede que o Presidente da República, no uso de sua competência constitucional, edite decreto com determinada orientação no âmbito interno da Administração Pública Federal. Cite-se, como exemplo, a obrigatoriedade estabelecida pelo Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, quando a Lei nº 10.520/2002 apenas estabelece uma faculdade. Vejamos o comentário de Marçal Justen Filho acerca do assunto:

Assim se passa no art. 4º, que determina a obrigatoriedade da adoção do pregão, preferencialmente na versão eletrônica. Não cabe a um regulamento estabelecer disposição com tal eficácia, se não estava ela prevista na Lei. Essa imposição não apresenta natureza regulamentar. No entanto, é perfeitamente possível que as autoridades supremas de cada Poder estabeleçam disciplina sobre a escolha das modalidades licitatórias. Assim, o Presidente da República poderia, validamente, estabelecer que todos os órgãos a ele subordinados deveriam – por exemplo – optar por tomada de preços nos casos em que fosse cabível o convite. A Lei faculta essa substituição, não torna obrigatória. Mas ela pode ser imposta como devida se a autoridade superior de um certo Poder assim o decidir. [...] afigura-se como válida a utilização de um decreto para impor a obrigatoriedade da adoção do pregão para contratação de bens e serviços comuns. Não se faz necessária uma lei para disciplinar a escolha pela Administração Pública da modalidade licitatória. Trata-se de orientação que pode ser emitida por via administrativa, exteriorizando uma determinação da autoridade administrativa de mais elevado nível hierárquico na organização estatal.¹³

13 JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 285; 30305-306.

26. Nesse sentido, não há, no caso, regulamento *ultra vires*, mas apenas a adoção por determinada orientação normativa no âmbito administrativo interno. Afora a regra regulamentar, pode-se indicar o art. 10, § 5º, do Decreto-Lei nº 200/67, como norma autorizadora da limitação de valor mínimo nos convênios: “ressalvados os casos de *manifesta impraticabilidade ou inconveniência*, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais [...]”. Essa impraticabilidade pode ser, inclusive, do ponto de vista da *eficiência e da economicidade*, em consonância com o que estabelece a Constituição de 1988 no seu art. 37 e 70. De todo modo, ainda haverá a possibilidade de executar a dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar, já que o Decreto nº 6.170/2007 estabeleceu uma alternativa para o assunto:

Art. 2º É vedada a celebração de convênios e contratos de repasse:

I - com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, exceto elaboração de projetos de engenharia, nos quais o valor da transferência da União seja inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais);

[...]

Parágrafo único. *Para fins de alcance do limite estabelecido no inciso I do caput, é permitido:*

I - consorciamento entre os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios; e

II - celebração de convênios ou contratos de repasse com objeto que englobe vários programas e ações federais a serem executados de forma descentralizada, devendo o objeto conter a descrição pormenorizada e objetiva de todas as atividades a serem realizadas com os recursos federais.

27. A orientação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no Portal dos Convênios, por meio da seção “Perguntas e Respostas”, é a de que não existem exceções à regra que manda observar os limites mínimos de valores para a assinatura de convênios, mesmo quando custeados com recursos de emenda parlamentar:

4.7 - Uma proposta de trabalho oriunda de emenda parlamentar, mesmo com o valor inferior a R\$ 100.000,00, poderá ser cadastrada no SICONV?

R: *Não*. Tanto o Decreto 6.170/2007, quanto o artigo 6º, inciso I, da Portaria nº 127/2008, dispõem quanto à impossibilidade de celebrar ajustes com valores inferiores a cem mil reais “É vedada a celebração de convênios e contratos de repasse: I - com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”. *Não há exceção para a regra*.

28. Verifica-se que tal entendimento é adotado, também, pela Câmara dos Deputados. Nos termos do Manual de Emendas ao Orçamento da União para 2012, disponível no *site* da Câmara, no “Capítulo I.2 – Emendas ao PLOA conforme a Resolução nº 1/2006-CN”, apresenta-se em destaque a advertência de que

b) a celebração de convênios entre a União e os demais entes federativos *não deve ser inferior a R\$ 100.000* (cem mil reais), sendo que para *obras e serviços de engenharia*, exceto elaboração de projetos, *deve ser igual ou superior a R\$ 250.000* (duzentos e cinquenta mil reais). (Decreto nº 6.170/07, art. 2º, I, com redação dada pelo Decreto nº 7.594, de 31 de outubro de 2011).

29. Pode-se concluir, em resumo, e levando em conta a natureza jurídica da lei orçamentária anual, que a limitação de valor deve prevalecer mesmo nos casos de dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar. Nada impede, contudo, que seja utilizada a faculdade estabelecida no art. 2º, parágrafo único, I e II, do Decreto nº 6.170/2007, para fins de alcance do valor mínimo.

IV) LIMITES AO REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DECORRENTES DE EMENDAS PARLAMENTARES: A OBRIGATORIEDADE DE CHAMAMENTO PÚBLICO NO CASO DE ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

30. A segunda limitação ao repasse de recursos financeiros decorrentes de emendas parlamentares é a prevista no art. 4º do Decreto nº 6.170/2007:

Art. 4^aA celebração de convênio ou contrato de repasse com *entidades privadas* sem fins lucrativos *será precedida* de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. (Redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 2011).

31. Tal obrigação já foi internalizada pela Câmara dos Deputados, através do Manual de Emendas ao Orçamento da União para 2012, no “Capítulo I.2 – Emendas ao PLOA conforme a Resolução nº 1/2006-CN”:

a) a execução de dotação cujo objetivo seja a transferência de recursos mediante a celebração de *convênio entre a União e entidade privada sem fins lucrativos* será *precedida de chamamento público*, nos termos do art. 4º do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, com redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011.

32. A Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012) vai em caminho semelhante ao estabelecer, como regra geral, o cumprimento do princípio da impessoalidade através da necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para a seleção de entidades privadas:

Art. 34. Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 30, 31, 32 e 33 desta Lei, a *transferência de recursos prevista na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, a entidade privada sem fins lucrativos*, nos termos do disposto no § 3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, dependerá da justificação pelo órgão concedente de que a entidade complementa de forma adequada os serviços prestados diretamente pelo setor público e ainda de:

[...]

VI - *publicação, pelo Poder respectivo, de normas*, a serem observadas na concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, *que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias* e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade.¹⁴

14 Tais regras foram reproduzidas no art. 55, VI, da Lei nº 12.708/2012 (LDO 2013).

33. Nesse sentido, a regra geral é que seja realizada a devida seleção pública, baseado em critérios objetivos e impessoais, como etapa prévia à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos.

34. Contudo, algumas exceções são estabelecidas pela legislação. O Decreto nº 6.170/2007, no art. 4º, § 2º, autoriza o afastamento da regra nos seguintes casos:

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com *entidades privadas* sem fins lucrativos *será precedida* de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. (Redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 2011).

[...]

§ 2º O *Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade* da administração pública federal *poderá*, mediante decisão fundamentada, *excepcionar* a exigência prevista no caput nas seguintes situações: (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

I - nos *casos de emergência ou calamidade pública*, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

II - para a *realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas* ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse *já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos* e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas. (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

35. Por sua vez, a Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012), no tocante à transferência de recursos a título de contribuição corrente, determina o seguinte:

Art. 31. A transferência de recursos a título de *contribuição corrente* somente será destinada a entidades sem fins lucrativos que não atuem nas áreas de que trata o *caput* do art. 30 desta Lei e que *preencham uma das seguintes condições*:

I - *estejam autorizadas em lei que identifique expressamente a entidade beneficiária;*

II - *estejam nominalmente identificadas na Lei Orçamentária de 2012;* ou

III - *sejam selecionadas para execução, em parceria com a Administração Pública Federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no Plano Plurianual.*

§ 1º *A transferência de recursos a título de contribuição corrente, não autorizada nos termos do inciso I deste artigo, dependerá de publicação, para cada entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual conterá o critério de seleção, o objeto, o prazo do convênio ou instrumento congêneres e a justificativa para a escolha da entidade.*¹⁵

36. De modo a compatibilizar a regra transcrita com a limitação do Decreto nº 6.170/2007, pode-se defender que, no caso de transferência de recursos a título de contribuição corrente – e somente neste caso – para entidades que atendam os pressupostos do art. 31, I e II, da LDO, caberá ao Ministro de Estado ou ao dirigente máximo da entidade excepcionar a exigência do chamamento, nos mesmos termos do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 6.170/2007. Poder-se-ia, inclusive, utilizar o entendimento constante da Orientação Normativa AGU nº 31/2010, embora a mesma tenha por base a redação antiga do Decreto nº 6.170/2007:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 31, DE 15 DE ABRIL DE 2010

A celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. *Nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá haver a devida fundamentação.*

15 Tais regras foram reproduzidas no art. 52, I e II, da Lei nº 12.708/2012 (LDO 2013).

37. Todavia, mesmo nesse caso, há a necessidade, segundo o art. 31, § 1º, da LDO 2012, da explicitação do critério de seleção e a justificativa para a escolha da entidade privada específica.

38. Como conclusão, entende-se que a regra geral é a realização da devida seleção pública, baseado em critérios objetivos e impessoais, como etapa prévia à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos. O afastamento da regra geral apenas está autorizado nos casos do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 6.170/2007, e do art. 31, I e II, da Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012), desde que explicitado o critério de seleção e a justificativa para a escolha da entidade.

V) CONCLUSÃO

39. Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, conclui-se o seguinte:

a) O art. 2º, I, do Decreto nº 6.170/2007 veda a celebração de convênios com valor inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, com valor inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), mesmo que a dotação orçamentária seja decorrente de emenda parlamentar, ressalvada a possibilidade de consorciamento e reunião de ações para fins de alcance do limite regulamentar, nos termos do art. 2º, parágrafo único, I e II, do citado decreto;

b) O art. 4º do Decreto nº 6.170/2007 impõe, nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, a realização de prévio chamamento público, mesmo no caso de dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar, ressalvados os casos previstos no art. 4º, § 2º, do Decreto nº 6.170/2007 e no art. 31, I e II, da Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012), reproduzidos no art. 52, I e II, da Lei nº 12.708/2012 (LDO 2013).

À sua consideração.

Brasília, 14 de agosto de 2012.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Érica Maria Sabóia Leitão
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 03 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 16 de agosto de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 06 /2012:

Os limites de valor previstos no art. 2º, I, do Decreto nº 6.170/2007 devem ser observados mesmo nos casos de dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar, ressalvada a possibilidade de consorciamento e reunião de ações para fins de alcance do limite regulamentar, nos termos do art. 2º, parágrafo único, I e II, do citado decreto.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 07 /2012:

Nos termos do art. 4º do Decreto nº 6.170/2007, é obrigatória a realização de prévio chamamento público nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, mesmo no caso de dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar, ressalvados os casos previstos no art. 4º, § 2º, do Decreto nº 6.170/2007 e no art. 31, I e II, da Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012) e no art. 52, I e II, da Lei nº 12.708/2012 (LDO 2013).



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 N° 04/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 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

APLICABILIDADE DOS CRITÉRIOS DE ELEGIBILIDADE E DE PRIORIDADE QUANDO NÃO IDENTIFICADA A LOCALIDADE BENEFICIADA, NO BOJO DAS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSOS FEDERAIS.

I – É necessária a prévia definição de critérios de elegibilidade e de prioridade, contidos na relação de programas a serem executados, que deverão ser divulgados pelo concedente, nos termos do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP n° 507/2011, e que deverão nortear a identificação da localidade a ser beneficiada, caso ausente a sua prévia identificação no crédito orçamentário.

II - Ausente a prévia identificação da localidade beneficiada, cabe ao concedente analisar as propostas de trabalho apresentadas pelos entes interessados que se enquadrem nos critérios de elegibilidade dos programas a serem executados, sendo vedado condicionar a sua aceitação a requisitos não previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP n° 507/2011.

III - Embora não obrigatória a sua realização, cabe ao concedente avaliar a oportunidade e conveniência na utilização de prévio chamamento público para selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto do convênio, nos termos do art. 7º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP n° 507/2011, mormente quando ausente a prévia identificação da localidade beneficiada no crédito orçamentário.

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 que tem por objetivo:

- (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 à aplicabilidade dos critérios de elegibilidade e de prioridade quando não identificada a localidade beneficiada, no bojo das transferências voluntárias de recursos federais.

4. É o relatório.

I DA DIFERENÇA ENTRE TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E VOLUNTÁRIAS

5. O art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), define transferência voluntária como “*a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde*”, prevendo, entre as exigências para a sua realização, a observância da lei de diretrizes orçamentárias e a existência de dotação específica.

6. Dessarte, a transferência voluntária é definida de forma subsidiária, quando a entrega de recursos não decorrer de determinação constitucional, legal ou quando não for destinada ao Sistema Único de Saúde.

7. A título exemplificativo, destacamos entre as transferências constitucionais aquelas previstas no art. 159, I, 'a' e 'b', da Constituição Federal de 1988, que tratam do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e do Fundo de Participação dos Municípios.

8. Por outro lado, entre as transferências legais, destacamos aquelas denominadas automáticas, que são empregadas na descentralização de recursos em determinados programas da área de educação, tais quais: (i) Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE; (ii) Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE; (iii) Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos; (iv) Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE; (v) Programa Brasil Alfabetizado.

9. Também podemos citar, entre as transferências legais, aquelas operadas fundo a fundo, que se caracterizam pelo repasse diretamente de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios. Entre os fundos objetos dessa modalidade de transferência destacamos o Fundo Nacional de Saúde - FNS e o Fundo Nacional da Assistência Social - FNAS.

10. Consoante previsto no sítio da Secretaria do Tesouro Nacional (disponível em http://www.stn.fazenda.gov.br/estados_municipios/transferencias_voluntarias.asp - Acesso em 10/08/2012), consideram-se como transferências voluntárias *“aquelas em que os recursos financeiros são repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em decorrência da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e coincidente às três esferas do Governo”*.

1 Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

11. Feita essa breve introdução, registre-se que o presente parecer somente analisa condicionante para a celebração de convênios, que, por sua vez, relacionam-se com as transferências voluntárias.

II - DA DIVULGAÇÃO DA RELAÇÃO DOS PROGRAMAS E DA AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DA LOCALIDADE BENEFICIADA

12. Nos termos do art. 1º, § 2º, VI², da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, é pressuposto à conceituação de convênio a transferência de recursos financeiros *oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União*. Ou seja, todo convênio pressupõe um crédito orçamentário, que, por sua vez, está previsto no bojo de algum programa.

13. O Capítulo II da LDO 2012 (Lei nº 12.465/2011), ao tratar da estrutura e organização dos orçamentos, define programa como “*o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual*” (art. 5º, I, daquela lei).

14. Do art. 5º da LDO 2012, destacamos ainda as seguintes disposições:

Art. 5º Para efeito desta Lei, entende-se por:

[...]

II - atividade, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo;

III - projeto, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo;

² Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:

IV - operação especial, as despesas que não contribuem para a manutenção, expansão ou aperfeiçoamento das ações do Governo Federal, das quais não resulta um produto, e não gera contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços;

[...]

§ 1º As categorias de programação de que trata esta Lei serão identificadas no Projeto de Lei Orçamentária de 2012 e na respectiva Lei, bem como nos créditos adicionais, por programas, projetos, atividades ou operações especiais e respectivos subtítulos, com indicação, quando for o caso, do produto, da unidade de medida e da meta física.

§ 2º O produto das ações a que se refere o § 1o deste artigo deverão ser compatíveis com as categorias do Plano Plurianual 2012-2015.

§ 3º Ficam vedadas na especificação dos subtítulos:

I - alterações do produto e da finalidade da ação; e

II - referências a mais de uma localidade, área geográfica ou beneficiário, se determinados.

§ 4º A meta física deve ser indicada em nível de subtítulo e agregada segundo o respectivo projeto, atividade ou operação especial.

§ 5º Cada ação orçamentária, entendida como sendo a atividade, o projeto ou a operação especial, deve identificar a função e a subfunção às quais se vincula.

§ 6º No Projeto de Lei Orçamentária de 2012, deve ser atribuído a cada subtítulo, para fins de processamento, um código sequencial, que não constará da respectiva Lei, devendo as modificações propostas nos termos do art. 166, § 5º, da Constituição, preservar os códigos sequenciais da proposta original.

§ 7º As atividades que possuem a mesma finalidade devem ser classificadas sob um único código, independentemente da unidade executora.

§ 8º O projeto deve constar de uma única esfera orçamentária, sob um único programa.

§ 9º A subfunção, nível de agregação imediatamente inferior à função, deverá evidenciar cada área da atuação governamental, mesmo que a atuação se dê mediante a transferência de recursos à entidade pública ou privada.

15. Consoante previsto no dispositivo supratranscrito, o crédito orçamentário também é classificado em sua funcional programática com a descrição da ação orçamentária, entendida como sendo um instrumento para se alcançar o objetivo do programa ao qual se vincula.

16. A funcional programática do crédito orçamentário *pode*, por si só, já *identificar* (i) a localidade a ser beneficiada; e/ou (ii) o objeto da ação a ser implementada. Ou, ainda, a depender do tipo de programa ou de ação em que inserido, a funcional programática do crédito orçamentário *pode* somente *nortear* a identificação (i) da localidade a ser beneficiada (ex.: Programa PPA 2008/2011 - 0120 - Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira); e/ou (ii) do objeto da ação a ser implementada (ex.: Programa PPA 2008/2011 - 1430 - Desenvolvimento Macrorregional Sustentável - Ação 8902 - Promoção de Investimentos em Infra-Estrutura Econômica).

17. Para melhor orientar a transferência voluntária de recursos, a Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 estabelece a necessidade de prévia divulgação da relação dos programas no SICONV a serem executados de forma descentralizada, nos seguintes termos:

Art. 4º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal que pretenderem executar programas, projetos e atividades que envolvam transferências de recursos financeiros deverão divulgar anualmente no SICONV a *relação dos programas* a serem executados de forma descentralizada e, *quando couber, critérios para a seleção do conveniente*.

§ 1º A *relação dos programas* de que trata o caput será divulgada em até 60 (sessenta) dias após a sanção da Lei Orçamentária Anual e deverá conter:

I - a descrição dos programas;

II - as exigências, padrões, procedimentos, *critérios de elegibilidade e de prioridade*, estatísticas e outros elementos que possam auxiliar a avaliação das necessidades locais; e

III - tipologias e padrões de custo unitário detalhados, de forma a orientar a celebração dos convênios.

§ 2º *Os critérios de elegibilidade e de prioridade deverão ser estabelecidos de forma objetiva*, com base nas diretrizes e objetivos dos respectivos programas, visando atingir melhores resultados na execução do objeto, considerando, entre outros aspectos, a aferição da qualificação técnica e da capacidade operacional do conveniente.

§ 3º O concedente deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e padronizados que orientem os interessados, de modo a facilitar o seu acesso direto aos órgãos da administração pública federal.

18. Além do que dispõe o art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, destaca-se, ainda, que o art. 39 da Lei nº 12.465/2011 (LDO 2012), em redação também prevista no art. 43 da Lei nº 11.768/2008 (LDO 2009), no art. 42 da Lei nº 12.017/2010 (LDO 2010) e no art. 42 da LDO 2011 (Lei nº 12.309/2010), prevê:

Art. 39. A execução orçamentária e financeira, no exercício de 2012, das transferências voluntárias de recursos da União, *cujos créditos orçamentários não identifiquem nominalmente a localidade beneficiada*, inclusive aquelas destinadas genericamente a Estado, fica condicionada à prévia divulgação na *internet*, pelo concedente, dos critérios de distribuição dos recursos, levando em conta os indicadores socioeconômicos da população beneficiada pela respectiva política pública. (grifamos)

19. Na leitura desses dispositivos, poder-se-ia questionar qual interpretação a ser dada ao art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, na situação em que ausente a identificação nominal da localidade beneficiada no crédito orçamentário. O art. 39 da LDO 2012 disciplina que, ausente a identificação nominal da localidade beneficiada no crédito orçamentário, a transferência voluntária de créditos da União fica condicionada à prévia divulgação na internet, pelo concedente, *dos critérios de distribuição dos recursos*, levando em

conta os indicadores sócio-econômicos da população beneficiada pela respectiva política pública.

20. O 'caput' do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, por sua vez, prevê a necessidade de prévia divulgação:

- a) da relação dos programas a serem executados de forma descentralizada; e,
- b) *quando couber*, dos critérios para a seleção do conveniente ou contratado. (grifamos)

21. Já o § 1º do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 estabelece que a relação de programas de que trata o 'caput' será divulgada em até sessenta dias, após a sanção da lei orçamentária anual, e deverá conter, entre outros elementos, as exigências, padrões, procedimentos, *critérios de elegibilidade e de prioridade*, estatísticas e outros elementos que possam auxiliar a avaliação das necessidades locais.

22. Em complemento, frise-se o que consta no § 2º do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011: "Os *critérios de elegibilidade e de prioridade deverão ser estabelecidos de forma objetiva, com base nas diretrizes e objetivos dos respectivos programas*, visando atingir melhores resultados na execução do objeto, *considerando, entre outros aspectos, a aferição da qualificação técnica e da capacidade operacional do conveniente ou contratado.*" (grifamos)

23. Para melhor compreender a questão, registre-se que a única seleção obrigatória prevista na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 se refere a convênios *com entidades privadas sem fins lucrativos*. Decerto, tanto o art. 5º³ da revogada Portaria Interministerial

3 Art. 5º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria com entes públicos, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV, que deverá conter, no mínimo: *(Redação dada pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)*

I - *(Suprimido pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)*

II - *(Suprimido pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)*

§ 1º *(Suprimido pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)*

§ 2º *(Suprimido pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)*

Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de quinze dias, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade

CGU/MF/MP nº 127/2008 quanto o art. 7º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 somente estabelecem a *faculdade* conferida ao concedente de realizar chamamento público visando selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto.

24. Em uma interpretação sistemática da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, conclui-se que a exigência prevista no art. 39 da LDO 2012 restaria atendida com a divulgação da relação dos programas a serem executados pelo conveniente, *contendo os critérios de elegibilidade e de prioridade, sem necessidade* de prévia seleção do conveniente ou contratado.

25. Entretanto, definidos os critérios de elegibilidade e de prioridade, caberia ao concedente motivar a escolha da localidade a ser beneficiada, tendo por foco os referidos critérios, ainda que ausente um prévio chamamento público ou um concurso de projetos nos moldes do art. 7º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011.

26. Nessa trilha, a divulgação da relação dos programas a serem executados pelo concedente sempre será necessária, esteja ou não a localidade beneficiada indicada no crédito orçamentário, com a seguinte distinção:

- (i) caso indicada a localidade a ser beneficiada, o critério de elegibilidade ou de prioridade se aplica para nortear o objeto do convênio ou outros requisitos para a sua celebração, em compatibilidade com o programa e com a ação orçamentária descrita;

concedente, bem como no Portal dos Convênios. (Acrescentado pela Portaria Interministerial 492/2011/CGU/MF/MP)

- 4 Art. 7º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria com entes públicos, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV, que deverá conter, no mínimo:

I - a descrição dos programas a serem executados de forma descentralizada; e

II - os critérios objetivos para a seleção do conveniente ou contratado, com base nas diretrizes e nos objetivos dos respectivos programas.

Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de 15 (quinze) dias, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

- (ii) caso não indicada a localidade a ser beneficiada, o critério de elegibilidade ou de prioridade tem por foco, além das funções descritas no item anterior, nortear a identificação da localidade a ser beneficiada.

27. Por outro lado, ausente a indicação da localidade a ser beneficiada no crédito orçamentário, *cabe ao gestor permitir que os entes públicos enquadrados nos critérios de elegibilidade e de prioridade apresentem sua proposta de trabalho*, nos termos do art. 18 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, de forma a avaliar tecnicamente a proposta que melhor se enquadre naqueles critérios, *ainda que ausente a prévia divulgação de edital ou de chamamento público*.

28. Decerto, em não tendo sido identificada nominalmente a localidade beneficiada no crédito orçamentário, ou seja, ausente tal determinação pelo Poder Legislativo, a escolha de uma ou outra localidade deve se basear em um prévio planejamento e definição da política pública a ser executada, que se materializa com a divulgação dos critérios de elegibilidade e de prioridade previstos no art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011.

29. Nessa trilha, ausente a prévia identificação nominal da localidade beneficiada no crédito orçamentário, considera-se ilegítimo condicionar a aceitação de propostas de trabalho, devidamente enquadradas nos critérios de elegibilidade já divulgados pelo concedente, ao cumprimento de requisitos não previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, tal qual o prévio encaminhamento de ofício de uma determinada autoridade indicando a localidade que será beneficiada com o recurso. De fato, a referida exigência vai de encontro com os princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, quais sejam, os princípios da legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, 'caput', da Constituição Federal de 1988, e melhor detalhados no art. 2º⁵ da Lei nº 9.784/1999.

5 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - *atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;*

III - *objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*

IV - *atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;*

30. Outrossim, para melhor orientar a análise jurídica promovida pelos órgãos de execução da PGF, é recomendável que os autos sejam instruídos com um documento que espelhe a previsão do crédito orçamentário na lei orçamentária anual, de forma a possibilitar aferir se o convênio a ser celebrado irá beneficiar uma localidade já identificada nominalmente no crédito orçamentário.

31. Ademais, destaca-se que a ilegitimidade da exigência de requisitos não previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 para aceitação de *propostas de trabalho* não afasta a possibilidade de serem feitas outras exigências técnicas pelo concedente, com base em normatização específica, que condicionem a aprovação do *plano de trabalho*.

III - DA DECISÃO PROFERIDA NO ACÓRDÃO TCU Nº 2697/2011 - PLENÁRIO

32. Para ilustrar o entendimento citado no tópico anterior, cumpre destacar a recente decisão proferida pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 2697/2011, em que asseverada a necessidade de observância dos princípios constitucionais da isonomia, transparência e publicidade na transferência de recursos federais, o que muitas vezes não ocorre quando o órgão ou entidade pública repassador da verba o faz sem critério prévio de elegibilidade, que estabeleça a prioridade para o enquadramento e a hierarquização de propostas.

33. A decisão questiona o subjetivismo *até mesmo quando a localidade beneficiada é indicada no crédito orçamentário*, recomendando à FUNASA que, como forma de contornar o problema, adote as seguintes providências (referentes ao apoio a pequenos municípios na área de resíduos sólidos):

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (grifamos)

“9.3.1. adote processo de seleção de propostas para celebração de convênios na área de resíduos sólidos por meio de editais de chamamento público que contenham critérios de elegibilidade e prioridade, com pontuação e fórmula de ponderação que garantam a prevalência de consórcios, com a antecedência necessária para que, no momento da liberação do crédito orçamentário, já exista lista hierarquizada de pleiteantes a serem contemplados, dando publicidade a todas as etapas;

9.3.2. atualize os normativos internos que estabelecem critérios de elegibilidade e de prioridade para seleção de pleitos na área de resíduos sólidos urbanos, incluindo entre os critérios de elegibilidade a efetiva cobrança de taxa ou tarifa de manejo de resíduos sólidos em valor compatível com o serviço oferecido e, como critério de prioridade, a participação em consórcio para manejo de resíduos, além de exigir apresentação da documentação comprobatória;

9.3.3. estabeleça dois tipos de editais de seleção, um para apoio a elaboração de projetos técnicos e estudos ambientais e outro, para municípios que já os possuem, para execução de obras ou aquisição de equipamentos, considerando os estudos de regionalização que estão sendo realizados pelo Ministério do Meio Ambiente - MMA;

9.3.4. para subsidiar o processo de elaboração orçamentária, envie lista de municípios pré-selecionados aos presidentes das Comissões: Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (Comitê de Avaliação das Emendas); de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal; e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados;

[...]

9.3.8. realize certame licitatório com o objetivo de contratar empresas para a elaboração de projetos de engenharia e estudos ambientais de obras de infraestrutura dos sistemas integrados de resíduos sólidos urbanos para consórcios ou municípios, previamente selecionados em chamamento público;”

34. Assim, a lógica correta da transferência voluntária de recursos federais, na ótica da Corte de Contas, é orientada pela elaboração e

planejamento das políticas públicas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo, a quem cabe estabelecer critérios isonômicos, objetivos e transparentes sobre os entes elegíveis como convenientes, bem como sobre o objeto dos convênios a serem celebrados.

IV - DA COMPETÊNCIA DO CONVENIENTE PARA IDENTIFICAÇÃO DAS ÁREAS DE INTERVENÇÃO E DOS BENEFICIÁRIOS FINAIS

35. O art. 6º, VI, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, prevê competir ao conveniente *“selecionar as áreas de intervenção e os beneficiários finais em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela concedente, podendo estabelecer outras que busquem refletir situações de vulnerabilidade econômica e social, informando a concedente sempre que houver alterações”*.

36. Somente para não haver dúvidas na interpretação desse dispositivo, é importante destacar que a identificação de áreas de intervenção e de beneficiários finais, nele prevista, não se confunde com a identificação da localidade a ser beneficiada diretamente com o repasse de verba oriundo de transferência voluntária, tal qual disposto no art. 39 da LDO 2012.

37. A previsão contida no art. 39 da LDO 2012 tem por escopo definir o ente conveniente, enquanto o art. 6º, VI, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, trata de uma especificação maior da área de intervenção e dos beneficiários finais em um segundo momento, ou seja, quando já definido o ente conveniente.

38. De toda forma, nos mesmos moldes do art. 39 da LDO 2012, também a identificação da área de intervenção e dos beneficiários finais, pelo conveniente, deve ser baseada nas diretrizes estabelecidas pelo concedente, que podem ser aquelas divulgadas nos termos do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, ou outras que busquem refletir *“situações de vulnerabilidade econômica e social”*.

V – CONCLUSÃO

39. Pelo exposto:

- a) é necessária a prévia definição de critérios de elegibilidade e de prioridade, contidos na relação de programas a serem executados, que deverão ser divulgados pelo concedente, nos termos do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, e que deverão nortear a identificação da localidade a ser beneficiada, caso ausente a sua prévia identificação no crédito orçamentário;
- b) ausente a prévia identificação da localidade beneficiada no crédito orçamentário, cabe ao concedente analisar as propostas de trabalho apresentadas pelos entes interessados que se enquadrem nos critérios de elegibilidade dos programas a serem executados, sendo vedado condicionar a sua aceitação a requisitos não previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, sem prejuízo de exigências técnicas necessárias para aprovação do plano de trabalho, previstas em ato normativo específico;
- c) embora não obrigatória a sua realização, cabe ao concedente avaliar oportunidade e conveniência na utilização de prévio chamamento público para selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto do convênio, nos termos do art. 7º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, mormente quando ausente a prévia identificação da localidade beneficiada no crédito orçamentário.

À consideração superior.

Brasília, 16 de agosto 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 N.º 04 /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 8 /2012:

- I - É necessária a prévia definição de critérios de elegibilidade e de prioridade, para a execução de programas mediante celebração de convênios, nos termos do art. 4º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, que deverão nortear a identificação da localidade a ser beneficiada, caso ausente a sua prévia identificação no crédito orçamentário.

- II - Ausente a prévia identificação da localidade beneficiada no crédito orçamentário, cabe ao concedente analisar as propostas de trabalho apresentadas pelos entes interessados que se enquadrem nos critérios de elegibilidade dos programas a serem executados, sendo vedado condicionar a sua aceitação a requisitos não previstos na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, sem prejuízo de exigências técnicas necessárias para aprovação do plano de trabalho, previstas em ato normativo específico.

- III - Cabe ao concedente avaliar a oportunidade e conveniência na utilização de prévio chamamento público para selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto do convênio, nos termos do art. 7º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, mormente quando ausente a prévia identificação da localidade beneficiada no crédito orçamentário.



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 N° 05/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 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 n° 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.

Discrecionariiedade e Arbitrariiedade – 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 discrecionariiedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discrecionariientemente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariiedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discrecionariiedade ‘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, § 1^o, 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 N° 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 N° 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 n° 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.



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 N° 06/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°:

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

CANCELAMENTO DE EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS E REQUISITOS PARA A LIQUIDAÇÃO DE EMPENHOS NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS.

I – Será mantida a validade dos empenhos inscritos em restos a pagar não processados que tenham sido liquidados até o prazo definido na nova redação dada ao art. 68, § 2º, do Decreto n° 93.872/1986, ou que atendam às condições previstas no § 3º daquele artigo.

II – A liquidação do empenho, no âmbito dos convênios, deverá ser feita após a aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos constantes no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF n° 507/2011 (quando cabíveis), sem possibilidade de aplicação do princípio da prudência, previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, para justificar eventual liquidação antecipada.

III – A liberação de recurso, no âmbito dos convênios, fica condicionada à liquidação do empenho e ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF n° 507/2011.

IV – Para viabilizar a execução dos convênios nas situações em que postergada a apresentação do projeto básico/termo de referência, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a sua apresentação que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto n° 93.872/1986, salvo se a situação se enquadrar no § 3º, II, daquele artigo, sem prejuízo do limite máximo previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF n° 507/2011, e da necessidade de

observar o prazo de diligência previsto na respectiva lei de diretrizes orçamentárias.

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 que tem por objetivo:

- (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 ao cancelamento de empenhos inscritos em restos a pagar não processados e os requisitos para a liquidação de empenhos no âmbito dos convênios.

4. É o relatório.

I – DA VALIDADE DE EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR

5. É regra orçamentária salutar aplicada às despesas contraídas pela Administração Pública a necessidade de prévio empenho, tal qual previsto no art. 60 Lei nº 4.320/1964:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

6. Também consta no art. 62¹ da Lei n° 4.320/1964 que o pagamento da despesa pública somente será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação, que é definida, por sua vez, no art. 63, 'in verbis':

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1° Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2° A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

7. Pelo princípio da anualidade orçamentária, pode-se afirmar que, ordinariamente, as despesas são empenhadas, liquidadas e pagas no mesmo exercício financeiro, que se encerra no dia 31 de dezembro de cada ano. As despesas empenhadas não pagas no respectivo ano serão inscritas em restos a pagar, distinguindo-se as despesas processadas (já liquidadas) das despesas não processadas (não liquidadas), consoante disposto no art. 36, 'caput', da Lei n° 4.320/1964, e no art. 67 do Decreto n° 93.872/1986:

Lei n° 4.320/1964

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

1 Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Decreto nº 93.872/1986

Art. 67. Considerem-se Restos a Pagar as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas (Lei nº 4.320/64, art. 36).

§ 1º Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto.

§ 2º O registro dos Restos a Pagar far-se-á por exercício e por credor.

8. Outra disposição relevante sobre os restos a pagar se encontra no art. 68 do Decreto nº 93.872/1986, com a redação dada pelo Decreto nº 7.654/2011:

Art. 68. A inscrição de despesas como restos a pagar no encerramento do exercício financeiro de emissão da Nota de Empenho depende da observância das condições estabelecidas neste Decreto para empenho e liquidação da despesa.

§ 1º A inscrição prevista no caput como restos a pagar não processados fica condicionada à indicação pelo ordenador de despesas.

§ 2º Os restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente terão validade até 30 de junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição, ressalvado o disposto no § 3º.

§ 3º Permanecem válidos, após a data estabelecida no § 2º, os restos a pagar não processados que:

I - refiram-se às despesas executadas diretamente pelos órgãos e entidades da União ou mediante transferência ou descentralização aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com execução iniciada até a data prevista no § 2º; ou

II - sejam relativos às despesas:

a) do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC;

b) do Ministério da Saúde; ou

c) do Ministério da Educação financiadas com recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

§ 4º Considera-se como execução iniciada para efeito do inciso I do § 3º:

I - nos casos de aquisição de bens, a despesa verificada pela quantidade parcial entregue, atestada e aferida; e

II - nos casos de realização de serviços e obras, a despesa verificada pela realização parcial com a medição correspondente atestada e aferida.

§ 5º Para fins de cumprimento do disposto no § 2º a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda efetuará, na data prevista no referido parágrafo, o bloqueio dos saldos dos restos a pagar não processados e não liquidados, em conta contábil específica no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI.

§ 6º As unidades gestoras executoras responsáveis pelos empenhos bloqueados providenciarão os referidos desbloqueios que atendam ao disposto nos §§ 3º inciso I, e 4º para serem utilizados, devendo a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda providenciar o posterior cancelamento no SIAFI dos saldos que permanecerem bloqueados.

§ 7º Os Ministros de Estado, os titulares de órgãos da Presidência da República, os dirigentes de órgãos setoriais dos Sistemas Federais de Planejamento, de Orçamento e de Administração Financeira e os ordenadores de despesas são responsáveis, no que lhes couber, pelo cumprimento do disposto neste artigo.

§ 8º A Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, no âmbito de suas competências, poderá expedir normas complementares para o cumprimento do disposto neste artigo.

9. O art. 68 do Decreto nº 93.872/1986, mesmo na redação anterior à vigência do Decreto nº 7.654/2011, já demonstrava um limite temporal

à validade dos restos a pagar não processados. A questão é que a regra atual é mais clara no tocante à sua aplicabilidade, na medida em que estabelece uma diferenciação entre a condição de não processado de um empenho no momento de sua inscrição em restos a pagar e o seu estado de liquidação em momento posterior, tratando-os de maneira similar.

10. Essa previsão se coaduna com o entendimento que já se encontrava previsto nos itens 2.2.6 e 3.4.10 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, aprovado pela Instrução Normativa nº 05, de 06 de novembro de 1996 da Secretaria do Tesouro Nacional². Atualmente, aquele manual foi substituído por outro, aprovado pela Portaria/STN N. 833, de 16 de dezembro de 2011. Contudo, mesmo na redação mais atual, os itens 2.2.6 e 3.4.10 permanecem com a mesma redação, 'in verbis':

2.2.6 - A caracterização dos Restos a pagar como processados ou não processados é feita no momento de sua inscrição. Assim, uma despesa que no momento do processo de inscrição não estava liquidada será inscrita em restos a pagar não processados. Ocorrendo sua liquidação efetiva no exercício seguinte ao da inscrição (inclusão do documento hábil no ATUCPR) ela passa a ser restos a pagar não processados liquidados, com tratamento similar aos processados.

3.4.10 Os Restos a Pagar não processados liquidados no exercício subsequente à inscrição terão o mesmo tratamento dado aos Restos a Pagar Processados, não sendo cancelados automaticamente.

11. Ou seja: a caracterização dos restos a pagar como processados ou não processados é feita no momento de sua inscrição. Entretanto, em sendo liquidada uma despesa no exercício seguinte ao da sua inscrição, essa despesa passaria a ser classificada como não processada liquidada, devendo ter tratamento similar à despesa processada.

12. No mais, a redação atualmente dada pelo Decreto nº 7.654/2011 já prevê as situações em que os restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente permanecerão válidos,

² Cabe à Secretaria do Tesouro Nacional, com fundamento no art. 155 do Decreto nº 93.872/1986, expedir orientações sobre o procedimento de empenho, liquidação e pagamento de despesas, visando à sua padronização no âmbito da Administração Pública Federal.

mesmo após o dia 30 de junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição:

- a) *quando já houver execução iniciada*, seja no caso de despesas executadas diretamente pelos órgãos e entidades da União ou mediante transferência ou descentralização aos Estados, Distrito Federal e Municípios; ou
- b) quando se refira a despesas:
 - (i) do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC;
 - (ii) do Ministério da Saúde; ou
 - (iii) do Ministério da Educação financiadas com recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

13. Visando esclarecer no que consiste o início de execução de uma despesa, prevê o § 4º daquele dispositivo que seria aquela verificada pela *quantidade parcial entregue*, atestada e aferida, nos casos de aquisição de bens, *ou pela realização parcial* com a medição correspondente atestada e aferida, nos casos de realização de serviços e obras.

14. As definições contidas no § 4º foram dadas independente da natureza do empenho: se referente a despesas executadas diretamente pelos órgãos e entidades do Governo Federal ou se referente a despesas transferidas ou descentralizadas pelos órgãos e entidades do Governo Federal aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

15. No entanto, há uma nítida diferenciação entre o processo administrativo de convênio e de contrato administrativo no tocante ao momento de liquidação do empenho e de início de execução do objeto, conforme será analisado no tópico seguinte.

II – DO RITO ADOTADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONVÊNIO E DO MOMENTO DE LIQUIDAÇÃO

16. A primeira etapa do processo de convênio é a apresentação, pelo ente federado interessado no repasse da verba federal, de uma proposta de trabalho no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse

– SICONV, na qual conste, entre outras informações, “*estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente ou contratante e a contrapartida prevista para o proponente, especificando o valor de cada parcela e do montante de todos os recursos*” (art. 19, III, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011).

17. Dispõe o art. 20, I, ‘a’, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 que, em caso de aceitação da proposta de trabalho apresentada, “*o concedente realizará o pré-empenho, que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do SICONV*”. Além disso, aceita a proposta de trabalho, o proponente deverá atender às exigências para efetivação do cadastro e incluir o Plano de Trabalho no SICONV (art. 20, I, ‘b’).

18. O Plano de Trabalho, por sua vez, representa um maior detalhamento da proposta de Trabalho, devendo conter os elementos previstos no art. 25 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, quais sejam:

- I - justificativa para a celebração do instrumento;
- II - descrição completa do objeto a ser executado;
- III - descrição das metas a serem atingidas;
- IV - definição das etapas ou fases da execução;
- V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e
- VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.

19. É condição para a celebração do convênio a aprovação do Plano de Trabalho pelo concedente, conforme disposto no art. 39, II3, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011.

3 Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 38 desta Portaria, são condições para a celebração de convênios:
II - Plano de Trabalho aprovado;

20. Ocorre que, ainda que se considere o Plano de Trabalho como um detalhamento da proposta de Trabalho, aquele instrumento ainda não permite uma exata definição do valor da obra, serviço ou do bem a ser adquirido. Essa definição mais precisa somente virá quando da análise técnica a ser promovida após a apresentação do projeto básico/termo de referência, documentos esses que, nos termos do art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, *não precisam ser apresentados como condição para a celebração do convênio*. Segundo previsto naquele dispositivo, os referidos documentos devem ser apresentados *como condição para a liberação da primeira parcela de recursos*, ainda assim, salvo se prevista a transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, 'in verbis':

Art. 37. Nos convênios, o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

§ 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do concedente, em despacho fundamentado.

§ 2º O projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento,

prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, conforme a complexidade do objeto.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º não poderá ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.

§ 4º O projeto básico ou o termo de referência será apreciado pelo concedente e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho.

§ 5º Constatados vícios sanáveis no projeto básico ou no termo de referência, estes serão comunicados ao conveniente, que disporá de prazo para saná-los.

§ 6º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer

contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio, caso já tenha sido assinado.

§ 5º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio ou contrato de repasse, caso já tenha sido assinado.

§ 6º Quando houver, no Plano de Trabalho, a previsão de transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, é facultada a liberação do montante correspondente ao custo do serviço.

21. Também o art. 39, III e IV, c/c § 6º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 estabelece a possibilidade de apresentação da licença ambiental prévia e da comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel (quando cabíveis) juntamente com o projeto básico.

