

Publicações da Escola da AGU

Pareceres das Câmaras Permanentes
de Licitações, Contratos e Convênios
do Departamento de Consultoria da
Procuradoria-Geral Federal - 2013

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 33	p. 1-520	jan. 2014
---------------------------------	----------	-------	----------	-----------

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: escolaagu.secretaria@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	Procurador-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
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
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: das Câmaras Permanentes de Licitações, Contratos e Convênios do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal - 2013 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 33 (jan./2014).- Brasília: EAGU - mensal. A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal
ISSN 2236-4374

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

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....07

PARECERES

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

*PARECER N.º 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Rui Magalhães Piscitelli..... 11

*PARECER N.º 02_/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU*

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão..... 25

*PARECER N.º 03 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Raphael Peixoto de Paula Marques..... 39

*PARECER N.º 04/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Rui Magalhães Piscitelli..... 55

*PARECER N.º 05/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Érica Maria Araújo Saboia Leitão..... 73

*PARECER N.º 06/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Érica Maria Araújo Saboia Leitão..... 87

*PARECER N.º 07/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU*

Michelle Diniz Mendes..... 109

*PARECER N.º 08/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Michelle Diniz Mendes..... 123

*PARECER N.º 09 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/
PGF/AGU*

Michelle Diniz Mendes..... 143

<i>PARECER N° 10/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Humberto Fernandes de Moura.....</i>	<i>173</i>
<i>PARECER N° 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>José Reginaldo Pereira Gomes Filho.....</i>	<i>19</i>
<i>PARECER N° 13 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Raphael Peixoto de Paula Marques.....</i>	<i>229</i>
<i>PARECER N° 14/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>José Reginaldo Pereira Gomes Filho.....</i>	<i>249</i>
<i>PARECER N° 15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Michelle Diniz Mendes.....</i>	<i>259</i>
<i>NOTA N° 001/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Rui Magalhães Piscitelli.....</i>	<i>275</i>

**TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
TRATADOS NO ÂMBITO DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES
E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA PORTARIA/PGF
N° 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

<i>PARECER N° 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Bráulio Gomes Mendes Diniz.....</i>	<i>279</i>
<i>PARECER N° 02/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Bráulio Gomes Mendes Diniz.....</i>	<i>297</i>
<i>PARECER N° 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Ricardo Silveira Ribeiro.....</i>	<i>309</i>
<i>PARECER N° 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Ricardo Silveira Ribeiro.....</i>	<i>319</i>
<i>PARECER N° 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Daniel de Andrade Oliveira Barral.....</i>	<i>341</i>
<i>PARECER N° 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i>	
<i>Daniel de Andrade Oliveira Barral.....</i>	<i>353</i>

<i>PARECER N° 07/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Bráulio Gomes Mendes Diniz</i>	363
<i>PARECER N° 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Ricardo Silveira Ribeiro</i>	373
<i>PARECER N° 09/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Daniel de Andrade Oliveira Barral</i>	399
<i>PARECER N° 10/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Rafael Sérgio Lima de Oliveira</i>	413
<i>PARECER N° 11/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Bráulio Gomes Mendes Diniz</i>	437
<i>PARECER N° 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Bráulio Gomes Mendes Diniz</i>	451
<i>PARECER N° 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU</i> <i>Bráulio Gomes Mendes Diniz</i>	461
PERGUNTAS E RESPOSTAS.....	485
CONCLUSÕES DOS PARECERES.....	487



EDITORIAL

Prezados Colegas:

O ano de 2013 foi especialmente profícuo para o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal – DEPCONSU, com a concretização de dois projetos importantes: a criação das Câmaras Permanentes de Licitações, Contratos e de Convênios e demais ajustes congêneres, e o estabelecimento de diretrizes gerais para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestados às autarquias e fundações públicas federais, por meio da Portaria PGF nº 526, de 26 de agosto.