22. A prerrogativa de estipulação de cláusula condicionante para apresentação futura do projeto básico/termo de referência acaba atraindo a necessidade de elaboração, no mínimo, de duas manifestações da área técnica durante o decorrer do processo administrativo de convênio:

- (i) uma anterior à celebração do convênio que não adentra em uma análise conclusiva de adequação do objeto ao seu valor ou ao cronograma físico-financeiro previsto no Plano de Trabalho, entre outros elementos ali constantes, embora demonstre a adequação do seu objeto às diretrizes institucionais do concedente, contendo manifestação de mérito sobre a ausência ou presença de seu interesse em celebrá-lo (que consiste na aprovação do Plano de Trabalho);

4 Art. 39. Sem prejuízo do disposto nos art. 38 desta Portaria, são condições para a celebração de convênios: III - licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; e IV - comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, quando o convênio tiver por objeto a execução de obras ou benfeitorias no imóvel;

§ 6º A critério do concedente, os documentos previstos nos incisos III e IV do caput poderão ser encaminhados juntamente com o projeto básico, após a celebração, aplicando-se os §§ 2º e 6º do art. 37 desta Portaria em relação aos prazos.

- (ii) uma posterior à celebração do convênio e à apresentação, pelo conveniente, do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), que é conclusiva quanto à necessidade ou não de adequação do Plano de Trabalho.

23. Pela leitura sistemática da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, mormente de seu art. 37, a liberação da primeira parcela do convênio ficaria condicionada, em regra, não somente à apresentação, mas, também, à aprovação, pelo concedente, do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis).

24. Assim, embora silente a Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 sobre o momento da liquidação da despesa do convênio, o certo é que, enquanto estágio anterior ao seu pagamento, *o referido ato administrativo deveria ocorrer antes da liberação do recurso*, que, por sua vez, deve ocorrer nos prazos previstos no cronograma de desembolso, tal qual disposto no seu art. 54, 'caput':

Art. 54. A liberação de recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho e guardará consonância com as metas e fases ou etapas de execução do objeto do instrumento.

25. A orientação da Secretaria do Tesouro Nacional, contida no item 2.3.3 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, é, de fato, no sentido de que a liquidação venha antes da liberação do recurso, orientação essa que, embora seja naquele item específica para inscrição de empenhos em restos a pagar como processados, poderia ser aplicada também quando a sua liquidação ocorra em momento diverso:

2.3.3 - Os empenhos relativos a transferências a título de convênio poderão ser inscritos em Restos a Pagar Processados com base nas seguintes condições:

- a) quando o convênio ou similar esteja dentro do prazo de vigência;
- b) *exista a garantia da liberação dos recursos financeiros por parte do concedente;*
- c) *a despesa tenha sido liquidada, com base na conclusão da análise técnica do objeto pactuado*, em conformidade com a documentação que

suportou o instrumento e, conseqüentemente, a comunicação de sua aprovação ao conveniente;

d) o cronograma de desembolso preveja parcelas financeiras não liberadas até o encerramento do exercício. (grifamos)

26. Sobre a orientação acima, entendo relevante somente diferenciar a liquidação do empenho da garantia de liberação do recurso. Isso porque, quando se trata do procedimento administrativo referente a convênio, a liberação do recurso fica condicionada não somente à aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), mas, também, ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011:

Art. 55. Para recebimento de cada parcela dos recursos, o conveniente deverá:

I - comprovar o cumprimento da contrapartida pactuada que, se financeira, deverá ser depositada na conta bancária específica do instrumento em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso, ou depositada na Conta Única do Tesouro Nacional, na hipótese do convênio ou contrato de repasse ser executado por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAFI;

II - atender às exigências para contratação e pagamento previstas nos arts. 56 a 64 desta Portaria; e

III - estar em situação regular com a execução do Plano de Trabalho.

27. Por outro lado, a par do disposto no art. 9^{o5} do Decreto nº 6.170/2007 e no art. 12⁶ da Portaria Interministerial CGU/MPOG/

5 Art. 9^o No ato de celebração do convênio ou contrato de repasse, o concedente deverá empenhar o valor total a ser transferido no exercício e efetuar, no caso de convênio ou contrato de repasse com vigência plurianual, o registro no SIAFI, em conta contábil específica, dos valores programados para cada exercício subsequente.

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a obrigatoriedade de ser consignado crédito nos orçamentos seguintes para garantir a execução do convênio.

6 Art. 12. Nos instrumentos regulados por esta Portaria, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, mediante registro contábil.

MF nº 507/2011, que tratam da plurianualidade, é recorrente na Administração Pública federal a rotina⁷ de empenhar o valor total do objeto do convênio ainda que a sua execução ultrapasse o exercício em que efetuado o empenho, rotina essa que está amparada na Orientação Normativa AGU Nº 39, de 13 de dezembro de 2011⁸. Dessa forma, na praxe administrativa, temos o valor total da despesa sendo empenhado, embora a sua liberação nem sempre se dê em parcela única, tampouco no mesmo exercício em que efetuado o empenho, já que segue o cronograma físico-financeiro previsto no Plano de Trabalho.

28. Na interpretação sistemática da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 juntamente com as normas orçamentárias aplicáveis, e considerando a rotina administrativa de empenho sobre o valor total do objeto do convênio, é possível concluir que a liquidação do empenho fica condicionada à aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), sem prejuízo da necessidade de observar os demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 para a liberação do recurso.

29. Outrossim, a abertura do procedimento licitatório para início de execução do objeto do convênio fica condicionada, em regra, à aprovação do projeto básico/termo de referência, nos termos dos arts. 35 e 36⁹ da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011.

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a responsabilidade de o concedente incluir em suas propostas orçamentárias dos exercícios seguintes a dotação necessária à execução do convênio.

7 Registre-se que o Grupo de Trabalho entendeu por bem analisar a questão referente à eventual divergência entre o art. 9º do Decreto nº 6.170/2007 e a Orientação Normativa AGU nº 39, de 13 de dezembro de 2011, em outro momento, considerando a necessidade de se analisar, no presente parecer, o ponto específico objeto de consulta, qual seja, “cancelamento de empenhos inscritos em restos a pagar não processados e os requisitos para a liquidação de empenhos no âmbito dos convênios”.

8 “A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS REGIDOS PELO ART. 57, CAPUT, DA LEI 8.666, DE 1993, PODE ULTRAPASSAR O EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CELEBRADOS, DESDE QUE AS DESPESAS A ELES REFERENTES SEJAM INTEGRALMENTE EMPENHADAS ATÉ 31 DE DEZEMBRO, PERMITINDO-SE, ASSIM, SUA INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR.”

9 Art. 35. Os editais de licitação para consecução do objeto conveniado somente poderão ser publicados após a assinatura do respectivo convênio e aprovação do projeto técnico pelo concedente.

Parágrafo único. A publicação do extrato do edital de licitação deverá ser feita no Diário Oficial da União, em atendimento ao art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo ao uso de outros veículos de publicidade usualmente utilizados pelo conveniente.

Art. 36. Poderá ser aceita licitação realizada antes da assinatura do convênio, desde que observadas as seguintes condições:

30. Dessarte, no procedimento de convênio, podemos vislumbrar, em regra, as seguintes etapas:

- (i) aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis);
- (ii) liquidação do empenho;
- (iii) abertura do procedimento licitatório pelo conveniente (quando se tratar de execução indireta);
- (iv) liberação do recurso após o cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, observando-se o cronograma físico financeiro;
- (v) início de execução do objeto, também observando-se o cronograma físico-financeiro.

31. Já no caso dos contratos administrativos, tanto a liquidação do empenho quanto o pagamento da despesa dependem do adimplemento prévio da obrigação pelo contratado, tanto que há possibilidade de atualização do valor devido pela Administração Pública contratante referente ao período entre a data do adimplemento da obrigação e do efetivo pagamento, conforme previsto no art. 40, XIV, e no art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993¹⁰.

I - que fique demonstrado que a contratação é mais vantajosa para o conveniente, se comparada com a realização de uma nova licitação;

II - que a licitação tenha seguido as regras estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993, inclusive quanto à obrigatoriedade da existência de previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas;

III - que o projeto básico, no caso de obras de engenharia, tenha sido elaborado de acordo com o que preceitua a Lei nº 8.666, de 1993;

IV - que o objeto da licitação deve guardar compatibilidade com o objeto do convênio, caracterizado no Plano de Trabalho, sendo vedada a utilização de objetos genéricos ou indefinidos; e

V - que a empresa vencedora da licitação venha mantendo durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (grifamos)

10 Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

32. Assim, não é possível aplicar ‘in totum’ aos processos de convênios os requisitos para liquidação previstos no art. 63 da Lei 4.320/1964, principalmente aquele disposto em seu § 2º, III, haja vista que, em se tratando de convênio, não é possível analisar os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço antes da liberação de sua primeira parcela.

III – DO CANCELAMENTO EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS

33. Consoante disposto no tópico anterior, *cabe ao ente conveniente iniciar a realização da obra, do serviço ou a aquisição de bem objeto de um convênio somente quando preenchidos os requisitos para a liberação da primeira parcela*, o que, por sua vez, ocorreria após uma manifestação técnica conclusiva sobre o projeto básico/termo de referência e os documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), com eventual adequação do Plano de Trabalho pelo concedente.

34. Voltando à análise das hipóteses de cancelamento de empenho inscrito em restos a pagar não processados, seria possível, pois, considerar que a exceção prevista no art. 68, § 3º, I, do Decreto nº 93.872/1986, na redação dada pelo Decreto nº 7.654/2011, seria de difícil aplicação ao rito dos convênios.

35. Isso porque, o início de execução da despesa fica condicionada à prévia liquidação do empenho. Por outro lado, a liquidação do empenho inscrito em restos a pagar não processado lhe garante tratamento similar àquele a ser atribuído ao empenho inscrito em restos a pagar processado.

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

36. Dessa forma, para que o empenho inscrito em restos a pagar não processado mantenha a sua validade para além do dia 30 de junho do segundo ano subsequente, ele deverá ter sido liquidado antes da referida data. E, em sendo liquidado até a referida data, fica garantida a sua validade independente de início de realização da obra, do serviço ou de aquisição do bem.

37. Três questões ainda são relevantes quanto ao tema:

- 1) o prazo limite fixado no art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 para a apresentação dos documentos referentes ao projeto básico/termo de referência, que poderá não ser suficiente para a liquidação do respectivo empenho no prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986;
- 2) a aplicabilidade ou não ao caso do princípio da prudência, previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, segundo o qual uma despesa poderia ser considerada como realizada ou liquidada ainda que pendente de análise e conferência, em uma situação específica;
- 3) qual a atribuição dos órgãos de execução da PGF diante de eventual descumprimento das normas cabíveis pelos gestores.

Do prazo limite fixado no art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011

38. Segundo previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, o prazo de apresentação do projeto básico/termo de referência deveria se limitar a 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.

39. No entanto, muitas vezes o referido limite pode não se mostrar compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, mormente quando consideramos que:

- (i) grande parte dos convênios são celebrados no final do exercício;
- (ii) as leis de diretrizes orçamentárias prevêm prazos de diligência a serem concedidos pelo concedente ao conveniente

para atendimento de pendências de ordem técnica ou legal (v.g., o art. 37, § 2º, da Lei nº 12.465/2011 - LDO 2012 - fixa, para tanto, o prazo máximo de 45 dias, prorrogável por igual período);

- (iii) em muitas situações, a estrutura administrativa destinada aos órgãos e entidades responsáveis pelo repasse da verba federal não é suficiente para uma análise técnica que atenda ao prazo previsto, como regra geral, no art. 42 da Lei nº 9.784/1999.

40. Assim, a par do limite previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a apresentação do projeto básico/termo de referência que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, salvo quando se tratar de despesa do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Ministério da Saúde ou do Ministério da Educação financiadas com recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

Da aplicabilidade ou não ao caso do princípio da prudência

41. Os itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI estabelecem que uma despesa deve ser considerada como realizada ou liquidada, *ainda que pendente de análise e conferência*, quando, no encerramento do exercício, o credor, de posse do empenho correspondente, forneceu o material, prestou o serviço ou ainda executou a obra, ‘in verbis’:

2.2.2.1 - No encerramento do exercício devem ser consideradas despesas realizadas, e, portanto, registrada a liquidação no sistema, todas aquelas em que o credor, de posse do empenho correspondente, forneceu o material, prestou o serviço ou ainda executou a obra e que tenha sido devidamente atestada ou encontra-se em fase de análise e conferência. Nesses casos, independente do ateste, a despesa orçamentária, pelo princípio da prudência, considera-se realizada.

3.3.1.1 - Para fins de observância do princípio da anualidade do orçamento consideram-se também liquidadas as despesas que tenham sido realizadas, mas esteja em fase de conferência e ateste e, neste caso, estarão também representadas contabilmente nas contas do grupo OBRIGAÇÕES EM CIRCULAÇÃO.

42. Primeiramente, os referidos itens demonstram ser mais adequados ao rito do contratos administrativos, haja vista que, conforme visto acima, em se tratando de convênio, a liquidação é anterior ao início de execução do seu objeto (que pode corresponder ao fornecimento de material, prestação de um serviço ou execução de uma obra). O intuito da norma parece ser evitar o locupletamento ilícito da Administração Pública, na medida em que garante contabilmente o pagamento de uma despesa cujo objeto já fora executado pelo credor.

43. Por outro lado, a aplicação da referida norma já não seria revestida de utilidade, tendo em vista que a atual redação do art. 68 do Decreto nº 93.872/1986 já evitaria eventual situação de locupletamento ilícito, quando prevê, em seu § 3º, I, que os restos a pagar não processados que se refiram a despesas com execução iniciada até a data prevista no seu § 2º *permanecerão válidos*.

44. Ou seja, em sendo iniciada a execução da despesa, fica garantida a validade do empenho inscrito em restos a pagar não processados, ainda que não liquidado, sem necessidade de se invocar a orientação prevista nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI.

Do descumprimento das normas cabíveis e da atribuição dos órgãos de execução da PGF

45. As Leis de Diretrizes Orçamentárias vêm prevendo, a cada exercício, a vedação ao gestor quanto ao registro de despesa liquidada sem que tenha havido o prévio reconhecimento do direito adquirido, em conformidade com o disposto no art. 63 da Lei no 4.320, de 1964. Nesse sentido, destacamos a redação contida no art. 106 da LDO 2012 (similar à redação contida no art. 106 LDO 2009, no art. 109 da LDO 2010 e no art. 109 da LDO 2011), ‘in verbis’:

LDO 2012 (Lei nº 12.465/2011)

Art. 106. Na apropriação da despesa, o SIAFI utilizará contas distintas para registrar:

I - a despesa liquidada no exercício a que se refere o orçamento; e

II - aquela a ser liquidada em exercícios seguintes, relativamente aos valores inscritos em restos a pagar não processados.

Parágrafo único. *O registro de despesa liquidada sem que tenha havido o reconhecimento do direito adquirido pelo credor, em conformidade com o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, será considerado irregular.* (grifamos)

46. Nessa trilha, o item 3.4.3 do Capítulo 020000 da Seção 020300 do Manual SIAFI prevê como infração a prorrogação de restos a pagar não processados sem instrumento legal que o ampare, indicando penalidades previstas no art. 58, II, c/c art. 16, Inciso III, alínea “b”¹¹ da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU):

3.4.3 - A prorrogação de restos a pagar não processados sem instrumento legal que o ampare constitui infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira e orçamentária de que trata o art. 16, Inciso III, alínea “b” da Lei 8.443/92, a qual sujeita os infratores à sanção prevista no inciso II do art. 58 da mesma Lei.

47. A penalização da liquidação equivocada de empenhos se justifica na medida em que referido ato, embora não gere dano ao erário, acaba comprometendo a dotação orçamentária para projetos mais viáveis tecnicamente, conforme preocupação externada pelo Plenário do Tribunal

11 Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarão sujeitos à multa prevista no caput deste artigo aqueles que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

Art. 16. As contas serão julgadas:

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

de Contas da União, na prolação do recente Acórdão nº 2697/2011, em 05 de outubro de 2011.

48. Feitas essas considerações e partindo-se do pressuposto de que o Decreto nº 7.654/2011 teria deixado mais clara a necessidade de se efetivar a liquidação somente quando possível conferir ao crédito a qualidade de certeza e liquidez, sem mais necessidade ou utilidade em se aplicar os itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, cumpre delimitar qual seria a atuação exigível dos órgãos de execução da PGF diante de eventual descumprimento das diretrizes acima apontadas.

49. A Lei Complementar nº 73/1993¹², aplicável aos órgãos de execução da PGF no que couber (conforme determina o art. 10, § 1^o¹³, da Lei nº 10.480/2002), estabelece, além de outras atribuições, competir às Consultorias Jurídicas: (i) assessorar a autoridade do órgão ao qual se encontra administrativamente vinculada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados; (ii) examinar prévia e conclusivamente os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados.

12 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:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

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;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

13 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.

50. Não se discute, no caso, a atribuição dos órgãos de execução da PGF em, ao tomar conhecimento de situação de irregularidade no âmbito de uma autarquia ou fundação pública, poder, de ofício, recomendar a adoção de providências necessárias para o atendimento ao interesse público e às normas vigentes.

51. A questão que ora se coloca é quanto à necessidade ou não de, no exame e aprovação de minutas de termos aditivos de prorrogação de prazo de convênios ou mesmo de contratos administrativos, observar se o respectivo empenho já não teria sido cancelado, o que atrairia a extinção do convênio, conforme aplicação analógica da Orientação Normativa AGU nº 03, de 01 de abril de 2009, que prevê: “*Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação*”.

52. Decerto, consoante disposto na Orientação Normativa AGU nº 03/2009, os órgãos jurídicos vinculados à AGU deverão verificar, na análise de termos aditivos referentes à prorrogação de prazo (seja de contrato administrativo, convênio ou instrumento congênere), se não houve solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipótese que configuraria a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

53. A par dessa orientação, a liquidação de despesa, ao contrário do que ocorre com outros atos administrativos, como a celebração de termos aditivos ou as prorrogações de ofício, é operada contabilmente por sistema próprio da Secretaria do Tesouro Nacional, não estando, em regra, retratada nos autos físicos.

54. Assim, em face da presunção de legitimidade ou de veracidade dos atos administrativos, e aplicando-se por analogia a Orientação Normativa AGU nº 30¹⁴, de 15 de abril de 2010, somente caberia ao advogado público alertar o gestor sobre eventual irregularidade na liquidação de despesas se houver dúvida fundada acerca de sua adequação temporal, ou seja, se

14 OS DADOS CONSTANTES NO SISTEMA DE GESTÃO DE CONVÊNIOS E CONTRATOS DE REPASSE (SICONV) POSSUEM FÉ PÚBLICA. LOGO, OS ÓRGÃOS JURÍDICOS NÃO NECESSITAM SOLICITAR AO GESTOR PÚBLICO A APRESENTAÇÃO FÍSICA, A COMPLEMENTAÇÃO E A ATUALIZAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO JÁ INSERIDA NO ATO DE CADASTRAMENTO NO SICONV, SALVO SE HOVER DÚVIDA FUNDADA. INDEXAÇÃO: SICONV. DADOS. FÉ PÚBLICA. APRESENTAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. DÚVIDA FUNDADA.

houver dúvida acerca de sua efetivação após análise técnica conclusiva do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis).

55. Afora essa possibilidade de recomendação, não estaria abrangida no teor da Orientação Normativa AGU nº 03/2009 a necessidade de se verificar a regularidade da liquidação do empenho para eventualmente aferir se seria ou não o caso de recomendar a extinção do convênio.

IV - CONCLUSÃO

56. Pelo exposto:

- a) deverão ser cancelados os restos a pagar não processados que não tenham sido liquidados até o prazo definido na nova redação dada ao art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, ou que não atendam às condições previstas no § 3º daquele artigo;
- b) no âmbito dos convênios, a liquidação do empenho deverá ser feita após a aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), sem possibilidade de aplicação do princípio da prudência previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI para justificar eventual liquidação antecipada;
- c) a liberação de recurso, no âmbito dos convênios, fica condicionada à liquidação do empenho e ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011;
- d) apardolimiteprevistonoart.37,§3º,daPortariaInterministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a apresentação do projeto básico/termo de referência que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, e com o prazo de diligência previsto na respectiva lei de diretrizes orçamentárias, salvo quando se tratar de despesa do Programa de Aceleração do Crescimento

– PAC, do Ministério da Saúde ou do Ministério da Educação financiadas com recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

57. Por fim, cabe aos órgãos de execução da PGF orientar o gestor sobre eventual irregularidade na liquidação de despesas se houver dúvida fundada acerca de sua adequação temporal. A par dessa atribuição, não está abrangida no teor da Orientação Normativa AGU n.º 03/2009 a necessidade de se verificar a regularidade da liquidação do empenho para eventualmente aferir se seria ou não o caso de recomendar a extinção do convênio, por solução de continuidade.

À consideração superior.

Brasília, 16 de agosto 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, 16 de agosto de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 06 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 16 de agosto de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 10/2012:

NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS, A LIQUIDAÇÃO DO EMPENHO DEVERÁ SER FEITA APÓS A APROVAÇÃO DO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA E DOS DOCUMENTOS PREVISTOS NO ART. 39, III E IV, DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF N° 507/2011 (QUANDO CABÍVEIS), SEM POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRUDÊNCIA PREVISTO NOS ITENS 2.2.2.1 E 3.3.1.1 DO CAPÍTULO 020000, SEÇÃO 020300, ASSUNTO 020317, DO MANUAL SIAFI, PARA JUSTIFICAR EVENTUAL LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 11/2012:

NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS, A LIBERAÇÃO DE RECURSO FICA CONDICIONADA à liquidação do empenho e ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF n° 507/2011.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 12/2012:

A PAR DO LIMITE PREVISTO NO ART. 37, § 3º, DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF N° 507/2011, É RECOMENDÁVEL QUE CADA AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTABELEÇA UM PRAZO MÁXIMO PARA A APRESENTAÇÃO DO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA QUE SEJA COMPATÍVEL COMO PRAZO PREVISTO NO ART. 68, § 2º, DO DECRETO N° 93.872/1986, E COM O PRAZO DE DILIGÊNCIA PREVISTO NA RESPECTIVA LEI

DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS, SALVO QUANDO SE TRATAR DE DESPESA DO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE OU DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO FINANCIADAS COM RECURSOS DA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO.

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

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federall

PARECER N° 07 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: **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

POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO, HARMONIZANDO A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS INSTITUCIONAIS VIGENTES COM O DISPOSTO NO ART. 116 DA LEI 8.666

I - É plenamente possível ao conveniente apresentar um plano de trabalho nos moldes do § 1º do art. 116 da Lei n° 8.666/93, na linha preconizada pelo art. 37, § 4º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF ns 507/2011, operando-se, caso necessário, adaptações após a apreciação do projeto básico e do termo de referência. Assim, apura-se a existência de compatibilidade entre os arts. 37 e 44 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF n° 507/2011, na medida em que a análise técnica conclusiva será realizada a partir da análise do projeto básico e do termo de referência, por ocasião da celebração do convênio ou em momento posterior, até a liberação da primeira parcela, podendo, nesse caso, haver ajuste do plano de trabalho, na esteira do que prevê o § 4º do art. 37.

II - Considerando tais premissas, a determinação contida no artigo 38, parágrafo único da Lei 8.666 e a possibilidade de ajustes do plano de trabalho, em razão das alterações provocadas pela apresentação do termo de referência e projeto básico, de se concluir que, respeitada a delimitação das competências técnica e jurídica, é necessária a manifestação dos órgãos de execução da PGF, relativamente às questões

de cunho jurídico, antes da celebração, quando da análise do plano de trabalho, e após a apresentação do projeto básico ou termo de referência definitivos.

III - O prazo limite para a cláusula condicionante deve ser compatível com as normas orçamentárias referentes à validade de empenhos inscritos em restos a pagar não processados;

IV - Deverão ser cancelados os restos a pagar não processados que não tenham sido liquidados até o prazo definido na nova redação dada ao art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, ou que não atendam às condições previstas no § 3º daquele artigo;

V - A liquidação do empenho deverá ser feita após a aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), sem possibilidade de aplicação do princípio da prudência previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI para justificar eventual liquidação antecipada;

VI - A liberação de recurso, no âmbito dos convênios, fica condicionada à liquidação do empenho e ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011;

VII - A par do limite previsto no art. 37, § 33, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a apresentação do projeto básico/termo de referência que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 29, do Decreto nº 93.872/1986, e com o prazo de diligência previsto na respectiva lei de diretrizes orçamentárias.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria:

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria

467, de 08 de junho de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- I identificar as 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 identificação dos temas controvertidos 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 relacionadas à *possibilidade de apresentação do projeto básico e do termo de referência após a celebração do convênio, harmonizando a interpretação dos atos normativos infralegais vigentes com o disposto no art. 116 da Lei 8.666/93.*

4. É o Relatório, do que passo à análise jurídica.

ANÁLISE JURÍDICA:

5. O presente estudo almeja proceder uma detida análise acerca da *possibilidade de compatibilização da faculdade concedida pelo art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 com as diretrizes normativas contidas nas Leis 8.666/93 e 10.180/2001*, a fim de constatar se está configurada, na espécie, crise de legalidade, ou se é juridicamente viável afirmar que, em certa medida, tais dispositivos podem conviver harmonicamente, legitimando a *apresentação do projeto básico e do termo de referência após a celebração do convênio, desde que em momento anterior à liberação da primeira parcela dos recursos.*

6. Para tanto, torna-se imprescindível transitar, inicialmente, pela *análise* das regra infralegais que normatizam a relação entre os convênios e o *prazo atualmente estabelecido tanto para apresentação do projeto básico ou do termo de referência*, especialmente no que toca à *possibilidade de apresentação de tais documentos formais em momento posterior* à celebração do convênio, *desde que antes da liberação da primeira parcela de recurso, que fica condicionada à liquidação do empenho e cumprimento dos demais requisitos*. Por derradeiro, também será contextualizada a fixação de cláusula condicionante de eficácia dos convênios, no afã de verificar sua compatibilidade com o prazo *limite de validade dos empenhos inscritos em restos a pagar não processados*.

7. Ressalta-se que já foi realizada consulta ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal - PGF, solicitando análise dessas questões, notadamente no que se referente à *eventual ilegalidade do art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011*¹, que estabelece a possibilidade de ser o projeto básico ou o termo de referência apresentado pelo conveniente após a celebração do convênio.

DA FUNDAMENTAÇÃO

Da inexistência de qualquer tipo de ofensa às Leis 8.666/1993 e 10.180/2001

1 Art. 37. Nos convênios, o projeto básico ou o termo de referência *deverá* ser *apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigir-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos*.

§ 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do concedente, em despacho fundamentado.

§ 2º O projeto básico ou o termo de referência *deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração*, conforme a complexidade do objeto.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º *não poderá ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver*.

§ 4º O projeto básico ou o termo de referência será apreciado pelo concedente e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho.

§ 5º Constatados vícios sanáveis no projeto básico ou no termo de referência, estes serão comunicados ao conveniente, que disporá de prazo para saná-los.

§ 6º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio, caso já tenha sido assinado.

§ 7º Quando houver, no Plano de Trabalho, a previsão de transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, é facultada a liberação do montante correspondente ao custo do serviço. (grifamos)

8. Inicialmente, sobreleva a importância da análise do teor dos atos infralegais que normatizam a relação existente entre os convênios celebrados pela Administração Pública e o momento de apresentação do *projeto básico ou termo de referência*, de modo a *identificar os parâmetros vigentes e as balizas atualmente aceitas pela Administração Pública, cotejando-os, posteriormente, com as diretrizes contidas nas normas extraídas das Lei 8.666/93 e 10.180/01 relativamente à matéria, a fim de verificar sua compatibilidade, parcial ou total.*

9. Nesse particular, percebe-se que a norma que faculta ao concedente exigir a apresentação do *projeto básico ou do termo de referência* após a celebração do convênio, que atualmente está prevista no *art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011*, já se encontrava inserida no *art. 23 da anterior Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008*², em redação semelhante.

10. Em uma análise comparativa de ambos dispositivos, depreende-se que, a Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 alterou a Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008 em dois aspectos essenciais.

11. O primeiro, relativamente ao estabelecimento da previsão, como *regra*, da apresentação do projeto básico e do termo de referência *antes da celebração do convênio*, invertendo a lógica que vigia anteriormente. Percebe-se que, com tal alteração, a Administração passou a perseguir

2 Art. 23. Nos convênios e contratos de repasse, o projeto básico ou o termo de referência *deverá ser apresentado antes da liberação da primeira parcela dos recursos, sendo facultado ao concedente ou contratante exigi-lo antes da celebração do instrumento.*

§ 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do órgão ou entidade concedente, em despacho fundamentado.

§ 2º O projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, conforme a complexidade do objeto.

§ 3º O projeto básico ou do termo de referência será apreciado pelo concedente ou contratante e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho.

§ 4º Constatados vícios sanáveis no projeto básico ou no termo de referência, estes serão comunicados ao conveniente ou contratado, que disporá de prazo para saná-los.

§ 5º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio ou contrato de repasse, caso já tenha sido assinado.

§ 6º Quando houver, no Plano de Trabalho, a previsão de transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, é facultada a liberação do montante correspondente ao custo do serviço. (grifamos)

uma postura mais cautelosa e preventiva, na medida em que, embora ainda seja possível a apresentação do projeto básico ou do termo de referência após a celebração do convênio, ainda persistindo como termo derradeiro a liberação da primeira parcela de recursos, *ficou a Administração obrigada, em regra, a exigir sua apresentação em momento anterior à celebração*, podendo vir a postergar a sua entrega, se existirem motivos relevantes e uma motivação razoável e idônea para o exercício da faculdade prevista no *art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011*.

12. O segundo ponto de relevo diz respeito à previsão de um *prazo máximo* para a apresentação do *projeto básico e do termo de referência*, qual seja, *dezoito meses a contar da celebração, incluindo eventual prorrogação*. Tal aspecto não era considerado pela Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008, constituindo inegável avanço no que concerne ao controle e segurança na gestão dos convênios firmados pela Administração Pública.

13. Não obstante tais modificações, que sugerem uma postura mais diligente, responsável e exigente da Administração Pública no tocante à antecipação do termo de apresentação de tais documentos, ainda persiste, na prática, *um certo grau de discricionariedade conferido ao gestor público, no sentido de prever cláusula condicionante de eficácia, no instrumento de convênio, relativamente à apresentação posterior daqueles documentos, nas hipóteses em que houver motivo justificado para que a regra geral deixe de incidir no caso concreto, protraindo-se no tempo a apresentação do projeto básico ou termo de referência, desde que recaia em momento anterior à liberação da primeira parcela dos recursos*.

14. O passo seguinte relaciona-se com a *análise da abrangência conceitual dos documentos denominados “PLANO DE TRABALHO” e “PROJETO BÁSICO ou TERMO DE REFERÊNCIA”*, a fim aferir a possibilidade de compatibilização das regras infralegais que permitem a apresentação do projeto básico ou termo de referência após a celebração do convênio com o comando insculpido no art. 116 da Lei nº 8.666/93.

15. Nessa trilha, e partindo da análise do que dispõem os *artigos 25, 26, 37 e seus §§ 4º e 7º, 39, 43 e 54*, todos da *Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011*³, percebe-se que a Administração Pública

3 *Art. 39*. Sem prejuízo do disposto nos art. 38 desta Portaria, são condições para a celebração de convênios: I - cadastro do conveniente atualizado no SICONV - Portal de Convênios no momento da celebração, nos

estrutura a normatização infralegal dos convênios partindo de *uma autonomia conceitual entre Plano de Trabalho e Projeto Básico e Termo de Referência*, de modo a permitir uma *convivência necessária e harmônica entre tais “documentos”*, diante de suas *específicas e peculiares finalidades* no contexto regulamentar da matéria.

16. E tais aspectos são facilmente perceptíveis, haja vista que, consoante prevê o supramencionado *art. 39 em conjunto com o disposto no art. 43, figura como condição inarredável para a celebração do Instrumento do Convênio* (em cujas cláusulas necessárias *considera-se o Plano de Trabalho parte integrante, independentemente de transcrição*) o registro e aprovação formal do Plano de Trabalho no SICONV em momento anterior à celebração do convênio, na linha do que prevê o *caput* do art. 116 da Lei 8.666/93.

17. Já os artigos 25 e 26 tratam sobretudo do *(i) conteúdo essencial e da (ii) análise da viabilidade do Plano de Trabalho* apresentado, figurando o §

termos dos arts. 19 a 21 desta Portaria; II - Plano de Trabalho aprovado; III - licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; e IV - comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, quando o convênio tiver por objeto a execução de obras ou benfeitorias no imóvel;
DA FORMALIZAÇÃO DO INSTRUMENTO

(...) Art. 43. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos, em consonância com o Plano de Trabalho, que integrará o termo celebrado independentemente de transcrição;

DO PLANO DE TRABALHO

Art. 25. O Plano de Trabalho, que será avaliado após a efetivação do cadastro do proponente, conterà, no mínimo:

I - justificativa para a celebração do instrumento;

II - descrição completa do objeto a ser executado;

III - descrição das metas a serem atingidas;

IV - definição das etapas ou fases da execução;

V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e

VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.

Art. 26. O Plano de Trabalho será analisado quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa e, no caso das entidades privadas sem fins lucrativos, será avaliada sua qualificação técnica e capacidade operacional para gestão do instrumento, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ou entidade repassador de recursos.

4º do art. 37 como um precioso parâmetro normativo para emoldurar a relação existente entre este documento e o Projeto Básico ou Termo de Referência.⁴

18. Isso porque, ao prever que *após a apresentação e apreciação do projeto básico ou o termo de referência pelo concedente, caso este venha a ser aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho*, não deixa dúvida a Administração Pública a necessidade da observância de três aspectos essenciais.

19. O primeiro, no sentido de que *o Plano de Trabalho constitui documento cuja apresentação formal é feita em momento anterior a do Projeto Básico ou Termo de Referência*, na medida em que a aprovação deste ensejará um reflexo direto e vinculado no que toca à readequação *daquele, procedendo-se os ajustes que se fizerem necessários para a atualização e compatibilização de seus conteúdos*.

20. O segundo, relacionado à inegável possibilidade de convivência harmônica, em matéria de convênios, entre Plano de Trabalho e Projeto Básico ou Termo de Referência, já que ambos documentos integram o procedimento formal necessário à celebração de um convênio, havendo, ainda, precedência de um em relação ao outro e estreita relação entre seus conteúdos.

21. O terceiro aspecto diz com a *existência de um certo grau de relacionamento e dependência entre o conteúdo do Plano de Trabalho, apresentado preliminarmente, e o Projeto Básico ou Termo de Referência*, notadamente diante da possibilidade de, após aprovação deste, ser necessária a realização de ajustes àquele documento, a fim de que mantenham-se compatíveis e em linha de convergência, na esteira do que prevê o § 3º do art. 37 da mencionada Portaria Interministerial.

4 *CAPÍTULO IV DO PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA*

Art. 37. Nos convênios, o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigí-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

§ 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do concedente, em despacho fundamentado.

§ 2º O projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, conforme a complexidade do objeto.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º não poderá ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.

§ 4º O projeto básico ou o termo de referência será apreciado pelo concedente e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho.

22. Ainda, dispõe o art. 54⁵ que a liberação de recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho, em consonância com as metas e fases ou etapas de execução contempladas no objeto do instrumento, donde se depreende, por conseguinte, que *tal dispositivo não destoa do quanto previsto no art. 116 da Lei nº 8.666/93, que condiciona a celebração do convênio à prévia aprovação do competente plano de trabalho, no qual conste as etapas ou fases de execução do objeto e correspondente plano de aplicação dos recursos financeiros.*

23. Após a análise do conteúdo da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, torna-se imperioso cotejar as diretrizes normativas por ela ditadas com as regras previstas nas Leis 8.666/93 e 10.180/01, a fim de confirmar a possibilidade de convivência harmônica dos diplomas regulamentares infralegais que estabelecem o detalhamento das peculiaridades documentais e procedimentais para a celebração dos convênios, especialmente no que pertine ao prazo de apresentação do projeto de trabalho e plano básico/termo de referência.

24. Nessa esteira, *não resta dúvida de que tanto o art. 23 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008 quanto o art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 não colidem frontalmente com o disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/1993⁶, seja quando exige, em seu § 1º, a necessidade de apresentação prévia de uma plano de trabalho, seja*

5 DA LIBERAÇÃO DOS RECURSOS

Art. 54. A liberação de recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no *Plano de Trabalho* e guardará consonância com as metas e fases ou etapas de execução do objeto do instrumento.

6 Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

quando, em seu *caput*, estabelece a necessidade de observância, no que couber, das disposições daquela Lei.

25. Não é demais salientar, no ponto, que o art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993 define o projeto básico como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos”.

26. Igualmente, a Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011⁷ (em redação semelhante àquela prevista na anterior Portaria

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas convencionais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

7 Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se: *XXI - projeto básico*: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação

Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008) dispõe que o *projeto básico* e o *termo de referência* são *documentos necessários para a caracterização da obra e do serviço, e, principalmente, para a avaliação de seu custo, aspecto também considerado no documento preliminar denominado de plano de trabalho.*

27. Não destoia de tal diretriz normativa, ademais, a previsão insculpida no *art. 1º da Resolução nº 361*, de 10 de dezembro de 1991, editada pelo CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA – CONFEA, ao prever em seu art. 1º que “*O Projeto Básico é o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução.*”

28. De fato, como já referido, é plenamente possível ao conveniente apresentar um plano de trabalho nos moldes do § 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 procedendo à *definição preliminar e que contemple as características básicas do objeto a ser executado e o correspondente valor estimado*, na linha preconizada pelo *art. 37, § 4º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011* (em redação semelhante àquela prevista no § 3º do art. 23 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008), que *estabelece a possibilidade de adequação do Plano de Trabalho após a apreciação do projeto básico e do termo de referência pelo concedente*. O termo consignado naquele dispositivo (“*ensejará a adequação do plano de trabalho*”) tem o sentido preponderante de “*possibilitar*”, “*oportunizar*” o ajuste, se assim for necessário, a fim de compatibilizar a projeção preliminar contendo características básicas e estimativa de valores com a versão definitiva do projeto básico/termo de referência.

29. Com efeito, é relevante notar que o *art. 7º da Lei nº 8.666/1993*⁸ prevê como *obrigatória a apresentação prévia do projeto básico, juntamente com orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos*

do custo da obra ou serviço de engenharia e a definição dos métodos e do prazo de execução; XXVI - 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, que 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.

8 Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços.

os seus custos unitários, circunstância que, em momento algum, inviabiliza a demonstração do custo financeiro estimado e prazos de execução exigidos no plano de trabalho (§ 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993).

30. No mesmo diapasão prevê o comando expresso no *art. 35, § 1º, da Lei nº 10.180/2001*⁹, que organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 7º Não será ainda computado como valor da obra ou serviço, para fins de julgamento das propostas de preços, a atualização monetária das obrigações de pagamento, desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento, que será calculada pelos mesmos critérios estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório.

§ 8º Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

9 Art. 35. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta da União, ao celebrarem compromissos em que haja a previsão de transferências de recursos financeiros, de seus orçamentos, para Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecerão nos instrumentos pactuais a obrigação dos entes revedores *de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos.*

§ 1º Ao fixarem os valores a serem transferidos, conforme o disposto neste artigo, os entes nele referidos farão análise de custos, de maneira que o montante de recursos envolvidos na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo a transferência de valores insuficientes para a sua conclusão, nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado. (grifamos)

Federal. Ele dispõe sobre a necessidade de estabelecer, nos instrumentos pactuais firmados, a obrigação dos entes recebedores de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos, sem descuidar, ainda, da análise de custos, com o objetivo de bem aquilatar os recursos envolvidos na operação, a fim de que alcancem patamar adequado e suficiente, e não sejam quantificados acima dos preços aplicados no mercado.

31. Outra disposição relevante para o entendimento da questão se refere ao art. 44 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (em redação semelhante àquela prevista no art. 31 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008), segundo o qual, “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.” (grifamos)

32. Nesse particular, não resta dúvida de que há plena compatibilidade entre os arts. 37 e 44 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, na medida em que a análise técnica conclusiva será realizada a partir da análise do projeto básico e do termo de referência, por ocasião da celebração do convênio ou em momento posterior, até a liberação da primeira parcela, podendo, nesse caso, haver ajuste do plano de trabalho, na esteira do que prevê o § 4º do art. 37.

33. Não se percebe, ainda, qualquer prejuízo à legalidade em relação ao convênio firmado, na medida em que tal controle pode ser exercido previamente à celebração do convênio, seja pela verificação do plano de trabalho ou projeto básico/termo de referência (apresentado previamente), ou em momento posterior, pela análise do projeto básico ou termo de referência apresentado antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

34. De qualquer sorte, vale registrar, com o fim de preservar a legalidade do procedimento, que, considerando os termos da Lei Complementar nº 73/1993¹⁰, aplicável aos órgãos de execução da

10 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:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

PGF no que couber (conforme determina o art. 10, § 1^o¹¹, da Lei nº 10.480/2002) é competência das Consultorias Jurídicas examinar prévia e conclusivamente os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. *Considerando tais premissas, a determinação contida no artigo 38, parágrafo único da Lei 8.666 e a possibilidade de ajustes do plano de trabalho, em razão das alterações provocadas pela apresentação do termo de referência e projeto básico, de se concluir que é necessária a manifestação dos órgãos de execução da PGF antes da celebração, quando da análise do plano de trabalho, e após a apresentação do projeto básico ou termo de referência definitivos.*

35. Outrossim, há questões relevantes relacionadas ao prazo atualmente estabelecido para a apresentação do projeto básico ou do termo de referência. Normatiza o art. 37, §§ 2º e 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, *que o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, não podendo ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.*

36. O art. 40 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011¹², por sua vez, dispõe sobre a possibilidade de celebração de

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

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;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

11 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.

12 Art. 40. Poderá ser realizada a celebração de convênio ou termo de parceria com previsão de condição a ser cumprida pelo conveniente, e enquanto a condição não se verificar não terá efeito à celebração pactuada.

convênio com previsão de condição a ser cumprida pelo conveniente, que suspenderá a sua produção de efeitos, sendo que o prazo a ser fixado no instrumento para o cumprimento da condição não poderá *ultrapassar vinte e quatro meses, incluída a prorrogação*.

37. *Há, pois, dois dispositivos estabelecendo prazos diversos para a estipulação de cláusula condicionante de eficácia de convênios na Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, impondo-se, por tal razão, a análise detalhada sobre a compatibilidade e definição da hermenêutica que se extrai da leitura contextualizada de tais dispositivos infralegais relativamente ao prazo limite de validade dos empenhos inscritos em restos a pagar não processados.*

DA VALIDADE DE EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR

38. Relativamente ao limite de validade dos empenhos inscritos em resto a pagar, importa consignar, inicialmente, que o art. 60 da Lei 4.320/64 prevê regra orçamentária salutar aplicada às despesas contraídas pela Administração Pública, vedando a realização de despesas sem a formalização de prévio empenho¹³.

39. Também consta no art. 62¹⁴ da Lei nº 4.320/1964 que *o pagamento da despesa pública somente será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação* (art. 63¹⁵).