Nesse cenário, acabou ocorrendo, também, a edição de novo regramento para a atuação do DEPCONSU, com a edição da Portaria PGF nº 423, de 16 de julho, que disciplinou as atividades do Departamento; da Portaria PGF nº 424, de 16 de julho, que disciplinou o encaminhamento de consulta ao Departamento (e revogou a Portaria PGF nº 158, de 09 de março de 2010); e da Portaria PGF nº 425, de 16 de julho, que disciplinou o acompanhamento, pelo Departamento, das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestados às autarquias e fundações públicas federais, no tocante a projetos estratégicos.

Contudo, como consequência do exitoso projeto iniciado em 2012, com os então denominados Grupos de Trabalho, merece especial destaque a criação das Câmaras Permanentes de Licitações, Contratos e de Convênios e demais ajustes congêneres no âmbito do DEPCONSU, com a edição da Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

O propósito das Câmaras Permanentes foi plenamente alcançado, fornecendo subsídios e conferindo a segurança necessária à atuação dos nossos colegas Procuradores Federais no exercício de suas atribuições de assessoramento e consultoria jurídicas aos órgãos competentes das autarquias e fundações públicas federais assessoradas, emprestando segurança jurídica às decisões tomadas pelos gestores públicos.

No ano de 2013, houve uma rica produção de manifestações jurídicas abordando as referidas matérias. A Câmara Permanente de Licitações e Contratos produziu 13 (treze) Pareceres, deles sendo extraídas 13 (treze) Conclusões, enquanto a Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres produziu 15 (quinze) pareceres e 1 (uma) Nota, resultando na elaboração de 24 (vinte e quatro) Conclusões.

Somando-se à produção dos referidos Grupos de Trabalho, em 2012, foram elaborados até hoje, no total, 46 (quarenta e seis) pareceres, resultando em 58 (cinquenta e oito) Conclusões, todos aprovados pelo Procurador-Geral Federal, que devem ser adotadas de modo uniforme por todos os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal.

É, sem dúvida alguma, uma produção jurídica expressiva e de inegável qualidade técnica, realizada em razão da expertise adquirida ao longo dos anos pelos Membros das Câmaras Permanentes, grandes responsáveis pelo louvável trabalho realizado sob a coordenação dos colegas Douglas Henrique Marin dos Santos e Rui Magalhães Piscitelli, que tiveram o mérito de garantir grande eficiência ao trabalho de todos os colegas que integram as Câmaras Permanentes.

Todos os Pareceres suprarreferidos produziram conclusões, divulgados na página eletrônica da Procuradoria-Geral Federal na internet, os quais em muito estão ajudando os Procuradores Federais pelo Brasil afora, dando-lhes segurança jurídica em temas extremamente específicos das matérias licitatória e convenial.

Em 2013, a Escola da Advocacia-Geral da União publicou a Edição Especial nº 25 de suas publicações, contendo todo o material produzido pelos Grupos de Trabalho em 2012. Agora, é com muita satisfação que anunciamos a presente publicação a produção, referente aos trabalhos das Câmaras Permanentes em 2013, com uma novidade: todas as conclusões, desde aquelas de 2012, estão compiladas, para que o leitor possa, facilmente, manusear o material como relevante fonte de consulta no seu dia a dia de trabalho.

Agora, como nova meta, vamos todos nos propor, para o início de 2015, viabilizar a publicação da Terceira Edição da Coletânea de “Pareceres do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal”, contendo os Pareceres produzidos em 2014 pelas referidas Câmaras Permanentes.

Com isso, o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, no exercício da coordenação e orientação das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, espera continuar contribuindo no sentido de conferir a segurança necessária à atuação dos nossos colegas Procuradores Federais.