40. Ademais, pelo princípio da anualidade orçamentária, pode-se afirmar que, ordinariamente, *as despesas são empenhadas, liquidadas e pagas*

Parágrafo único. O prazo fixado no instrumento para o cumprimento da condição, desde que feitas as adequações no plano de trabalho e apresentadas as justificativas, poderá ser prorrogado, nos termos de ato regulamentar da autoridade máxima do concedente, por uma única vez, de igual período, não ultrapassando vinte e quatro meses, incluída a prorrogação, se houver, devendo ser o convênio extinto no caso do não cumprimento da condição.

13 Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

14 Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

15 Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acórdo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

no mesmo exercício financeiro, que se encerra no dia 31 de dezembro de cada ano. As despesas empenhadas não pagas no respectivo ano serão inscritas em restos a pagar, distinguindo-se as despesas processadas (já liquidadas) das despesas não processadas (não liquidadas), consoante disposto no art. 36, 'caput', da Lei nº 4.320/64, e no art. 67 do Decreto nº 93.872/86¹⁶.

41. No entanto, há uma nítida diferenciação entre o processo administrativo de convênio e de contrato administrativo no tocante ao momento de liquidação do empenho e de início de execução do objeto, conforme será analisado no tópico seguinte.

DO RITO ADOTADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONVÊNIOS E DO MOMENTO DE LIQUIDAÇÃO

42. A primeira etapa do processo de convênio é a apresentação, pelo ente federado interessado no repasse da verba federal, de uma proposta de trabalho no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, na qual conste, entre outras informações, *“estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente ou contratante e a contrapartida prevista para o proponente, especificando o valor de cada parcela e do montante de todos os recursos”* (art. 19, III, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011).

43. *Dispõe o art. 20, I, 'a', da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 que, em caso de aceitação da proposta de trabalho apresentada, “o concedente realizará o pré-empenho, que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do SICONV”. Além disso, aceita a proposta de trabalho, o proponente deverá atender às exigências para efetivação do cadastro e incluir o Plano de Trabalho no SICONV (art. 20, I, 'b').*

44. O Plano de Trabalho, por sua vez, representa um maior detalhamento da proposta de Trabalho, devendo conter os elementos previstos nos incisos do art. 25 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011¹⁷,

¹⁶ Lei nº 4.320/1964: Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

Decreto nº 93.872/1986: Art. 67. Considerem-se Restos a Pagar as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas (Lei nº 4.320/64, art. 36). § 1º Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto. § 2º O registro dos Restos a Pagar far-se-á por exercício e por credor.

¹⁷ I - justificativa para a celebração do instrumento; II - descrição completa do objeto a ser executado; III - descrição das metas a serem atingidas; IV - definição das etapas ou fases da execução; V - cronograma

figurando como condição para a celebração do convênio a aprovação do Plano de Trabalho pelo concedente, conforme disposto no art. 39, II¹⁸, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011.

45. *Ocorre que, ainda que se considere o Plano de Trabalho como um detalhamento da proposta de Trabalho, aquele instrumento ainda não permite uma exata definição do valor da obra, serviço ou do bem a ser adquirido. Essa definição mais precisa somente virá quando da análise técnica a ser promovida após a apresentação do projeto básico/termo de referência, documentos esses que, nos termos do art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, não precisam ser apresentados como condição para a celebração do convênio. Segundo previsto naquele dispositivo, os referidos documentos devem ser apresentados como condição para a liberação da primeira parcela de recursos, ainda assim, salvo se prevista a transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência:*

46. *A prerrogativa de estipulação de cláusula condicionante para apresentação futura do projeto básico/termo de referência acaba atraindo a necessidade de elaboração, no mínimo, de duas manifestações da área técnica durante o decorrer do processo administrativo de convênio:*

(i) uma anterior à celebração do convênio que não adentra em uma análise conclusiva de adequação do objeto ao seu valor ou ao cronograma físico-financeiro previsto no Plano de Trabalho, entre outros elementos ali constantes, embora demonstre a adequação do seu objeto às diretrizes institucionais do concedente, contendo manifestação de mérito sobre a ausência ou presença de seu interesse em celebrá-lo (que consiste na aprovação do Plano de Trabalho);

(ii) uma posterior à celebração do convênio e à apresentação, pelo conveniente, do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), que é conclusiva quanto à necessidade ou não de adequação do Plano de Trabalho.

47. *Pela leitura sistemática da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, mormente de seu art. 37, a liberação da primeira parcela*

de execução do objeto e cronograma de desembolso; e VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.

18 Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 38 desta Portaria, são condições para a celebração de convênios: II - Plano de Trabalho aprovado;

do convênio ficaria condicionada, em regra, não somente à apresentação, mas, também, à aprovação, pelo concedente, do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis).

48. Assim, embora silente a Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 sobre o momento da liquidação da despesa do convênio, o certo é que, enquanto estágio anterior ao seu pagamento, o referido ato administrativo deveria ocorrer antes da liberação do recurso, que, por sua vez, deve ocorrer nos prazos previstos no cronograma de desembolso, tal qual disposto no seu art. 54, 'caput'¹⁹.

49. A orientação da Secretaria do Tesouro Nacional, contida no item 2.3.3 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, é, de fato, no sentido de que *a liquidação venha antes da liberação do recurso, orientação essa que, embora seja naquele item específica para inscrição de empenhos em restos a pagar como processados, pode vir a ser aplicada também quando a sua liquidação ocorrer em momento diverso:*

2.3.3 - Os empenhos relativos a transferências a título de convênio poderão ser inscritos em Restos a Pagar Processados com base nas seguintes condições:

- a) quando o convênio ou similar esteja dentro do prazo de vigência;
- b) exista a garantia da liberação dos recursos financeiros por parte do concedente;
- c) a despesa tenha sido liquidada, com base na conclusão da análise técnica do objeto pactuado, em conformidade com a documentação que suportou o instrumento e, conseqüentemente, a comunicação de sua aprovação ao convenente;
- d) o cronograma de desembolso preveja parcelas financeiras não liberadas até o encerramento do exercício. (grifamos)

50. Sobre a orientação acima, é relevante diferenciar a liquidação do empenho da garantia de liberação do recurso. Isso porque, quando se trata do procedimento administrativo referente a convênio, a liberação do recurso fica condicionada não somente à aprovação do projeto básico/

¹⁹ Art. 54. A liberação de recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho e guardará consonância com as metas e fases ou etapas de execução do objeto do instrumento.

termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), mas, também, ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011²⁰.

51. Por outro lado, a par do disposto no art. 9º²¹ do Decreto nº 6.170/2007 e no art. 12²² da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, que tratam da plurianualidade, *é recorrente na Administração Pública federal a rotina²³ de empenhar o valor total do objeto do convênio ainda que a sua execução ultrapasse o exercício em que efetuado o empenho, rotina essa que está amparada na Orientação Normativa AGU Nº 39, de 13 de dezembro de 2011²⁴. Dessa forma, na praxe administrativa, temos o valor total da despesa sendo empenhado, embora a sua liberação nem sempre se dê em parcela única, tampouco no mesmo exercício em que efetuado o empenho, já que segue o cronograma físico-financeiro previsto no Plano de Trabalho.*

20 Art. 55. Para recebimento de cada parcela dos recursos, o conveniente deverá: I - comprovar o cumprimento da contrapartida pactuada que, se financeira, deverá ser depositada na conta bancária específica do instrumento em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso, ou depositada na Conta Única do Tesouro Nacional, na hipótese do convênio ou contrato de repasse ser executado por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAFI; II - atender às exigências para contratação e pagamento previstas nos arts. 56 a 64 desta Portaria; e III - estar em situação regular com a execução do Plano de Trabalho.

21 Art. 9º No ato de celebração do convênio ou contrato de repasse, o concedente deverá empenhar o valor total a ser transferido no exercício e efetuar, no caso de convênio ou contrato de repasse com vigência plurianual, o registro no SIAFI, em conta contábil específica, dos valores programados para cada exercício subsequente.

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a obrigatoriedade de ser consignado crédito nos orçamentos seguintes para garantir a execução do convênio.

22 Art. 12. Nos instrumentos regulados por esta Portaria, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, mediante registro contábil.

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a responsabilidade de o concedente incluir em suas propostas orçamentárias dos exercícios seguintes a dotação necessária à execução do convênio.

23 Registre-se que o Grupo de Trabalho entendeu por bem analisar a questão referente à eventual divergência entre o art. 9º do Decreto nº 6.170/2007 e a Orientação Normativa AGU nº 39, de 13 de dezembro de 2011, em outro momento, considerando a necessidade de se analisar, no presente parecer, o ponto específico objeto de consulta, qual seja, "cancelamento de empenhos inscritos em restos a pagar não processados e os requisitos para a liquidação de empenhos no âmbito dos convênios".

24 "A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS REGIDOS PELO ART. 57, CAPUT, DA LEI 8.666, DE 1993, PODE ULTRAPASSAR O EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CELEBRADOS, DESDE QUE AS DESPESAS A ELES REFERENTES SEJAM INTEGRALMENTE EMPENHADAS ATÉ 31 DE DEZEMBRO, PERMITINDO-SE, ASSIM, SUA INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR."

52. Na interpretação sistemática da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 juntamente com as normas orçamentárias aplicáveis, e considerando a rotina administrativa de empenho sobre o valor total do objeto do convênio, é possível concluir que *a liquidação do empenho fica condicionada à aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), sem prejuízo da necessidade de observar os demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 para a liberação do recurso.*

53. Outrossim, a abertura do procedimento licitatório para início de execução do objeto do convênio fica condicionada, em regra, à aprovação do projeto básico/termo de referência, nos termos dos arts. 35 e 36²⁵ da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011. Dessarte, no procedimento de convênio, podemos vislumbrar, em regra, as seguintes etapas:

- (i) aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis);
- (ii) liquidação do empenho;

25 Art. 35. Os editais de licitação para consecução do objeto conveniado somente poderão ser publicados após a assinatura do respectivo convênio e aprovação do projeto técnico pelo concedente.

Parágrafo único. A publicação do extrato do edital de licitação deverá ser feita no Diário Oficial da União, em atendimento ao art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo ao uso de outros veículos de publicidade usualmente utilizados pelo conveniente.

Art. 36. Poderá ser aceita licitação realizada antes da assinatura do convênio, desde que observadas as seguintes condições:

I - que fique demonstrado que a contratação é mais vantajosa para o conveniente, se comparada com a realização de uma nova licitação;

II - que a licitação tenha seguido as regras estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993, inclusive quanto à obrigatoriedade da existência de previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas;

III - que o projeto básico, no caso de obras de engenharia, tenha sido elaborado de acordo com o que preceitua a Lei nº 8.666, de 1993;

IV - que o objeto da licitação deve guardar compatibilidade com o objeto do convênio, caracterizado no Plano de Trabalho, sendo vedada a utilização de objetos genéricos ou indefinidos; e

V - que a empresa vencedora da licitação venha mantendo durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (grifamos)

- (iii) abertura do procedimento licitatório pelo conveniente (quando se tratar de execução indireta);
- (iv) liberação do recurso após o cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, observando-se o cronograma físico financeiro;
- (v) início de execução do objeto, também observando-se o cronograma físico-financeiro.

54. Já no caso dos contratos administrativos, tanto a liquidação do empenho quanto o pagamento da despesa dependem do adimplemento prévio da obrigação pelo contratado, tanto que há possibilidade de atualização do valor devido pela Administração Pública contratante referente ao período entre a data do adimplemento da obrigação e do efetivo pagamento, conforme previsto no art. 40, XIV, e no art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993²⁶.

55. Assim, não é possível aplicar 'in totum' aos processos de convênios os requisitos para liquidação previstos no art. 63 da Lei 4.320/1964, principalmente aquele disposto em seu § 2º, III, haja vista que, em se tratando de convênio, não é possível analisar os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço antes da liberação de sua primeira parcela.

26 Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

DO CANCELAMENTO EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS

56. Consoante disposto no tópico anterior, *cabete ao ente conveniente iniciar a realização da obra, do serviço ou a aquisição de bem objeto de um convênio somente quando preenchidos os requisitos para a liberação da primeira parcela*, o que, por sua vez, ocorreria após uma manifestação técnica conclusiva sobre o projeto básico/termo de referência e os documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), com eventual adequação do Plano de Trabalho pelo concedente.

57. *Voltando à análise das hipóteses de cancelamento de empenho inscrito em restos a pagar não processados, seria possível, pois, considerar que a exceção prevista no art. 68, § 3º, I, do Decreto nº 93.872/1986, na redação dada pelo Decreto nº 7.654/2011, seria de difícil aplicação ao rito dos convênios.*

58. *Isso porque, o início de execução da despesa fica condicionada à prévia liquidação do empenho. Por outro lado, a liquidação do empenho inscrito em restos a pagar não processado lhe garante tratamento similar àquele a ser atribuído ao empenho inscrito em restos a pagar processado.*

59. *Dessa forma, para que o empenho inscrito em restos a pagar não processado mantenha a sua validade para além do dia 30 de junho do segundo ano subsequente, ele deverá ter sido liquidado antes da referida data. E, em sendo liquidado até a referida data, fica garantida a sua validade independente de início de realização da obra, do serviço ou de aquisição do bem.* Em relação ao tema, três questões se afiguram extremamente relevantes, quais sejam:

- 1) o prazo limite fixado no art. 37 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 para a apresentação dos documentos referentes ao projeto básico/termo de referência, que poderá não ser suficiente para a liquidação do respectivo empenho no prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986;
- 2) a aplicabilidade ou não ao caso do princípio da prudência, previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI, segundo o qual uma despesa poderia ser considerada como realizada ou

liquidada ainda que pendente de análise e conferência, em uma situação específica;

- 3) qual a atribuição dos órgãos de execução da PGF diante de eventual descumprimento das normas cabíveis pelos gestores.

DO PRAZO LIMITE FIXADO NO ART. 37 DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF Nº 507/2011

60. Segundo previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, *o prazo de apresentação do projeto básico/termo de referência deveria se limitar a 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.*

61. No entanto, muitas vezes o referido limite pode não se mostrar compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, mormente quando consideramos que: *(i) grande parte dos convênios são celebrados no final do exercício; (ii) as leis de diretrizes orçamentárias prevêm prazos de diligência a serem concedidos pelo concedente ao conveniente para atendimento de pendências de ordem técnica ou legal (v.g., o art. 37, § 2º, da Lei nº 12.465/2011 - LDO 2012 - fixa, para tanto, o prazo máximo de 45 dias, prorrogável por igual período); (iii) em muitas situações, a estrutura administrativa destinada aos órgãos e entidades responsáveis pelo repasse da verba federal não é suficiente para uma análise técnica que atenda ao prazo previsto, como regra geral, no art. 42 da Lei nº 9.784/1999.*

62. Assim, a par do limite previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a apresentação do projeto básico/termo de referência que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, salvo quando se tratar de despesa do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Ministério da Saúde ou do Ministério da Educação financiadas com recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

DA APLICABILIDADE OU NÃO AO CASO DO PRINCÍPIO DA PRUDÊNCIA

63. Os itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI²⁷ estabelecem que *uma despesa deve*

²⁷ 2.2.2.1 - No encerramento do exercício devem ser consideradas despesas realizadas, e, portanto, registrada a liquidação no sistema, todas aquelas em que o credor, de posse do empenho correspondente, forneceu o

ser considerada como realizada ou liquidada, ainda que pendente de análise e conferência, quando, no encerramento do exercício, o credor, de posse do empenho correspondente, forneceu o material, prestou o serviço ou ainda executou a obra.

64. Primeiramente, os referidos itens *demonstram ser mais adequados ao rito do contratos administrativos*, haja vista que, conforme visto acima, *em se tratando de convênio, a liquidação é anterior ao início de execução do seu objeto (que pode corresponder ao fornecimento de material, prestação de um serviço ou execução de uma obra). O intuito da norma parece ser evitar o locupletamento ilícito da Administração Pública, na medida em que garante contabilmente o pagamento de uma despesa cujo objeto já fora executado pelo credor.*

65. Por outro lado, a aplicação da referida norma já não seria revestida de utilidade, tendo em vista que *a atual redação do art. 68 do Decreto nº 93.872/1986 já evitaria eventual situação de locupletamento ilícito, quando prevê, em seu § 3º, I, que os restos a pagar não processados que se refiram a despesas com execução iniciada até a data prevista no seu § 2º permanecerão válidos. Ou seja, em sendo iniciada a execução da despesa, fica garantida a validade do empenho inscrito em restos a pagar não processados, ainda que não liquidado, sem necessidade de se invocar a orientação prevista nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, Assunto 020317, do Manual SIAFI.*

IV - CONCLUSÃO

66. Pelo exposto, conclui-se que:

- a) É plenamente possível ao conveniente apresentar um plano de trabalho nos moldes do § 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 procedendo à definição preliminar e que contemple as características básicas do objeto a ser executado e o correspondente valor estimado, na linha preconizada pelo art. 37, § 4º, da Portaria interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, que estabelece a possibilidade de adequação do Plano de Trabalho após a apreciação do projeto básico e

material, prestou o serviço ou ainda executou a obra e que tenha sido devidamente atestada ou encontrase em fase de análise e conferência. Nesses casos, independente do ateste, a despesa orçamentária, pelo princípio da prudência, considera-se realizada.

3.3.1.1 - Para fins de observância do princípio da anualidade do orçamento consideram-se também liquidadas as despesas que tenham sido realizadas, mas esteja em fase de conferência e ateste e, neste caso, estarão também representadas contabilmente nas contas do grupo OBRIGAÇÕES EM CIRCULAÇÃO.

do termo de referência pelo concedente. Assim, apura-se a existência de compatibilidade entre os arts. 37 e 44 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF ns 507/2011, na medida em que a análise técnica conclusiva será realizada a partir da análise do projeto básico e do termo de referência, por ocasião da celebração do convênio ou em momento posterior, até a liberação da primeira parcela, podendo, nesse caso, haver ajuste do plano de trabalho, na esteira do que prevê o § 4º do art. 37;

- b) Com o fim de preservar a legalidade do procedimento, nos termos da Lei Complementar nº 73/1993, aplicável aos órgãos de execução da PGF no que couber (conforme determina o art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002), é competência das Consultorias jurídicas examinar prévia e conclusivamente os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. Considerando tais premissas, a determinação contida no artigo 38, parágrafo único da Lei 8.666 e a possibilidade de ajustes do plano de trabalho, em razão das alterações provocadas pela apresentação do termo de referência e projeto básico, de se concluir que, respeitada a delimitação das competências técnica e jurídica, é necessária a manifestação dos órgãos de execução da PGF, relativamente às questões de cunho jurídico, antes da celebração, quando da análise do plano de trabalho, e após a apresentação do projeto básico ou termo de referência definitivos.
- c) O prazo limite para a cláusula condicionante deve ser compatível com as normas orçamentárias referentes à validade de empenhos inscritos em restos a pagar não processados;
- d) Deverão ser cancelados os restos a pagar não processados que não tenham sido liquidados até o prazo definido na nova redação dada ao art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, ou que não atendam às condições previstas no § 3º daquele artigo;
- e) A liquidação do empenho deverá ser feita após a aprovação do projeto básico/termo de referência e dos documentos previstos no art. 39, III e IV, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011 (quando cabíveis), sem possibilidade de aplicação do princípio da prudência previsto nos itens 2.2.2.1 e 3.3.1.1 do Capítulo 020000, Seção 020300, Assunto

020317, do Manual SIAFI para justificar eventual liquidação antecipada.

- f) A liberação de recurso, no âmbito dos convênios, fica condicionada à liquidação do empenho e ao cumprimento dos demais requisitos previstos no art. 55 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011;
- g) A par do limite previsto no art. 37, § 3º, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011, é recomendável que cada autarquia ou fundação pública estabeleça um prazo máximo para a apresentação do projeto básico/termo de referência que seja compatível com o prazo previsto no art. 68, § 2º, do Decreto nº 93.872/1986, e com o prazo de diligência previsto na respectiva lei de diretrizes orçamentárias, salvo quando se tratar de despesa do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, do Ministério da Saúde ou do Ministério da Educação financiadas com Recursos da Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

À consideração superior.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Simone Salvatori Schnorr
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 Raphael Peixoto de Paula Marques
Procuradora Federal Procurador Federal

Erica Maria Araujo Saboia Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Leitao Procuradora Federal
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 07/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 20 de setembro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 13 /2012:

1- É POSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DE PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO, HARMONIZANDO-SE A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS INSTITUCIONAIS VIGENTES COM O DISPOSTO NO ART. 116 DA LEI 8.666/93.

2- CONSIDERANDO A POSSIBILIDADE DE AJUSTES DO PLANO DE TRABALHO, EM RAZÃO DAS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA APRESENTAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E PROJETO BÁSICO, DE SE CONCLUIR QUE, RESPEITADA A DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TÉCNICA E JURÍDICA, É NECESSÁRIA A MANIFESTAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA PGF, RELATIVAMENTE ÀS QUESTÕES DE CUNHO JURÍDICO, ANTES DA CELEBRAÇÃO, QUANDO DA ANÁLISE DO PLANO DE

TRABALHO, E APÓS A APRESENTAÇÃO DO PROJETO BÁSICO OU TERMO DE REFERÊNCIA DEFINITIVOS.

3- O PRAZO LIMITE PARA A CLÁUSULA CONDICIONANTE DEVE SER COMPATÍVEL COM AS

NORMAS ORÇAMENTÁRIAS REFERENTES À VALIDADE DE EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS.



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

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

PARECER N° 08 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 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

ASPECTOS ESSENCIAIS DAS FASES DOS CONVÊNIOS, CONTEXTUALIZANDO ESSE TEMA COM AS NOVAS REGRAS DE REGISTRO DE DADOS E INFORMAÇÕES NO SISTEMA INTEGRADO DENOMINADO SICONV E COM OS REQUISITOS E MOMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO EMPENHO.

I - Para a apresentação da proposta de trabalho, impõe-se ao conveniente ou contratado o credenciamento no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV (art. 16 da Portaria Interministerial n° 507/2011), mantendo suas informações atualizadas até que sejam exauridas todas as obrigações referentes ao convênio ou contrato de repasse (art. 17 do referido ato normativo).

II O § 10º do artigo 38 da Portaria Interministerial n° 507/2011 prevê como condição para a celebração de convênio a existência de dotação orçamentária específica no orçamento do concedente, a qual deverá ser evidenciada no instrumento, indicando-se a respectiva nota de empenho.

III - Em sendo aceita a Proposta de Trabalho, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável pelos repasses de recursos financeiros realizará o pré-empenho de tais despesas, que será vinculado à proposta, só podendo ser alterado por intermédio do Portal dos Convênios – SICONV. O art. 20 da Portaria Interministerial retromencionada retrata tal procedimento. O empenho, por sua vez, será realizado após a aprovação do Plano de Trabalho, que será precedida por análise técnica.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria:

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

- I identificar as 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 identificação dos temas controvertidos 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 relacionadas aos *requisitos para a celebração de convênios, contextualizando esse tema com as novas regras de registro de dados e informações no sistema integrado denominado SICONV e com os requisitos e momentos de efetivação do empenho.*

4. É o Relatório, do que passo à análise jurídica.

ANÁLISE JURÍDICA:

I – Requisitos para celebração do convênio

5. De regra, um convênio envolve um procedimento complexo composto de *quatro fases*, quais sejam, a *proposição*, a *celebração* ou *formalização* propriamente dita, a *execução* e, por fim, a *prestação de contas*.

6. Em cada uma dessas fases deve o convênio celebrado atender de forma estrita à legislação de regência dos temas que se inserem em seu objeto, de modo a evitar que eventual mácula acarrete a ilegalidade do convênio ou a rejeição de sua prestação de contas.

7. Nesse toar, os tópicos seguintes terão o objetivo de analisar mais detidamente os aspectos peculiares às *três primeiras fases (proposição, celebração e execução) e seus respectivos procedimentos*, com vistas à perfeita execução do convênio ou do contrato de repasse, deixando de focalizar a fase de *prestação de contas*, em face das limitações de objeto do presente trabalho e da ausência de sua vinculação com a abordagem posteriormente centrada no tópico relacionado aos requisitos do empenho.

I.1 – PROPOSIÇÃO

I.1.1 – Credenciamento, Proposta de Trabalho, Cadastramento e Plano de Trabalho

8. A Portaria Interministerial 507, de 24 de novembro de 2011, em seu Título II, trata dos requisitos para a celebração do convênio de natureza financeira, detalhando aspectos atinentes ao *credenciamento, à proposta de trabalho e ao cadastramento*. A formalização dessa pretensão terá o âmbito de sua atuação delineada por meio de proposta de trabalho.

9. Com a identificação e projeção das necessidades a serem abrangidas, o interessado terá plenas condições de propor ao titular do ente federal responsável pelo programa a celebração de convênio, o qual terá, como ponto de partida, um detalhado Programa de Trabalho.

10. Para a apresentação dessa Proposta de Trabalho, impõe-se ao conveniente ou contratado o credenciamento no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV (art. 16 da Portaria Interministerial nº 507/2011¹), mantendo suas informações atualizadas até que sejam exauridas todas as obrigações referentes ao convênio ou contrato de repasse, na esteira do que dispõe o art. 17 do referido ato normativo².

1 Art. 16. Para apresentar proposta de trabalho, o interessado deverá estar credenciado no SICONV.

2 Art. 17. As informações prestadas no credenciamento e no cadastramento devem ser atualizadas pelo conveniente até que sejam exauridas todas as obrigações referentes ao convênio.

11. Feito tal credenciamento, ao concedente incumbe a análise da Proposta de Trabalho, que, caso aceita, autorizará a realização do pré-empenho, vinculado à proposta, só podendo ser alterado por intermédio do SICONV, nos termos do artigo 20 da Portaria Interministerial nº 507/2011.

12. A apresentação da proposta de trabalho, portanto, condiciona-se ao regular credenciamento do interessado no SICONV, sistema de controle e gestão de convênios no qual serão registrados todos os atos relativos ao processo de operacionalização das transferências de recursos por intermédio de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, desde a sua proposição preliminar até a prestação de contas final.

13. Não é despidendo salientar que, muito embora a norma supramencionada não determine um prazo para que seja efetuado tal cadastramento, enquanto este não for devidamente formalizado o agente responsável do ente federativo ou da entidade pública ou, ainda, da organização privada sem fins lucrativos ficará impedido de apresentar a proposta de trabalho.

14. Caracterizado como o documento pelo qual o proponente credenciado manifestará no SICONV o seu interesse em celebrar os instrumentos mencionados, a *proposta de trabalho* deverá estar estruturada em consonância com o programa e as diretrizes disponíveis no sistema, devendo conter, no mínimo, os seguintes elementos previstos no art. 19 da Portaria Interministerial nº 507/2011: “*i) descrição do objeto a ser executado; ii) justificativa contendo a caracterização dos interesses recíprocos, a relação entre a proposta apresentada, os objetivos e diretrizes do programa federal e a indicação do público-alvo, do problema a ser resolvido e dos resultados esperados; iii) estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente ou contratante e a contrapartida prevista para o proponente, especificando o valor de cada parcela e do montante de todos os recursos, na forma estabelecida em Lei; iv) previsão de prazo para a execução; e v) informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente para execução do objeto*”.

15. A Proposta de Trabalho contém um esboço inicial da ação que se pretende implementar com a celebração do convênio, permitindo que o órgão ou entidade do governo federal promova ações de gestão tendentes a controlar e avaliar os convênios a serem celebrados, especialmente com a finalidade de aferir se: *i] o objeto proposto tem alguma relação com uma ação ou programa específicos do governo federal; ii] existe pertinência entre*

as ações propostas e o resultado pretendido; iii] há recursos suficientes para implementação do objeto proposto; iv] o proponente dispõe de condições técnicas para execução do objeto.

16. Assim, a Proposta de Trabalho deverá ser apreciada quanto à sua *viabilidade e adequação aos objetivos do programa* e, no caso das entidades privadas sem fins lucrativos, quanto à sua *qualificação técnica e capacidade operacional* para a gestão do instrumento, de acordo com os critérios estabelecidos pelo órgão ou entidade repassador de recursos.

17. Consoante o art. 20 da Portaria Interministerial nº 507/2011, a partir da aceitação da Proposta de Trabalho, o concedente realizará o pré-empenho, “que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do SICONV”, cabendo ao proponente incluir no SICONV o Plano de Trabalho.

18. O Plano de Trabalho deve conter o detalhamento das ações que serão executadas pelo proponente, consubstanciando o documento definitivo com aptidão a orientar a execução de todo o convênio. Nos termos do art. 25 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o Plano de Trabalho conterá, no mínimo: “*I - justificativa para a celebração do instrumento; II - descrição completa do objeto a ser executado; III - descrição das metas a serem atingidas; IV - definição das etapas ou fases da execução; V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso*”.

19. A diferença entre a proposta de trabalho e o plano de trabalho está na finalidade de cada um desses documentos. A proposta de trabalho tem por fim demonstrar o interesse e a viabilidade de o ente da federação executar uma ação de governo em parceria com a União. O plano de trabalho, por sua vez, tem a finalidade de orientar a execução das ações do convênio.

I.1.2 – CONTRAPARTIDA

III.1.1 – Contrapartida

20. Constituinte em sua essência uma clássica *oferta de compensação*, é definida como a *parcela ou fração correspondente ou equivalente em relação a qual o conveniente obriga-se a participar do valor total do convênio para a execução*

do objeto proposto. Em outras palavras, materializa a colaboração financeira própria prestada pelo proponente para a execução do objeto do convênio.

21. Nos termos do art. 24 da Portaria Interministerial nº 507/2011, a contrapartida poderá ser atendida “*por meio de recursos financeiros e de bens ou serviços, se economicamente mensuráveis*”.

22. Sobre o tema, é importante observar o que estabelece a lei de diretrizes orçamentárias – LDO – referente ao exercício em que celebrado o convênio: seja no tocante aos limites percentuais da contrapartida ofertada pelos entes públicos; seja no tocante à sua necessidade ou não de aporte em se tratando de proponente que seja entidade privada sem fins lucrativos.

23. Nesse sentido, o art. 36 da LDO 2012 (Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011), prevê que a realização de transferências voluntárias, *dependerá da comprovação, por parte do conveniente público, de que existe previsão de contrapartida na lei orçamentária do Estado, Distrito Federal ou Município, havendo, ainda, em seu § 1º, expressa referência sobre a necessidade da definição de um percentual incidente sobre o valor previsto no instrumento de transferência voluntária quanto se tratar de contrapartida exclusivamente financeira, percentual este que deve levar em conta a capacidade financeira da respectiva unidade beneficiada e seu IDH, nos limites fixados nos incisos I e II do mencionado dispositivo legal*³. Atente-se que a contrapartida, conforme a LDO 2012, deve ser obrigatoriamente prestada tão-somente por convenientes públicos.

24. Ainda nos termos da LDO 2012, os limites legais acima previstos para o aporte de contrapartida pelos entes federados proponentes podem ser reduzidos mediante justificativa do titular do órgão concedente, constando do processo correspondente, na hipótese de serem os recursos

3 I - no caso dos Municípios: a) 2% (dois por cento) e 4% (quatro por cento) para Municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; b) 4% (quatro por cento) e 8% (oito por cento) para Municípios acima de 50.000 (cinquenta mil) habitantes localizados nas áreas prioritárias definidas no âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR, nas áreas da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e da Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste - SUDECO; e c) 8% (oito por cento) e 20% (vinte por cento) para os demais;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal: a) 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento) se localizados nas áreas prioritárias definidas no âmbito da PNDR, nas áreas da SUDENE, SUDAM e SUDECO; e b) 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) para os demais; e

III - no caso de consórcios públicos constituídos por Estados, Distrito Federal e Municípios, 2% (dois por cento) e 4% (quatro por cento).

transferidos pela União nas hipóteses elencadas nos incisos I a V do § 2º do art. 36 do mencionado Diploma Legal.⁴

25. De outra parte, consoante preconiza o § 3º do mesmo dispositivo, os limites máximos de contrapartida, fixados em seu § 1º, poderão ser ampliados para viabilizar a execução das ações a serem desenvolvidas ou para atender condições estabelecidas em contratos de financiamento ou acordos internacionais, sendo mister enfatizar, ainda, que no caso de transferência voluntária para ações voltadas à educação superior, os limites mínimos de contrapartida são fixados em 1%.

26. Existindo contrapartida de natureza financeira, esta deverá ser depositada na conta bancária específica do convênio ou contrato de repasse, em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso. Se for aceita contrapartida por meio de bens e

4 I - forem oriundos de doações de organismos internacionais ou de governos estrangeiros, ou de programas de conversão da dívida externa, para fins sociais, culturais, ambientais, de segurança pública ou de promoção da igualdade de raça ou de gênero;

II - destinarem-se: a) às ações de assistência social, segurança alimentar e combate à fome, bem como àquelas de apoio a projetos produtivos em assentamentos constantes do Plano Nacional de Reforma Agrária, em unidades de conservação, voltados a povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares ou financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza; b) às ações de defesa civil em Municípios comprovadamente afetados, desde a notificação preliminar do desastre, enquanto os danos decorrentes subsistirem, não podendo ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ocorrência do desastre;

c) ao atendimento dos programas de educação; d) ao atendimento de despesas relativas à segurança pública; e) à realização de despesas com saneamento ambiental, habitação, urbanização de assentamentos precários, perímetros de irrigação, regularização fundiária e ambiental, defesa sanitária animal, defesa sanitária vegetal e com as ações do programa Infra-Estrutura Hídrica, inclusive elaboração de planos, projetos de engenharia e estudos ambientais; f) ao atendimento das programações do PAC e do Plano Amazônia Sustentável - PAS; g) às ações previstas no Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres; h) ao atendimento das ações de implantação do Sistema Integrado de Gestão da Informação e de Modernização da Infraestrutura de Tecnologia da Informação no Poder Judiciário e no MPU; i) à execução de ações no âmbito do programa Territórios da Cidadania;

j) às ações de inclusão digital; k) às ações de educação ambiental e de prevenção, redução e combate à desertificação; l) às ações de assistência, tratamento e reinserção social de dependentes químicos; e m) à transferência de renda incondicional, conforme disposições da Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004;

III - para os Municípios com população até 25.000 (vinte e cinco mil) habitantes, que tenham Índice de Desenvolvimento Humano Municipal - IDHM abaixo de 0,600 ou estejam localizados na faixa de fronteira ou nas Regiões Integradas de Desenvolvimento - RIDEs, desde que os recursos transferidos pela União destinem-se a ações de interesse social que visem à melhoria da qualidade de vida e contribuam para a redução de endemias e das desigualdades regionais, de gênero e étnico-raciais;

IV - beneficiarem os Municípios com registro de certificação de comunidades remanescentes de quilombos, ciganos e indígenas, assim identificados pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, mediante publicação de relação no Diário Oficial da União; ou

V - forem destinados a consórcios públicos ou à execução de ações desenvolvidas por esses consórcios.

serviços, tal compensação há de ser fundamentada pelo concedente ou contratante e ser economicamente mensurável, devendo constar do instrumento, ainda, cláusula que indique a forma de aferição do valor correspondente, em conformidade com a expressão monetária praticada no mercado ou, em caso de objetos padronizados, com parâmetros previamente estabelecidos.

I.1.3 – Projeto Básico e Termo de Referência

27. Segundo disposto no art. 37 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o *“projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos”*.

28. Também está prevista naquele dispositivo, a possibilidade de apresentação do projeto básico ou do termo de referência em momento posterior à celebração do convênio, situação em que a liquidação do empenho com a consequente liberação do recurso ficará condicionada à análise técnica conclusiva que aprove os referidos documentos, com eventual ajuste no Plano de Trabalho.

I.2 - Celebração ou Formalização dos Convênios

29. A celebração ou formalização corresponde à fase em que o proponente, ao tomar ciência da aprovação do convênio por meio do SICONV, recebe a convocação para sua assinatura.

30. Tal fase pressupõe, além do implemento das condições gerais previstas no artigo 38 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 39 do referido ato, quais sejam: *i) cadastro do convenente atualizado no SICONV – Portal de Convênios no momento da celebração, nos termos dos arts. 19 a 21 desta Portaria; ii) Plano de Trabalho aprovado; iii) licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; e iv) comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, quando o convênio tiver por objeto a execução de obras ou benfeitorias no imóvel.*

31. Ainda, importa consignar que o § 10 do art. 38 da referida Portaria Interministerial prevê como condição para a celebração de convênios, a serem cumpridas pelo conveniente, conforme previsto na Lei Complementar nº 101/00 e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, *a existência de dotação orçamentária específica no orçamento do concedente, a qual deverá ser evidenciada no instrumento, indicando-se a respectiva nota de empenho.*

32. O CAUC é um sistema informatizado que se destina a registrar informações sobre a situação de regularidade fiscal dos entes da Federação interessados em receber recursos de transferências voluntárias da União. Não é demais salientar que, consoante preconiza o art. 43 da Portaria Interministerial 507/2011, figura como cláusula necessária a obrigatoriedade de o conveniente incluir regularmente no SICONV as informações e os documentos exigidos no termo de convênio.

33. A demonstração, por parte dos Estados, DF e municípios acerca do cumprimento das exigências deve ser feita por meio da apresentação da documentação comprobatória de sua regularidade ao concedente. Alternativamente, a critério do proponente, também poderá ser utilizado o Serviço Auxiliar de Informações para transferências voluntárias (CAUC) para tal finalidade, disponibilizado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), apenas com relação aos requisitos fiscais que estiverem espelhados no referido extrato.

34. Também as entidades privadas sem fins lucrativos deverão demonstrar o cumprimento da regularidade fiscal, embora não se apliquem para elas todas as exigências previstas no art. 38 da Portaria Interministerial 507/2011, tal qual expresso em seu § 7º.

35. Assumindo necessariamente a forma escrita, e após a formalização das assinaturas de todos os participantes (inclusive intervenientes e, ainda, por duas testemunhas), deverá ser providenciada, pelo concedente ou contratante, no prazo de 20 dias a contar de sua assinatura (art. 46 da Portaria Interministerial nº 507/2011), a publicação do respectivo extrato no Diário Oficial da União (DOU), na esteira do que preconiza o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93. Trata-se de condição de eficácia, a que se condiciona a avença administrativa firmada.

I.3 – Execução

36. É na execução que o convenente deve tomar todas as providências para concretizar o objeto do convênio, dentre as quais se insere a liberação de recursos financeiros para as ações previstas nos respectivos planos de trabalho.

37. A liberação de recursos deve observar de forma estrita os procedimentos definidos nas fases de proposição e de celebração do convênio, considerando-se as características do objeto e do volume de recursos disponíveis e necessários. Ainda, deve respeitar o cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho e estar de acordo com as metas e fases ou etapas de execução do objeto.

38. No tocante às formalidades para o recebimento de recursos, devem os convenentes comprovar (i) *o cumprimento da contrapartida pactuada, em consonância com os prazos previstos no cronograma de desembolso*, bem como demonstrar (ii) *o atendimento das exigências para contratação e pagamento*, (iii) *o fato de estar em dia com a execução das ações definidas no plano de trabalho*.

39. Por derradeiro, importa salientar que a adequação dos procedimentos, a idoneidade documental e a correção formal da movimentação de recursos constituem condições imprescindíveis para a aprovação da futura prestação de contas do convenente.

II – Lançamento de dados no SICONV.

40. Consoante mencionado em diversas passagens do tópico anterior, a prestação de informações comprobatórias da regularidade fiscal e cadastral, bem como a manutenção dessas informações nos sistemas SIAFI e SICONV figuram como requisitos de implemento indispensável à celebração e continuidade válida e eficaz dos convênios.

41. Na esteira do que prevê o art. 3º da Portaria Interministerial nº 507/2011, os atos e os procedimentos relativos à *formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios e termos de parceria serão realizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV*, aberto à consulta pública, por meio do Portal dos Convênios.

42. Ratificando a importância da utilização de um sistema integrado de gestão de convênios, o Decreto nº 7.641, publicado do dia 13 de dezembro de 2011 no Diário Oficial da União, passou a prever que *as transferências de recursos federais feitas pela União para entidades privadas sem fins lucrativos devem estar obrigatoriamente cadastradas no Sistema de Convênios do Governo Federal (SICONV), abrangendo o registro dos procedimentos de liberação de recursos, acompanhamento e fiscalização, execução e prestação de contas, sendo possível conferir a ordem cronológica de apresentação da documentação obrigatória.*

43. Nesse particular, deverá o gestor de convênios do órgão concedente registrar no SICONV o resultado da análise dos dados da Proposta ofertada pelo interessado, no caso de aprovação direta da mesma ou após complementação da Proposta de Trabalho.

44. Em sendo aceita a Proposta de trabalho, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável pelos repasses de recursos financeiros realizará o pré-empenho de tais despesas, que será vinculado à proposta, só podendo ser alterado por intermédio do Portal dos Convênios – SICONV. O art. 20 da Portaria Interministerial retromencionada retrata tal procedimento.⁵

45. Ato contínuo, considerando que o § 10 do art. 38 da referida Portaria Interministerial prevê como condição para a celebração de convênios, a serem cumpridas pelo conveniente, conforme previsto na Lei Complementar nº 101/00 e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, *a existência de dotação orçamentária específica no orçamento do concedente, a qual deverá ser evidenciada no instrumento, indicando-se a respectiva nota de empenho, necessária realização de efetivo empenho, o que pode ser feito tão-somente com a aprovação do Plano de Trabalho.*

46. A implantação dessa nova sistemática de controle constitui uma ferramenta moderna de controle e gestão tanto do ponto de vista operacional quanto sistêmico, na medida em que permite a efetiva centralização e acompanhamento de todos os convênios, contratos de repasse e termos de parceria com as entidades e entes federativos. Isso, tanto no que se refere

5 Art. 20. O concedente analisará a proposta de trabalho e: I - no caso da aceitação: a) o concedente realizará o pré-empenho, que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do SICONV; b) o proponente atenderá às exigências para efetivação do cadastro e incluirá o Plano de Trabalho no SICONV; e c) informará ao proponente das exigências e pendências verificadas. II - no caso de recusa: a) o concedente registrará o indeferimento no SICONV; e b) comunicará ao proponente o indeferimento da proposta.

aos prazos de apresentação da documentação (sendo possível conferir a ordem cronológica) quanto no que tange à fase de execução.

47. Na linha preconizada pelo supramencionado Decreto, o SICONV permitirá o cadastramento de todas as entidades privadas sem fins lucrativos que se considerem aptas a receber transferências de recursos por meio de convênios, contratos de repasse e termos de parceria.

48. As entidades deverão comprovar que atuaram na área objeto da transferência nos últimos três anos, e o novo cadastro dessas entidades no sistema deverá ser aprovado pelo órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela transferência.

49. Por outro lado, constitui uma medida extremamente relevante do governo brasileiro a implantação dessa solução com o objetivo de ampliar a abertura de dados no SICONV, promovendo, com isso, o aumento da integridade das informações públicas por meio de uma plataforma aberta de interoperabilidade no primeiro semestre de 2012.

50. Nesse toar, o Sistema de Convênios está se consolidando como um instrumento usado pelo governo federal para administrar as transferências voluntárias dos recursos da União nos convênios firmados com estados, municípios, Distrito Federal e entidades privadas sem fins lucrativos. Antes da implantação do SICONV, as auditorias não eram feitas por meio digital, carecendo de um mecanismo integrado de dados informatizados que permitisse um controle mais eficiente e idôneo a evitar fraudes e irregularidades.

51. Comungando dessa orientação, o Tribunal de Contas da União - TCU, ao apreciar a necessidade de cadastramento de informações relacionadas aos convênios firmados, vem ratificando a necessidade da inserção, no SIAFI, de todos os convênio e aditivos, firmados pelas instituições, inclusive com a obrigatoriedade de atualização dos dados relacionados à execução física e financeira da avença^{6 7}. Apesar de não

6 Trecho do excerto do Tribunal de Contas: "9.6. determinar à Universidade Federal de Campina Grande que: [...] proceda ao cadastramento de todos os convênios e aditivos, firmado pela Instituição, no SIAFI, mantendo-os atualizados com dados referentes à execução física e financeira, nos termos do arts.16 e 31 da IN/STN 01/1997." (Sessão: 17/09/08 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA - Tomada e Prestação de Contas).

7 No mesmo sentido: Sessão: 17/09/08 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

referir expressamente ao novo sistema de controle e gestão de convênios, o SICONV, a jurisprudência do TCU já reconhecia a necessidade de proceder tal cadastramento, na linha da normatização que vige atualmente acerca da matéria.

52. No mesma esteira conclui importante exceto do TCU, no sentido *de determinar que se providencie a atualização, no Sistema Siafi, do valor da contrapartida a que se obriga o Ente conveniente, consoante termo aditivo assinado, bem como registre termo aditivo ao Convênio que ainda não estava devidamente formalizado no sistema.*⁸

53. Também há julgado do TCU orientando os órgãos da administração pública federal a alimentar o SIAFI com os dados dos convênios de forma mais completa e racional, de modo a evitar a inserção de informação genérica, vaga ou impertinente nos campos próprios para discriminação e detalhamento do objeto conveniado.

54. Não obstante os mencionados precedentes se refiram especificamente ao SIAFI, forçoso concluir que a mesma lógica irá se aplicar ao SICONV, na medida em que constitui a nova ferramenta de controle, gestão e consulta pública de convênios, contratos de repasse e termos de parceria com Entes e entidades.

55. E foi exatamente com a finalidade de dar efetividade a esse importante mecanismo que a Portaria Interministerial nº 507/2011 previu o cadastro atualizado no momento da celebração do convênio (inciso I do art. 39) como condição inarredável para a sua celebração.

56. Assim sendo, não resta dúvida de que a Administração Pública Federal almeja, com a implementação de um evoluído sistema integrado que denominou de “Portal dos Convênios”, inaugurar uma nova fase de gestão, transparência e controle, condicionando a celebração dos convênios e, por via de consequência, a liberação de recursos financeiros, à correta adoção dessa ferramenta, que possibilitará, em um futuro

8 Trecho do excerto do Tribunal de Contas: “9.2, *determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT) que: [...] 9.2.2. providencie, se ainda não o fez, a atualização, no Sistema Siafi, do valor da contrapartida do Governo do Estado do Acre no Convênio nº 99382909, celebrado entre o DNER e o Deracre, consoante os termos aditivos assinados, elevando-o de R\$ 400.000,00 para R\$ 955.555,55, e no Convênio nº 414570, registrado no Plano de Trabalho como R\$ 900.000,00 e no Termo do Convênio como R\$ 1.000.000,00, bem como registre o 3º Termo Aditivo ao Convênio nº 414570, de modo a cumprir o que preconiza o art. 16 da IN/STN nº 01/97 e alterações) Sessão: 06/05/09 Grupo: II Classe: V Relator: Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA - Fiscalização – Levantamento)*”.

muito próximo, reduzir as fraudes e irregularidades na transferência de recursos para a efetivação de políticas públicas governamentais.

III – Requisitos para o empenho

57. Considerando que a existência de dotação orçamentária é condição para a celebração de convênio, passaremos inicialmente a discorrer sobre a execução orçamentária e o procedimento genérico para a realização de empenho, tratando, após, especificamente sobre o empenho a ser realizado na hipótese de celebração de convênios.

III.1 - Execução orçamentária

58. Para que qualquer tipo de recursos públicos seja gasto, a primeira condição é que essa despesa tenha sido legalmente prevista e autorizada pelo Congresso Nacional.

59. A execução orçamentária efetiva-se, assim, por meio da realização de despesas públicas nele previstas (e só essas). Nessa esteira, devem ser estritamente observados os três estágios da execução das despesas previstos na Lei nº 4.320/64, quais sejam, empenho, liquidação e pagamento.

III.2 – Empenho

60. O empenho é o primeiro estágio da despesa e pode ser conceituado como sendo o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento, pendente ou não, de implemento de condição. Consta no sítio do Tesouro Nacional (http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/atribuicoes_01.asp): *“Esse primeiro estágio é efetuado no SIAFI utilizando-se o Documento Nota de Empenho - NE, através de transação específica denominada NE, que se destina a registrar o comprometimento de despesa orçamentária, obedecidos os limites estritamente legais, bem como aos casos em que se faça necessário o reforço ou a anulação desse compromisso. Não se deve confundir, entretanto, empenho da despesa com nota de empenho; esta, na verdade, é a materialização daquele, embora, no dia-a-dia haja a junção dos dois procedimentos em um único”*.

61. O empenho representa o primeiro estágio da despesa orçamentária. É registrado no momento da contratação do serviço, aquisição do material ou bem, obra e amortização da dívida.

62. Segundo o art. 58 da Lei nº 4.320/1964, é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Consiste na reserva de dotação orçamentária para um fim específico.

63. O documento contábil envolvido nessa fase é a Nota de Empenho (NE).

III.3 - Peculiaridades do empenho na celebração de convênios

64. Expedir a nota de empenho é obrigatório para estabelecer o liame do que foi ajustado entre a Administração e o contratado ou conveniente, já que, a teor do que prevê o artigo 58 da Lei nº 4.320/64, o empenho da despesa é o ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento, pendente ou não do implemento de condição.

65. Na lição de JORGE MIRANDA RIBEIRO, *por comparação didática, poder-se-ia imaginar o empenho como a conta bancária em que o correntista (emissor da nota de empenho) vai sacando paulatinamente o dinheiro para pagar aquele prestador de serviços ou compra de materiais e bens. Quando o correntista realizar o pagamento, o valor vai sendo deduzido da conta, encerrando-se com os dispêndios realizados ou a inscrição de eventual saldo em restos a pagar*⁹.

66. O Empenho poderá ser reforçado quando o valor empenhado for insuficiente para atender à despesa a ser realizada, e caso o valor do empenho exceda o montante da despesa realizada, o empenho deverá ser anulado parcialmente. Será anulado totalmente quando o objeto do contrato não tiver sido cumprido, ou ainda, no caso de ter sido emitido incorretamente.

67. Após a verificação dos dados do Plano de Trabalho ofertada pelo interessado em formalizar convênio, o usuário com o perfil de Gestor de Convênios do Concedente, repassador dos recursos financeiros, registrará no sistema SICONV o resultado da análise técnica quanto aos seus elementos, sendo que somente após essa análise e a respectiva aprovação, se for o caso, será possível realizar o empenho.

68. Em síntese, caso a Proposta de Trabalho venha a ser aceita, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal, repassador dos recursos

9 RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de Convênios da União*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010. p. 288.

financeiros, realizará o pré-empenho, que será vinculado à proposta e só poderá ser alterado por intermédio do Portal dos Convênios – SICONV. O empenho, por sua vez, será realizado após a aprovação do Plano de Trabalho, que será precedida por análise técnica.

CONCLUSÃO:

69. *DIANTE DO EXPOSTO, conclui-se:*

- a) De regra, um convênio envolve um procedimento complexo composto de quatro fases, quais sejam, *a proposição, a celebração ou formalização* propriamente dita, *a execução* e, por fim, *a prestação de contas*.
- b) Para a apresentação da *proposta de trabalho*, impõe-se ao conveniente ou contratado o credenciamento no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV (art. 16 da Portaria Interministerial nº 507/2011), mantendo suas informações atualizadas até que sejam exauridas todas as obrigações referentes ao convênio ou contrato de repasse (art. 17 do referido ato normativo).
- c) Feito tal credenciamento, ao concedente incumbe a análise da Proposta de Trabalho, que, caso aceita, autorizará a realização do pré-empenho, vinculado à proposta, só podendo ser alterado por intermédio do SICONV, nos termos do artigo 20 da Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011.
- d) O art. 3º da Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011, prevê que os atos e os procedimentos relativos à formalização, à execução, ao acompanhamento, à prestação de contas e às informações acerca da tomada de contas especial dos convênios e termos de parceria *serão realizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV, aberto à consulta pública, por meio do Portal dos Convênios*.
- e) Em sendo aceita a Proposta de Trabalho, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável pelos repasses de recursos financeiros realizará o pré-empenho de tais despesas, que será vinculado à proposta, só podendo ser alterado por intermédio

do Portal dos Convênios – SICONV. O art. 20 da Portaria Interministerial retromencionada retrata tal procedimento. O empenho, por sua vez, será realizado após a aprovação do Plano de Trabalho, que será precedida por análise técnica.

- f) Foi com a finalidade de dar efetividade a esse importante mecanismo que a Portaria Interministerial nº 507/2011 previu *o cadastro atualizado no momento da celebração do convênio (inciso I do art. 39) como condição inarredável para a sua celebração, sendo possível, inclusive, para fins de controle conferir a ordem cronológica de apresentação dos documentos no SICONV.*
- g) *O § 10º do artigo 38 da Portaria Interministerial nº 507/2011 prevê como condição para a celebração de convênio a existência de dotação orçamentária específica no orçamento do concedente, a qual deverá ser evidenciada no instrumento, indicando-se a respectiva nota de empenho.*
- h) *A expedição da nota de empenho afigura-se obrigatória para estabelecer o liame do que foi ajustado entre a Administração e o contratado ou conveniente, já que, a teor do que prevê o artigo 58 da Lei nº 4.320/64, o empenho da despesa é o ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento, pendente ou não do implemento de condição.*
- i) Em síntese, o pré-empenho deverá ser realizado pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal, que repassa o recurso financeiro, acaso a Proposta de Trabalho venha a ser aceita, sendo necessário o registro, de forma cronológica, dos demais atos realizados para a celebração, formalização e execução dos convênios por intermédio do Portal dos Convênios – SICONV. O empenho, por sua vez, será realizado após a aprovação do Plano de Trabalho, que será precedida por análise técnica.

À consideração superior.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal
Mat. SIAPE nº 1584914

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Erica Maria Araujo Saboia Leitao
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de outubro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 08 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de outubro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 14 /2012:

A aceitação da Proposta de Trabalho pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal, repassador dos recursos financeiros, é necessária para a realização do pré-empenho, sendo a aprovação do Plano de Trabalho, que será precedida por análise técnica, condição para a realização do empenho.

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

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

PARECER nº 09/2012/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.004303/2012-71

INTERESSADOS: Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal

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

EMENTA:

I – Utilização, no que couber, do disposto nos artigos 27 a 31, do artigo 116 da Lei 8.666/93 e do §1º, artigo 3º do Decreto 5.151/2004 para formalização do procedimento administrativo que vise a celebração de parceria entre uma autarquia ou fundação pública federal e uma entidade pública estrangeira. Necessidade de tradução de documentos redigidos em língua estrangeira.

II – Possibilidade de utilização da legislação estrangeira.

III - Possibilidade de foro que não o Brasil.

IV - Possibilidade de arbitragem internacional.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal:

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria 467/2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. Depois de 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 se refere às parcerias internacionais celebradas entre instituições públicas estrangeiras e autarquias ou fundações autárquicas da Administração Pública Federal.

I –DA RELEVÂNCIA DOS ACORDOS INTERNACIONAIS.

4. A globalização se apresenta como um processo irreversível e a troca de informações nunca se operou de forma tão intensa como a que temos presenciado atualmente.

5. Por força dessa disseminação, a celebração de instrumentos jurídicos entre instituições estrangeiras e entidades e órgãos da Administração Pública Federal de nosso país deixou de ser uma exceção para se transformar em rotina.

6. Para ilustrar a afirmação, uma modalidade de parceria bastante comum nas universidades federais é a criação de “cursos sanduíche”. Em outras palavras, uma parte da grade curricular de um determinado curso de pós-graduação ou extensão é realizada no Brasil e outra parte, numa universidade estrangeira.

7. Esse tipo de curso é bem aceito porque o aluno concluinte se beneficia com um diploma que é obrigatoriamente reconhecido ao menos em dois países.

8. Ocorre que a celebração dessas parcerias internacionais têm se apresentado como um verdadeiro desafio, já que possui peculiaridades sobre as quais vale a pena discorrer, no intuito de apontar algumas soluções possíveis para situações que se apresentam recorrentes.

II – SOBRE A FORMALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E ANÁLISE DAS MINUTAS PELAS PROCURADORIAS QUE ATUAM NAS ENTIDADES PÚBLICAS.

9. O primeiro passo para a celebração de qualquer instrumento jurídico é a abertura de procedimento administrativo próprio, onde normalmente seriam juntados os documentos listados nas Leis 8.666/93, artigos 27 a 31, 9.784/99 e outras normas específicas a cada caso.

10. Entretanto, por estarmos lidando com uma entidade estrangeira, onde se aplica uma legislação diversa da nossa, procuramos solicitar a juntada dos documentos que em nosso país são considerados necessários apenas para garantir o cumprimento das obrigações nele previstas, quais sejam:

- justificativa de interesse da instituição brasileira;
- aprovações das instâncias internas da entidade brasileira;
- previsão orçamentária para as eventuais despesas;
- detalhamento de todas as ações, servidores envolvidos, valores a serem repassados, despesas, etapas, prazos de execução, vigência, forma de prestação de contas e disposições acerca de sua suspensão e extinção;
- documentos de constituição e funcionamento da entidade estrangeira;
- comprovante de competência do representante legal da entidade estrangeira para celebrar instrumentos jurídicos e assumir obrigações;
- minuta de termo de acordo, termo de parceria ou contrato, devidamente traduzida.

11. A listagem acima traz exigências tidas como mínimas e que deveriam ser observadas antes da celebração de qualquer instrumento, já que se referem aos requisitos de existência e validade do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto). Observamos ainda

que o §1º, artigo 3º do Decreto 5.151/2004, contém exigências similares àquelas supramencionadas.

12. Ademais, ao analisar a minuta, em atenção ao parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, recomendamos que as Procuradorias exijam ao menos a presença das cláusulas previstas no §1º do artigo 116 do mesmo diploma legal, naquilo que couber, *verbis*:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

13. Nos termos dos artigos 32, §4º, e do artigo 116 da Lei 8.666/93, as entidades estrangeiras deverão apresentar as documentações cabíveis, autenticadas nos respectivos consulados e traduzidas por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

14. Contudo, quando nos referimos a acordos ou parcerias com entidades públicas estrangeiras, estaremos diante de uma situação diferente de um procedimento licitatório. O interesse do lado brasileiro é igual ou até mesmo maior que o interesse do outro parceiro e a entidade estrangeira provavelmente não terá um representante legal no Brasil. Diante disso, não poderemos obrigar nosso parceiro a atender aos rigores da norma brasileira, o que seria interpretado como um ato de desrespeito à soberania de outro país.

15. De fato, é de se observar que, na oportunidade da realização de licitações, o Administrador não deverá aceitar documentos que não estejam devidamente autenticados nos consulados brasileiros situados no exterior e traduzidos por tradutor juramentado, conforme determinação do artigo 32 da Lei 8.666/93. Neste caso específico, o interesse maior é do licitante que, não atendendo às condições da lei brasileira, não logrará êxito na licitação.

16. Em se tratando de parcerias internacionais, a Administração Pública tende a providenciar a tradução da maneira que considera mais adequada aos seus interesses, podendo optar pela contratação de tradutor juramentado.

17. Por outro lado, sob a alegação de uma imprescindível celeridade e da necessidade de conhecimento de termos técnicos para a tradução dos documentos, a Administração Pública tem o costume de lançar mão das habilidades linguísticas de seus próprios servidores, utilizando-se para tal da fé pública atribuída às declarações e certidões exaradas em função do cargo, o que encontra proteção no artigo 19, inciso II da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - recusar fé aos documentos públicos”.

18. Como consequência, a existência de uma tradução cujos termos foram certificados por um servidor público devidamente identificado, tem validade e goza de fé pública, por atender aos artigos 224 do Código Civil (Lei 10.406/2002), 148 da Lei 6.015/73 e 22, §1º da Lei 9.784/99,

já que estes exigem apenas a utilização da língua portuguesa para que o ato produza efeitos legais, sem mencionar a obrigatoriedade da tradução juramentada, *verbis*:

“Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.”.

“Art. 148. Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira”

“Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir

§ 1o Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”.

19. Entretanto, é importante garantir que este servidor junte aos autos comprovações de que é conhecedor do idioma que se propõe a traduzir, como por exemplo, um certificado de proficiência na língua em questão. Este cuidado é fundamental para evitar a ocorrência de prejuízos em função de uma má interpretação do acordo.

20. Por certo que a questão do desvio de função também deverá ser levada em conta, mas ressalte-se que a emissão de declarações ou certidões é encargo de qualquer servidor público, especialmente, se a este foi atribuída uma função diferenciada dentro daquele projeto específico, como gestor ou coordenador, o que poderá afastar o desvio de função, conforme cada caso.

21. Poder-se-ia estabelecer desde logo que o grupo de servidores que atuará em cada projeto deverá contar com pelo menos um servidor que demonstre aptidão na língua estrangeira necessária para as negociações.

22. Outra sugestão seria a previsão de cargos cuja ocupação dependa da comprovação de proficiência em língua estrangeira, no intuito de assessorar a celebração de instrumentos referentes às parcerias internacionais.

23. Vale observar que, embora a nossa língua oficial seja a portuguesa, a maioria dos países eleger a língua inglesa como uma espécie de “ponte” entre os negociadores. Isso implica dizer que muitos acordos chegam às nossas autoridades em duas versões assinadas, uma redigida na língua nacional da entidade parceria e outra na língua inglesa.

24. A autoridade brasileira poderá fazer o mesmo, traduzindo a versão do idioma inglês para o português, com a previsão em cláusula do acordo a ser celebrado de que, na ocorrência de divergência de termos utilizados nos instrumentos jurídicos, valerá a cláusula redigida em inglês para a solução de conflitos, já que esta foi a versão traduzida pela autoridade brasileira e não a versão no idioma da entidade parceira.

25. Reafirmamos que o instrumento que produzirá efeitos no Brasil é a versão em português, mas nada impede que as versões em inglês e em outro idioma constituam anexos da parceria celebrada.

26. Após a celebração do acordo, contrato ou parceria, deverá ser providenciada a publicação de extrato no Diário Oficial da União, como ocorre com qualquer ato da Administração Pública.

27. Ressaltamos que as situações aqui apontadas quanto à instrução do feito e à tradução dos documentos por si só não serão capazes de invalidar o instrumento celebrado se estiverem presentes os requisitos básicos dos atos administrativos (competência, finalidade, forma, motivo, objeto), o que deverá ser ponderado e devidamente justificado em cada caso concreto.

28. Felizmente, as parcerias internacionais têm sido tratadas com grande seriedade e, ainda que a troca de documentos entre os parceiros seja precária, é de se afirmar que raramente são observados descumprimentos de cláusulas, pois cada entidade está preocupada em zelar pelo nome de seu País, já que o desatendimento às obrigações pactuadas poderá acarretar algo considerado mais prejudicial que qualquer punição acordada, qual seja, o descrédito em âmbito internacional.

III - SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

29. Com relação à legislação aplicável às parcerias internacionais, aduzimos que existem situações em que não é possível acatar a lei estrangeira em detrimento da brasileira. Os artigos 8º e 12 do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro) dispõem que quando as obrigações se referirem a bens imóveis localizados no Brasil e bens móveis pertencentes a proprietário brasileiro, a norma aplicável será também a brasileira.

30. Se for o caso de obrigação constituída no Brasil, de acordo com o artigo 9º do mesmo Decreto-Lei 4.657/42, igualmente será aplicada a legislação pátria.

31. Isso não significa dizer que a lei estrangeira sempre restará afastada, mas há necessidade de averiguar se a lei estrangeira é compatível com as normas brasileiras pois, o que importa é que o objeto pactuado e as obrigações dele decorrentes possam ser considerados legais no Brasil, na forma do artigo 17 do supramencionado diploma legal, *verbis*:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, *não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.* (grifamos).

32. Espera-se que a hipótese de ofensa ao artigo transcrito jamais se verifique, já que a submissão de minutas de acordos celebrados pelas entidades da Administração Pública Federal às respectivas Procuradorias tem por intenção impedir a concretização de instrumentos tidos como ilegais.

33. Daí, conclui-se que às obrigações previstas em acordos ou parcerias internacionais poderão ser aplicadas as legislações dos dois países, desde que estas sejam compatíveis entre si, o que é reforçado pelo mesmo Decreto-Lei 4.657/42.

34. Importa ressaltar que, na prática, não é costume citar dispositivos de lei nos instrumentos celebrados com entidades estrangeiras, especialmente quando houver convenção ou tratado internacional.

35. Havendo convenção ou tratado, deverá ainda ser verificado se os mesmos foram apreciados pelo Congresso Nacional, na forma do artigo 49, inciso I da Constituição Federal, o que lhe atribui eficácia de lei.

IV - POSSIBILIDADE DE FORO QUE NÃO O BRASIL.

36. No que tange à cláusula do foro para dirimir contendas judiciais decorrentes do acordo, é de se afirmar que existem situações que deverão

ser julgadas pela autoridade brasileira e, ainda que tenha sido eleito o foro de outro país, essa decisão não será válida no Brasil.

37. Tais situações estão expressamente mencionadas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

38. Nas causas em que a autoridade judiciária brasileira for competente, a Procuradoria-Geral Federal e a Advocacia-Geral da União poderão agir no sentido de propor as correspondentes ações judiciais nos Tribunais de pátrios.

39. Mas isso não impede que as entidades parceiras também busquem abrigo nos Poderes Judiciários de seus próprios países.

40. Por esse motivo, nossa recomendação é no sentido de que as partes terão liberdade para escolher o foro para resolução de conflitos,

desde que observados os artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil Brasileiro, excetuando-se os casos em que houver tratado internacional que verse sobre matéria e que tenha sido internalizado pelo Congresso Nacional.

V – SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL.

41. Questiona-se, ainda, sobre a possibilidade da legalidade de cláusula que preveja a solução de conflitos por meio de arbitragem internacional, vez que esta tem se mostrado bastante útil nas demandas entre particulares e até mesmo para sociedades de economia mista e empresas públicas, como é o caso da decisão proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o MS 11308-DF – 2006 que, aliás, traz esclarecedores argumentos sobre o tema, *verbis*:

Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público . Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.”(grifou-se) (In artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista”, de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.

42. Contudo, a utilização da arbitragem internacional ainda não restou expressamente autorizada para os demais contratos administrativos. O Tribunal de Contas se manifestou favorável à arbitragem internacional apenas para nas concessões de serviços, desde que previsto no contrato e que não exista ofensa aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público (Decisão 188/95-P).

43. Para os demais acordos e contratos administrativos, não há ainda posicionamento favorável à arbitragem internacional apenas pela falta de autorização legal e jurisprudencial.

44. Entretanto, parece-nos que os supracitados argumentos do Superior Tribunal de Justiça são bastante esclarecedores ao incentivar a utilização da arbitragem internacional, razão pela qual, *somos favoráveis à utilização do juízo arbitral, desde que se trate de direitos disponíveis ou esteja prevista a sua possibilidade em legislação específica, incluindo tratado internacional devidamente internalizado.*

45. Uma outra alternativa que vem se despontando na defesa dos interesses nacionais é a contratação de escritórios de advocacia em países estrangeiros, mas será necessária a autorização expressa do Advogado-Geral da União, nos termos do Decreto 7.598/2011, *verbis*:

Art. 1º Fica delegada ao Advogado-Geral da União competência para autorizar a contratação de advogados e especialistas visando à defesa judicial e extrajudicial de interesse da União, no exterior, nos termos do *art. 4º da Lei no 8.897, de 27 de junho de 1994*, e para os fins estabelecidos na referida lei.

46. Ressalte-se que esse tipo de contratação poderá se dar não só para defesa judicial, mas ainda na defesa extrajudicial dos interesses da União, o que auxiliará na solução mais célere de conflitos.

VI – RECOMENDAÇÕES FINAIS:

47. Diante do que foi exposto, recomendamos que ao analisar a instrução de um processo que vise a celebração de uma parceria com

entidade internacional ou ao analisar uma minuta, o Procurador leve em consideração as recomendações constantes deste parecer.

À consideração superior.

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

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

Erica Maria Araujo Saboia Leitao
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de outubro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 09 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de outubro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 15 /2012:

I - Na instrução do feito e análise de minutas para celebração de acordos ou parcerias entre autarquias ou fundações autárquicas federais com entidades públicas internacionais, deverá ser observada, no que couber, a instrução prevista nos artigos 27 a 32, no artigo 116 da Lei 8.666/93 e no artigo 3º, §1º do Decreto 5.151/04.

II – A celebração de acordos ou parcerias entre autarquias ou fundações autárquicas federais com entidades públicas internacionais sem instrução dos autos com os documentos previstos no item anterior deverá ser ponderada e devidamente justificada em cada caso concreto, recomendando-se que sejam trazidas comprovações ao menos dos requisitos de validade do ato administrativo, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

III - A tradução de documentos e instrumentos jurídicos a serem celebrados com entidades públicas estrangeiras poderá ser feita por tradutor juramentado ou por servidor público que comprove sua proficiência no idioma estrangeiro e a compatibilidade com as atribuições, por força do artigo 19, inciso II, da Constituição Federal.

IV - É possível a utilização ou menção de legislação estrangeira em parcerias internacionais, desde que esta não ofenda a soberania nacional, a ordem pública ou bons costumes, na forma do artigo 17 do Decreto-Lei 4.657/42.

V - Na hipótese de celebração de acordos ou parcerias internacionais que decorram de tratados internacionais internalizados pelo Congresso Nacional devem as cláusulas desses ser observadas, tendo em vista possuírem eficácia de lei.

VI - A eleição de foro que não seja o brasileiro para dirimir questões referentes às parcerias ou acordos entre autarquias ou fundações autárquicas federais com entidades públicas internacionais é juridicamente viável, desde que não verse sobre matéria cujo foro é de competência absoluta da autoridade judiciária brasileira, na forma dos artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil.

VII - A utilização do instituto da arbitragem internacional nos acordos ou parcerias entre autarquias ou fundações autárquicas federais com entidades públicas internacionais é viável, desde que se trate de direitos disponíveis ou que esteja prevista a sua possibilidade em legislação específica, incluindo tratado internacional devidamente internalizado.



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

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Parecer nº 10/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.004303/2012-71

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

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

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVÊNIOS. COMPETÊNCIA PARA CELEBRAÇÃO. INTERVENIÊNCIA. CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. LEI Nº 8.666/93. DECRETO-LEI Nº 200/1967. DECRETO Nº 6.170/2007. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 507/2011.

I. Convênio. Competência para celebração. Capacidade para ser conveniente ou interveniente. Pessoa política (ente federativo) ou uma das suas pessoas administrativas (autarquias, fundações e entidades estatais dependentes). Possibilidade de delegação de competência para secretário estadual/municipal assinar o ajuste.

II. Art. 6º, § 1º, da Portaria Interministerial nº 507/2011. Desnecessidade da interveniência do ente federativo quando o convênio for celebrado por entidade da Administração Pública Federal com personalidade jurídica própria.

III. Cumprimento das condições de habilitação. Necessidade de consulta dos CNPJ's do ente federativo que figura como parte no convênio e do órgão que, eventualmente, o assina por delegação de competência. Convênio celebrado por Estado com Município interveniente. Necessidade de consulta de ambos os CNPJ's. Convênio celebrado por entidade da Administração Indireta. Necessidade de consulta do seu CNPJ apenas.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria 467/2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. Depois de 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. No parecer ora em apreço, cuidar-se-á do tema 03, de acordo com o Memorando Circular-Eletrônico nº 25/2012-DEPCONSU/PGF/AGU, que diz respeito à celebração de convênios entre entes federativos ou entre estes e entidades com personalidade jurídica própria, em especial aos seguintes pontos: a) competência para celebração de convênios; b) necessidade de interveniência; c) requisitos de habilitação.

I) NECESSIDADE DE PRECISÃO TERMINOLÓGICA

4. Para uma melhor compreensão do tema sob análise, faz-se necessário buscar a precisão terminológica dos termos utilizados. Humberto Ávila, tratando da diferença entre princípios e regras, preconiza a importância de se valorizar uma precisa linguagem técnica ao lidarmos com o Direito:

É verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade. Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. [...]. É justamente por isso que cresce em importância a distinção entre as categorias que o aplicador do Direito utiliza.

O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito.¹

5. Essa preocupação também deve ser aplicada no âmbito do direito administrativo. Relativamente às regras jurídicas afetas à organização administrativa, tópico relacionado ao tema do presente parecer, Paulo Modesto adverte que

No Brasil, [...] lamentavelmente, a disciplina sobre a organização administrativa permanece o capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional. As disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do Estado Brasileiro, em particular sobre a organização das entidades da administração indireta, caracterizam-se ainda pelo casuísmo e pela imprecisão conceitual. [...] O casuísmo certamente gera imprecisão, mas também é retroalimentado por *vacilações conceituais e terminológicas da própria legislação* [...]. O casuísmo na disciplina da organização administrativa, ao contrário de ser algo positivo, terminou por *produzir grave confusão no próprio legislador, no administrador, na jurisprudência dos Tribunais e entre juristas*, gerando incerteza e ineficiência no que se refere ao *modus operandi específico* de cada tipo de entidade, o *regime jurídico predominante* e a *sua forma de relacionamento com os órgãos de controle interno e externo*.²

6. Baseado nessa preocupação, inicia-se o exame do tema destacando o papel dos convênios no aprofundamento do federalismo de cooperação que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu. No seu art. 23, parágrafo único, foi previsto, quanto à competência comum dos entes federativos, que “leis complementares fixarão normas para a *cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Por sua vez, o art. 241, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabelece que “a *União, os Estados,*

1 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16 e 17.

2 MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, jul./ago./set. 2011.

o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

7. Nota-se, portanto, que os convênios, dependendo do caso, podem ser firmados entre pessoas políticas distintas ou entre estas e pessoas administrativas (detentoras de personalidade jurídica própria) pertencentes a uma determinada pessoa política. Neste ponto, é importante precisar o conceito de “pessoa” e de “personalidade jurídica”. Do ponto de vista estritamente teórico-dogmático, esta tarefa já foi realizada há muito tempo por Hans Kelsen:

Ser *pessoa* ou ter *personalidade jurídica* é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. A pessoa, como suporte de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora – da mesma forma que uma árvore da qual dizemos, numa linguagem substantivista, expressão de um pensamento substancializador, que tem um tronco, braços, ramos, folhas e flores não é uma substância diferente deste tronco, destes braços, ramos, folhas e flores mas apenas o todo, a unidade destes elementos. A pessoa física ou jurídica que tem – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade.³

8. Assim, pode-se afirmar que o Estado é titular de direitos e de deveres. Logo, “o Estado é um centro unificador de direitos e deveres. Peranto o Direito, *é uma pessoa jurídica*”.⁴ Mas, se o Estado detém personalidade jurídica, qual o fundamento para tanto? Primeiramente, sabemos que essa atribuição é conferida pela constituição. No caso brasileiro, o art. 18 da CRFB/1988 afirma que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos”. Quanto às pessoas administrativas, o art. 37, XIX, dispõe que “somente

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 242-243.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação”.

9. Sobre o tema, também dispõe a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil):

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São *pessoas jurídicas de direito público interno*:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

10. Por seu turno, o Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, assevera que

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A *Administração Direta*, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A *Administração Indireta*, que compreende as seguintes categorias de entidades, *dotadas de personalidade jurídica própria*:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas

11. A partir desse quadro normativo, podem-se delinear as balizas do assunto dentro do direito administrativo. No sentido subjetivo, o termo *Administração Pública* indica “o sujeito personificado ou não personificado, integrante da estrutura estatal, exercente da função administrativa”.⁵ Contudo, vale a advertência de Marçal Justen Filho:

A Administração Pública não é sujeito de direito. A expressão não indica um ente específico, dotado de autonomia ou de um patrimônio próprio, investido da capacidade de ser parte em uma relação jurídica ou, mesmo, exercitar direitos ou adimplir deveres. [...] A existência de um sujeito de direito produz efeitos de diferenciação e de autonomia. Cada sujeito de direito diferencia-se dos demais e é juridicamente autônomo, inclusive para o fim de participação em relações jurídicas.⁶

12. Aqui, ganha importância a distinção entre órgão e sujeito de direito, já que é necessário que o Direito construa um modo de formação e manifestação da vontade das pessoas jurídicas, dos sujeitos de direitos. Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello,

Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais, de resto - diga-se de passagem -, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos. Em síntese, juridicamente falando, *não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações.* Na intimidade do Estado, os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências (inclusas no campo de atribuições dos respectivos órgãos). *Nos vínculos entre Estado e outras pessoas, os que se relacionam são, de um lado, o próprio Estado (atuando por via dos agentes integrados nestas unidades de plexos de competência denominados órgãos) e, de outro, a pessoa que é a contraparte no liame jurídico travado.*⁷

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 92.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 140-141. Cf., no mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

13. Como consequência, não se pode falar, pelo menos do ponto de vista técnico-jurídico, de convênios celebrados entre órgãos ou entre estes e pessoas políticas ou administrativas. Ao comentar o art. 1º da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) – aplicável, no que couber, aos convênios (art. 116) –, Marçal Justen Filho esclarece que

A referência legal a “órgão” contratante deve ser interpretada em termos. Em princípio, o órgão é um mero instrumento de formação e exteriorização da vontade da Administração Pública. Rigorosamente, um órgão não é pessoa jurídica e, portanto, não é dotado dos requisitos para ser parte num contrato.⁸

14. Essa concepção teórica e doutrinária dos órgãos públicos foi acatada entre nós pelo Decreto-Lei nº 200/1967. Mais recentemente, e com melhor técnica legislativa, a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 1º, § 2º, inciso I, acolheu definitiva e completamente a teoria do órgão ao conceituá-lo como “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.⁹

13º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14º ed. São Paulo: Atlas, 2002; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Apenas em alguns casos bem específicos é que o órgão público pode exercer um papel mais autônomo numa determinada relação jurídica, como no exercício de capacidade judiciária e no caso do art. 37, § 8º, da Constituição (contratos de gestão). Sobre esse último caso, Paulo Modesto, no que toca ao anteprojeto da nova lei de organização administrativa, afirma: “A Administração Direta é organizada com base na hierarquia e na desconcentração, sendo composta por órgãos, sem personalidade jurídica, os quais podem dispor de autonomia, nos termos da constituição e da lei. Os órgãos da administração direta não possuem personalidade jurídica, mas poderão dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei. Afasta-se, desse modo, o preconceito ainda presente contra o reconhecimento de graus de autonomia administrativa a órgãos, consideradas situações especiais em que este reconhecimento se impõe. Essa orientação permitirá o aprofundamento da temática das relações inter orgânicas, a aplicação adequada do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal e o tratamento coerente de unidades orgânicas peculiares, a exemplo dos conselhos consultivos, órgãos constitucionais autônomos e órgãos deliberativos com participação social” (MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011).

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 48.

9 Com base no conceito, esclarece José dos Santos Carvalho Filho: “se um Ministério, como órgão da Administração federal, exterioriza uma vontade, a imputação desta será atribuída à União Federal, que é a pessoa jurídica a que pertence o Ministério. Havendo relação processual decorrente dessa manifestação volitiva, parte será a União, e não o Ministério. Se a viatura da Secretaria de Educação do Estado causa danos a alguém, os efeitos jurídicos da conduta não serão imputados à Secretaria, que é um órgão, mas sim o Estado, este sim, a pessoa a que pertence o órgão” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Personalidade*

II) CONVÊNIOS: LEGISLAÇÃO BÁSICA

15. Esclarecidos os termos a serem utilizados quanto à organização e à personalidade jurídica no direito administrativo e constitucional, passa-se a indicar, brevemente, qual a legislação básica e como ele tratou da competência para celebração de convênios, necessidade de interveniência e condições de habilitação.

16. Afora a base constitucional já indicada, pode-se encontrar o fundamento normativo para a celebração de convênios por pessoas políticas e administrativas nas seguintes leis e decretos: Lei Complementar nº 101/2000, Decreto-Lei nº 200/1967, Lei nº 8.666/1993, Lei de Diretrizes Orçamentárias anual, Decreto nº 6.170/2007 e Portaria Interministerial nº 507/2011.

II.A) Convênios: competência para a celebração

17. O Decreto-Lei nº 200/1967 determina, no seu art. 10, § 1º, *b*, que a descentralização será posta em prática em três planos principais, entre eles “da *Administração Federal para a das unidades federadas*, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio”. A Lei Complementar nº 101/2000, ao regulamentar as transferências voluntárias, geralmente repassadas através de convênios, estabeleceu o seguinte:

Art. 1º. [...]]

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à *União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) *as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;*

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

I - *ente da Federação*: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município;

[...]

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro *ente da Federação*, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

18. Por sua vez, a Lei n 8.666/1993, não tendo o cuidado com a precisão terminológica do DL 200/1967 e da LRF, fala, no seu art. 116, que a celebração de convênios poderá ser feita “por *órgãos e entidades da Administração*”. O Decreto nº 6.170/2007 acabou reproduzindo a mesma redação:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os *convênios*, contratos de repasse e termos de cooperação *celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos*, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - *convênio* - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento 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, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando 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;

[...]

IV - concedente - *órgão da administração pública federal direta ou indireta*, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;

[...]

VI - conveniente - *órgão ou entidade da administração pública direta e indireta*, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;

19. A PI nº 507/2011 regulamentou de igual forma:

Art. 1º Esta Portaria regula os *convênios*, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos *órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos* para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

[...]

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:

I - concedente: *órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta*, responsável pela transferência dos recursos financeiros e pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;

II - conveniente: *órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade*

privada sem fins lucrativos, com a qual a administração pública federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco; também entendido como contratado no âmbito do Contrato de Repasse.

20. Para o intérprete do Direito, o descuido com os termos traz algumas complicações e dificuldades. Poderá determinado órgão estadual, como uma Secretaria de Estado, celebrar, em nome próprio, convênio com determinada autarquia federal? Do ponto de vista técnico-jurídico, não. O Tribunal de Contas da União, embora não tratando diretamente do tema, deixou claro que os órgãos da administração pública não dispõem de personalidade jurídica própria para celebrar contratos:

Acórdão 1266/2004 – Segunda Câmara - TCU

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos na 2ª Câmara, em Sessão de 15/07/2004, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso I, alínea a; 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU, aprovado pela Resolução n. 155/2002, em julgar as contas a seguir indicadas regulares com ressalva e dar quitação aos responsáveis, e mandar fazer a seguinte determinação, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

[...]

1.1 à Imprensa Nacional que, estude e avalie, se ainda não o fez, a adoção de outros instrumentos de ajustes, que não o contrato, legalmente compatíveis para a prestação de serviços a outros órgãos da administração direta federal, *tendo em vista que esses não dispõem de personalidade jurídica própria, sendo todos representados pela União.*

21. O órgão público não tem personalidade jurídica, mas apenas *presenta*¹⁰ a entidade da qual faz parte. Apenas a pessoa política (ente federativo) ou uma das suas pessoas administrativas (autarquias e fundações) é que pode figurar como parte na relação jurídica travada através de convênios. O que pode acontecer é que a pessoa política ou a pessoa administrativa seja *presentada*, mediante delegação de competência, por determinado órgão público. Assim, nada impede que um convênio seja celebrado entre uma

10 Na terminologia já consagrada de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed.. Tomo I. Atualizado por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 288.

autarquia federal e um determinado ente federativo, *presentado* por uma das suas secretarias mediante delegação de competência realizada pelo governador/prefeito, que é, por excelência, o chefe do governo, nos termos do art. 28 e 29, I, da Constituição de 1988.

II.B) Convênios: Necessidade de interveniência

22. Relativamente à figura do interveniente, a PI nº 507/2011 o conceitua como “*órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta* de qualquer esfera de governo, ou entidade privada que participa do convênio para *manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio*” (art. 1º, § 2º, XVII). Em princípio, apenas pessoas políticas ou administrativas, que possuem personalidade jurídica, é que podem “assumir obrigações em nome próprio”.

23. Em outro momento, no art. 6º, § 1º, determinou-se o seguinte:

Na hipótese de o convênio vir a ser firmado por *entidade dependente ou órgão de Estado*, do Distrito Federal ou de Município, o Chefe do Poder Executivo desse ente deverá participar no instrumento a ser celebrado como *interveniente, caso não haja delegação de competência*.

24. O referido dispositivo tentar refletir uma praxe administrativa consistente na celebração de convênios, pela Administração Pública Federal, com órgãos dos demais entes federados. O objetivo foi, ao menos no tocante à celebração de convênio com órgão de Estado, do Distrito Federal ou de Município, que fosse manifestada a concordância do respectivo Chefe do Poder Executivo, mediante interveniência ou delegação de competência.

25. A par do dispositivo acima transcrito, importa orientar os órgãos de execução da PGF para que recomendem aos gestores das autarquias e fundações públicas federais que, nos convênios a serem celebrados, incluam como conveniente, no respectivo instrumento, ou o próprio ente federativo, que poderá ser apresentado por um órgão de sua estrutura (desde que haja delegação de competência), ou a entidade da Administração Pública indireta, se for o caso.

26. Em aditamento à recomendação supra, também importa destacar a relevância de que o instituto da interveniência seja utilizado na situação

em que, de fato, for necessário para a manifestação de consentimento ou a assunção de obrigações em nome próprio, nos termos do art. 1º, § 2º, XVII, da PI nº 507/2011, e não para a regularização da situação de conveniente não dotado de personalidade jurídica.

II.C) Convênios: condições de habilitação

27. Quanto às condições de habilitação, o tema se torna um pouco mais complexo. Isso por dois motivos: primeiro, pode haver a interveniência de algum ente/entidade; segundo, pode haver delegação de competência para determinada secretaria estadual/municipal para assinar o convênio *em nome* do ente federativo. Nesses casos, é necessário o cumprimento do art. 38:

Art. 38. São *condições para a celebração de convênios*, a serem cumpridas pelo conveniente, conforme previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas demais normas aplicáveis:

[...]

§ 4º A *verificação* do atendimento das exigências contidas neste artigo, *dar-se-á pela consulta*:

a) ao número de inscrição constante do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), mantido pelo Ministério da Fazenda (MF), do *Ente Federativo (interveniente) e do órgão da Administração direta (conveniente), para convênios com a Administração direta*; ou b) exclusivamente, ao número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da *entidade da Administração indireta* beneficiária da transferência voluntária.