Ao final, renovamos nosso especial agradecimento aos Coordenadores das Câmaras Permanentes DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS e RUI MAGALHÃES PISCITELLI, bem como aos seus integrantes espontâneos, abaixo relacionados, que realizaram esse brilhante trabalho sem prejuízo de suas atribuições funcionais ordinárias, todos merecedores de nossas congratulações, sem olvidar o reconhecimento e agradecimento especial aos trabalhos de apoio administrativo dados pela Dra. ESTHER MARIA DOS SANTOS FILGUEIRA.

Boa leitura a todos!

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

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

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

ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO (Titular - CP-Licitações e Contratos Administrativos)

FÁBIA MOREIRA LOPES (Titular - CP-Licitações e Contratos Administrativos)

RAFAEL SÉRGIO LIMA DE OLIVEIRA (Titular - CP-Licitações e Contratos Administrativos)

JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO (Suplente) CP-Licitações e Contratos Administrativos)

PATRÍCIA CRISTINA LESSA FRANCO (Suplente) CP-Licitações e Contratos Administrativos)

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

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

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

CINTIA TEREZA GONÇALVES FALCÃO (Titular) - CP-Convênios

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES (Titular) - CP-Convênios

ÉRICA MARIA ARAÚJO SABÓIA LEITÃO (Titular) - CP-Convênios

MICHELLE DINIZ MENDES (Titular) CP-Convênios

GUILLERMO DICESAR MARTINS DE ARAÚJO GONÇALVES (Titular – CP-Convênios)

ANDRÉ FARAGE DE CARVALHO (Suplente) CP-Convênios

ELSIO BENETTI (Suplente) CP-Convênios

CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS (Suplente – CP – Convênios)

EMANOEL GONÇALVES DE CARVALHO (Suplente – CP – Convênios)

HUMBERTO FERNANDES DE MOURA (Suplente – CP – Convênios)

IVAN MAGALHÃES FRANCISCO (Suplente – CP – Convênios)

JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO (Suplente – CP – Convênios)

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
Diretor do Departamento de Consultoria da PGF

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador Geral Federal

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DA
CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS INSTITUÍDA
COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE
FEVEREIRO DE 2013

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

PARECER Nº 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

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 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS UTILIZADOS COMO CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 97 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: DE UM LADO, OS CONTRATOS; DE OUTRO, OS CONVÊNIOS, E OS TERMOS DE PARCERIA, CONSIDERANDO-SE A APLICAÇÃO DE TERMOS DE COOPERAÇÃO QUANDO, A DESPEITO DA CONTRAPRESTAÇÃO DIRETA, O AJUSTE ENVOLVER ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE O MESMO ENTE POLÍTICO FIGURAR COMO CONTRATANTE E CONTRATADO NA MESMA OCASIÃO.

I. Os contratos seguem a contraposição de interesses e a contraprestação entre as partes; já, os convênios e os termos de parceria visam à consecução da realização de objetos em comum, em prol da coletividade, e não diretamente para os partícipes envolvidos, aplicando-se o termo de cooperação quando, a despeito da contraprestação direta entre as partes, o ajuste envolver órgãos da Administração Direta, pela impossibilidade de o ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.

II. Os documentos exigidos para os convênios devem seguir, no que couber, para observância, também, aos termos de parceria.

III. Diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos utilizados como concreção do princípio da descentralização administrativa nas atividades-meio de contrato administrativo, convênio e termo de parceria, bem como semelhanças entre estes últimos.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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. Ressalte-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente Parecer abordará as diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos de contrato administrativo, convênio e termo de parceria, bem como semelhanças entre estes últimos, deixando-se de analisar minuciosamente o instituto do termo de cooperação em face de legislação superveniente, qual seja, a Portaria Conjunta nº 8, de 7 de novembro de 2012, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria-Geral da União.

5. É o relatório, anotando que o tema específico dos termos de cooperação está na pauta de análises desta Câmara para o exercício de 2013.

6. DA PRÉVIA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO:

6.1. 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 OTERO¹:

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.

6.2. Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros²:

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 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.