28. Não obstante, o art. 38, § 4º, *a*, da PI nº 507/2011 fale em “órgão como conveniente” e “ente federativo como interveniente”, para fins de cumprimento das condições de habilitação, recomenda-se que sejam consultados os CNPJ’s do ente federativo que figura como parte no convênio e do órgão que, eventualmente, o *apresenta*.¹¹ Analogicamente,

11 Embora os órgãos públicos não sejam dotados de personalidade jurídica, para fins tributários, é exigida a sua inscrição no CNPJ, de acordo com a Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 08 de fevereiro de 2010: “Art. 11. São também obrigados a se inscrever no CNPJ: I - órgãos públicos dos Poderes Executivo,

pode-se aplicar tal entendimento ao caso de convênio celebrado por Estado que possui determinado Município como interveniente; o CNPJ de ambos serão consultados. Já no caso de convênio celebrado por entidade da Administração Indireta, somente o CNPJ desta será verificado, conforme parte final da alínea *a* do parágrafo quarto do art. 38.¹²

29. Relativamente ao assunto, o Consultor-Geral da União manifestou seu entendimento através do Parecer AGU/CGU/AG/12/2011, devidamente aprovado pelo Advogado-Geral da União, no seguinte sentido:

14. Deve-se entender o significado de *ente*, de modo que se fixe o conceito mais adequado de *beneficiário*. *Ente* é a pessoa jurídica de direito público que, no contexto federativo atual, indica a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios. Um *ente* detém e controla vários órgãos ou entidades menores. Na hipótese presente, deve o agente que repassa os valores exigir a regularidade de dois CNPJs: do *Ente* (Estado ou Município) e da *entidade beneficiária interessada*. *Se o Ente possui várias outras entidades que não se envolvem na operação, não*

Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios, *desde que se constituam em unidades gestoras de orçamento*".

12 O STF já possui precedente que ilustre este entendimento: E M E N T A: CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) - SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL - (INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2005) - INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DE ENTIDADES ESTADUAIS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, POR EFEITO DE INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL EM QUE TERIAM ELAS INCIDIDO - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO, POR SEUS ENTES MENORES, DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA, EM DECORRÊNCIA DA MERA VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA, A ELE, ENQUANTO ENTE POLÍTICO MAIOR, DAS EMPRESAS ESTATAIS INADIMPLENTES - [...] MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) E ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. - O postulado da intrascendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, *as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros ou o Distrito Federal*, projetando, sobre estes, conseqüências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional - por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada - só a estes pode afetar. - Os Estados-membros e o Distrito Federal, em conseqüência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas, a eles, as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.) (AC 1033 AgR-QO / DF - DISTRITO FEDERAL).

há como exigir o CNPJ de todas elas, por força, entre outros, do princípio da intranscendência das sanções.

15. Assim, Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, opina-se por linha exegética que *entenda o substantivo beneficiário de modo restritivo, alcançando-se apenas o imediato e direto interessado na transferência voluntária (entidade) bem como o CNPJ do ente Federado ou Municipal – Ente* – pelo que, ao que parece, juridicamente plausível a iniciativa de alteração do entendimento da Portaria Interministerial nº 127.

30. Em resumo, para fins de cumprimento das condições de habilitação, deverão ser consultados os CNPJ's do ente federativo que figura como partícipe no convênio e do órgão que, eventualmente, o assina por delegação de competência. Aplica-se o entendimento referido também no caso do convênio ser assinado somente pelo chefe do Poder Executivo. Neste caso o CNPJ consultado será o do ente federativo e o da secretaria beneficiária dos recursos financeiros.

III) CONCLUSÃO

31. Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, bem como o entendimento firmado pela doutrina e nas orientações da Advocacia-Geral da União, conclui-se o seguinte:

- a) 'É recomendável que apenas a pessoa política (ente federativo) ou uma das suas pessoas administrativas (autarquias, fundações e entidades estatais dependentes) figure como parte em convênios, seja como convenente, seja como interveniente. Nada impede, contudo, nos casos de convênio celebrado por ente federativo, que seja delegada competência ao secretário estadual ou municipal para assinar o ajuste;
- b) 'Para fins de cumprimento das condições de habilitação, deverão ser consultados os CNPJ's do ente federativo que figura como parte no convênio e do órgão que, eventualmente, o assina por delegação de competência. Aplica-se tal entendimento quando o convênio é assinado apenas pelo chefe do Poder Executivo, ocasião em que será consultado, igualmente, o CNPJ da

secretaria beneficiária dos recursos financeiros. No caso de convênio celebrado por entidade da Administração Indireta, somente o CNPJ desta será verificado.

À sua consideração.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Érica Maria Sabóia Leitão
Procuradora Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Isabella Silva Oliveira Cavalcanti
Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 31 de outubro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 10 /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 31 de outubro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 16 /2012:

I- É recomendável que apenas a pessoa política (ente federativo) ou uma das suas pessoas administrativas (autarquias, fundações e entidades estatais dependentes) figure como parte em convênios, seja como conveniente, seja como interveniente. Nada impede, contudo, nos casos de convênio celebrado por ente federativo, que seja delegada competência ao secretário estadual ou municipal para assinar o ajuste;

II - Para fins de cumprimento das condições de habilitação, deverão ser consultados os CNPJ's do ente federativo que figura como parte no convênio e do órgão que, eventualmente, o assina por delegação de competência. Aplica-se tal entendimento quando o convênio é assinado apenas pelo chefe do Poder Executivo, ocasião em que será consultado, igualmente, o CNPJ da secretaria beneficiária dos recursos financeiros. No caso de convênio celebrado por entidade da Administração Indireta, somente o CNPJ desta será verificado.

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

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

PARECER N° 11/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N° 00407.004303/2012-71

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

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

EMENTA:

RATEIO DE DESPESAS ENTRE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS NO CASO DE LOCAÇÃO CONJUNTA. CESSÃO DE USO DE BENS COM INDENIZAÇÃO DE DESPESAS COMUNS COMO REGRA GERAL, SALVO EXIGÊNCIA LEGAL DE APOIO FINANCEIRO DO CEDENTE AO CESSIONÁRIO, E, NO PLANO ADMINISTRATIVO, DESDE QUE INEQUIVOCAMENTE DEMONSTRADA A VANTAGEM DA NÃO-REALIZAÇÃO DO RATEIO DAS DESPESAS COMUNS COM O CESSIONÁRIO.

I – Legislação aplicável: Lei n° 8.245, de 18 de outubro de 1991, Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, Decreto-Lei n° 9.760, de 05 de setembro de 1946. Entendimentos doutrinário e jurisprudencial.

II - O uso de bem cuja propriedade ou posse seja de ente público pode ser cedido a outro ente público, ou, ainda, à entidade privada sem fins lucrativos, sendo, de regra, indenizáveis as despesas a que o ente cessionário tenha benefício do uso do referido bem cedido, salvo exigência legal de apoio financeiro do cedente ao cessionário, ou, no plano administrativo, desde que inequivocamente demonstrado pelo cedente a vantajosidade da não-realização do rateio dessas despesas com o cessionário.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

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

- 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 definições acerca de locação conjunta envolvendo entidades públicas federais.
4. É o relatório.

5. DA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO:

5.1. Questão que suscita discussões é se todos os contratos que a Administração Pública celebra são do tipo contratos administrativos. Tal ponto ganha importância na medida em que, em sendo da natureza administrativa, os princípios regedores do Direito Administrativo fazem-se valer sobre os princípios gerais dos contratos.

5.2. CRETELLA JÚNIOR¹ inicia a discussão do problema acima criando o gênero contratos da Administração, onde uma de suas espécies é o do tipo administrativo. Em suas palavras: “Do mesmo modo, a qualquer acordo, celebrado pela Administração com pessoa jurídica de Direito Privado ou de Direito Público, ou, então, com pessoa física, damos o nome de contrato ‘da’ Administração”. E complementa:

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45.

Por outro lado, nem todo contrato da Administração é contrato Administrativo, pois este é espécie daquele. É aquele, quando submetido a determinado regime jurídico, que não é o de Direito comum ou de Direito Privado, mas um regime especial: o regime jurídico de Direito Público.

5.3 Todavia, em CARVALHO FILHO², temos a corroboração de que, mesmo nos contratos em que preponderem as cláusulas de Direito Privado, nos contratos da Administração³, ou seja, não-administrativos, deve o Estado estipular regras mínimas de Direito Público, posto a relação totalmente igual nunca poder ser viável entre o Estado e os particulares, diante do fato da asseguaração do próprio interesse público:

Com a noção mais moderna da personificação do Estado, cristalizou-se a ideia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, figurando ele como uma das partes na relação obrigacional. Logicamente, tais compromissos nem deveriam, de um lado, ser desnaturados a ponto de perder sua característica própria, nem deveriam, por outro, ser de tal modo livres que pudessem abstrair-se das condições especiais que cercam a figura do Estado.

5.4 Isso posto, temos o contrato de locação firmado por locatários entes públicos como um típico contrato da Administração, ao qual se aplicam os dispositivos contidos no § 3º do art. 62 da Lei nº 8666, de 1993:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado

5.5 Posto isso, na relação entre contratantes entes públicos e contratados proprietários devem-se observar as disposições da lei de locações, Lei n 8.245, de 1991, da qual destacamos o contido no seu art.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

3 CARVALHO FILHO sustenta a classificação de Contratos da Administração ser um gênero, nos quais os contratos privados e os contratos administrativos serem espécies. Op. Cit., 2008, p. 167-168.

2º: “Havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende - se que são solidários se o contrário não se estipulou.”

5.6 Isso posto, é necessário, como conclusão deste tópico, firmar que o contrato de locação em que figuram entidades públicas como locatárias deve-se pautar, precipuamente, pelas leis específicas, no caso, a lei de locações, Lei nº 8.245, de 1991, ainda que tais contratos ditos da Administração não fiquem totalmente despidos das características dos contratos administrativos. Ainda, é bem frisar que, havendo mais de 1 locatário, por expressa disposição da lei de locações, as obrigações contratuais entre locador e locatário devem ser entendidas em regime de solidariedade, acaso não tenha sido estabelecido o contrário no instrumento contratual.

6. DA CESSÃO DOS BENS PÚBLICOS COMO FORMA DE COLABORAÇÃO NECESSÁRIA E SUBMETIDA A REQUISITOS PRÓPRIOS:

6.1 Os titulares da dominialidade de bens públicos podem dispor acerca de sua utilização conforme regras postas pelo Direito Administrativo.

6.2 Da boa doutrina administrativista, destacamos as características da cessão de bens públicos, principalmente, a outros entes públicos, notadamente da mesma esfera. Assim, em CARVALHO FILHO⁴:

O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de órgão de inspetoria do Tribunal de Constas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de uma de suas dependências para órgão da Secretaria de Saúde. [...] *A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedente e cessionária, normalmente denominado de “termo de cessão” ou “termo de cessão de uso”. O prazo pode ser determinado ou indeterminado, e o cedente pode a qualquer momento reaver a posse do bem cedido. Por outro lado, entendemos que esse tipo de uso só excepcionalmente depende de lei autorizadora, porque o consentimento se situa normalmente dentro do poder de gestão dos órgãos administrativos. Logicamente, é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão de dependências cedidas*

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 1169-1171.

com prejuízo para o regular funcionamento da pessoa cedente. *O fundamento básico da cessão de uso é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público.* (grifo aposto)

6.3 Interessante é gizarmos a proibição ao desvio de finalidade que, no nosso entender, ocorre quando o cedente prolonga a cessão além do tempo razoável para o cessionário providenciar a utilização de bens por si próprio, quer por aquisição ou locação. Veja-se que, mormente quando o cedente está pagando aluguel em um contrato de locação, a particulares, a cessão gratuita por tempo prolongado (haja vista a cessão, naturalmente, ser de caráter gratuito, posto instituto de colaboração⁵) pode caracterizar aquele desvio, posto poder retratar que o órgão ou entidade cedente não planejou adequadamente sua necessidade para a locação do imóvel locado (e pagando por essa locação), com utilização por outro órgão ou entidade públicos que tem seu orçamento próprio para essas despesas.

6.4 Ao tópico presente, também trazemos, da boa Doutrina de MOREIRA NETO, a incompatibilidade das figuras civis ao Direito Administrativo, o que, no caso concreto, seria o uso incorreto de eventual sublocação do locatário originário (cedente na cessão) ao beneficiário secundário da utilização do bem (cessionário na cessão), senão de formas próprias administrativistas, como a concessão, permissão ou autorização de uso. Abaixo, destacamos de sua visão, como modalidade unilateral denominada cessão de uso⁶.

A cessão de uso é outra espécie unilateral de transferência de utilização de bem público, em caráter extraordinário e exclusivo, que uma entidade de direito público, titular do domínio, faz a outra pessoa administrativa, sujeita a condições fixadas pela cedente, vinculada a um interesse público explícito.

[...]

5 ⁵ A propósito, vide previsão do instituto no Decreto-Lei n° 9.760, de 46: "Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.[...] § 3º A cessão se fará quando interessar à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar."

6 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 393

Vale atentar que a cessão de uso guarda semelhança com o comodato, mas nem por isso se justifica qualquer confusão, pois o comodato tem natureza contratual e se submete à disciplina do Direito Civil, por se aplicar à livre disposição privada de bens, independentemente da existência de motivos determinantes, *enquanto que a cessão de uso tem natureza unilateral e se submete à disciplina do Direito Administrativo, por se aplicar a uma disposição regradada e pública de bens, dependente da existência de um interesse público.*

Cabe, todavia, a outorga de cessão de uso, em favor de pessoas de direito privado, desde que estar mantenham vínculo de delegação de algum tipo de atividade pública, como, por exemplo, as entidades da administração indireta, as paraestatais, incluídas as fundações públicas com personalidade de direito privado, e as entidades da administração associada, como as concessionárias, as permissionárias, as autorizadas e as entidades de colaboração.(grifo aposto)

6.5. Ainda, da doutrina de MOREIRA NETO⁷ acerca da necessidade de os entes públicos utilizarem-se das formas próprias do Direito Administrativo, e não das previstas no Direito Privado, senão supletivamente:

Diversamente ocorre quando a Administração transfere em locação um bem de seu domínio. Neste caso, a prestação do contratante privado é apenas de imediato interesse público, pois o aluguel será meramente uma receita pública. O objeto do contrato se submete ao direito público, e terá eficácia, se sua finalidade, a de gerar renda adequada a seu valor de uso, estiver sendo atendida, devendo ser disciplinado por lei de qualquer das esferas federativas, geralmente sob a denominação, mais apropriada, de concessão de uso.

6.6. A brilhante conclusão no mesmo sentido chega a Procuradora do Município de Porto Alegre MÁRCIA ROSA DE LIMA, em artigo científico de sua lavra:

Após estas rápidas análises, impõem-se as seguintes conclusões:

a) A utilização do bem público tem instrumentos específicos. A autorização, a permissão, a cessão a concessão de uso e a concessão

7 Op. Cit, p 198

de direito real de uso, são os instrumentos possíveis para a disponibilização temporária à outrem que não o titular do bem;

b) Para definir o instrumento a ser utilizado, há que se considerar a quem se dá o uso, o lapso de tempo deste uso, a característica física do bem, a melhor

forma de retomada do bem (conforme os preceitos de direito administrativo) e a retribuição para tal uso, podendo ser ato ou contrato administrativo dependendo se sua configuração;

c) Os instrumentos de Direito Civil possíveis, ofendem o interesse público, não convindo à Administração Pública utilizá-los em face da, necessária, defesa do seu patrimônio.

d) a concessão de direito real de uso, em verdade, surgiu no Decreto-lei nº 271 (art. 7º), apesar da denominação do instituto estar posta como concessão de uso; sendo que este instrumento tem três espécies: 1) para fins industriais; 2) para fins comerciais; 3) para fins de moradia; assim a concessão do direito real de uso para fins de moradia é espécie do gênero concessão do direito real de uso;

e) cada espécie de concessão de direito real de uso guarda especificidades

ligadas às suas finalidades, sendo que cada uma delas, respeitando a diretriz geral posta pela legislação federal, deverá receber orientação legislativa de seu ente-proprietário, o que garantirá a orientação conforme a política local, e favorecerá o cumprimento do fim pretendido;

f) Sempre que o Município, suas entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais pretenderem entregar um bem de sua titularidade para uso específico, deverá utilizar-se da concessão de direito real de uso, inclusive em substituição ‘a doação com encargo’⁸.

6.7. Nesse sentido da necessidade de a Administração valer-se de institutos do Direito Administrativo, e não do Direito Civil, a

8 (Disponível em: <http://www.direito.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/marcia-rosa-de-lima.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2012)

sedimentada jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, exemplificativamente:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO INTITULADO 'DE LOCAÇÃO', FIRMADO PELA ADMINISTRAÇÃO E POR PARTICULAR. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. REGRAS APLICÁVEIS: DE DIREITO PÚBLICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – Ainda que tenha sido intitulado “contrato de locação”, o acordo firmado entre a Administração e o particular para a instalação de lanchonete em rodoviária municipal, configura concessão de uso, dando ensejo à aplicação das regras de Direito Público não da legislação civil.

II – Recurso especial não conhecido. “Manutenção “ das decisões proferidas nas instâncias ordinárias.” (RESP 717/SC)

Administrativo – Empresa Pública e Empresa Privada como Contratantes –

Ajuste Tendo por Objeto Bem Imóvel da União Federal – Natureza Jurídica do Contrato – Retomada do Uso – Constituição Federal, arts. 37 e 173, § 1º - Lei 8.666/93 (arts. 1º e 54) – Dec. Lei 299/67.

I - A empresa pública, de finalidade e características próprias, cujos bens são considerados públicos, sujeita-se aos princípios da Administração Pública, que são aplicáveis para as suas atividades fins, bem apartadas do Direito Privado. A rigor, a sua função administrativa consiste no dever do Estado, com regime jurídico-administrativo, com regras próprias e prevalecentemente de Direito Público. Os contratos que celebra têm por pressuposto lógico o exercício de função pública. Soma-se que a empresa pública está inscrita no capítulo apropriado à Administração Pública (art. 37, Constituição Federal).

2 - A remuneração pelo uso de bem público não configura aluguel e o disciplinamento do ajuste, firmado entre empresa pública e a particular, não submetendo às normas ditadas à locação comum, mas sob os alhores do Direito Público. Forçando, caso admitida a locação, mesmo assim, não escaparia dos preceitos de Direito Público (arts. 1º e 54), Lei 8.666/93).

3 - Na alcatifa de contrato administrativo, extinto o prazo e justapostos o seu

objeto e especificações, mostra-se incensurável o vergastado acórdão.

4 - Recurso improvido.” (RESP 55.565-5/ES)

6.8 Mesmo a cessão de uso gratuita, no seu termo, deve, de regra, haver previsão do ressarcimento das despesas referentes à utilização da parte correspondente do bem pelo cessionário, via indenização, que já tem a própria utilização do bem cedida gratuitamente, devendo ser ressarcidas despesas como tributos, taxas, serviços de vigilância, limpeza, etc, relativamente à parte do bem de que lhe são beneficiados pelo uso.

6.9. Naturalmente, haverá hipóteses, quer por previsão legal, quer por demonstração inequívoca de vantajosidade para a entidade cedente, nas quais o referido ressarcimento pelas despesas referentes à área cedida poderão não ser cobradas por aquela.

6.10. Relativamente às hipóteses legais, a título de exemplo, pode-se citar o apoio exigido pelo art. 13 da Lei nº 10.480, de 2002, à Procuradoria Geral Federal, em face da Advocacia-Geral da União, a saber: “A Advocacia-Geral da União dará o apoio técnico, financeiro e administrativo à Procuradoria-Geral Federal na sua fase de implantação.”

6.11. Também, no nível infralegal, desde que inequivocamente demonstrado, o cedente poderá dispensar aquele ressarcimento, em demonstrando a vantajosidade para si em face de outras colaborações do cessionário, como, por exemplo, em responsabilizando-se este último pela totalidade de outra despesa comum.

6.12. Como conclusão deste tópico, podemos deixar assentado que é a cessão o instrumento o qual o ente público assente a utilização de bem sob sua propriedade ou posse a outro ente público, ou mesmo, entidade privada sem fins lucrativos, todavia, necessariamente a título precário, em face do eventual desvio de finalidade de um bem do concedente que, exemplificativamente, é remunerado a particulares, em face de contrato de locação no qual o cedente figura como locatário. O desvio de finalidade poderá estar retratando eventual falta de planejamento do cedente-locatário quando da locação, em relação à utilização do

bem. Ainda, as despesas para manutenção do bem cedido, a título de indenização, devem, de regra, ser ressarcidas pelo cessionário ao cedente, o qual se obrigou, como locatário, frente ao locador, no contrato de locação celebrado anteriormente, salvo determinação de apoio exigida do cedente mediante lei, ou, por ato administrativo deste, desde que inequivocamente seja demonstrada a vantajosidade da não-realização do rateio das despesas comuns com o cessionário.

CONCLUSÃO:

Nesse sentido, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a) O contrato de locação em que figuram entidades públicas como locatárias deve-se pautar, precipuamente, pelas leis específicas, no caso, a lei de locações, Lei nº 8.245, de 1991, ressaltando-se que tais contratos ditos da Administração não são totalmente despidos das características dos contratos administrativos. Ainda, é bem frisar que, conforme previsão contida na lei geral de locações, havendo mais de 1 locatário figurando no contrato de locação, na inexistência de disposição expressa, as obrigações contratuais do locatário perante o locador devem ser entendidas em regime de solidariedade entre os locatários;
- b) É o instituto da cessão de uso, plenamente aceito pela Doutrina administrativista como concreção da colaboração, e não a locação ou sublocação, sendo que é aquele que deve ser utilizado quando locatário ou proprietário de bens entes públicos transferem o uso de bens a outros entes públicos (principalmente da mesma esfera governamental), e, mesmo, a entidades privadas sem fins lucrativos. Sua duração deve ser precária, atendendo ao interesse público, e, ainda que, por natureza, gratuita, deve prever, no termo de cessão de uso, como regra, o ressarcimento de custos relativamente às despesas da porção do bem cedida, do cessionário ao cedente, salvo nos casos em que a lei exija do cedente apoio ao cessionário, ou, ainda, por ato administrativo daquele, desde que inequivocamente demonstrada a vantajosidade da não-realização do rateio com este;
- c) Não deve o instituto da cessão de uso ser desviado de finalidade, de utilização precária de bem pelo cessionário. Na cessão por

tempo relativamente longo, a título gratuito, de um bem que está sendo paga a locação pelo cedente, em um contrato de locação com particulares, pode haver caracterização de falta de planejamento no dimensionamento das necessidades do cedente quando da locação do bem;

- d) Em havendo interesse permanente do cessionário na utilização do bem, deve ele figurar como locatário, conjuntamente com o cedente-locatário, no contrato de locação perante particulares.

À consideração superior,

Brasília, 20 de setembro de 2012.

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

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

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão Raphael Peixoto de Paula Marques
Procuradora Federal Procurador Federal

Erica Maria Saboia Leitão Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal Procuradora Federal

Simone Salvatori Schnorr
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, de de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° /2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, de de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° /2012:

Os bens de propriedade ou cuja posse sejam de entidades públicas podem ser cedidos a outros entes públicos gratuitamente, devendo a cessão ser, necessariamente, temporária, em face de eventual caracterização de falta de planejamento do cedente-locatário quando do dimensionamento do objeto da locação. E, como regra, no termo de cessão, deverá constar a necessidade de ressarcimento, a título indenizatório, das despesas comuns as quais foi beneficiário o cessionário, respeitados os casos em que a lei exija apoio financeiro a este por parte do cedente, ou, no plano administrativo, fique inequivocadamente demonstrada a vantajosidade deste último em não realizar o rateio das referidas despesas com o cessionário.



TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER N° 01/2012/GT359/DEPCONSUS/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INTE-
LIGÊNCIA DO ART. 16, INCISOS I E II. LICIT-
TAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

I. A estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador da despesa somente devem ser exigidas quando a ação que ampara a despesa foi classificada como projeto na Lei Orçamentária Anual.

II. Caso a Administração Pública não tenha informado a classificação da ação por tipo, a Consultoria deverá exigir manifestação da Administração Pública sobre a natureza da ação que suporta a despesa.

III. Se a ação for considerada projeto, a licitação e o empenho somente poderão ser realizados se forem elaboradas, previamente, a estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador da despesa de compatibilidade do aumento da despesa com o PPA, a LDO e a LOA.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da incidência do art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar n.º 101/2000 às licitações e contratos administrativos. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

5. DAS EXIGÊNCIAS DO ART. 16, INCISOS I E II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000

5.1. A Lei Complementar n.º 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, trouxe ao ordenamento jurídico uma série de exigências relacionadas com o planejamento, a autorização e a execução do gasto público.

Particularmente, o art. 16 previu dois instrumentos de planejamento com reflexos diretos na realização de licitações e contratações: *a estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador da despesa de que o aumento da despesa é compatível com as leis orçamentárias* (Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual - LOA), vejamos:

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 30 do art. 182 da Constituição.”

5.2 Embora os requisitos de aplicação do art. 16 pareçam ser claros, sua operacionalização prática tem levado as Consultorias a posições divergentes, quando se trata de indicar, concretamente, quais objetos contratuais suscitarão a emissão da declaração do ordenador da despesa e a realização do referido estudo em data anterior à realização da respectiva licitação e empenho da despesa (art. 16, §4º, I, da LRF).

5.3 Nesse sentido, cumpre observar que, de acordo com o art. 16, *caput*, da LRF, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e a declaração de compatibilidade com as leis orçamentária somente serão exigidas quando a licitação e/ou contratação implicarem, conjuntamente:

- a) criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental; e
- b) aumento do gasto público.

São exigências, portanto, cumulativas e, obviamente, somente despesas que preencham esses dois requisitos simultaneamente estarão aptas a obrigar a Administração a produzir os documentos e estudos previstos no art. 16 da LRF, desde que, por óbvio, não sejam consideradas irrelevantes pela LDO vigente (art. 16, §3º, da LRF).

O ponto de maior importância, portanto, passa a ser a adequada identificação de objetos contratuais que impliquem aumento de despesa capaz de criar, expandir ou aperfeiçoar a ação governamental. Certamente, há uma incerteza na identificação dessas situações que decorre, principalmente, da falta de critérios legais objetivos que possam guiar o gestor, quando do processo decisório.

5.4. A despeito dessa dificuldade, insta salientar que o Tribunal de Contas da União já possui jurisprudência relativamente consolidada sobre a interpretação a ser dada ao art. 16, incisos I e II, da LRF: somente objetos contratuais capazes de gerar despesas com ações orçamentárias classificadas pela LOA como *projetos* deveriam ensejar a produção dos documentos e estudo do art. 16 da LRF (Acórdão TCU nº 1.680/2011 - Plenário).

5.5. Uma adequada compreensão dessa afirmativa, contudo, exige a apresentação de alguns conceitos do Direito Financeiro e da Contabilidade Pública.

6. PROGRAMA, AÇÃO ORÇAMENTÁRIA E TIPO DA AÇÃO

6.1 Periodicamente, o Governo planeja sua atividade financeira e a realização de políticas públicas por meio da elaboração das leis orçamentárias. Tem destaque, nesse sentido, o Plano Plurianual, espécie de lei orçamentária que tem por finalidade traçar diretrizes, objetivos e metas capazes de indicar prioridades para melhor gestão e implementação de políticas públicas (arts. 2º e 3º do PPA 2012-2015 e art. 165, §1º, da CF/88).

6.2. No íterim do PPA, o Governo classifica suas políticas públicas em *programas*, os quais nada mais são que rótulos dados a determinadas políticas públicas; nomes capazes de identificar o tema da política pública.

6.3. Nos volumes que compõem a LOA, por sua vez, são indicadas diversas **ações** que contribuirão para cumprir o objetivo de determinado programa.

Por exemplo, a LOA 2012 classificou as ações de “Apoio ao Controle de Qualidade da Água para Consumo Humano”, de “Apoio à Gestão dos Sistemas de Saneamento Básico em Municípios de até 50.000 Habitantes” e de “Implantação e Melhoria de Sistemas Públicos de Abastecimento de Água em Municípios de até 50.000 Habitantes” como vinculadas ao *programa* “Saneamento Básico”, gerido pela FUNASA.

Por serem vinculadas ao programa “Saneamento Básico”, as referidas ações procuram atender a objetivos do programa descritos nas leis orçamentárias. Assim, *ações são instrumentos de implementação de um programa*, de uma determinada política pública. Essas ações, por sua vez, são classificadas em três tipos: *projeto, atividade e operação especial*; tudo de acordo com o art. 2º da Portaria MOG nº 42, de 14 de abril de 1999:

“Art. 2º Para os efeitos da presente Portaria, entendem-se por:

- a) Programa, o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual;
- b) Projeto, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no

tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo;

c) Atividade, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo;

d) Operações Especiais, as despesas que não contribuem para a manutenção das ações de governo, das quais não resulta um produto, e não geram contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços.”

6.4. As ações do tipo *projeto* implicam a realização de despesas para obtenção de um produto (bens, serviços ou obras) em certo tempo que concorrem “para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo”.

As ações do tipo *atividade*, por sua vez, resultam em “operações que se realizam de modo contínuo e permanente”, com o objetivo de obter um produto. É dizer: as ações que implicam gastos rotineiros, tais quais os com a manutenção e a conservação do aparato da Administração, não são classificáveis como projetos.

Por fim, a *operação especial* é um gasto que não se enquadra nos conceitos acima. Por exclusão, implica despesa incapaz de gerar um produto – bens e serviços contraprestados em benefício do Poder Público (ex.: pagamento de aposentadorias e pensões, pagamento de indenizações, pagamento de precatórios, pagamento de RPVs, pagamento de benefícios previdenciários).

6.5. Tendo em pauta essa conceituação, insta dizer que, para o TCU, as exigências do art. 16 da LRF somente se aplicariam às licitações e contratações fundadas em ações do tipo projeto,¹ pois somente essas teriam potencial para criar, expandir ou aperfeiçoar ação com o conseqüente aumento de despesa.

É esse o entendimento que vem prevalecendo desde o Acórdão TCU n. 1.973/2006 – Plenário.

¹ As ações qualificadas como operações especiais podem suscitar a incidência do art. 16 da LRF. Como essas ações não versam sobre licitações e contratos administrativos, não serão analisadas no presente Parecer.

6.6. Outrossim, deve-se ter em conta a possibilidade de a própria classificação da ação orçamentária por tipo, prevista na LOA, conter alguma falha: indicar incorretamente que a ação é do tipo projeto, quando, em verdade, deveria ser classificada como atividade.

Nesse caso, a jurisprudência reiterada do TCU, ao analisar o PETSE, do DNIT, vem recomendando a observância da própria natureza da contratação. Se a contratação implica operações com características de continuidade, permanência ou reiteração, a realidade deve prevalecer sobre a classificação da ação:

“38. *Destarte, ficou clara a inconsistência entre a nomenclatura atribuída aos programas (Manutenção da malha rodoviária federal) e seu desdobramento em termos de “projeto”, cuja definição contida na citada portaria é de um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação do governo.*

39. *Por se tratar de programa de manutenção das rodovias, é pertinente a colocação da Secob no sentido de que suas ações estariam mais adequadas sob a denominação de “atividade”, cuja definição engloba as operações com característica de continuidade, necessárias à manutenção da ação de governo. Tudo indica que a inclusão do PETSE na espécie “projeto” deu-se pelo caráter especial do programa, ao sabor do art. 20 da Lei nº 4.320/1.964.*

40. *Sendo assim, endosso o posicionamento da Unidade ao observar que o PETSE, por se tratar de um programa de manutenção e conservação da malha rodoviária, de natureza contínua, não gera criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, na linha do que preceitua o caput do art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000, e, dessa forma, não está sujeito às regras impostas no referido normativo (Acórdão TCU n. 1.973/2006 - Plenário).”*

6.7. Recentemente, a posição da Corte sobre o tema em apreço foi reiterada no Acórdão TCU n. 1.680/2011 – Plenário, oportunidade na qual o Ministro Relator referendou posição da 1ª Secex no sentido de que as exigências do art. 16 da LRF deveriam ser aplicáveis para qualquer despesa fundada em ação classificada como projeto, *ainda que exista previsão de dotação detalhada para o referido objeto contratual na LOA.*

De modo geral, a posição deve ser considerada acertada, pois, conforme bem ressaltado no Acórdão, o dispositivo da LRF dirige-se ao gestor e o processo de elaboração da LOA não implica produção de quaisquer documentos e estudos semelhantes aos exigidos pelos incisos I e II do art. 16 da LRF.

6.8. Pelo exposto, caso a Administração Pública não tenha informado a classificação da ação por tipo e os documentos e estudo previstos no art. 16, inciso I e II, da LRF não tenham sido produzidos e acostados ao processo administrativo, a Consultoria deve condicionar a aprovação da minuta à verificação, pelo ente administrativo, se a ação que ampara a despesa foi classificada como projeto ou atividade na Lei Orçamentária Anual.

Desde logo, o Procurador Federal deve ressaltar que se a despesa suscitar ação do tipo projeto, haverá a necessidade de realização da estimativa de impacto orçamentário-financeiro e de expedição da declaração do ordenador da despesa, sob pena de incidência do art. 15 da LRF.

À consideração superior.

Brasília, 25 de junho de 2012.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 25 de julho de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 25 de julho de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 01/2012

AS EXIGÊNCIAS DO ART. 16, INCISOS I E II, DA LRF SOMENTE SE APLICAM ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES CAPAZES DE GERAR DESPESAS FUNDADAS EM AÇÕES CLASSIFICADAS COMO PROJETOS PELA LOA. OS REFERIDOS DISPOSITIVOS, PORTANTO, NÃO SE APLICAM ÀS DESPESAS CLASSIFICADAS COMO ATIVIDADES (DESPESAS ROTINEIRAS).

TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER N° 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

1 EMENTA

2 Pesquisa de preço adequada. Observância de aspectos relevantes para a análise. Parametrização, Generalidade, atualidade e devida instrução processual.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da pesquisa de preços nas licitações e contratos administrativos. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.
4. É o relatório.

I – A PESQUISA DE PREÇOS – ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

5. A ampla pesquisa de preços permite a correta estimativa do custo do objeto a ser adquirido em planilhas de quantitativos e preços unitários, define os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e serve de balizamento para a análise das propostas dos licitantes, conforme dispõem os arts. 7º, § 2º, II, 15, V e § 1º, 40, § 2º, II, 43, incisos IV e V, todos da Lei 8.666/1993¹;
6. Para atender os comandos legais, a jurisprudência do TCU e a doutrina especializada² erigiram elementos balizadores à validade do ato, os quais passaremos a abordar de maneira destacada.

II – PARAMETRIZAÇÃO

7. O sucesso da pesquisa pressupõe um adequado planejamento da contratação, através da definição do objeto a ser contratado de forma precisa e clara³, excluindo-se os excessos que restrinjam indevidamente a competição.
8. Somente após a especificação do bem pretendido, é que a Administração deve efetuar a pesquisa de preços, para que se evite a

1 Estes aspectos são destacados pela iterativa jurisprudência do tribunal de Contas da União sobre a matéria. Confira em caráter exemplificativo as Decisões nº 431/1993, 288/1996, 386/1997 - TCU Plenário, e os Acórdãos nº 195/2003, 1060/2003, 463/2004, 1182/2004 Plenário, Acórdão nº 64/2004, 254/2004, 828/2004, 861/2004 Segunda Câmara; acórdão 428/2010 - 2ª Câmara

2 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pág. 212/217.

3 SÚMULA TCU Nº 177 A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

comparação entre produtos que não sejam equivalentes. (vide AC-0998-18/09-P)

9. Ademais, deve a Administração, quando da realização da pesquisa de preços, considerar todas as variáveis correlacionadas, tais como as quantidades pretendidas, prazos e forma de entrega⁴ propiciando que eventuais ganhos de escala advindos de grandes aquisições públicas, por exemplo, reflitam em redução nos preços obtidos pelas cotações prévias ao certame.

III – GENERALIDADE

10. O Segundo requisito é a amplitude ou generalidade da pesquisa de preços. Neste sentido, convém ressaltar a orientação do TCU impondo a existência de, no mínimo, três cotações válidas⁵ em todos os processos licitatórios, inclusive para as dispensas e inexigibilidades⁶ (vide orientação normativa AGU nº 17).

11. Este padrão estabelecido pelo Tribunal de Contas da União, que caso não atendido deve ser justificado pela Administração⁷, não garante, por si só, o atendimento da finalidade da pesquisa de preços.

12. Com efeito, em diversas ocasiões o Tribunal de Contas da União apontou falhas em pesquisas de preços que formalmente atendiam a orientação acima ressaltada, mas que não foram eficientes em fixar um parâmetro de preços aceitável, condizente com a realidade do mercado. Confira neste sentido AC-0065-02/10-P, com excerto reproduzido abaixo:

Excerto [SUMÁRIO]

⁴ AC-3667-22/09-2

⁵ Sobre o assunto, confira as seguintes decisões: Acórdão n.º 1782/2010-Plenário. Acórdãos nº 1.545/2003-1ª Câmara – Relação nº 49/2003; nº 222/2004-1ª Câmara e n.º 2.975/2004-1ª Câmara. Acórdão nº 1.584/2005-TCU-2a Câmara, AC-2374-27/08-1, AC-4013-40/08-1, AC-2301-16/10-2, AC-1685-12/10-2, AC-1547-33/07-P

⁶ AC-1379-29/07-P; AC-1330-27/08-P; AC-4953-32/09-1; AC-0291-03/09-2; AC-2301-16/10-2; AC-5397-34/09-1; AC-3287-54/11-P

⁷ AC-4013-40/08-1; AC-1100-22/08-P

SOLICITAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO FORMULADA PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS NOS RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS PARA ÓRGÃOS DO GOVERNO DO ESTADO E DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PARA COMPRA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES. DETERMINAÇÕES. [...]

[VOTO]

Cuidam os autos de solicitação do Congresso Nacional, apresentada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, na qual é requerida a realização de fiscalização na Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo - SES/SP e Secretaria de Saúde do Município de São Paulo SMS/SP, em recursos repassados pela União.

[...]

14. Sintetizo, abaixo, as irregularidades mais relevantes apontadas pela equipe.

15. Realização inadequada de pesquisa prévia de preços, em infringência ao art. 3º, 15, inc. V, §1º, e ao art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 (vide itens 6.1.2 e 6.2.1 do relatório).

15.1 O preço utilizado pela administração pública para verificar a aceitabilidade dos preços ofertados pelas licitantes era obtido mediante pesquisa a reduzido número de fornecedores, provocando superestimativa e distorção em relação ao melhor valor de aquisição para o setor público.

15.2 *A administração socorria-se, também, de fontes inadequadas para obtenção do preço de mercado, as quais não refletiam o ganho de escala que poderia ser obtido em face do volume comprado.* Como, por exemplo, dados obtidos na Simpro, que é uma publicação cujo objetivo é divulgar preços dos fornecedores de medicamentos e outros produtos de saúde para que seu público-alvo, farmácias e drogarias, possa formar o preço de venda ao consumidor final. Por certo, não é em nada adequado utilizar os preços verificados em farmácias como referência para aquisição de medicamentos pela administração pública.

[...]

15.4 A conduta do administrador, a quem caberia verificar a aceitabilidade dos preços unitários e dos preços máximos, levou à realização de contratações desvantajosas, com sobrepreço, ferindo os princípios da economicidade e da eficiência, além de ir de encontro à Lei de Licitações. *Não poderia ser esperado resultado diverso quando é limitado o universo de empresas pesquisadas, utilizadas fontes de preços que servem ao mercado de varejo, como o da revista Simpro, e não são considerados os volumes envolvidos nas compras da administração pública nas pesquisas de preço.*

15.5 Considerando a utilização do Sistema de Registro de Preços tanto pelo estado quanto pelo município, os efeitos do sobrepreço propagam-se para todas as unidades que, eventualmente, aderiram a estas atas, cujos preços estão superestimados, gerando agravamento dos prejuízos para toda a administração pública.

[ACÓRDÃO]

9.1. determinar à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo - SES/SP, que por ocasião da utilização de recursos públicos federais:

9.1.1. previamente à realização de seus certames licitatórios e ao acionamento de atas de registro de preço, próprias ou de outros órgãos, e periodicamente durante sua vigência, efetue ampla pesquisa de mercado, considerando os quantitativos, relevantes nas compras em grande escala, a fim de verificar a aceitabilidade do preço do produto a ser adquirido, em obediência aos arts. 3º, 15, inc. V, e 40, inc. X, da Lei 8.666/1993;

Informações AC-0065-02/10-P Sessão: 27/01/10 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro AROLDO CEDRAZ - Fiscalização

13. Assim, além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomende, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa.

14. Esta providência tem sido nominada pelo Tribunal de Contas da União como “cesta de preços aceitáveis”⁸ e corresponde à coleta de preços em diversas fontes de pesquisa devidamente apropriadas, conforme demonstram os excertos abaixo reproduzidos:

8 Confira AC-1382-25/09-P, AC-0265-05/10-P, AC-1612-24/10-P

Excerto [ACÓRDÃO]

1.7. Com base no art. 250, inc. III, do RI/TCU, recomendar ao DNIT que, como parte do planejamento de suas licitações, em especial daquelas que visem contratar o objeto aqui discutido [bens e serviços de TI]: [...]

1.7.2. faça o orçamento do objeto a ser licitado com base em “cesta de preços aceitáveis” oriunda, por exemplo, de pesquisas junto a cotação específica com fornecedores, pesquisa em catálogos de fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado, à luz do art. 6º, inc. IX, alínea “f”, da Lei nº 8.666/93 (nessa linha, itens 32 a 39 do voto do Acórdão nº 2.170/2007-P); (AC-0819-16/09-P Sessão: 29/04/09 Grupo: 0 Classe: 0 Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES - Fiscalização - Acompanhamento) (grifos nossos)

Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 06.09.2010, S. 1, p. 105. Ementa: alerta à Receita Federal do Brasil (RFB), quanto à ausência de orçamento do objeto a ser contratado com base em uma “cesta de preços aceitáveis”, oriunda, por exemplo, de pesquisas junto a cotação específica com fornecedores, pesquisa em catálogos com fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas da SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas, expurgados os valores que, manifestamente não representem a realidade do mercado e, ainda, devidamente detalhado a ponto de expressar a composição de todos os seus custos unitários (item 1.7.1.1, TC-030.732/2008-9, Acórdão nº 5.323/2010-1ª Câmara). (grifos nossos)

15. A existência de outras fontes de consulta, além de reforçar a pesquisa de preços, serve de balizamento e parametrização para as cotações obtidas no mercado⁹, razão pela qual sua realização deve ser privilegiada tanto quanto as características do objeto permitam.

⁹ - Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 16.06.2010, S. 1, p. 120. Ementa: recomendação ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás para realizar, previamente às suas licitações, consulta prévia

16. Ressalte-se que estas providências são complementares, o que implica dizer que a obtenção de valores de contratos administrativos anteriores¹⁰ não dispensa a devida consulta ao mercado, conforme restou determinado pelo TCU no julgado abaixo:

[ACÓRDÃO] 9.3. determinar à UFF que:

[...]

9.3.11. promova a realização de pesquisa de preços praticados no mercado, não se restringindo única e exclusivamente ao Sistema de Preços (Siasg), que nem sempre apresenta necessariamente o menor preço de mercado, e sim o preço pago por determinada Unidade Gestora;

AC-1378-13/08-1 Sessão: 29/04/08 Grupo: II Classe: II Relator: Ministro AUGUSTO NARDES - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria

17. Portanto, é importante que a pesquisa de preço reflita, de maneira fidedigna, aquele encontrado no mercado pertinente, analisando, diante do caso concreto, o preenchimento desta exigência.

IV – ATUALIDADE

18. A pesquisa de preços também deve ser atual em relação à celebração do contrato¹¹ e as fontes consultadas devem guardar contemporaneidade entre si¹².

aos preços praticados no site de compras do Governo, no sistema SIAFI (CONOB, etc.), de modo a obter a média mensal dos preços ofertados pelos fornecedores, nas licitações realizadas em todo o Brasil, para a obtenção de preços reais e melhores que aqueles fornecidos por e-mail, quando da pesquisa de mercado para aquisição de bens/produtos (item 1.6.1, TC-008.324/2010-7, Acórdão nº 3.088/2010-1ª Câmara).

10 Para a obtenção de preços praticados em outros contratos públicos, ressaltamos a existência do Subsistema de Preços Praticados – SISPP. Confira o art. 7º da Instrução Normativa nº 2, de 16 de agosto de 2011.

11 [Denúncia. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI. Determinação. Acórdão de relação.] [ACÓRDÃO]

1.7. Determinar à Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI que:

1.7.1. efetuar estimativa do valor de contratações, as pesquisas de preço contemplem todos os itens necessários e suficientes, de forma a refletir com precisão os serviços ou bens que se pretende contratar e a evitar pesquisa de preço desatualizada e inconsistente como ocorreu no Pregão Eletrônico nº 07/2009; AC-0648-10/10-P Sessão: 31/03/10 Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO - Fiscalização

12 “O levantamento de preços, eventualmente feito para referência da própria pesquisa, deve ser limitado no tempo, para não provocar distorções”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pág. 212/217.

19. Destarte, convém recomendar à Administração assessorada que institua normativo próprio fixando parâmetros de validade para suas pesquisas de preços, especialmente considerando o disposto no art. 7º, § 1º da instrução normativa nº 2, de 16 de agosto de 2011.

V – INSTRUÇÃO PROCESSUAL

20. Compete ao gestor demonstrar a regularidade dos atos que pratica, conforme dispõe o art. 113 da lei nº 8.666¹³, tendo obrigação de fiscalizar os atos de instrução processual realizados pelos servidores a ele subordinados¹⁴.

21. De igual forma, compete à Comissão de licitação ou ao pregoeiro, antes de passar à fase externa do certame, verificar se a pesquisa de preços foi realizada observando-se os parâmetros expostos neste parecer.¹⁵

22. Portanto, é imperioso que a Administração registre nos autos do processo administrativo os atos de pesquisa de preços, atentando para as seguintes orientações.

- a) Deve haver a identificação do servidor responsável pela cotação (AC-0909-10/07-1)
- b) As empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente à contratação desejada (Acórdão nº 1.782/2010-Plenário)
- c) Não pode haver vínculo societário entre as empresas pesquisadas (Acórdão nº 4.561/2010-1ª Câmara)
- d) Em relação aos orçamentos apresentados, exige-se:
 - d.1) caracterização completa das empresas consultadas (endereço completo, acompanhado de telefones existentes) (AC-3889-25/09-1)

13 Neste sentido confira item 93.2 do voto do Ministro André Luís de Carvalho no Acórdão nº 2183/2008 – Plenário

14 Item 16 do voto do Ministro Relator José Múcio Monteiro no Acórdão nº 1.618/2012 – 1ª Câmara

15 Acórdão nº 3026/2010-Plenário, TC-006.150/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.11.2010

d.2) Indicação dos valores praticados (AC-2602-36/10-P) de maneira fundamentada e detalhada (AC-1330-27/08-P)

d.3) data e local de expedição (AC-3889-25/09-1)

23. Todas estas informações devem constar de despacho expedido pelo servidor responsável pela realização da pesquisa, no qual, além de expor o atendimento das exigências acima, irá realizar uma análise fundamentada dos valores ofertados pelas empresas, inclusive cotejando-os com os valores obtidos junto às outras fontes de consulta¹⁶. É através desta análise fundamentada, que a Administração irá estabelecer o valor estimado da contratação.

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 30 de julho de 2012.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federa

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF nº 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

16 - Assunto: DISPENSA DE LICITAÇÃO. DOU de 28.07.2010, S. 1, p. 188. Ementa: alerta à Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri no sentido de que: (...) b) instrução dos processos de dispensa por emergencialidade com a necessária e imprescindível justificativa de preços, não sendo suficiente apenas a inserção das cotações de preços obtidas com três ou mais empresas desacompanhada de análise fundamentada dos valores apresentados e contratados (itens 1.5.1.2 e 1.5.1.3, TC-015.455/2009-0, Acórdão nº 4.442/2010-1ª Câmara).

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 30 de julho de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 30 de julho de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 02/2012

I - A ADMINISTRAÇÃO DEVE INSTRUIR TODOS OS AUTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VOLTADOS À CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COM PESQUISA DE PREÇOS ADEQUADAMENTE PARAMETRIZADA, AMPLA E ATUALIZADA, QUE REFLITA, EFETIVAMENTE, O PREÇO PRATICADO NO MERCADO.

II – COM O INTUITO DE DISCIPLINAR A CORRETA INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM A PESQUISA DE PREÇO ADEQUADA, É RECOMENDÁVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO EDITE ATO NORMATIVO INTERNO, DISCIPLINANDO, OS SEGUINTE ASPECTOS:

A) INDICAÇÃO DO SETOR RESPONSÁVEL PELA REALIZAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS;

B) DEFINIÇÃO DE MODELO DE FORMULÁRIO DE PESQUISA DE PREÇOS, QUE IMPONHA A INDICAÇÃO DA EMPRESA CONSULTADA, COM A SUA QUALIFICAÇÃO COMPLETA, RAMO EMPRESARIAL A QUE SE DEDIQUE, E INDICAÇÃO DOS SEUS SÓCIOS;

C) DETERMINAÇÃO DE PADRÃO DE ANÁLISE DAS PESQUISAS DE PREÇOS, E A RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DESTE ESTUDO.

III – A CONSULTA ÀS EMPRESAS DO RAMO PERTINENTE NÃO DEVE SER DISPENSADA OU SUBSTITUÍDA PELA CONSULTA A PREÇOS PÚBLICOS, MESMO QUE NAS PRORROGAÇÕES OU REPACTUAÇÕES.

TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N.º 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU
PROCESSO N.º: 00407.004525/2012-93
INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA
INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES NO CURSO DO CONTRATO. REVISÃO NOS PREÇOS PARA MAIS OU PARA MENOS. CLASSIFICAÇÃO COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO: IRRELEVÂNCIA DA ANUALIDADE.

Possibilidade, desde que a inclusão ou exclusão ocorra após a data de apresentação das propostas e tenha comprovada repercussão nos preços contratados.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da alteração contratual decorrente da exclusão ou inclusão da empresa contratada no regime tributário denominado SIMPLES. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

5. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE O ENQUADRAMENTO COMO ME/EPP E A ADOÇÃO DO SIMPLES NACIONAL – UM CORTE METODOLÓGICO NECESSÁRIO

5.1. Antes de enfrentar diretamente o tema, convém seja esclarecida questão de fundamental importância: o objeto desta análise jurídica não se destina à questão da perda ou aquisição da qualidade de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), embora estes fatos tenham repercussão na disciplina da inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional (SIMPLES).

5.2. Retira-se a definição de ME e EPP diretamente da Lei Complementar nº 123/2006 (LC 123/2006), quando as enquadra de acordo com os limites de faturamento bruto anual:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e

sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

5.3. Apesar de definidas como ME/EPP, algumas empresas não podem fazer uso do tratamento jurídico diferenciado estabelecido na LC 123/2006, por causa da vedação constante do §4º do art. 3º da Lei Complementar¹. É de admitir, contudo, que o fato de não poderem fazer uso do tratamento diferenciado e favorecido não implica perda da definição como ME/EPP; apenas não podem gozar de tal tratamento favorecido, como o benefício para acesso aos mercados (art. 42 e seguintes) e o regime tributário diferenciado (art. 12 e seguintes).

5.4. Esse esclarecimento serve para colocar a salvo deste Parecer questões tormentosas outras que não digam especialmente com a fase contratual. Assim, controvérsias jurídicas afetas à licitação (fase pré-contratual), como a possibilidade de uso das preferências previstas na LC 123/2006 por empresa que, em tese, não poderia beneficiar-se do regime jurídico diferenciado, ou a licitação cuja adjudicação implique perda imediata da condição de ME/EPP, poderão ser objeto de outras manifestações que não esta.

5.5. Nesta oportunidade, parte-se da premissa de que a inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional ocorre depois de encerrado o procedimento licitatório. O problema a ser abordado diz, portanto, com *o contrato*, não com *a licitação*.

5.6. Para finalizar esta parte inicial, vale lembrar que a perda da condição de ME/EPP implica obrigatória exclusão do SIMPLES (art. 30, III e IV da LC 123/2006), por isso aquele tema (perda da qualidade de ME/EPP) é mais abrangente do que este, mas o Parecer resumir-se-á a este último, como ora explicado.

6. CASOS DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO SIMPLES. REFLEXOS DO REGIME TRIBUTÁRIO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ART. 65, §5º, DA LEI 8.666/93. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

6.1. A LC 123/2006 faculta às ME/EPP a inclusão no regime diferenciado denominado SIMPLES, por isso se costuma chamar tais empresas de *optantes*. Assim, uma vez apta para usufruir do regime

¹ § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica.

diferenciado estabelecido na LC 123/2006, poderá optar pelo SIMPLES. Observe-se como a Lei disciplina essa opção:

Art. 16. A *opção pelo Simples Nacional* da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte *dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário.*

§ 1º *Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.*

[...]

§ 2º A opção de que trata o *caput* deste artigo *deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.*

§ 3º A *opção produzirá efeitos* a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o *caput* deste artigo.

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº.9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a *opção automática* prevista no § 4º deste artigo.

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor.

(grifamos)

6.2. Assim como possibilita a entrada por opção, a Lei também faculta a saída, a saber:

Art. 30. A *exclusão do Simples Nacional*, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, *dar-se-á*:

I - por *opção*;

[...]

§ 1º A exclusão *deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal*:

I - *na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro*;

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional *produzirá efeitos*:

I - *na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1o de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4o deste artigo*;

[...]

§ 4º *No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.*

(grifamos)

6.3. Observa-se que está sob livre escolha da empresa sua inclusão ou exclusão do SIMPLES. Mesmo aquelas incluídas obrigatoriamente por força do §4º do art. 16 poderão solicitar sua exclusão.

6.4. Outras hipóteses de exclusão não refletem simples opção; dizem com a impossibilidade legal de continuar usufruindo do regime diferenciado, fato que obrigatoriamente deve ser comunicado à Receita Federal do Brasil na forma do art. 30 e seu §1º da LC 123/2006, sob pena de exclusão de ofício (art. 29), medida esta de nítido caráter penal.

6.5. Enfim, tem-se que a inclusão ou exclusão do SIMPLES pode dar-se (a) mediante comunicação ou (b) de ofício. Nos rol das hipóteses

de saída mediante comunicação, que deve necessariamente ser feita pelas empresas, há casos em que a saída é (a.1) facultativa ou por opção e existem outros em que a saída é (a.2) obrigatória, lembrando que a comunicação da saída, opcional ou obrigatória, é sempre um dever da empresa, sob pena de exclusão de ofício.

6.6. Independente do motivo da exclusão, fato é que a saída do SIMPLES implica alterações para a empresa antes denominada optante, pois a remete diretamente para o regime comum do tratamento tributário que cabe às demais empresas. Pode-se destacar como efeito financeiro principal a perda da isenção prevista no §3º do art. 12 da Lei:

Art. 12. [...]

[...]

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

6.7. Outros fatores contábeis ou gerenciais podem ser vislumbrados, mas, como reflexo direto no preço dos contratos, este sem dúvida é o que mais se destaca.

6.8. Esclarecida, portanto, a forma como pode se dar a inclusão ou exclusão do SIMPLES, convém analisar o regime jurídico que disciplina a alteração dos contratos administrativos.

6.9. A alteração nos contratos administrativos é objeto de tópico específico na Lei 8.666/93 (art. 65 e seguintes), onde fica clara a preocupação com os preços contratados. Alterações outras, como as de prazo, são previstas noutros pontos da Lei. A respeito dos reflexos do enquadramento no SIMPLES ou do regime tributário no contrato administrativo, merecem destaque as seguintes disposições:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.* (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

§ 5º *Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*

(grifamos)

6.10. Note-se que a Lei aparta em dispositivo específico a hipótese de criação, a alteração ou a extinção de tributos e encargos legais ou a superveniência de disposições legais que tenham repercussão nos preços. É com base na previsão específica do §5º que será apresentada a solução para o caso em apreço.

6.11. Ladeando as disposições legais que regulamentam a alteração dos contratos administrativos, a LC 123/2006 trouxe disposição que suscita aparente antinomia. Trata-se do §3º do art. 3º, *in verbis*:

§ 3º O *enquadramento* do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte *bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.*

(grifamos)

6.12. Uma interpretação meramente literal e isolada permitiria concluir que o enquadramento ou desenquadramento como ME/EPP (ou a inclusão ou exclusão do SIMPLES) não poderia dar ensejo a qualquer alteração no contrato administrativo.

6.13. No entanto, há de se ter em conta que o regime jurídico da LC 123/2006 sustenta-se no princípio da isonomia e lhe deve deferência no procedimento de interpretação. O tratamento desigual deferido às ME/EPP tem sede constitucional (art. 146, *d*, e parágrafo único da CF/88), por isso cabe interpretar a norma legal acima transcrita de acordo com os escopos constitucionais².

6.14. Dessa forma, a intenção da disposição acima, antes de vedar em absoluto qualquer alteração contratual por ocasião do enquadramento ou desenquadramento, parece ser a de preservar as ME/EPP de atos jurídicos unilaterais, teratológicos e abruptos que afetem os contratos por elas mantidos, prejudicando-lhes ou obstando-lhes as atividades até então realizadas. Ainda que haja certo apego à interpretação literal, a locução “ou qualquer restrição” aponta para a vedação de quaisquer alterações ou denúncias que restrinjam ou obstem o regular exercício das atividades econômicas até então desempenhadas por essas empresas.

6.15. Assim, as normas acima não de ser interpretadas em conjunto, sob as diretrizes do princípio da isonomia e da disposição constitucional que fundamenta o tratamento diferenciado.

6.16. Afirma-se, portanto, que enquadramentos e desenquadramentos na condição de ME/EPP (o que pode implicar inclusão ou exclusão do SIMPLES) devem ser levados em conta para a realização de ajustes contratuais, quando devidos.

6.17. Ultrapassada essa possível antinomia normativa, é o caso de analisar quando e como seria possível alguma alteração no contrato administrativo por ocasião da inclusão ou exclusão da empresa no SIMPLES.

² “[...] 3.1. *O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte*” [...]. (ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00001 RSJADV mar., 2011, p. 28-37)

6.18. A alteração contratual decorrente da inclusão/exclusão do SIMPLES parece mais se amoldar à regra específica do §5º do mesmo art. 65 da Lei de Licitações. Observando a literalidade deste último dispositivo, constata-se que podem dar ensejo à revisão dos preços contratados (para mais ou para menos) a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais³, bem como a superveniência de disposições legais (qualquer disposição, tributária ou não), desde que esses fatos (1º) ocorram após a data de apresentação da proposta e (2º) tenham comprovada repercussão nos preços contratados.

6.19. Ora, as alterações de tributos e encargos legais decorrentes da inclusão ou exclusão do SIMPLES, seja essa inclusão/exclusão com base em quaisquer motivos (opcional, obrigatório ou de ofício), além de terem respaldo na LC 123/2006, não implicam criação ou extinção, mas alteração nos tributos e encargos legais da contratada. Assim, caso essa alteração (1º) ocorra após a apresentação da data de apresentação da proposta e (2º) tenha comprovada repercussão nos preços contratados, pode dar ensejo à revisão nos preços, para mais ou para menos.

6.20. A Primeira e a Segunda Câmaras do Tribunal de Contas da União proferiram decisões obrigando as adequações no sentido do que ora vem se defendendo:

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.02.2010, S. 1, p. 255. Ementa: determinação à Secretaria-Geral de Administração do TCU para que, considerando o que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, *exclua do pagamento* mensal devido à adjudicatária, *enquanto essa permanecer na condição de empresa de pequeno porte*, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, *restabelecendo o pagamento, automaticamente*, caso a empresa venha a *perder a condição* supracitada (item 1.4.1, TC-028.131/2009-0, Acórdão nº 387/2010-2ª Câmara).

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.03.2010, S. 1, p. 132. Ementa: determinação ao TRF/1ª Região para que, em observância ao que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, *exclua do pagamento* mensal devido à adjudicatária, *enquanto essa permanecer na*

3 Vale esclarecer que a “exigência” ou o “aumento” de tributos estão vinculados ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF/88), de onde se presume que a Administração deveria exigir sempre “lei” para aplicar o dispositivo legal, porém a Lei 8.666/93 fala também em “alteração” e “extinção”, motivo por que há de ser avaliada qualquer repercussão tributária no contrato.

condição de microempresa, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, *reestabelecendo o pagamento, automaticamente*, caso a empresa venha a *perder a condição* supracitada (item 1.5.1, TC-001.683/2010-1, Acórdão n° 982/2010-1ª Câmara).

(grifamos)

6.21. Por todo exposto, nota-se que, a depender do caso, a Administração deve não só retirar da planilha – e reduzir o valor contratual – os tributos não devidos pela empresa em razão do enquadramento no SIMPLES, mas também deverá reinseri-los – aumentando o valor contratual – no caso de reequadramento.

6.22. Essa diretriz reforça que os ajustes independem do motivo que deu causa ao enquadramento ou desenquadramento. Suponha-se que uma ME/EPP até então não-optante peça a inclusão no SIMPLES e com isso faça jus a uma série de benefícios. A Administração decerto ajustaria o valor contratual para excluir tributos e encargos que estivessem sendo indevidamente pagos. Não há razão, portanto, para proceder de forma distinta quando a empresa é excluída do SIMPLES, ainda que seja a exclusão mediante comunicação por opção.

6.23. Esse comportamento uniforme decorre não só do postulado que veda o enriquecimento sem causa (da Administração ou do contratado), mas até mesmo do princípio da boa-fé, na vertente da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

6.24. Depois de esclarecerem que não se trata de norma expressa no nosso ordenamento jurídico, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam que:

A vedação do comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. [...]⁴.

6.25. A respeito do enquadramento da referida alteração, defende-se que, segundo a classificação do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado

4 *Direito Civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 682.

pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República em 26.02.2009; do Acórdão 1828/2008 – Plenário, do TCU e das Orientações Normativas nº 22/2009 a 26/2009 da AGU, o caso em questão é de reequilíbrio econômico-financeiro, o qual pode ser conferido a qualquer tempo, independentemente de configurada a anualidade. Diferencia-se, destarte, do reajuste *stricto sensu* - alteração do valor contratual vinculada a índice - e da repactuação - alteração vinculada à comprovação da variação de custos.

6.26. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) Nos contratos administrativos, a inclusão ou exclusão do SIMPLES, desde que
 - (a.1) ocorra após a data da apresentação da proposta e
 - (a.2) possua comprovada repercussão nos preços contratados, podem dar ensejo à revisão destes, para mais ou para menos;
- b) A alteração mencionada acima enquadra-se como reequilíbrio econômico-financeiro, podendo ocorrer independentemente de anualidade.

À consideração superior.

Brasília, 25 de junho de 2012.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 30 de julho de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 30 de julho de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 03/2012

NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, A INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DOSIMPLES, DESDE QUE OCORRA APÓS A DATA DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E POSSUA COMPROVADA REPERCUSSÃO NOS PREÇOS CONTRATADOS, PODEM DAR ENSEJO À REVISÃO DESTES, PARA MAIS OU PARA MENOS. A ALTERAÇÃO ORA MENCIONADA ENQUADRA-SE COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PODENDO OCORRER INDEPENDENTEMENTE DE ANUALIDADE.



TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Flavio Hiroshi Kubota
Procurador Federal

PARECER N° 04 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

I. Análise acerca de necessidade ou não de emissão de empenho ou de pré empenho como condição para a instauração de procedimentos licitatórios.

II. Procedimentos licitatórios de obras, serviços e compras, e de dispensa e inexigibilidade de licitação. Instauração que depende de previsão de recursos orçamentários. Legislação. Jurisprudência do TCU.

III. Instauração de procedimento licitatório. Emissão de empenho ou de pré empenho não é obrigatória por falta de previsão expressa em lei. Ausência que pode ser suprida por Declaração do ordenador de despesa do ente que ateste a previsão de recursos orçamentários.

IV. Contratação que resulte em dispêndio de recursos públicos. Obrigatoriedade de realização de empenho antes da celebração de contrato. Art. 60, caput, da Lei n° 4.320/1964 e art. 73, caput, do DL n° 200/1967. Jurisprudência do TCU.

V. Licitações e contratações capazes de gerar despesas fundadas em ações classificadas como Projetos pela LOA. Necessidade de observância ao disposto no PARECER N° 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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
- II 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. No presente Parecer, será analisada a questão referente à necessidade ou não de emissão de empenho ou de pré empenho como condição para a instauração de procedimentos licitatórios. Ao final, constam algumas conclusões sobre o tema, as quais resultam da fundamentação adotada - *ratio decidendi*, e que visam orientar a atuação dos órgãos de execução da PGF.

4. É o relatório.

5. Inicialmente, cumpre destacar que o objeto do presente Parecer se refere à necessidade ou não de emissão de empenho ou de pré empenho como condição para a instauração de procedimentos licitatórios. Verifica-se que o foco central da questão é sobre o tema licitação e contratos, mas cuja indagação decorre da obrigatoriedade ou não de realização de empenho ou de pré empenho, institutos de direito financeiro, para instauração de procedimentos licitatórios.

6. A seguir, segue a transcrição de dispositivos da Lei nº 8.666/1993 relacionados com o objeto da consulta:

Art. 7º As *licitações* para a execução de *obras* e para a *prestação de serviços* obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 2º As *obras e os serviços* somente poderão ser licitados quando:

[...]

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

[...]

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de *dispensa* e de *inexigibilidade de licitação*.

[...]

Art. 14. Nenhuma *compra* será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e *indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento*, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

[...]

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:

[...]

Art. 55. São *cláusulas necessárias* em todo *contrato* as que estabeleçam:

[...]

V - o *crédito* pelo qual correrá a *despesa*, com a indicação da *classificação funcional programática* e da *categoria econômica*; (nosso grifo)

7. A seguir, segue a transcrição de dispositivos da legislação de direito financeiro relacionados com o objeto da consulta:

Constituição Federal

Art. 167. São *vedados*:

I - o *início de programas* ou *projetos* não incluídos na *lei orçamentária anual*;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (nosso grifo)

Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de *despesa* ou assunção de *obrigação* que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - *estimativa do impacto orçamentário-financeiro* no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - *declaração do ordenador da despesa* de que o *aumento* tem *adequação orçamentária e financeira* com a lei orçamentária anual e *compatibilidade* com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - *adequada com a lei orçamentária anual*, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - *compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias*, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem *condição prévia* para:

I - *empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;*

[...]

Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão *vedados*:

[...]

IV - *assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços. (nosso grifo)*

Lei nº 4.320/1964

Art. 58. O *empenho de despesa* é o ato emanado de *autoridade competente* que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

[...]

Art. 60. É *vedada* a realização de *despesa sem prévio empenho*.

§ 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.

Art. 61. Para *cada empenho* será extraído um documento denominado “*nota de empenho*” que indicará o nome do credor, a representação e a *importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria*.

[...]

Art. 63. A *liquidação da despesa* consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

[...]

§ 2º A *liquidação da despesa* por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a *nota de empenho*;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. (nosso grifo)

Decreto-lei nº 200/1967

Art. 73. *Nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte ou quando imputada a dotação imprópria*, vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda aos limites previamente fixados em lei. (nosso grifo)

DA NECESSIDADE DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

8. Por força do disposto no art. 167, inc. I e II, da Constituição Federal, é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, e a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Portanto, para a realização de procedimentos licitatórios e de procedimentos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação), relativos a programas ou projetos, devem necessariamente estar incluídos na lei orçamentária anual. Ademais, a realização das despesas deles decorrentes não devem exceder os créditos orçamentários ou adicionais.

9. No mesmo sentido, verifica-se pela leitura do disposto no art. 7º, caput, § 2º, inc. III, e § 9º, da Lei nº 8.666/1993, que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso. E segundo o disposto no art. 14 da Lei nº 8.666/1993, nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento.

10. De acordo ainda com o art. 38 da Lei nº 8.666/1993, o procedimento de licitação será iniciado com a indicação do recurso próprio para a despesa. A menção à indicação de recurso próprio para a despesa esclarece quanto à necessidade de previsão de recursos orçamentários, não podendo se basear em mera expectativa de dotação orçamentária.

11. Na atual conformação legal, não há espaço para que se inicie a execução de obras ou prestação de serviços sem que haja a previsão de recursos orçamentários, durante o tempo em que esta deva durar. A finalidade é de proporcionar segurança quanto à existência de recursos orçamentários para os dispêndios decorrentes. As regras presentes no art. 7º da Lei nº 8.666/1993, no que couber, são igualmente aplicáveis às hipóteses de contratação direta, sejam eles resultantes de dispensa ou de inexigibilidade¹. O mesmo se aplica quanto à realização de compras pela Administração.

12. Vale mencionar o posicionamento do Tribunal de Contas da União, no sentido da necessidade de indicação de recursos orçamentários para a licitação de compras²:

[...]

6. De acordo com o caput do art. 38 da Lei nº 8.666/93, desde a abertura do processo administrativo da licitação é necessária a indicação dos recursos apropriados. No edital, é obrigatório definir as condições para o atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto, segundo o inciso VIII do art. 40 da mesma lei.

7. Também, pelo inciso III do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, é preciso que o edital da licitação esteja acompanhado da minuta do contrato a ser firmado, onde, em cumprimento ao inciso V do art. 55, há que ficar estabelecido “o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica”.

1 OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Comentário à lei de licitações e contratações públicas (art. 7º). In: Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, set. 2010, p. 5 et seq. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=69368>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

2 Acórdão TCU n. 3.034/2005, Primeira Câmara, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. em 29.11.2005, D.O.U de 07.12.2005

8. *Daí decorre a jurisprudência deste Tribunal, que se posiciona pela exigência de que o edital venha consignado da dotação orçamentária que dará suporte às despesas.*

9. *Entretanto, é de se reconhecer que a Lei nº 8.666/93 tem como efetivamente grave e passível de anulação a compra realizada sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, consoante o art.*

14. [...] (nosso grifo)

13. No mesmo sentido da mencionada jurisprudência do Tribunal de Contas da União, Marçal Justen Filho afirma que o instrumento deverá indicar os recursos que custearão as despesas, inclusive com a especificação da rubrica orçamentária correspondente, o que já terá sido definido no momento inicial da licitação, cuja instauração é condicionada à previsão de recursos orçamentários.³

14. Logo, qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim, todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, inc. I e II, da Constituição Federal), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista.⁴

15. Ademais, vale mencionar que o art. 37, inc. IV, da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, reconheceu que o efeito jurídico-financeiro da contratação administrativa será o da ampliação do passivo da entidade administrativa, o que exige cautelas e restrições muito sérias. Isso significa que a validade de futura contratação e a instauração da licitação dependem não apenas das exigências contidas na Lei nº 8.666/1993, mas também das disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁵

16. Do exposto, constata-se que não restam dúvidas de que os procedimentos licitatórios referentes a obras, serviços e compras, assim como os casos de contratação direta através de dispensa e de inexigibilidade de licitação, somente poderão ser iniciados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 656.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, op. cit., p. 137

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, op. cit., p. 138.

das obrigações decorrentes, sendo esta também a posição adotada em diversos precedentes do Tribunal de Contas da União.⁶

AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

17. Prosseguindo a análise, verifica-se que a legislação é silente quanto à questão da necessidade ou não de emissão de empenho ou de pré empenho como condição para a instauração de procedimentos licitatórios.

18. Não obstante, deve prevalecer o entendimento no sentido de que a utilização de pré empenho consiste em instrumento possível, facultado e disponível, mas não um dever de caráter cogente, ou seja, obrigação a que a Administração deva ser compelida a cumprir, e de que bastaria Declaração de disponibilidade orçamentária — que ateste a prévia dotação orçamentária do ente, para fins de instauração de procedimentos licitatórios.

19. Em relação ao princípio da legalidade, vale mencionar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize⁷.

20. Portanto, não há como condicionar a instauração de procedimentos licitatórios à prévia emissão de empenho ou de pré empenho, por não haver previsão expressa em lei nesse sentido, e em decorrência do próprio princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal).

6 Nesse sentido: Acórdão TCU n. 1.405/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. em 09.08.2006, D.O.U. de 11.08.2006; Acórdão TCU n. 2.158/2011, Segunda Câmara, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 05.04.2011, D.O.U. de 11.04.2011; Acórdão TCU n. 2.672/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 05.10.2011; Acórdão TCU n. 2272/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 24.08.2011; Acórdão TCU n. 11.196/2011, Segunda Câmara, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 22.11.2011; Acórdão TCU n. 53/2012, Plenário, rel. Min. Ana Arraes, j. em 18.01.2012; Acórdão TCU n. 1.073/2012, Segunda Câmara, rel. Min. José Jorge, j. em 28.02.2012, D.O.U. de 02.03.2012.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 95.

21. Na hipótese de ausência de empenho ou de pré empenho, a mencionada Declaração do ordenador de despesa do ente deve atestar, de forma inequívoca, a existência de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes, para fins de instauração de procedimentos licitatórios, e também nas hipóteses de instauração de procedimento de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, em razão de contratação e/ou de pagamentos futuros deles resultantes.

22. Ademais, ressalte-se a necessidade de um dever de previsão e acompanhamento rigoroso, pela Administração, em relação à disponibilidade de créditos orçamentários de cada ente, na hipótese de ausência de empenho ou de pré empenho na instauração de procedimentos licitatórios. Isto porque a licitação e futura contratação vão resultar na redução dos valores disponíveis nos créditos orçamentários do ente.

23. Nesse sentido, além da previsão de recursos orçamentários, é indispensável verificar-se a adequação financeira da futura contratação. Isso significa o exame dos recursos disponíveis no momento da abertura da licitação, e da consideração às receitas e despesas futuras. O ordenador de despesa tem o dever de manifestar-se, indicando se a realização das despesas e o ritmo das receitas permitem estimar a existência de recursos suficientes para propiciar a liquidação oportuna das despesas derivadas da contratação.⁸

24. A Lei nº 8.666/1993 não impõe a necessidade de prévia liberação dos recursos financeiros para dar-se início à licitação. Basta existir a previsão de recursos orçamentários.⁹ Nesse sentido, cabe destacar recente decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, de que a Lei nº 8.666/1993 não exige a disponibilidade financeira para a realização da licitação, mas tão somente que haja previsão de recursos na lei orçamentária:

[...]

A Lei nº 8.666/93 exige para a realização de licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários..., op. cit., p. 140.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários..., op. cit., p. 169.

cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da Administração ter o recurso disponível ou liberado) antes do início da licitação), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária.¹⁰

25. Logo, verifica-se que a instauração da licitação não pressupõe a liberação dos recursos, mas se vincula à existência concomitante de: I) previsão na lei orçamentária; II) realização satisfatória das receitas e despesas, que permita inferir a possibilidade de disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos necessários. A ausência de um desses dois dados inviabiliza a instauração da licitação.¹¹

26. O empenho e o pré empenho consistem em institutos de direito financeiro, e ferramentas de gestão dos recursos orçamentários. A emissão de empenho consiste em instrumento de programação, de controle e de execução do orçamento, bem como espécie de garantia do pagamento. Em relação ao pré empenho, é utilizado para registrar o crédito orçamentário pré comprometido, tratando-se de documento utilizado para fazer bloqueio de dotações no sistema, com a finalidade de atender a projetos que não estejam em condições de serem empenhados. Ao realizar o pré empenho, o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal — SIAFI realiza a seguinte operação: a UG/Gestão debita a conta Crédito Disponível e credita a conta Crédito Pré Empenhado.

27. Existem entes da Administração que adotam a prática de emissão de pré empenho para a instauração de procedimentos licitatórios, enquanto outros alegam que a adoção deste procedimento acaba por interferir no modus operandi inerente aos setores de orçamento e finanças que integram a estrutura de cada órgão ou ente da Administração.

28. Portanto, conforme visto anteriormente, não há como condicionar a instauração de procedimentos licitatórios à emissão de empenho ou de pré empenho, por ausência de previsão expressa em lei nesse sentido. Essa interpretação decorre do próprio princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal).

10 Recurso Especial nº 1.141.021-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 21 ago. 2012, publicado no D.J.E. de 30 ago. 2012.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários..., op. cit., p. 140.

DA NECESSIDADE DE EMISSÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

29. Ressalte-se, por outro lado, que é necessária a emissão de empenho antes da celebração do contrato ou de instrumento congênere, sejam eles decorrentes de procedimentos licitatórios ou através de procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Isto porque o momento de celebração do contrato administrativo consiste em situação distinta em relação ao momento de instauração do procedimento licitatório.

30. No que diz respeito à exigência de previsão de dotação orçamentária para o objeto que se pretende contratar, existe a obrigatoriedade de prévio empenho para a realização da contratação, conforme determina o art. 60 da Lei nº 4.320/1964, o mesmo acontecendo em relação à necessidade de previsão no Plano Plurianual quando se tratar de obra ou serviços cuja duração exija previsão em mais de um exercício orçamentário.¹²

31. De acordo com o art. 61 da Lei nº 4.320/1964, o empenho será extraído através de um documento denominado de nota de empenho — NE, que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria. Portanto, exige-se a efetiva disponibilidade dos recursos orçamentários por ocasião da celebração do contrato, o qual por sua vez resulta na realização de despesa futura. Em decorrência, existe a obrigatoriedade de prévio empenho antes da celebração do contrato.¹³

32. Essa obrigatoriedade de empenho para a realização de contratação também decorre da sistemática de liquidação de despesa estabelecida pelo art. 63, § 2º, inc. II, da Lei nº 4.320/1964. A liquidação de despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base o contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho, e os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

33. A necessidade de empenho para a realização de contratação também decorre do disposto no art. 73, caput, do Decreto-lei nº 200/1967, o qual estabelece que nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte ou quando imputada dotação imprópria, sendo

12 OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Comentário..., op. cit., p. 9.

13 Nesse sentido: Acórdão TCU n. 420/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 30.04.2003, D.O.U. de 09.05.2003; Acórdão TCU n. 675/2008, Primeira Câmara, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. em 11.03.2008, D.O.U. de 14.03.2008.

vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda aos limites previamente fixados em lei.

34. Cabe ressaltar ainda que a necessidade de emissão de empenho antes da celebração do contrato ou de instrumento congênere, sejam eles decorrentes de procedimentos licitatórios ou através de procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, também decorre do disposto no art. 2º da Instrução Normativa SEAP Nº 03, de 31 de março de 1999:

Art. 2º As notas de empenho, relativas a compra de bens ou contratação de obras ou serviços, a serem emitidas pelos órgãos ou entidades mencionados no artigo antecedente, independentemente de se originarem de processo licitatório, inexigibilidade ou dispensa de licitação deverão, preliminarmente, ser informadas no COMPRASNET, sob pena de inviabilização das compras ou contratações delas decorrentes, qualquer que seja a sua natureza.

Parágrafo único. O lançamento das informações será efetivado, automaticamente, por meio de rotinas específicas do Sistema de Registro de Preços — SIREP.

35. A regra do empenho impõe aos gestores públicos uma organização mais atenciosa na execução orçamentária, na medida em que uma das características do empenho é exatamente reservar determinada parcela do orçamento para o adimplemento da obrigação nele descrita, garantindo-se assim que as obrigações assumidas tenham a devida garantia orçamentária para o seu adimplemento.¹⁴

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES CAPAZES DE GERAR DESPESAS FUNDADAS EM AÇÕES CLASSIFICADAS COMO PROJETOS PELA LOA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PARECER Nº 01/2012/GT359/DEP-CONSU/PGF/AGU.

36. Ressalte-se, ainda, por estar relacionado com o objeto do presente Parecer, o que consta na CONCLUSÃO DEPCONSUS/PGF/AGU Nº 01/2012, referente ao PARECER Nº 01/2012/GT359/DEPCONSUS/

14 MILANEZ, Felipe Comarela. As fases de execução das despesas públicas na Lei nº 4.320/64 e a regra do empenho prévio. *Revista Brasileira de Direito Municipal* — RBDM, Belo Horizonte, n. 19, ano 7, jan./mar. 2006, p. 9. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34571>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

PGF/AGU, elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria PGF nº 359, de 27 de abril de 2012, e aprovado pelo Procurador-Geral Federal em 25 de julho de 2012. A Conclusão do referido Parecer tece algumas considerações que consistem em condição prévia para a realização de empenho, e para a realização de licitação de serviços, fornecimentos de bens ou execução de obras, mas que somente são aplicáveis em relação às ações classificadas como Projetos pela Lei Orçamentária Anual:

As exigências do art. 16, incisos I e II, da LRF somente se aplicam às licitações e contratações capazes de gerar despesas fundadas em ações classificadas como projetos pela LOA. Os referidos dispositivos, portanto, não se aplicam às despesas classificadas como atividades (despesas rotineiras).

37. Portanto, caso a Administração Pública não tenha informado a classificação da ação por tipo, e os documentos e estudo previstos no art. 16, inc. I e II, da Lei Complementar nº 101/2000 — LRF não tenham sido produzidos e acostados ao respectivo processo administrativo, o órgão de execução da PGF que presta consultoria deve condicionar a aprovação de minutas à verificação, pelo ente administrativo, se a ação que ampara a despesa foi classificada como Projeto ou Atividade na Lei Orçamentária Anual.

38. Desde logo, o Procurador Federal deve ressaltar que se a despesa suscitar ação do tipo Projeto, haverá a necessidade de realização da estimativa de impacto orçamentário-financeiro, e de expedição de Declaração do ordenador da despesa (art. 16, caput, inc. I e II, da Lei Complementar nº 101/2000 — LRF), sob pena de incidência do art. 15 da mesma lei.

39. Ante o exposto, tendo em vista a fundamentação apresentada no presente Parecer, posiciona-se no seguinte sentido:

- a) Que os procedimentos licitatórios referentes a obras, serviços e compras, assim como os procedimentos de contratação direta por meio de dispensa e de inexigibilidade de licitação, somente poderão ser iniciados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes, com fundamento no art. 167, inc. I e II, da Constituição Federal, no art. 37, inc. IV, da Lei Complementar nº 101/2000, e no art. 7º, caput, § 2º, inc. III, e § 9º, no art. 14, no art. 38 e no art. 55, inc. V, todos da

Lei nº 8.666/1993, sendo esta também a posição adotada em diversos precedentes do Tribunal de Contas da União;

- b) Que para fins de instauração de procedimento licitatório, a emissão de empenho ou de pré empenho não é obrigatória, em razão de ausência de previsão expressa em lei nesse sentido e, na sua ausência, pode ser suprida por Declaração do ordenador de despesa do ente que ateste a previsão de recursos orçamentários;
- c) Que é necessária a realização de empenho antes da celebração de contrato, que resulte em dispêndio de recursos públicos, sejam eles decorrentes de procedimentos licitatórios, assim como os de dispensa e de inexigibilidade de licitação, com fundamento nos arts. 60, caput, 61, e 63, § 2º, inc. II, todos da Lei nº 4.320/1964, no art. 73, caput, do Decreto-lei nº 200/1967, e no art. 2º da Instrução Normativa SEAP Nº 03/1999;
- d) Que seja observado o que consta na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 01/2012, referente ao PARECER Nº 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, no sentido de que as exigências do art. 16, inc. I e II, da Lei Complementar nº 101/2000 – LRF somente se aplicam às licitações e contratações capazes de gerar despesas fundadas em ações classificadas como Projetos pela Lei Orçamentária Anual, e que os referidos dispositivos, portanto, não se aplicam às despesas classificadas como atividades (despesas rotineiras).

À consideração superior.

Brasília-DF, 10 de outubro de 2012.

Flavio Hiroshi Kubota
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos

(Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília-DF, de outubro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 04/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília-DF, de outubro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 17/2012

AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO.

- I. Os procedimentos licitatórios referentes a obras, serviços e compras, assim como os procedimentos de contratação direta por meio de dispensa e de inexigibilidade de licitação, somente poderão ser iniciados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes.
- II. Para fins de instauração de procedimento licitatório, a emissão de empenho ou de pré empenho não é obrigatória, em razão de ausência de previsão expressa em lei nesse sentido e, na sua ausência, pode ser suprida por Declaração do ordenador de despesa do ente que ateste a previsão de recursos orçamentários.
- III. É necessária a realização de empenho antes da celebração de contrato, que resulte em dispêndio de recursos públicos, sejam eles decorrentes de procedimentos licitatórios, assim como os de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N.º 05/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N.º: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO EXIGIR PAGAMENTO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA.

I. A hodierna jurisprudência do TCU tem sido favorável à fixação de piso acima do teto, desde que atendidos os requisitos aplicáveis ao caso.

II. Reafirmação da necessidade de obedecer ao piso da categoria independentemente de se tratar de serviços contratados por postos de trabalho ou medidos e pagos por resultado.

III. Entendimento firmado pela viabilidade de ser fixados valores acima do piso da categoria, mas, nesse caso, apenas nos serviços contratados por postos de trabalho, desde que devidamente fundamentada a medida e justificado o valor adotado em respectiva pesquisa de mercado.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da fixação de salário acima do piso da categoria nas contratações cujo objeto envolva dedicação exclusiva de mão-de-obra. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

I. DO PROBLEMA NORMATIVO

5. A discussão acerca da possibilidade de a Administração estabelecer uma remuneração mínima a ser paga aos empregados alocados em contrato de prestação de serviços que envolva dedicação exclusiva de mão-de-obra (terceirização) decorre de possível antinomia existente na Lei 8.666/93.

6. Ao dispor sobre as cláusulas necessárias ao edital de licitação, o art. 40 da Lei, ao mesmo tempo em que recomenda a fixação de valores tidos como inaceitáveis (critérios de aceitabilidade de preço), veda expressamente a fixação de preços mínimos, *in verbis*:

Art. 40. O *edital conterá* no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

(grifamos)

7. Note-se que o inciso ressalva os §§1º e 2º do art. 48, mas os dispositivos tratam de contrato de obras ou serviços de engenharia, não resolvendo o problema ora em apreço.

8. A alegada contradição é entre a vedação de fixação de preço mínimo e o que estabelece o §3º do art. 44 da mesma Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(grifamos)

9. Observe-se que o dispositivo é claro em não admitir preços incompatíveis com os valores de mercado dos salários, inaugurando aqui a dita contradição da norma: ao passo em que veda o estabelecimento

de preços mínimos, a Lei manda não admitir preços (inclusive salários) incompatíveis com os de mercado, independente de previsão no ato convocatório. O §4º, inclusive, destaca a questão da mão-de-obra e dos insumos estrangeiros.