6.3. Acerca dessa visão integrada entre regras e princípios, que denominou-se juridicidade, o princípio que veio a substituir a legalidade no Direito Administrativo Contemporâneo, pós-Constituição de 1988, é curial trazermos sua densidade das palavras de MOREIRA NETO³:

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja,

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

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

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (grifo aposto)

6.4. A propósito, veja-se 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 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. (grifo aposto)

6.5. Dessa maneira, já no presente tópico, 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 jurídica é composto pelos princípios e regras, essas duas espécies com força cogente aos intérpretes. Essa a essência do princípio da juridicidade.

7. DA EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

7.1. A fim de podermos nos situar seguramente na matéria atinente aos presentes autos, necessário se faz incursionarmos através da evolução da Administração Pública, desde o seu nascedouro até presentemente, estágio no qual as entidades privadas paraestatais – no caso, as

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

organizações da sociedade civil de interesse público – passam a ocupar local de destaque no cenário administrativista⁵.

7.2. Da Administração patrimonialista podemos exemplificar características como a pessoalidade, a inexistência de fronteira entre a coisa pública e os interesses pessoais dos governantes e a praticamente ausência de controle. Predominantemente, a escola patrimonialista poderia ser associada aos antecedentes da 1ª-dimensão dos direitos fundamentais.

7.3. Sucessivamente, da Escola burocrática, podemos trazer a introdução dos controles nos negócios públicos, a segregação entre os interesses privados dos públicos e o respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade; todavia, para isso, em face das agruras experimentadas pelo modelo anterior, acaba centralizando os negócios administrativos.

7.4. Max Weber, sociólogo alemão, inaugura o termo burocracia no início do século XX, que, na sua gênese, foi um modelo criado visando a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns de seus princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções, com a alta capacitação da Administração Pública, que passa a ser profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública

7.5. Contudo, a Administração Pública precisava acompanhar a evolução ainda maior da sociedade, do que, com o final da 2ª-e início da 3ª-dimensão dos direitos fundamentais, a escola gerencial foi sendo introduzida nos temas do Estado.

7.6. No Brasil, o conhecido Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, readequou vários conceitos até então praticados. Tomemos o controle, que, na visão burocrática era voltado aos meios, o qual se transformou em medição de resultados. Ademais, a Administração Pública ganhou cinco novos princípios, quais sejam, o planejamento, o controle, a coordenação, a descentralização e a delegação de competência. Notadamente com esses dois últimos, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, o que visava a que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta. Assim, cria-se a tecnocracia. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº-19, de 04 de junho de 1998, introduzindo aos quatro princípios constitucionais da

5 PISCITELLI, Rui Magalhães. *Contratações e demais ajustes da administração pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal*. Brasília, DF: [s. n.], 2011. p 31 e seguintes.

Carta de 88 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade) o lume da eficiência, a possibilidade de demissão, mesmo dos servidores estáveis por insuficiência de desempenho, e, ao que nos toca mais diretamente, a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 88, vê-se, pouco a pouco, a consolidação do modo gerencial de administrar a coisa pública.

7.7. É sempre bom repetir que a Reforma Administrativa implementada no Brasil mediante o DL 200, de 1967, em um modelo gerencial e reforçada que o foi pela EC 19, de 1998, assim já o previa quanto à necessidade de se realizar, com o desencargo pelo Estado das atividades-meio no âmbito administrativo, mediante instrumentos que especificou, as atividades não-essenciais, quer via contrato com entidades privadas com fins lucrativos, quer mediante convênios, entre Entes Políticos e administrativos, como se constata da redação de seu art. 10.

7.8. Nesse sentido, destacamos pensamento de GONÇALVES, acerca da busca dos Entes Públicos a formarem parcerias com os agentes privados. Em suas palavras⁶:

Infere-se, pois, que a implantação da ideia de parceria entre o público e o privado essencialmente se realiza e se viabiliza mediante a contratualização das relações do Estado com os particulares, embora haja outras formas de parceria, como gestão associada dos entes federados através de convênios e consórcios, além de franquias, terceirização, cooperativas prestadoras de serviços públicos, entre outras.