10. Numa licitação bem planejada, com robusta pesquisa de mercado, é possível que o gestor já saiba, de antemão, os preços que sejam incompatíveis com a natureza do serviço a ser contratado, estabelecendo esses valores no edital. Sucede que a previsão editalícia nesse sentido violaria a regra do art. 40, X, da Lei 8.666/93, residindo aí a contradição legal a ser dirimida. Ao comentar esta última questão (fixação de preço mínimo), Marçal Justen Filho contextualiza o tema:

Essa questão tem de ser enfrentada com cautela, especialmente tendo em vista experiências negativas do passado e a nova sistemática trazida pela Lei nº 9.678/98.

[...]

[...] a Administração tem tido amargas experiências com propostas inexequíveis. É frequente licitante, atuando de má-fé, propor-se a executar certo objeto por preço inferior ao seu próprio custo. [...]

Esses motivos conduziram, no passado, ao surgimento da licitação de “preço-base”. A figura consistia no estabelecimento de limites de admissibilidade de variações de preços, tomando por base certo valor estimado pela Administração. Assim, considerava-se o orçamento estimado e se determinava que as propostas poderiam variar em até, por exemplo, 20%. Propostas cujos valores ultrapassassem as margens de variação seriam automaticamente desclassificadas. O sistema acabou produzindo enormes desvios éticos, especialmente quando a Administração passou a manter em sigilo as margens de variação admissíveis. Então, essa informação se transformava no fator decisivo da vitória. Vencia a licitação quem tivesse acesso ao critério escolhido pela Administração e mantido em segredo dos demais licitantes.

A Lei 8.666 excluiu a admissibilidade de licitações de preço-base. Com isso retornaram à cena os problemas de propostas inexequíveis. Daí a tentativa de solução através da reforma trazida pela Lei nº 9.648. [...]¹.

1 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 387-388.

11. Quando trazida para o contexto atual da contratação de serviço que envolve dedicação exclusiva de mão-de-obra, o problema não diz exatamente com a inexequibilidade, mas principalmente com o ônus da responsabilidade trabalhista por parte da Administração. O tema suscita ainda questões outras como a boa prestação do serviço contratado (eficiência) e os postulados constitucionais referentes à valorização do trabalho humano em que se funda a ordem econômica (art. 170, *caput*, CF).

II. DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

12. O Tribunal de Contas da União há muito debate sobre o tema ora em apreço, merendo registro os casos paradigmáticos.

13. Numa primeira discussão mais específica (Acórdão 256/2005-Plenário), o Min. Marcos Vinícios Vilaça entendeu que não infringiria o inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93 o estabelecimento de pisos para categorias que não o possuíssem já normatizados por convenções ou acordos coletivos. O tratamento desigual implicaria injusta distinção em benefício das categorias melhor organizadas. Além disso, alegou o Ministro, seria preciso ponderar questões de eficiência e se questionar a que custos se estaria conseguindo a proposta mais vantajosa.

14. Outro substancioso julgado que se debruçou sobre o tema, resgatando a decisão supracitada, foi o Acórdão 290/2006-Plenário, muito citado em julgados mais recentes do TCU. Nele o Min.-Relator Augusto Nardes salienta que a utilização de um salário-base não implicaria necessariamente um “preço mínimo” para o serviço, que se compõe de outros custos, como o lucro, não obstante seja o salário o componente mais relevante. Conclui nos seguintes termos:

21. Ao arrimo do ensinamento exposto, considero que o aludido dispositivo da Lei de Licitações (art. 40, inciso X) não deve ser aplicado *Stricto sensu*, vez que não se apresenta completo em seu enunciado, mas, antes, deve este Tribunal considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto e o interesse público.

15. Dois anos depois, no Acórdão 614/2008-Plenário, o Min.-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti registrava no seu voto que a matéria ainda não era pacífica no âmbito da Corte. O julgado, à época, restou ementado da seguinte forma:

MONITORAMENTO DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA FASE DE JULGAMENTO DE PREÇOS. FIXAÇÃO DE PISOS SALARIAIS PARA AS CATEGORIAS PROFISSIONAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. ANÁLISE DE AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1 - A *fixação de pisos salariais em editais de licitação* de execução indireta de serviços *é vedada* porque constitui infração ao disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, *não sendo*, portanto, *admitida* na *licitação de serviços de tecnologia da informação*, que *devem ser pagos por medição de resultado*, e também em outras licitações de execução indireta de serviços, *sejam eles pagos por resultado, sejam eles pagos por disponibilidade, sejam eles baseados na alocação de postos de trabalho*.

2 - No caso de *execução indireta e contínua de serviços* baseada na *alocação de postos de trabalho* abrangendo *categoria profissional amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria*, determinando o respectivo *valor salarial mínimo*, a *Administração*, embora não deva *fixar valores mínimos*, *poderá exigir*, no ato *convocatório* do certame e no *contrato*, o *cumprimento do pacto laboral* daqueles que a ele estão sujeitos.

(grifamos)

16. Distinguiu-se, portanto, o caso em que se contrata com base na alocação de postos de trabalho daqueles em que se paga por resultado. Nestes (por resultado), não poderia a Administração exigir qualquer tipo de piso. Já naqueles (postos de trabalho), a Administração *poderia exigir* o cumprimento do pacto laboral. Como restará demonstrado mais adiante, o cumprimento dos pactos laborais não é uma faculdade, mas um dever da Administração.

17. As determinações do referido Acórdão foram mais enfáticas do que a Ementa, a saber:

9.3. determinar à [...] que:

[...]

9.3.3. *observem as seguintes linhas de conduta na formulação de editais de licitação e na gestão de contratos de execução indireta e contínua de serviços:*

9.3.3.1. *para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os baseados na alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes;*

9.3.3.2. *é vedada a fixação de piso salarial para serviços que devem ser medidos e pagos por resultados;*

9.3.3.3. *no âmbito do Contrato n. 24/2006 e em outros termos ajustados com a Administração Pública em que os respectivos editais de licitação fixaram os pisos salariais das categorias profissionais executoras dos serviços, o órgão contratante deverá efetuar os seguintes controles, entre outros que entenda necessários:*

9.3.3.3.1. *com fundamento nos arts. 54, § 1º, in fine, e 55, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993, adotar as providências necessárias ao aditamento do contrato com vistas a explicitar que a empresa contratada se obriga a pagar os salários lançados em sua proposta;*

9.3.3.3.2. *fiscalizar periodicamente o efetivo pagamento dos valores salariais lançados na proposta contratada, mediante a verificação das folhas de pagamento referentes aos meses de realização dos serviços, de cópias das carteiras de trabalho dos empregados, dos recibos e dos respectivos documentos bancários, entre outros meios de fiscalização cabíveis;*

[...]

9.5. *dar ciência deste acórdão, acompanhado do relatório e da proposta de deliberação e voto revisor que o fundamentam, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) para inclusão das orientações contidas no subitem 9.3.3 retro no modelo de licitação e contratação de serviços de informática para*

a Administração Pública Federal formulado em atendimento ao Acórdão n. 786/2006-Plenário;

(grifamos)

18. Observa-se, portanto, a necessária vinculação da licitação às normas coletivas de trabalho (9.3.3.1), mas há aparente vedação de se fixar piso naqueles serviços pagos por resultado (9.3.3.2). No que toca à fiscalização, há recomendações bastante precisas: a Administração deve zelar pelo cumprimento da proposta, mais especificamente, pelo pagamento dos valores exigidos na licitação e prometidos pela contratada.

19. Em Acórdãos mais recentes, o TCU resgata o entendimento da possibilidade de se fixar piso mínimo, desde que obedecidos os pressupostos do Acórdão 256/2005-Plenário. Confirma-se, por exemplo, o Acórdão 3894/2011 – Segunda Câmara, no qual a unidade técnica registra que a tendência atual da jurisprudência da Corte seria no sentido do Acórdão 614/2008-P. Contudo, no seu voto, o Min. Aroldo Cedraz pondera:

25. *Embora seja possível a fixação de valores mínimos, consoante reconheceu o acórdão 256/2005 – Plenário, desde que o procedimento seja “realizado de forma clara, objetiva e fundamentada, devendo, ainda, restar adequadamente documentado no processo”, as justificativas do responsável devem ser rejeitadas, posto que não há nos autos qualquer indício de pesquisa ou justificativa que fundamente os pisos fixados, o que afasta a possibilidade de eventual afastamento da restrição contida no inciso X do art. 40 da Lei 8.666/1993.*

(grifamos)

20. Em Acórdão anterior, mas do Plenário (Acórdão 3006/2010-P), a unidade técnica manteve a linha de orientação do julgado antes mencionado, destacando a incerteza do Tribunal quanto ao tema na época da licitação avaliada, entendimento acolhido pelo Min.-Relator. No entanto, a redação do Acórdão deixou margem para a utilização de salários-base superiores ao piso, desde que devidamente fundamentado o ato, a saber:

9.3. alertar o [...] quanto às demais impropriedades detectadas na condução do Pregão Eletrônico nº 76/2006, em relação às seguintes questões:

9.3.1. *previsão de pagamento de salários superiores aos fixados pela Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, sem a formalização, no processo licitatório, da devida fundamentação, em descumprimento ao art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, e entendimento deste Tribunal firmado pelo Acórdão TCU nº 1.122/2008;*

(grifamos)

21. Nota-se que a determinação não se fundamenta na posição restritiva do Acórdão 614/2008-P, mas naquela do Acórdão 1122/2008-P, julgado do mesmo ano e do mesmo Colegiado, mas em sentido contrário. Convém, pois, reproduzir a recomendação que constou expressa do referido Acórdão 1122/2008-P:

9.2. determinar à [...], com base no inciso II do art. 250, que:

[...]

9.2.2. *apresente a devida fundamentação caso decida fixar a remuneração em valores superiores ao piso salarial das categorias profissionais a serem contratadas por meio de licitações de serviços terceirizados;*

(grifamos)

22. Em recente Acórdão (189/2011-Plenário), no âmbito do qual o Ministério Público junto ao TCU defendeu a possibilidade excepcional de fixação de piso salarial acima do mínimo como medida de exceção apta a combater o aviltamento salarial dos trabalhadores, o Min. José Múcio Monteiro deixou consignado em seu voto que:

12. Ante a natureza da matéria, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, que [...], apenas ressaltando que a análise das justificativas relativas à fixação de salário base deveria ser feita à luz da *nova jurisprudência desta Corte de Contas* no sentido de que a regra de vedação de fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços comporta exceções (Acórdãos nºs 256/2005-TCU-Plenário, 290/2006-TCU-Plenário, 1.327/2006-TCU-Plenário, 332/2010-TCU-Plenário, 1.584/2010-TCU-Plenário, entre outros).

[...]

14. Diante disso, entendo que pode ser afastada a audiência do pregoeiro e dos membros da comissão especial de licitação com relação à fixação de salário base no prego em foco, uma vez que tal tipo de procedimento passou a ser admitido como legítimo em inúmeros julgados deste Tribunal.

(grifamos)

23. Assim, a conclusão que se retira é que existem duas posições bem claras no TCU: a do Acórdão 256/2005-P, entendendo possível o estabelecimento de remuneração mínima, desde que cumpridos alguns requisitos de modo a justificar a exigência, e a do Acórdão 614/2008-P, que somente admite a exigência de piso salarial quando vinculado a instrumentos coletivos de trabalho e ainda assim se a contratação basear-se em postos de trabalho, não em pagamento por resultado.

24. Observa-se, contudo, que a jurisprudência recente do TCU tem admitido, em caráter excepcional, a fixação de pisos salariais acima do mínimo, desde que cumpridos alguns requisitos, tais como a comprovada adequação e necessidade da medida e a exposição das devidas justificativas, os quais serão abordados mais à frente.

III. DA NECESSÁRIA VINCULAÇÃO AOS PISOS DAS CATEGORIAS

25. Embora o item 9.3.3.2 do Acórdão 614/2008-P tenha previsto ser “vedada a fixação de piso salarial para serviços que devem ser medidos e pagos por resultados”, é preciso deixar claro que não se trata do piso salarial estabelecido em convenções e acordos coletivos.

26. Isso significa dizer que mesmo nas licitações em que prevista a medição e o pagamento por resultado, havendo mão-de-obra alocada exclusivamente no contrato, a empresa contratada não se exime de cumprir as obrigações laborais pelo só fato de a Administração pagar-lhe conforme a produtividade.

27. Vale lembrar que, em relação às fontes, o Direito do Trabalho tem a peculiaridade de admitir a criação de normas jurídicas pelos próprios sujeitos de direito. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 611, define a convenção coletiva de trabalho como “acordo de caráter normativo” (grifamos). No dizer que Mauricio Godinho Delgado,

“as convenções coletivas, embora de origem privada (*normas autônomas*), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*”². Os acordos coletivos têm efeitos mais restritos, mas se assemelham às convenções no que toca à força normativa³.

28. A desobediência a essas normas, tal qual em relação às leis em sentido formal, gera sanções, as quais podem repercutir inclusive no patrimônio da Administração. Entre a lei e o contrato, não se deve ignorar o intermédio desses instrumentos coletivos, a reger as relações trabalhistas como se verdadeiras leis fossem.

29. Assim, ao planejar uma licitação, seja ela com base no sistema de postos de trabalho (pagamento simplesmente pelo número de empregados à disposição) seja no pagamento por resultado (a mão-de-obra é disponibilizada, mas se exigem algumas metas e resultados para fins de medição e pagamento), deverá o contratado pagar o piso salarial estabelecido nas normas aplicáveis a cada caso, sendo necessário à Administração, portanto, orçar o seu custo, julgar as propostas e depois fiscalizar com base nessa premissa.

30. O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes nesse sentido, o que ajuda a entender a dirimir possível confusão na orientação do TCU acima citada:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO – POSTOS DE TRABALHO – FORMAÇÃO DO CUSTO – JORNADA DE 12X36 – LEGALIDADE.

1. Os *editais de licitação devem*, na formação dos custos, *observar todas as normas de proteção ao trabalhador*, sendo certo que *os certames*, cujo *objeto toque relação laboral* regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, *devem pautar a composição do custo* do serviço com a *observância também das Convenções Coletivas*.

[...]

² Curso de Direito do Trabalho. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 159.

³ Idem, p. 160.

(RMS 28.396/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 09/06/2009) – grifamos

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. PISO SALARIAL DA CATEGORIA DE MOTORISTAS E COBRADORES. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

[...]

2. Na concorrência pública, a administração tem o poder discricionário de fixar, no edital, os valores de remuneração salarial dos empregados das empresas concorrentes, quando tais valores vierem a influir nos custos dos serviços públicos objeto da concorrência. Assim, não há ilegalidade na observância pela administração do piso salarial estabelecido em Acordo Coletivo de Trabalho que vincula apenas uma determinada empresa (a signatária), quando o valor nele previsto é adotado apenas como parâmetro. Ilegalidade haveria se tal critério viesse a burlar a legislação trabalhista, no sentido de fixar piso salarial inferior ao estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho que abrangesse a região onde os serviços públicos seriam prestados.

[...]

(REsp 796.388/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 05/09/2007, p. 236) – grifamos

31. No mesmo sentido do que ora se defende, a IN/SLTI/MPOG nº 02/2008, ao disciplinar a contratação de serviços no âmbito da Administração Federal, deixou clara a vinculação das propostas dos licitantes aos acordos e convenções coletivas respectivas. São exemplos disso o art. 19, IX; o art. 20, III; o art. 29, §3º, II; o art. 34, §5º, I, j, etc. Tudo isso é exigido sem mencionar se o contrato é medido e pago por resultado ou por simples alocação de postos de trabalho.

32. A título de argumentação, reforça a importância do piso salarial a previsão constante da recente Lei 12.690/2012. Ao disciplinar as cooperativas, a norma garantiu aos cooperados “retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo [...]” (art. 7º, I).

33. Concluindo esse ponto, consigna-se que a obediências aos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho é obrigação da Administração em qualquer contrato em que haja dedicação exclusiva de mão-de-obra, seja ele baseado na alocação de postos de trabalho seja medido e pago por resultado. Por via de consequência, a exigência editalícia de obediência a essas normas coletivas, antes de implicar violação do inciso X, do art. 40 da Lei 8.666/93, na verdade revela simples cumprimento da legislação trabalhista que subsidia a contratação.

IV. DA POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE ESTABELEECER SALÁRIOS ACIMA DOS PISOS ESTABELECIDOS

34. Conforme noticiado mais acima, o TCU tem posição recente permitindo a fixação de salário acima do mínimo, embora ainda haja questionamentos internos acerca da legalidade da medida.

35. Nos julgamentos mais permissivos, a Corte destacou algumas vantagens da utilização de pisos salariais acima dos mínimos normativamente estabelecidos, tais como: a segurança das empresas quanto ao salário a ser minimamente obedecido, não oscilando necessariamente de acordo com a categoria ou sindicato de cada empresa/categoria, permitindo à empresa maior previsibilidade em relação aos seus custos; a redução do risco quanto à alocação de mão-de-obra qualificada; a prevenção ao aviltamento salarial dos profissionais terceirizados.

36. Analisando pragmaticamente a questão, melhor que se dê publicidade ao critério utilizado pela Administração do que, sem previsão editalícia, desclassificar-se uma proposta por incompatibilidade com os preços de mercado na forma do art. 44, §3º. Evita-se, assim, problemas do passado como o registrado por Marçal Justen Filho e reproduzido neste Parecer (item 10, supra).

37. Quanto à questão legal de se estar estabelecendo preço mínimo em confronto à disposição legal do inciso X do art. 40 da Lei de Licitações, vale o esclarecimento de que, na contratação por postos de trabalho, o salário é apenas um – embora o mais relevante – dos componentes do custo, que ainda depende de valores como insumo e lucro. Assim, o valor do salário não se identifica com o valor total do posto quicá com o valor total do serviço. A isso, alie-se o comando do §3º do art. 44, que

manda a Administração estabelecer e avaliar valores compatíveis com o de mercado, o qual, a depender das peculiaridades do caso concreto, pode não se identificar com o mínimo normativamente estabelecido.

38. É possível, ainda, que a terceirização seja estratégica para a atividade desempenhada no órgão, a exigir pessoal mais qualificado ou responsabilidades adicionais, a exemplo do serviço de limpeza em hospitais e da segurança em bancos ou aeroportos, para ficar com apenas dois exemplos hipotéticos. No Acórdão 3066/2010-P, entendendo admissível a fixação de salários acima do piso, o TCU levou em conta que:

[...] o processo de mudança de suporte do acervo arquivístico envolve diversas etapas de alta complexidade no tratamento técnico dos conjuntos documentais, inclusive com valor histórico de relevância social, cultural e científica, cuja manipulação requer os cuidados necessários à salvaguarda e à preservação da autenticidade para fins de prova legal, exigindo a atuação de profissionais especializados na execução dos referidos serviços [...].

39. A posição contrária à fixação de piso salarial acima do mínimo normatizado tem-se, muitas vezes, sustentado no art. 3º da Lei de Licitações, notadamente quando diz que um dos objetivos do certame é “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, o qual restaria malferido, na medida em que se tolhia dos licitantes a possibilidade de minimizar seus custos fixando os salários no mínimo que o ordenamento jurídico permite.

40. De início, vale destacar que proposta mais vantajosa não significa, necessariamente, proposta de menor valor, o que já seria suficiente para desconstituir o argumento calcado no dispositivo legal acima. Conforme registrou o Min. Marcos Vinícius Vilaça, em seu voto no Acórdão 256/2005 TCU-Plenário, “o pagamento de salários mais baixos tende, naturalmente, à seleção das pessoas menos capacitadas ou, no mínimo, contribui para o descontentamento dos contratados, afetando a sua eficiência e produtividade”. Além disso, a exigência de piso superior ao mínimo não fulmina a competição, de modo que, dentro dos requisitos estabelecidos, é possível que a Administração encontre, ainda assim, a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela de custo mais baixo.

41. Por oportuno, cite-se que, além da proposta mais vantajosa, a Lei 12.349/2010, trouxe um novo objetivo ao procedimento denominado

licitação: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, no que se inclui a garantia de direitos sociais aos trabalhadores, que se reflete numa remuneração compatível com a natureza e a complexidade da atividade. O aviltamento dos salários dos terceirizados na Administração Pública, como mencionado, foi uma das preocupações do TCU em entendimento recente a favor a estipulação de pisos superiores ao mínimo.

42. Não deve a Administração, contudo, adotar aleatória e indiscriminadamente, valores acima dos pisos legalmente estabelecidos. Na linha do que entende o TCU, devem restar devidamente justificadas no processo administrativo as razões por que não se utiliza simplesmente o piso. Devem-se juntar aos autos, ainda, os elementos utilizados para fixação da remuneração mínima em patamar superior ao piso.

43. Nos casos em que a categoria não seja sindicalizada, a adoção pura e simples do salário mínimo, por exemplo, pode não se mostrar adequada, facultando-se à Administração proceder à competente pesquisa de mercado para, com base nela, poder fixar o piso que utilizará na licitação.

44. Resgatando entendimento do TCU sobre o tema, alguns requisitos devem ser preenchidos para a fixação de salário-base acima do piso salarial da categoria, tais como: fundamentar clara e objetivamente nos autos a adoção de piso superior e realizar pesquisa de mercado que dê embasamento ao valor a ser adotado. Um dos fundamentos para adoção de piso superior ao mínimo, conforme já considerou o TCU, poderia ser a realização de uma atividade mais complexa, que exigisse recurso humano mais qualificado, mas a rotina administrativa pode oferecer inúmeros outros fundamentos, os quais devem ser postos nos autos, a fim de legitimar a medida.

45. Ainda segundo a jurisprudência e os argumentos da Corte de Contas, não parece condizente com o princípio da razoabilidade a adoção de piso salarial superior ao mínimo para contratações medidas e pagas por resultado. A imposição de metas e o pagamento vinculado a sua consecução parece suficiente para garantir a qualidade dos serviços, a qualificação técnica da equipe e, por consequência, salários condizentes com a natureza e complexidade do trabalho. Assim, além de desnecessária e inadequada, a fixação de salários superiores ao piso, nesses casos, não se mostra razoável.

V. CONCLUSÃO

46. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) Nas contratações que envolvam dedicação exclusiva de mão-de-obra, sejam aquelas por alocação de postos de trabalho sejam aquelas medidas e pagas por resultado, a administração está obrigada a obedecer aos pisos salariais das categorias;
- b) É admitida, excepcionalmente, a fixação de salário acima do piso da categoria nas contratações por postos de trabalho, sendo vedada naquelas em que o serviço é medido e pago por resultados;
- c) Quando utilizar-se da fixação de salário acima do piso da categoria, a administração deverá fazer constar expressamente dos autos fundamentação clara e objetiva que demonstre a necessidade e adequação da medida, com respaldo em estudos aptos a comprovar o valor adotado, o ganho de eficiência esperado, a especificidade dos serviços, a qualificação diferenciada da mão-de-obra exigida, bem como outros motivos idôneos a fundamentar a excepcionalidade.

À consideração superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 05/2012/GT359/DEPCONS/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 07 de dezembro de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 18/2012

(Piso salarial. Fixação de salário acima do piso da categoria)

I. NAS CONTRATAÇÕES QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA, SEJAM AQUELAS POR ALOCAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO SEJAM AQUELAS MEDIDAS E PAGAS POR RESULTADO, A ADMINISTRAÇÃO ESTÁ OBRIGADA A OBEDECER AOS PISOS SALARIAIS DAS CATEGORIAS;

II. É ADMITIDA, EXCEPCIONALMENTE, A FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NAS CONTRATAÇÕES POR POSTOS DE TRABALHO, SENDO VEDADA NAQUELAS EM QUE O SERVIÇO É MEDIDO E PAGO POR RESULTADOS;

III. QUANDO UTILIZAR-SE DA FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ FAZER CONSTAR EXPRESSAMENTE DOS AUTOS FUNDAMENTAÇÃO CLARA E OBJETIVA QUE DEMONSTRE A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA, COM RESPALDO EM ESTUDOS APTOS A COMPROVAR O VALOR ADOTADO, O GANHO DE EFICIÊNCIA ESPERADO, A ESPECIFICIDADE DOS SERVIÇOS, A QUALIFICAÇÃO DIFERENCIADA DA MÃO-DE-OBRA EXIGIDA, BEM COMO OUTROS MOTIVOS IDÔNEOS A FUNDAMENTAR A EXCEPCIONALIDADE.



TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER N° 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO PARALICITARA CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N° 10.520/02 E DO ART. 6º, INCISOS I E II, DA LEI N° 8.666/93.

I. O conceito de obra pública não se confunde com o de prestação de serviços de engenharia. Quando o art. 1º da Lei n° 10.520/02 apenas se referiu à utilização do pregão na contratação da aquisição de bens e serviços comuns, não contemplou a possibilidade de sua adoção nas licitações de obras públicas, dadas as definições do art. 6º, I e II, da Lei n° 8.666/93. Nesse sentido, o art. 5º do Decreto n° 3.555/00 e o art. 6º do Decreto n° 5.450/05 somente esclareceram aquilo que já estava previsto em lei em sentido formal e material.

II. Com supedâneo nos arts. 4º e 6º do Decreto n° 5.450/05 e na Súmula n° 257 do TCU, a contratação de serviços de engenharia comuns deverá ser licitada por pregão eletrônico ou, na inviabilidade de sua utilização, por pregão presencial.

III. A caracterização do objeto contratual como “obra” ou “serviço de engenharia” ou, ainda, a qualificação do serviço de engenharia como “comum” depende de apreciação de ordem técnica, devendo o Procurador limitar-se a cientificar a Administração Pública da existência dos ditames do art. 6º, incisos I e II, da Lei n° 8.666/93 e da conceituação doutrinária de serviços comuns.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n° 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de discutir se seria cabível a utilização do Pregão para licitar a realização de obras de engenharia.
4. É o relatório.

PREGÃO, LEI Nº 8.666/93 E VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS

5. O pregão é a modalidade de licitação prevista para licitar a aquisição de bens e a contratação da prestação de serviços comuns. No art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, encontra-se uma definição do que seriam bens e serviço comuns:

Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

6. De logo, percebe-se que a lei somente previu o cabimento do pregão para a compra e a contratação da prestação de serviços designados como comuns. Não há qualquer indicação de sua utilização, portanto, para a contratação da realização de obras públicas. Na regulamentação do pregão, inclusive, restou evidente a vedação expressa à contratação

de obras por pregão, seja em sua forma presencial, seja em sua forma eletrônica:

Art. 5º do Anexo I do Decreto n. 3.555/00: *A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.*

Art. 6º do Decreto n. 5.450/05: *A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.*

7. Portanto, em um primeiro momento, fica evidente que não há como negar vigência às redações da Lei nº 10.520/00, do Decreto nº 3.555/00 e do Decreto nº 5.450/00.

8. Não obstante, na jurisprudência do TCU, podem ser encontrados Acórdãos amparando a possibilidade de adoção do pregão para obras:

Quanto ao mérito, destaco inicialmente do acima relatado que a Secex/PE e o Ministério Público junto ao Tribunal concluíram no sentido de que “[...] consoante a interpretação que busca os princípios da eficiência e da legalidade no agir da Administração, temos que a adoção do pregão para os serviços contratados pelo Serpro/PE não violou a Lei nº 10.520/2002 nem o seu decreto regulamentar, posto guardar sintonia com os objetivos buscados por tal norma, considerada a complexidade dos serviços no caso concreto ora analisado, o que implica a improcedência do mérito da presente Representação”.

4. Ainda como razões de decidir, recordo que a Lei nº 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei nº 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto

3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regram-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.

8. No caso ora analisado, o objeto do Pregão 4/2004 do Serpro, aquisição e instalação dos aparelhos de ar condicionado, modelo “Multi Split”, apresenta características padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio (Acórdão n 817/2005 – Primeira Câmara).

Considerando que a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, vem entendendo, com fundamento nos Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, irregular a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da utilização da modalidade de licitação pregão, e que esse entendimento não se alinha àquele que vem sendo firmado no âmbito deste Tribunal.

[...]

v) alertar a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, que este Tribunal vem firmando o entendimento, a exemplo dos Acórdãos 817/2005-TCU-1ª Câmara, 2272/2006-TCU-Plenário e 709/2007-TCU-Plenário, de que a Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização da modalidade de licitação pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem

ou serviço comum, e que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02 (Acórdão n. 5.226/2008 – 2ª Câmara).¹

9. Ressalte-se, contudo, que tais Acórdãos são excepcionais e, de certo modo, parecem fazer confusão com os conceitos de “obra” e de “serviço”, objetos contratuais totalmente diversos à luz do art. 6º, I e II, da lei de licitações.

10. Enquanto “obra” tem a ver com “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação” de um ambiente (art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93), o “serviço” pode ser considerado a contratação de um fazer, uma atividade física e/ou intelectual que, à luz do estatuto licitatório, pode materializar-se em diversos objetos contratuais: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção (art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93).

11. Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 10.520/02, ao indicar que o pregão se destinaria à aquisição de bens e serviços comuns, claramente exclui de sua incidência o objeto contratual obra. Os Decretos regulamentadores, portanto, apenas revelaram, de modo objetivo, aquilo que já estava amparado em lei em sentido formal e material.

12. É certo, contudo, que a doutrina pode utilizar o termo serviço de modo tão abrangente que se poderia tratar a “obra” como uma espécie do gênero “serviço”. Marçal Justen Filho, por exemplo, faz isso, de modo a conceber que “a obra é o objeto de um contrato de prestação de serviços de engenharia, com características próprias”.² Muitos engenheiros também usam o termo serviço de engenharia de maneira tão ampla que terminam por incluir a obra na conceituação de serviço.

13. Do ponto de vista legal, contudo, há distinção clara na Lei nº 8.666/93. E, mesmo sob o ponto de vista técnico, há a necessidade dessa diferenciação. Confirma-se, nesse sentido, a *Orientação Técnica IBR 002/2009* do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP:

1 Insta observar que os Acórdãos nº 709/2007 – Plenário e nº 2.272/2006 – Plenário, citados no Acórdão nº 5.226/2008 – 2ª Câmara, não trataram da adoção do pregão para licitação de obras.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 120.

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

[...]

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

14. No íterim da Orientação Técnica IBR 002/2009, também existem vários exemplos dessa distinção, de forma que dificilmente se poderia acatar um conceito doutrinário de “serviço” tão amplo a ponto de incluir a “obra” como uma espécie do gênero “serviço de engenharia”.

15. É certo que se adotássemos um conceito doutrinário amplo de serviço de engenharia, ter-se-ia de concluir que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02 legitimaria a licitação de obras por pregão, pois, afinal, a obra seria um tipo de serviço. Essa interpretação, contudo, faria pouco caso das definições do art. 6º da Lei nº 8.666/93, aplicáveis ao pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02, e das considerações de ordem técnica indicadas na *Orientação Técnica IBR 002/2009*.

16. Assim, há de se concluir pela impossibilidade de utilização do pregão para licitar a contratação de obras públicas.

SERVIÇOS DE ENGENHARIA E POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO

16. O tópico anterior deixou claro que não se licita por pregão a realização de obra pública, pois a legislação de regência claramente

afastou a incidência da Lei nº 10.520/02 nesse caso. Contudo, há outra pergunta que poderia ser feita: a contratação de serviços de engenharia poderia ser licitada por pregão? Existem serviços de engenharia comuns? A resposta a essas questões não se faz sem uma rápida digressão.

17. Embora a Lei nº 10.520/02, originalmente, não tenha posição definida sobre o tema, o Decreto nº 3.555/00, em seu art. 5º, vedou o uso do pregão para contratações de serviços de engenharia. O fundamento original parece ter sido a compreensão de que não poderiam existir serviços de engenharia comuns.

18. Em 2005, contudo, o Decreto nº 5.450/05 mudou completamente o panorama legal. Ao prever, em seu art. 6º, hipóteses nas quais o pregão não se aplicaria, deixou de mencionar a contratação de serviços de engenharia. Claramente, a ausência de menção à referida vedação representou verdadeiro “silêncio eloquente”, e não mera lacuna. Observe-se que as redações do art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e do art. 6º do Decreto nº 5.450/05 são praticamente idênticas, com exceção da previsão acerca da contratação de serviços de engenharia: o pregão não seria cabível para licitar obras, locações imobiliárias e alienações em geral, mas poderia ser utilizado na contratação de serviços de engenharia, desde que, obviamente, fossem considerados comuns.

19. Remanesce, contudo, um ponto: pode-se adotar o pregão presencial para licitar a contratação de serviços de engenharia? A questão não é trivial, pois, enquanto o art. 6º do Decreto nº 5.450/05, que regula o pregão eletrônico, parece haver admitido a adoção do pregão, o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 permaneceu inalterado, de modo que se poderia concluir pela não utilização do pregão presencial para selecionar contratados para prestar serviços de engenharia.

20. Essa interpretação, contudo, não pode prevalecer. Não há qualquer sentido em se fazer essa distinção, pois o que separa o pregão eletrônico do presencial é, na essência, a adoção de um procedimento mais transparente e compatível com o processamento da licitação por meio eletrônico. Por conseguinte, tanto o pregão eletrônico, quanto o pregão presencial são espécies do mesmo gênero, a modalidade pregão. Daí que a regra do art. art. 6º do Decreto nº 5.450/05 deve ser aplicada, também, ao pregão presencial, por razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99). Perceba-se que, pelo princípio da razoabilidade, as decisões e atividades administrativas em geral devem ser pautadas por “critérios

aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas”.³ Não se poderiam admitir, assim, condutas que contrariem “de forma manifesta, o senso comum”.⁴

21. Vedar a adoção do pregão presencial para contratação de serviços de engenharia ao tempo em que se permite o pregão eletrônico para esses mesmos objetos contratuais gera uma irracionalidade difícil de ser solucionada. Significa, ainda, negar, à Administração Pública, a possibilidade de adoção de uma modalidade de licitação muito mais flexível e com ganhos de economia e de eficiência difíceis de serem superados pelas demais modalidades clássicas (concorrência, tomada de preços e convite).

22. Dessa forma, a interpretação que melhor compatibiliza as normas de regência é a de que o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 foi revogado parcial e tacitamente pelo art. 6º do Decreto nº 5.450/05, dado que interpretação contrária implicaria lesão aos princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência.

23. No âmbito do TCU, também prevalece a tese de que se a Lei nº 10.520/02 não vedou a adoção do pregão para contratação de serviços de engenharia, não poderia o regulamento, o Decreto nº 3.555/00 *in casu*, proibir seu uso pela Administração Pública diante da contratação de serviços de engenharia comuns:

7. Quanto à anulação do Pregão nº 22/2006, pautada em suposto impedimento de uso da modalidade pregão presencial para a contratação de serviços de engenharia, resultou esclarecido que a interpretação assumida pela CEAL, com respaldo em parecer da área jurídica, não se coaduna com entendimento prolatado no âmbito desta Corte de Contas (Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, Ata 14/2005), o qual sustenta que a ausência de embaraço desse naipe no texto da Lei nº 10.520/2002 não ampara a compreensão de que a restrição disposta no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 deva prevalecer sobre os limites mais amplos da disposição legal hierarquicamente superior.

8. Se assim o fosse, ocorreria a incongruência de a norma regulamentar estabelecer barreiras que a lei instituidora da modalidade licitatória

3 MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99.

4 MORAES, Germana. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 133.

denominada pregão não houve por bem erigir (Acórdão n.º 709/2007 - Plenário).

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES APONTADAS. MODALIDADE PREFERENCIAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR PREGÃO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Considera-se improcedente representação, tendo em vista que as supostas irregularidades apontadas não restaram comprovadas, acolhendo-se as razões de justificativa dos responsáveis.

2. A administração deve dar preferência à modalidade de licitação pregão, não obstante o caráter facultativo que lhe confere a Lei n.º 10.520/02. A adoção de outra opção deve ser devidamente justificada.

3. A Lei n.º 10.520/02 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum. As normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei n.º 10.520/02.

[...]

8. Bem, a Lei n.º 10.520/2002 condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, sendo o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do processo licitatório.

9. Como se vê, a referida lei não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia. O que exclui essa contratação é o art. 5.º do Decreto n.º 3.555/2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, o que pode ser considerado serviço de engenharia.

10. Ao examinar a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, observo que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regram-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.

11. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.

12. De qualquer modo, o Decreto nº 3.555/2000 regulamenta o Pregão Presencial, sendo o Pregão Eletrônico regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, cujo art. 6º diz:

“Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.”

13. Ou seja, não há restrição quanto à contratação de serviços de engenharia (Acórdão n. 2.272/2006 - Plenário).

SUMÁRIO: DENÚNCIA. SUPOSTA IRREGULARIDADE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

Conforme jurisprudência do TCU, a Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum.

São ilegais os regulamentos que proíbem a contratação de serviços comuns de engenharia pelo pregão, pois estabelecem restrição nova, sem fundamento na Lei.

[...]

12. Especificamente em relação aos serviços de engenharia, lembro aos E. pares que esta Corte tem-se manifestado reiteradamente favorável à contratação desse objeto por meio do Pregão. Nesse diapasão alinham-se os seguintes arestos: i) manutenção predial (Acórdão 286/2007 – 1ª Câmara); (ii) assistência técnica e manutenção de aparelhos de ar condicionado (acórdão 331/2006 – Plenário; 2.272/2006 – Plenário); (iii) fornecimento e instalação de ar condicionado (Acórdão 817/2005 – 1ª Câmara); (iv) operação e manutenção de redes de distribuição de energia elétrica (Acórdão 1.329/2006 – Plenário); (v) atualização tecnológica do sistema de elevadores (Acórdão 1.557/2007 – Plenário) (Acórdão n. 1.168/2009 - Plenário).⁵

47. O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, “*serviço comum*” ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha “*padrões de desempenho e qualidade*” que “*possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”. Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros.

48. Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. No máximo, o rol de serviços comuns ainda presente no decreto poderia funcionar como um guia para o administrador, mas não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão. Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia.

5 Nesse Acórdão, o Ministro Walton Alencar Rodrigues entendeu que seria cabível a utilização do pregão para obras, mas esse ponto não foi objeto de decisão específica no Acórdão.

49. Assinalo que esse posicionamento não é nenhuma novidade no Tribunal, como mostra a ementa do Acórdão nº 2.272/2006-Plenário: “*A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum. As normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02*” (Acórdão nº 2.079/2007 – Plenário).

24. Por fim, ressalte-se que, por meio do Acórdão nº 841/2.010 – Plenário, o TCU aprovou a Súmula nº 257 sobre o tema:

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

25. Por óbvio, essa Súmula não pode abranger a contratação de obras públicas, objeto totalmente diferente da prestação de serviços de engenharia, como já se viu. Também, essa Súmula somente terá incidência se o serviço de engenharia for considerado comum. Mas, pergunta-se, o que seria um serviço de engenharia comum?

26. Sobre esse último ponto, a redação do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02 nada parece ajudar, pois bens e serviços comuns foram definidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Tal qual aí está, imagina-se que o serviço de engenharia seria comum se a Administração Pública conseguisse, simplesmente, defini-lo objetivamente no edital.

27. Essa, contudo, não é a melhor interpretação. O serviço de engenharia é comum quando o mercado já o oferta plenamente de acordo com certos padrões mínimos de desempenho e de qualidade estabelecidos em normas técnicas ou por usos comumente aceitos pelos profissionais e empresas da área. É dizer: a solução de engenharia a ser contratada para satisfazer a necessidade administrativa já poderia ser encontrada no mercado; a solução, portanto, não precisaria ser desenvolvida sob encomenda para atender peculiaridades, pois a administração deseja um serviço disponível em um mercado relativamente estruturado.⁶

6 Para uma excelente discussão sobre o conceito de bens e serviços comuns, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 24-29.

28. Por outras palavras, a aferição do carácter comum do serviço de engenharia depende da análise do mercado e do conhecimento dos padrões de desempenho e de qualidade estabelecidos em normas técnicas ou por usos comumente aceitos pelos profissionais e empresas da engenharia. Por consequência, esse tipo de conhecimento não pode ser considerado jurídico em sentido estrito:

7. A questão da opção pelo pregão ou por outro tipo de certame, portanto, é muito mais técnica do que jurídica. Por isso, exige informações ou orientações que não estão no texto frio das normas, mas nos resultados práticos que foram alcançados ou que potencialmente podem ser obtidos com a utilização de uma ou de outra modalidade licitatória.

8. Geralmente, os serviços de supervisão ou de consultoria podem ser considerados como serviço comum. Entretanto, se em casos excepcionais o serviço não se caracteriza como “comum”, não se admite a incidência de Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005, mas sim, apenas, da Lei nº 8.666/1993.

9. A determinação reexaminada foi dirigida ao DNIT apenas “em relação às obras da BR 163, trecho Guarantã do Norte - Divisa MT/PA...”. Todavia, não se identifica, nos autos, elementos que suficientemente indiquem se tratar de um caso relacionado a um “serviço comum” de supervisão de obra rodoviária, ou de um caso excepcional. Nessa linha de pensar, entendo que, extraordinariamente, deva ser prevista a utilização de outra modalidade que não o pregão para a contratação dos serviços em questão, caso em que o DNIT deverá justificar e demonstrar a não caracterização do que a Lei nº 10.520/2002 denomina de “serviço comum”.

10. Com base nessas razões, além de concordar com as proposições contidas nos subitens “b” a “d” da proposta de encaminhamento oferecida pela Serur, manifesto-me no sentido de que o presente pedido de reexame seja conhecido para, no mérito, ser-lhe dado provimento parcial e, em consequência, alterar o subitem 9.2.3. do Acórdão nº 1.947/2008-TCU-Plenário, de modo que passe a ter a seguinte redação:

“9.2.3. para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços

que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressalvando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como ‘serviços comuns’, caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão.”

Por todo o exposto e considerado, acolhendo parcialmente as conclusões da Secretaria de Recursos e no mérito as do *Parquet* especializado, Voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado (Acórdão nº 2.932/2011 – Plenário).

29. Também a distinção entre obra e serviço de engenharia não é tão simples, pois depende necessariamente da adequada caracterização do objeto a ser contratado e da aferição crítica de um profissional de engenharia. Confira-se, nesse sentido, o item 7 da *Orientação Técnica IBR 002/2009*:

7. DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES QUANTO AOS ENQUADRAMENTOS

7.1. A obra é um conjunto orgânico de serviços que, agregados, se complementam e formam um todo com função definida e completa. *O enquadramento como obra ou serviço de engenharia deve ser feito em função do objeto a ser executado, e da ação ou atividade definida nos itens 3 e 4, sendo independente de quantidade, porte ou custo;*

7.2. *A análise de enquadramento de Obras e Serviços de Engenharia depende de conhecimento técnico específico em conformidade com a Lei Federal nº 5.194/66;*

7.3. *Para o correto enquadramento é indispensável a perfeita caracterização do objeto a ser contratado, sucinta e clara.*

30. Assim, dada a natureza técnica da manifestação, não cabe ao Procurador Federal decidir se o objeto a ser contratado deve ser conceituado como “obra” ou como “serviço de engenharia”, nem muito menos se o serviço de engenharia a ser licitado é ou não “comum”. Caberá somente à área técnica da Administração Pública fazê-lo de modo justificado no respectivo processo administrativo.

31. Pelo exposto, conclui-se que, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, o Pregão não poderá ser adotado como modalidade

de licitação apta a selecionar contratados para a realização de obras públicas, dado que o conceito de obra não se confunde com o conceito de serviços de engenharia, a teor do art. 6, I e II, da Lei nº 8.666/93.

32. Por outro lado, com supedâneo nos arts. 4º e 6º do Decreto nº 5.450/05 e na Súmula nº 257 do TCU, a contratação de serviços de engenharia comuns deverá ser licitada por pregão eletrônico ou, na inviabilidade de sua utilização, por pregão presencial.

33. Por fim, a caracterização do objeto contratual como “obra” ou “serviço de engenharia” ou, ainda, a qualificação do serviço de engenharia como “comum” depende de apreciação de ordem técnica, devendo o Procurador Federal limitar-se a cientificar a Administração Pública da existência das definições do art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 e da conceituação doutrinária de serviços comuns, para que a área técnica possa fazer o correto enquadramento legal do objeto contratual.

À consideração superior.

Brasília, 12 de julho de 2012.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, de de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 19/2012

LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRAS PÚBLICAS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

I. OPREGÃO NÃO PODERÁ SER UTILIZADO PARA LICITAR A CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N° 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI N° 8.666/93).

II. COM SUPEDÂNEO NOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO N° 5.450/05 E NA SÚMULA N° 257 DO TCU, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS DEVERÁ SER LICITADA POR PREGÃO ELETRÔNICO OU, NA INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, POR PREGÃO PRESENCIAL.

III. NÃO CABE À PROCURADORIA DECIDIR SE O OBJETO CONTRATUAL PODERIA SER QUALIFICADO COMO OBRA OU SERVIÇO, NEM SE ESTE SE ENQUADRA COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA COMUM.



TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER N° 07/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

REPACTUAÇÃO. ACÓRDÃO TCU N° 8.237/2011 – 2ª CÂMARA. PARECER NORMATIVO N° AGU/JTB 01/2008.

I. Impossibilidade de adoção do novo entendimento da 2ª câmara da Corte de Contas sobre a relativização dos efeitos jurídicos da preclusão lógica. Parecer Normativo n° AGU/JTB 01/2008 (arts. 40, § 1º, e 41 da Lei Complementar n° 73/1993).

II. Alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 02/2008 e na Orientação Normativa AGU n° 25/2009. Novo regramento para repactuação de custos não vinculados à data-base de determinada categoria. Regras próprias não antevistas pelo Parecer Normativo n° AGU/JTB 01/2008.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n° 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- 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. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de enfrentar as repercussões jurídicas dos Acórdãos TCU nº 8.237/2011 e nº 4.474/2012 da 2ª Câmara, nos quais se vislumbra uma relativização do rigor da tese da preclusão lógica, que fora inicialmente desenvolvida nos Acórdãos TCU 1.827/2008 e 1.828/2008 do Plenário. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

DA APLICAÇÃO DA PRECLUSÃO LÓGICA À REACTUAÇÃO

5. Para os contratos de prestação de serviços assinados em data anterior à vigência da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, a disciplina do reajustamento contratual, em sentido lato, fora regida especialmente pelos arts. 4º, I, e 5º do Decreto nº 2.271/1997¹ e pelo item 7 da Instrução Normativa MARE nº 18/1997.² Tais dispositivos, contudo,

1 Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

[...]

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir reactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Parágrafo Único. Efetuada a reactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.

2 7. DA REACTUAÇÃO DOS CONTRATOS

7.1 Será permitida a reactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última reactuação;

7.2. Será adotada como data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da reactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente.

7.3. A reactuação será precedida de demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços referida no subitem 1.1.5.

regularam aspectos meramente formais da repactuação. Não chegaram a esclarecer, portanto, se seus efeitos financeiros retroagiriam ou não.

6. Na jurisprudência do TCU, também a questão não era clara, mas, a partir dos Acórdãos TCU nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, a Corte de Contas pacificou o entendimento de que, em repactuações decorrentes de contratos de prestação de serviços de natureza continuada, os efeitos financeiros das mesmas seriam devidos a partir do momento em que os encargos sociais foram reajustados na convenção coletiva de trabalho (CCT) ou no acordo coletivo de trabalho (ACT):

52. Acrescente-se, ainda, que também é a IN MARE nº 18/97 que determina, em seu item 7, que o interregno de um ano começa a correr da data da proposta, da data do orçamento a que a proposta se referir ou da data da última repactuação. Também é esse normativo que permite a adoção, como data do orçamento, da data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta:

[...]

53. Observa-se, porém, que os normativos supracitados *silenciam acerca da data a partir da qual deverão valer os efeitos financeiros decorrentes da repactuação*.

54. Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise do ponto central da questão em tela, qual seja, a data a partir da qual devem vigor os efeitos financeiros da repactuação contratual: se da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão ou se da data da solicitação, pela empresa contratada, da repactuação contratual.

55. Vale mencionar que, quanto aos reajustes salariais concedidos por meio de dissídios coletivos ou equivalentes, este Tribunal pacificou entendimento no sentido de que, por ocasião das repactuações de contratos administrativos para a prestação de serviços de natureza contínua, deve ser observado o interregno de um ano contado a partir da data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que serviu de base para a proposta ou para a última repactuação (Acórdãos nº 1.563/2004-Plenário e 1.744/2003-2ª Câmara, dentre outros).

56. *Todavia, esta Corte de Contas, nas ocasiões em que tratou do tema em comento, não abordou o aspecto relativo à fixação do termo a quo para a eficácia dos efeitos da repactuação de preços.*

57. Quanto a essa questão, o entendimento exarado pela Unidade Técnica não me parece ser aquele que reflete o melhor encaminhamento a ser dado à matéria.

58. Dentre os requisitos para a concessão de repactuação de preços pela Administração Pública, além da mencionada observância do intervalo mínimo de um ano a contar da data da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta, está também a necessidade de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato. Isso é o que estabelecem o artigo 5º, *caput*, do Decreto nº 2.271/97, e o item 7.3 da IN MARE nº 18/97.

59. Em relação ao ponto em discussão no presente feito, *um dos posicionamentos possíveis considera que a data do requerimento pela contratada, acompanhado da respectiva planilha de custos, definiria o momento a partir do qual seria devida, se aprovada pela Administração, a repactuação dos preços contratados.*

60. *Contudo, sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços.*

61. *A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Em outras palavras, a alteração dos encargos durante a execução contratual deve resultar na compatibilização da remuneração da contratada, de modo que se mantenha inalterada a equação financeira do ajuste. O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá.*

62. *Assim, a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.*

[...]

64. De mais a mais, importa destacar que a IN MARE nº 18/97, como ato normativo integrante da legislação regulamentar, não pode ser interpretada de forma a atingir objetivos distintos dos princípios que regem a atuação administrativa, em especial o princípio da vedação do enriquecimento sem justa causa pela Administração em detrimento do particular contratado. E, *sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio de direito, deve ser observado pela Administração Pública, em especial na execução de seus contratos.*

65. Como é cediço, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento do interesse público, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, por meio da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. E esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, o que se dará por meio da preservação da relação inicial encargo/remuneração. Isso porque, se, de um lado, a Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público, de outro, o contratado tem o direito de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida no ajuste diante de situações específicas que passam a onerar o cumprimento do contrato.

66. Portanto, em vista de todas as razões apresentadas, *considero que a repactuação de preços, sendo um direito conferido por lei ao contratado, deve ter sua vigência reconhecida imediatamente desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.*

67. Oportuno ressaltar a necessidade de a Administração contratante comparar as Planilhas de Custos e Formação de Preços fornecidas pela contratada no momento da apresentação da proposta e do requerimento de repactuação, com vistas a verificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos do pactuado originalmente.

68. Além disso, a Administração, por intermédio da negociação bilateral, deve envidar esforços no sentido de, sem prejudicar a adequada relação econômico-financeira do contrato, reduzir custos para a atividade administrativa, certificando-se de que os preços – caso aprovada a repactuação – encontram-se de acordo com os valores de mercado de modo a verificar se a contratação continua vantajosa para a Administração.

69. Insta ressaltar que *esse entendimento não exclui a aplicação da Instrução Normativa nº 2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre regras para a contratação de serviços continuados ou não, em especial de seu artigo 41, inciso III. Ao contrário, alinha-se às diretrizes ali contidas (Acórdão TCU nº 1.828/2008).*

7. Essa abertura da jurisprudência do TCU aos efeitos financeiros retroativos, contudo, *trouxe consigo novas orientações quanto ao prazo que a empresa possui para requerer a repactuação.* Examinando os contratos nº 19/2005 e nº 20/2005, respectivamente celebrados pela União com as empresas Montana Soluções Corporativas Ltda. e Poliedro Informática, Consultoria e Serviços Ltda., o TCU firmou o entendimento de que, para o deferimento das repactuações, a empresa tem o *dever de solicitar a repactuação desde o momento posterior ao registro da CCT ou do ACT até a data da prorrogação contratual imediatamente posterior, sob pena de preclusão do direito à repactuação:*

73. *A lei reconhece que a prorrogação pode acarretar a alteração das condições originais da contratação não apenas em relação aos prazos contratuais. Apesar de as cláusulas iniciais do contrato serem mantidas inalteradas, as cláusulas relacionadas aos preços podem ser revistas em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da contratação.*

74. *Nos termos acima expostos, considero que, nas hipóteses de prestação de serviços continuados, cada prorrogação caracteriza um novo contrato. Uma vez assinado o termo aditivo, o contrato original não mais pode ser repactuado.*

75. *Desse modo, quando da assinatura do Terceiro Termo Aditivo caberia à contratada, caso ainda não tivesse postulado, suscitar seu direito à repactuação, cujos efeitos retroagiriam à 1/5/2005, data-base que ensejou a celebração de novo acordo coletivo que alterou o salário da categoria profissional. Contudo, o que aconteceu foi tão somente a alteração do prazo contratual, ratificando-se todas as demais cláusulas e condições estabelecidas no contrato original (fls. 96/97, anexo 1).*

76. *Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Montana deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita. Em outros termos, a despeito do prévio conhecimento da majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005, a empresa contratada agiu de forma oposta e*

firmou novo contrato com a Administração por meio do qual ratificou os preços até então acordados e comprometeu-se a dar continuidade à execução dos serviços por mais 12 (doze) meses.

77. Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Montana em 6/2/2007, com efeitos retroativos a 1/5/2005, encontra óbice no instituto da *preclusão lógica*. Com efeito, *há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. In casu, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los com base na majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005.*

78. *A contrario sensu, ao se admitir que os efeitos da repactuação pudessem retroagir a períodos anteriores à data da assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual, o juízo discricionário feito pela Administração acerca da conveniência e oportunidade em prorrogar o contrato (juízo este baseado na qualidade dos serviços prestados e na adequação dos preços até então praticados) restaria comprometido. É nesse sentido que o artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, ao dispor sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, estabelece, como finalidade, a “obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração”.*

79. Ressalto que a aplicação de um instituto processual tal qual a preclusão ao feito sob exame decorre do entendimento de que a execução de um contrato é um processo, composto por diversos atos, que concede direitos e impõe obrigações às partes.

[...]

99. Registre-se que não se antevê a possibilidade de que o raciocínio construído neste Voto possa vir a resultar em significativos gastos para a Administração em face de solicitações de repactuações contratuais pretéritas. Isso porque *a tese que advogamos limita o exercício do direito à repactuação à data de prorrogação contratual.*

100. Repito, conforme já explicitado, considero ser a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55,

inciso III, da Lei nº 8.666/93), com fundamento em mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI), e que confere ao contratado a possibilidade de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. 101. Assim sendo, não vejo como a Administração possa restringir seu exercício por meio de um ato normativo ou de um contrato. *Claro está, entretanto, que estamos falando de direitos disponíveis*, passíveis de preclusão, tal como colocado no presente Voto.

101. Por outro lado, *entendo que, de certa forma, a sugestão alvitada pelo Ministro Revisor para que seja limitado, de forma prévia e expressa, o alcance retroativo da repactuação foi contemplada na proposta que ora submeto à apreciação deste Plenário.*

102. Do que ressei do entendimento ora perfilhado, *o prazo para que a contratada exerça, perante a Administração, seu direito à repactuação terá início, após observado o interregno mínimo de um ano, na data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado (podendo ou não, como mencionado nos itens 78 a 81 deste Voto, retroagir à data-base que ensejar a celebração dos referidos instrumentos) e findará no momento da assinatura de novo termo aditivo. Ou seja, em termos gerais, o direito de repactuar surgirá quando ocorrer um aumento dos custos do contratado, devendo a repactuação ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente.*

103. *Se o contratado não pleitear de forma tempestiva a repactuação e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem realizá-la ou, ao menos, prevê-la expressamente, entendo que ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.*

104. *Constata-se, por conseguinte, a existência de um prazo para o contratado formalizar seu pedido de repactuação, o que, ao meu ver, vai ao encontro da sugestão feita pela Ministro Revisor (Acórdão TCU nº 1828/2008).*

8. Pouco tempo após o pronunciamento do TCU nos Acórdãos nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, a AGU tratou de adotar o entendimento da Corte no Parecer nº AGU/JTB 01/2008. No Despacho DEAEX nº 487/2008 de submissão do Parecer à aprovação do Consultor-Geral da União, pode-se observar que foram consolidados os entendimentos abaixo:

I) a repactuação é considerada uma espécie de reajustamento de preços;

II) a repactuação surge com a demonstração analítica dos componentes dos custos que integram o contrato;

III) a repactuação deve estar prevista no edital;

IV) a repactuação somente é possível após o interregno de 1 (um) ano;

V) a contagem do interregno de 1 (um) ano terá como referência a data da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, ou, ainda, a data da última repactuação;

VI) considera-se como “data do orçamento” a data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

VII) os efeitos financeiros decorrentes da repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, devem incidir a partir da data das respectivas majorações, podendo ser pleiteada após o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da homologação da Convenção ou Acordo Coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato objeto do pedido de repactuação; e

VIII) *a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.*

9. Cabe referir que o parecer supramencionado foi *aprovado* pelo *Advogado-Geral da União* e pelo *Presidente da República*, razão pela qual passou a deter *força normativa perante toda a Administração Pública Federal* (arts. 40, § 1º, e 41 da Lei Complementar nº 73/1993).³

3 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

[...]

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

10. Finalmente, em 2009, alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 incorporaram essa orientação do TCU em regramento bastante sucinto. De acordo com seu art. 40, §7º, as “repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.” Vê-se, pois, que não há dúvida de que o entendimento do TCU passou a vincular toda a Administração Pública Federal, seja em razão da aprovação de Parecer normativo, seja em razão da incorporação da orientação na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008.

RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA PRECLUSÃO LÓGICA: ACÓRDÃOS TCU 8.237/2011 E 4.474/2012 DA 2ª CÂMARA

11. No segundo semestre de 2011, a 2ª Câmara do TCU passou a relativizar o rigor do entendimento inicial do TCU. Entendeu que os efeitos da preclusão lógica não deveriam se estender a ponto de impossibilitar, completamente, a repactuação de valores até a nova data-base da categoria. A fundamentação do Acórdão, contudo, foi pouco clara quanto à nova orientação jurídica do TCU para o caso:

43. Reafirmada a tese central do paradigma estabelecido nos Acórdãos 1.827/2008 e 1.828/2008-Plenário, *entendo que a controvérsia relativa ao termo a quo de vigência da repactuação dos preços ainda não restou convenientemente resolvida naquelas deliberações, especialmente no caso de postergação do pedido respectivo*. A solução encontrada naquelas decisões *se me afigura agora excessivamente prejudicial à contratada, frente às disposições normativas sobre a questão*. De fato, a legislação tratando da hipótese de repactuação de contratos continuados *não fala em data-base das categorias representadas nos contratos, que foi o critério escolhido naquelas decisões*, mas na data em que ocorreu efetivamente o aumento do salário das categorias, e isso para efeito de contagem do interregno mínimo de um ano, que é o critério principal a ser observado nas repactuações.

44. *Sobrepor a data base do ano seguinte à que está sendo considerada efetivamente na repactuação não teria, a meu ver, data venia, fundamento suficiente na legislação. Por isso advogo que a retroação dos preços, após o pedido, deva ir até à primeira data em que não há qualquer óbice levantado por este Tribunal nas decisões paradigmáticas multicitadas, que é a data da prorrogação do contrato, ocorrida em 12/1/2007 (Acórdão TCU nº 8237/2011 – 2ª Câmara).*

12. Aparentemente, a mudança de orientação foi, apenas, motivada pela perspectiva de que a Corte havia sido extremamente rigorosa ao proferir os Acórdãos TCU nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008. Assim, o TCU não ofereceu balizas jurídicas sólidas para uma rejeição da orientação firmada em 2008. Reconheceu, contudo, ao julgar os Embargos de Declaração no Acórdão nº 4.474/2012 – 2ª Câmara, que estava acolhendo entendimento mais benéfico à empresa:

17. Cumpre-me, mais uma vez, contraditar a afirmação da embargante. Na verdade, não houve o acolhimento integral do entendimento esposado pela Sefti, como quer a recorrente. Basta ver que, após manifestar o acolhimento dos fundamentos defendidos pela unidade técnica, este Relator fez questão de sublinhar que o fazia com “*as correções e considerações adicionais que se seguem*”. *E essas correções e considerações expendidas no voto endereçavam-se justamente à questão do período de validade da retroação, inclusive ampliando-o em favor da embargante.* Portanto, improcedentes a omissão e obscuridade alegadas (Acórdão nº 4.474/2012 – 2ª Câmara).

13. Por outras palavras, houve clara sinalização de mudança de entendimento na 2ª Câmara. Esse fato põe a seguinte questão jurídica: a Procuradoria Federal pode recomendar a adoção do novo entendimento da 2ª Câmara?

14. A resposta, certamente, é negativa, pois o entendimento em questão conflita frontalmente com o Parecer Normativo nº AGU/JTB 01/2008. Nesse, foi consagrada a tese de que haveria preclusão do direito a repactuar até o surgimento de nova data-base, de sorte que o Procurador Federal está completamente vinculado ao entendimento esboçado em âmbito superior. Seguem algumas passagens relevantes do referido parecer:

Isto porque, todo contrato - e aqui se inclui os respectivos termos aditivos - possui um prazo de vigência especificado, não podendo ter vigência indeterminada, sendo certo que todos os efeitos dele decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando.

Findo seu prazo de duração e prorrogado o contrato, sem que o interessado argua seu direito decorrente de evento do contrato originário ou anterior, entende-se, conforme decidiu a Corte de Contas, que houve preclusão lógica

do direito consubstanciada na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado.

A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte.

E a incidência do instituto processual no caso em tela se justifica diante do fato de que *a execução do contrato compreende a concatenação de atos administrativos tendentes a um produto final.*

Assim, transpondo a teoria à prática em comento, *como a solicitação de repactuação pela empresa Montana ocorreu em 06.02.2007, data em que estava em vigor o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato (período de 18.04.2006 a 18.04.2007), deve-se entender, conforme exposição do TCU, que o termo a quo a ser adotado para a incidência dos efeitos da repactuação, neste caso, deve ser a data de 01.05.2006, primeira data-base ocorrida após a vigência do respectivo Termo Aditivo, eis que, a partir deste dia a empresa contratada passou a deter novo direito à repactuação dos preços do contrato em vigor (Parecer Normativo AGU/JTB nº 01/2008).*

15. Em síntese, *resta claro que os efeitos financeiros da repactuação somente poderão ser deferidos a partir da primeira data-base ocorrida após a assinatura do termo aditivo de prorrogação responsável pela preclusão lógica do direito a repactuar.* Objetivamente, tal entendimento é mandatório para toda a Administração Pública Federal enquanto não for alterado.

16. Decerto, *isso não significa afirmar que o Parecer deva ser aplicado em toda e qualquer situação de modo literal*, nem que toda contagem da anualidade em repactuações deva ser realizada a partir da data do Acordo ou Convenção Coletiva. Em 2009, alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 levaram ao reconhecimento da possibilidade jurídica de múltiplos pedidos de repactuação e de regras específicas de contagem da anualidade para cada tipo de custo:

Art. 37, § 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da *data limite para apresentação das propostas* constante do instrumento convocatório, *em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado*, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Art. 41. Os *novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas* observando-se o seguinte:

I - a partir da *ocorrência do fato gerador* que deu causa à repactuação;

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras;

17. Em 2011, também a Orientação Normativa AGU nº 25 sofreu alteração, para reconhecer que não há um só marco inicial para contagem da anualidade:

NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZE A REPACKTUAÇÃO *DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO*, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM *RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS*.

18. Assim, *repactuações para custos não vinculados à data-base de determinada categoria suscitam a aplicação de regras próprias* de contagem da anualidade, de retroação dos efeitos financeiros e, conseqüentemente, de caracterização da preclusão lógica que não foram antevistas nos Acórdãos TCU nº 1.827/2008 – Plenário e nº 1.828/2008 – Plenário, nem no Parecer nº AGU/JTB 01/2008.

19. Pelo exposto, deve-se concluir que:

a) o entendimento consagrado no Acórdão TCU nº 8.237/2011 – 2ª Câmara, referente à relativização dos efeitos jurídicos da preclusão lógica, não poderá ser adotado, pois conflita com a orientação jurídica normativa e vinculante do Parecer nº AGU/JTB 01/2008;

b) as análises de pedidos de repactuação devem levar em consideração o atual regramento decorrente de alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e na Orientação Normativa AGU nº 25/2009, de sorte que se deve reconhecer que existem regras próprias de contagem da anualidade, de retroação dos efeitos financeiros e de caracterização da preclusão lógica, para custos não vinculados à data-base de determinada categoria, que não foram antevistas pelo Parecer nº AGU/JTB 01/2008.

À consideração superior.

Brasília, 27 de setembro de 2012.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 27 de setembro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 07 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, de de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 20 /2012

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REPACTUAÇÃO. TCU.

I. O ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ACÓRDÃO TCU N° 8237/2011 – 2ª CÂMARA, REFERENTE À RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA PRECLUSÃO LÓGICA, NÃO PODERÁ SER ADOTADO, POIS CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO JURÍDICA VINCULANTE DO PARECER N° AGU/JTB 01/2008.

II. AS ANÁLISES DE PEDIDOS DE REPACTUAÇÃO DEVEM LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O ATUAL REGRAMENTO DECORRENTE DE ALTERAÇÕES NA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG N° 02/2008 E NA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU N° 25/2009, DE SORTE QUE SE DEVE RECONHECER QUE EXISTEM REGRAS PRÓPRIAS DE CONTAGEM DA ANUALIDADE, DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS E DE CARACTERIZAÇÃO DA PRECLUSÃO LÓGICA, PARA CUSTOS NÃO VINCULADOS À DATA-BASE DE DETERMINADA CATEGORIA, QUE NÃO FORAM ANTEVISTAS PELO PARECER N° AGU/JTB 01/2008.

CONCLUSÕES DOS PARECERES

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 01/2012

AS EXIGÊNCIAS DO ART. 16, INCISOS I E II, DA LRF SOMENTE SE APLICAM ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES CAPAZES DE GERAR DESPESAS FUNDADAS EM AÇÕES CLASSIFICADAS COMO PROJETOS PELA LOA. OS REFERIDOS DISPOSITIVOS, PORTANTO, NÃO SE APLICAM ÀS DESPESAS CLASSIFICADAS COMO ATIVIDADES (DESPESAS ROTINEIRAS).

REFERÊNCIA: PARECER Nº 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 02/2012

I - A ADMINISTRAÇÃO DEVE INSTRUIR TODOS OS AUTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VOLTADOS À CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COM PESQUISA DE PREÇOS ADEQUADAMENTE PARAMETRIZADA, AMPLA E ATUALIZADA, QUE REFLITA, EFETIVAMENTE, O PREÇO PRATICADO NO MERCADO.

II - COM O INTUITO DE DISCIPLINAR A CORRETA INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM A PESQUISA DE PREÇO ADEQUADA, É RECOMENDÁVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO EDITE ATO NORMATIVO INTERNO, DISCIPLINANDO, OS SEGUINTE ASPECTOS:

A) INDICAÇÃO DO SETOR RESPONSÁVEL PELA REALIZAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS;

B) DEFINIÇÃO DE MODELO DE FORMULÁRIO DE PESQUISA DE PREÇOS, QUE IMONHA A INDICAÇÃO DA EMPRESA CONSULTADA, COM A SUA QUALIFICAÇÃO COMPLETA, RAMO EMPRESARIAL A QUE SE DEDIQUE, E INDICAÇÃO DOS SEUS SÓCIOS;

C) DETERMINAÇÃO DE PADRÃO DE ANÁLISE DAS PESQUISAS DE PREÇOS, E A RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DESTE ESTUDO.

III - A CONSULTA ÀS EMPRESAS DO RAMO PERTINENTE NÃO DEVE SER DISPENSADA OU SUBSTITUÍDA PELA CONSULTA A PREÇOS PÚBLICOS, MESMO QUE NAS PRORROGAÇÕES OU REPACTUAÇÕES.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 03/2012

NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, A INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES, DESDE QUE OCORRA APÓS A DATA DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E POSSUA COMPROVADA REPERCUSSÃO NOS PREÇOS CONTRATADOS, PODEM DAR ENSEJO À REVISÃO DESTES, PARA MAIS OU PARA MENOS. A ALTERAÇÃO ORA MENCIONADA ENQUADRA-SE COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PODENDO OCORRER INDEPENDENTEMENTE DE ANUALIDADE.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 04/2012:

NOS CONVÊNIOS, ADMITE-SE A POSSIBILIDADE DE SUB-ROGAÇÃO DO CONCEDENTE COM FUNDAMENTO NO ART. 116, CUMULADO COM O ART. 54 DA LEI Nº 8.666/93, QUANDO DECORRENTE DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE PREVEJA, DE FORMA EXPRESSA, A CONTINUIDADE DAS AÇÕES DE UM ENTE POR OUTRO, CONFORME PREVISTO EM ATO PRÓPRIO, DEVENDO-SE, AINDA, COMPROVAR O INTERESSE NA CONTINUIDADE DA AÇÃO PELO NOVO CONCEDENTE, BEM COMO OS REQUISITOS PARA A DESCENTRALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 01/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 05/2012:

NOS CONVÊNIOS CUJA DURAÇÃO ULTRAPASSE O EXERCÍCIO FINANCEIRO, A INDICAÇÃO DO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO E DO RESPECTIVO EMPENHO PARA ATENDER A DESPESA RELATIVA AOS EXERCÍCIOS POSTERIORES PODERÁ SER FORMALIZADA, RELATIVAMENTE A CADA EXERCÍCIO, POR APOSTILA, NOS TERMOS DO ART. 92 DO DECRETO Nº 6.170/2007 C/C O ART. 65, § 8º, E ART. 116, DA LEI Nº 8.666/93.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 06/2012:

OS LIMITES DE VALOR PREVISTOS NO ART. 2º, I, DO DECRETO Nº 6.170/2007 DEVEM SER OBSERVADOS MESMO NOS CASOS DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DECORRENTE DE EMENDA PARLAMENTAR, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE CONSORCIAMENTO E REUNIÃO DE AÇÕES PARA FINS DE ALCANCE DO LIMITE REGULAMENTAR, NOS TERMOS DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DO CITADO DECRETO.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 07/2012:

NOS TERMOS DO ART. 4º DO DECRETO Nº 6.170/2007, É OBRIGATÓRIA A REALIZAÇÃO DE PRÉVIO CHAMAMENTO PÚBLICO NOS CONVÊNIOS CELEBRADOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS, MESMO NO CASO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DECORRENTE DE EMENDA PARLAMENTAR, RESSALVADOS OS CASOS PREVISTOS NO ART. 42, § 2º, DO DECRETO Nº 6.170/2007 E NO ART. 31, I E II, DA LEI Nº 12.465/2011 (LDO 2012) E NO ART. 52, I E II, DA LEI Nº 12.708/2012 (LDO 2013).

REFERÊNCIA: PARECER Nº 03/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 08/2012:

I - É NECESSÁRIA A PRÉVIA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS DE ELEGIBILIDADE E DE PRIORIDADE, PARA A EXECUÇÃO DE PROGRAMAS MEDIANTE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS, NOS TERMOS DO ART. 42 DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MF/MP Nº 507/2011, QUE DEVERÃO NORTEAR A IDENTIFICAÇÃO DA LOCALIDADE A SER BENEFICIADA, CASO AUSENTE A SUA PRÉVIA IDENTIFICAÇÃO NO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO.

II - AUSENTE A PRÉVIA IDENTIFICAÇÃO DA LOCALIDADE BENEFICIADA NO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO, CABE AO CONCEDENTE ANALISAR AS PROPOSTAS DE TRABALHO APRESENTADAS PELOS ENTES INTERESSADOS QUE SE ENQUADREM NOS CRITÉRIOS DE ELEGIBILIDADE DOS PROGRAMAS A SEREM EXECUTADOS, SENDO VEDADO CONDICIONAR A SUA ACEITAÇÃO A REQUISITOS NÃO PREVISTOS NA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MF/MP Nº 507/2011, SEM PREJUÍZO DE EXIGÊNCIAS TÉCNICAS NECESSÁRIAS PARA APROVAÇÃO DO PLANO DE TRABALHO, PREVISTAS EM ATO NORMATIVO ESPECÍFICO.

III - CABE AO CONCEDENTE AVALIAR A OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA NA UTILIZAÇÃO DE PRÉVIO CHAMAMENTO PÚBLICO PARA SELECIONAR PROJETOS E ÓRGÃOS OU ENTIDADES PÚBLICAS QUE TORNEM MAIS EFICAZ A EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONVÊNIO, NOS TERMOS DO ART. 7º DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MF/MP Nº 507/2011, MORMENTE QUANDO AUSENTE A PRÉVIA IDENTIFICAÇÃO DA LOCALIDADE BENEFICIADA NO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 04/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

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 RESPECTIVALEIDEDIRETRIZESORÇAMENTÁRIAS, 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.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 10/2012:

NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS, A LIQUIDAÇÃO DO EMPENHO DEVERÁ SER FEITA APÓS A APROVAÇÃO DO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA E DOS DOCUMENTOS PREVISTOS NO ART. 39, III E IV, DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF Nº 507/2011 (QUANDO CABÍVEIS), SEM POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRUDÊNCIA PREVISTO NOS ITENS 2.2.2.1 E 3.3.1.1 DO CAPÍTULO 020000, SEÇÃO 020300, ASSUNTO 020317, DO MANUAL SIAFI, PARA JUSTIFICAR EVENTUAL LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 11/2012:

NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS, A LIBERAÇÃO DE RECURSO FICA CONDICIONADA À LIQUIDAÇÃO DO EMPENHO E AO CUMPRIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 55 DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF Nº 507/2011.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 12/2012:

A PAR DO LIMITE PREVISTO NO ART. 37, § 3º, DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MPOG/MF Nº 507/2011, É RECOMENDÁVEL QUE CADA AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTABELEÇA UM PRAZO MÁXIMO PARA A APRESENTAÇÃO DO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA QUE SEJA COMPATÍVEL COM O PRAZO PREVISTO NO ART.68, § 2º, DO DECRETO Nº 93.872/1986, E COM O PRAZO DE DILIGÊNCIA PREVISTO NA RESPECTIVA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS, SALVO QUANDO SE TRATAR DE DESPESA DO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE OU DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO FINANCIADAS COM RECURSOS DA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 06/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 13/2012:

1. É POSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DE PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO, HARMONIZANDO-SE

A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS INSTITUCIONAIS VIGENTES COM O DISPOSTO NO ART. 116 DA LEI 8.666/93.

2. CONSIDERANDO A POSSIBILIDADE DE AJUSTES DO PLANO DE TRABALHO, EM RAZÃO DAS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA APRESENTAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E PROJETO BÁSICO, DE SE CONCLUIR QUE, RESPEITADA A DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TÉCNICA E JURÍDICA, É NECESSÁRIA A MANIFESTAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA PGF, RELATIVAMENTE ÀS QUESTÕES DE CUNHO JURÍDICO, ANTES DA CELEBRAÇÃO, QUANDO DA ANÁLISE DO PLANO DE TRABALHO, E APÓS A APRESENTAÇÃO DO PROJETO BÁSICO OU TERMO DE REFERÊNCIA DEFINITIVOS.

3. O PRAZO LIMITE PARA A CLÁUSULA CONDICIONANTE DEVE SER COMPATÍVEL COM AS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS REFERENTES À VALIDADE DE EMPENHOS INSCRITOS EM RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS.

REFERÊNCIA: PARECER N° 07/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 14/2012:

A ACEITAÇÃO DA PROPOSTA DE TRABALHO PELO ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, REPASSADOR DOS RECURSOS FINANCEIROS, É NECESSÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DO PRÉ-EMPENHO, SENDO A APROVAÇÃO DO PLANO DE TRABALHO, QUE SERÁ PRECEDIDA POR ANÁLISE TÉCNICA, CONDIÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO EMPENHO.

REFERÊNCIA: PARECER N° 08/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 15/2012:

I - NA INSTRUÇÃO DO FEITO E ANÁLISE DE MINUTAS PARA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS OU PARCERIAS ENTRE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES AUTÁRQUICAS FEDERAIS COM ENTIDADES PÚBLICAS INTERNACIONAIS, DEVERÁ SER OBSERVADA, NO QUE COUBER, A INSTRUÇÃO PREVISTA NOS ARTIGOS 27 A 32, NO ARTIGO 116 DA LEI 8.666/93 E NO ARTIGO 3º, §13 DO DECRETO 5.151/04.

II - A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS OU PARCERIAS ENTRE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES AUTÁRQUICAS FEDERAIS COM ENTIDADES PÚBLICAS INTERNACIONAIS SEM INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM OS DOCUMENTOS PREVISTOS NO ITEM ANTERIOR DEVERÁ SER PONDERADA E DEVIDAMENTE JUSTIFICADA EM CADA CASO CONCRETO, RECOMENDANDO-SE QUE SEJAM TRAZIDAS COMPROVAÇÕES AO MENOS DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, QUAIS SEJAM: COMPETÊNCIA, FINALIDADE, FORMA, MOTIVO E OBJETO.

III - A TRADUÇÃO DE DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS A SEREM CELEBRADOS COM ENTIDADES PÚBLICAS ESTRANGEIRAS PODERÁ SER FEITA POR TRADUTOR JURAMENTADO OU POR SERVIDOR PÚBLICO QUE COMPROVE SUA PROFICIÊNCIA NO IDIOMA ESTRANGEIRO E A COMPATIBILIDADE COM AS ATRIBUIÇÕES, POR FORÇA DO ARTIGO 19, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

IV - É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO OU MENÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA EM PARCERIAS INTERNACIONAIS, DESDE QUE ESTA NÃO OFENDA A SOBERANIA NACIONAL, A ORDEM PÚBLICA OU BONS COSTUMES, NA FORMA DO ARTIGO 17 DO DECRETO-LEI 4.657/42.

V - NA HIPÓTESE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDOS OU PARCERIAS INTERNACIONAIS QUE DECORRAM DE TRATADOS INTERNACIONAIS INTERNALIZADOS PELO CONGRESSO NACIONAL DEVEM AS CLÁUSULAS DESSES SER OBSERVADAS, TENDO EM VISTA POSSUÍREM EFICÁCIA DE LEI.

VI - A ELEIÇÃO DE FORO QUE NÃO SEJA O BRASILEIRO PARA DIRIMIR QUESTÕES REFERENTES ÀS PARCERIAS OU ACORDOS ENTRE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES AUTÁRQUICAS FEDERAIS COM ENTIDADES PÚBLICAS INTERNACIONAIS É JURIDICAMENTE VIÁVEL, DESDE QUE NÃO VERSE SOBRE MATÉRIA CUJO FORO É DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA, NA FORMA DOS ARTIGOS 88 A 90 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

VII - A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NOS ACORDOS OU PARCERIAS ENTRE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES AUTÁRQUICAS FEDERAIS COM ENTIDADES PÚBLICAS INTERNACIONAIS É VIÁVEL, DESDE QUE SE TRATE DE DIREITOS DISPONÍVEIS OU QUE ESTEJA PREVISTA A SUA POSSIBILIDADE EM LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, INCLUINDO TRATADO INTERNACIONAL DEVIDAMENTE INTERNALIZADO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 09/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 16/2012

I- É RECOMENDÁVEL QUE APENAS A PESSOA POLÍTICA (ENTE FEDERATIVO) OU UMA DAS SUAS PESSOAS ADMINISTRATIVAS (AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES E ENTIDADES ESTATAIS DEPENDENTES) FIGURE COMO PARTE EM CONVÊNIOS, SEJA COMO CONVENIENTE, SEJA COMO INTERVENIENTE. NADA IMPEDE, CONTUDO, NOS CASOS DE CONVÊNIO CELEBRADO POR ENTE FEDERATIVO, QUE SEJA DELEGADA COMPETÊNCIA AO SECRETÁRIO ESTADUAL OU MUNICIPAL PARA ASSINAR O AJUSTE;

II - PARA FINS DE CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO, DEVERÃO SER CONSULTADOS OS CNPJS DO ENTE FEDERATIVO QUE FIGURA COMO PARTE NO CONVÊNIO E DO ÓRGÃO QUE, EVENTUALMENTE, O ASSINA POR DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. APLICA-SE TAL ENTENDIMENTO QUANDO O CONVÊNIO É ASSINADO APENAS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, OCASIÃO EM QUE SERÁ CONSULTADO, IGUALMENTE, O CNPJ DA SECRETARIA BENEFICIÁRIA DOS RECURSOS FINANCEIROS. NO CASO DE CONVÊNIO CELEBRADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, SOMENTE O CNPJ DESTA SERÁ VERIFICADO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 16/2012/GT457/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 17/2012

AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO PARA INSTAURAÇÃO

DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO.

I. OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS REFERENTES A OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS, ASSIM COMO OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO

DIRETA POR MEIO DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, SOMENTE PODERÃO SER INICIADOS QUANDO HOUVER PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS QUE ASSEGUREM O PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES.

II. PARA FINS DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, A EMISSÃO DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO NÃO É OBRIGATÓRIA, EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA EM LEI NESSE SENTIDO E, NA SUA AUSÊNCIA, PODE SER SUPRIDA POR DECLARAÇÃO DO ORDENADOR DE DESPESA DO ENTE QUE ATESTE A PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.

III. É NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO, QUE RESULTE EM DISPÊNDIO DE RECURSOS PÚBLICOS, SEJAM ELES DECORRENTES DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, ASSIM COMO OS DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 4/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 18/2012

I. NAS CONTRATAÇÕES QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA, SEJAM AQUELAS POR ALOCAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO SEJAM AQUELAS MEDIDAS E PAGAS POR RESULTADO, A ADMINISTRAÇÃO ESTÁ OBRIGADA A OBEDECER AOS PISOS SALARIAIS DAS CATEGORIAS;

II. É ADMITIDA, EXCEPCIONALMENTE, A FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NAS CONTRATAÇÕES POR POSTOS DE TRABALHO, SENDO VEDADA NAQUELAS EM QUE O SERVIÇO É MEDIDO E PAGO POR RESULTADOS;

III. QUANDO UTILIZAR-SE DA FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ FAZER CONSTAR EXPRESSAMENTE DOS AUTOS FUNDAMENTAÇÃO CLARA E OBJETIVA QUE DEMONSTRE A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA, COM RESPALDO EM ESTUDOS APTOS A COMPROVAR O VALOR ADOTADO, O GANHO DE EFICIÊNCIA ESPERADO, A ESPECIFICIDADE DOS SERVIÇOS, A QUALIFICAÇÃO DIFERENCIADA DA MÃO-DE-OBRA EXIGIDA, BEM COMO OUTROS MOTIVOS IDÔNEOS A FUNDAMENTAR A EXCEPCIONALIDADE.

REFERÊNCIA: PARECER N° 5/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 19/2012

LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRAS PÚBLICAS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

I. O PREGÃO NÃO PODERÁ SER UTILIZADO PARA LICITAR A CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N° 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI N° 8.666/93).

II. COM SUPEDÂNEO NOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO N° 5.450/05 E NA SÚMULA N° 257 DO TCU, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS DEVERÁ SER LICITADA POR PREGÃO ELETRÔNICO OU, NA INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, POR PREGÃO PRESENCIAL.

III. NÃO CABE À PROCURADORIA DECIDIR SE O OBJETO CONTRATUAL PODERIA SER QUALIFICADO COMO OBRA OU SERVIÇO, NEM SE ESTE SE ENQUADRA COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA COMUM.

REFERÊNCIA: PARECER N° 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 20/2012

I. O ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ACÓRDÃO TCU N° 8237/2011 – 2ª CÂMARA, REFERENTE À RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA PRECLUSÃO LÓGICA, NÃO PODERÁ SER ADOTADO, POIS CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO JURÍDICA VINCULANTE DO PARECER N° AGU/JTB 01/2008.

II. AS ANÁLISES DE PEDIDOS DE REPACTUAÇÃO DEVEM LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O ATUAL REGRAMENTO DECORRENTE DE ALTERAÇÕES NA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG N° 02/2008 E NA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU N° 25/2009, DE SORTE QUE SE DEVE RECONHECER QUE EXISTEM REGRAS PRÓPRIAS DE CONTAGEM DA ANUALIDADE, DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS E DE CARACTERIZAÇÃO DA PRECLUSÃO LÓGICA, PARA CUSTOS NÃO VINCULADOS À DATA-BASE DE DETERMINADA CATEGORIA, QUE NÃO FORAM ANTEVISTAS PELO PARECER N° AGU/JTB 01/2008.

REFERÊNCIA: PARECER N° 07/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 21/2012

OS BENS DE PROPRIEDADE OU CUJA POSSESEJAM DE ENTIDADES PÚBLICAS PODEM SER CEDIDOS A OUTROS ENTES PÚBLICOS GRATUITAMENTE, DEVENDO A CESSÃO SER, NECESSARIAMENTE, TEMPORÁRIA, SALVO QUANDO O IMÓVEL FOR DE PROPRIEDADE DO CEDENTE, EM FACE DE EVENTUAL CARACTERIZAÇÃO DE FALTA DE PLANEJAMENTO DO CEDENTE-LOCATÁRIO QUANDO DO DIMENSIONAMENTO DO OBJETO DA LOCAÇÃO. E, COMO REGRA, NO TERMO DE CESSÃO, DEVERÁ CONSTAR A NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO, A TÍTULO INDENIZATÓRIO, DAS DESPESAS COMUNS DAS QUAIS FOI BENEFICIÁRIO O CESSIONÁRIO, RESPEITADOS OS CASOS EM QUE A LEI EXIJA APOIO FINANCEIRO A ESTE POR PARTE DO CEDENTE, OU, NO PLANO ADMINISTRATIVO, FIQUE INEQUIVOCADAMENTE DEMONSTRADA A VANTAJOSIDADE DESTE ÚLTIMO EM NÃO REALIZAR O RATEIO DAS REFERIDAS DESPESAS COM O CESSIONÁRIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 11/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.