7.9. Tem-se, em conclusão deste tópico, que o Estado-Administração, na sua evolução, saiu 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 (dentre eles, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor); todavia, nem contratos, nem convênios podem descentralizar as atividades que sejam estatutariamente finalísticas do órgão ou entidade públicos, bem como aquelas para as quais há cargos específicos nas referidas carreiras funcionais⁷. Dessa maneira, pois, aplicam-se aos ajustes congêneres como os Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis

6 GONÇALVES. Cláudio Cairo. *Contrato administrativo*. Tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 133.

7 Súmula 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,

aos convênios. Outra não foi a intenção do Decreto-Lei nº 200, de 1967, ao prever a colaboração como forma de descentralização da Administração Pública para entidades públicas ou, mesmo, entidades privadas sem fins lucrativos (excluindo-se, pois, os contratos, de natureza contraprestacional).

8. DOS CONTRATOS E DOS CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES A ESTES ÚLTIMOS CONGÊNERES COMO MEIO DE CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO: DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS:

8.1. Nesse cenário de descentralização das atividades estatais, remonta a importância dos contratos e dos convênios, bem como de ajustes congêneres, repetindo, como, nos presentes autos, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor.

8.2. Entretanto, é extremamente importante para evitar-se o desvirtuamento de tais institutos, a clarificação de seus conceitos, e, sobretudo, de suas diferenças, haja vista que, nos contratos, por sua natureza contraprestacional e de bilateralidade (os produtos são vendidos por uma das partes e comprados para a utilização da outra), a licitação é o caminho necessário à sua prévia formalização; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a colaboração mútua a fim da elaboração de um objeto que não será de nenhuma das partes, senão da própria coletividade, é o norte do ajuste, dispensando-se, conseqüentemente, a licitação prévia à celebração (todavia, para as entidades privadas sem fins lucrativos, não se dispensando, nos convênios, o prévio chamamento público, e, nos termos de parceria, o prévio concurso de projetos – institutos esses decorrentes da aplicação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas).

8.3. Os convênios, como uma modalidade de ajuste administrativo, fundamentalmente divergem da figura do contrato. Na essência, contrato designa oposição entre as partes, ao passo que, convênio remete-se à mútua colaboração para a realização de um objeto comum. Assim em BAZILLI⁸: “Ao contrário do que sucede no contrato administrativo, no qual Administração coloca-se em situação de supremacia em relação ao contratado, no convênio os partícipes estão em igualdade jurídica (...)”.

celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano. “

8 BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 35-36.

8.4. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO⁹: “A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum”.

8.5. A propósito, vale ressaltar, para o entendimento pleno do escopo deste Parecer, que os convênios e ajustes congêneres como os Termos de Parceria com OSCIPs passam, sequencial e cronologicamente, por 4 (quatro) fases, a saber, a proposição, a celebração, a execução e a prestação de contas.

8.6. Podem-se estruturar as fases de proposição como a apresentação, pelo proponente a receber os recursos federais, da proposta de trabalho acompanhada do Projeto Básico detalhando o objeto do convênios ; a celebração com a formatação do Termo; a execução com a realização do objeto e, finalmente, a prestação de contas com a apresentação dos documentos exigidos do recebedor dos recursos à análise da União, estes conforme contido nos arts. 72 a 76 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011.¹⁰

8.7. Vale destacar os documentos necessários à elaboração de um convênio, aplicáveis, pois, aos demais ajustes congêneres, a saber:

- a) “Proposta de Trabalho” (observados os requisitos constantes do art. 19 da Portaria Interministerial nº 507/2011);
- b) “Plano de Trabalho” (observados os requisitos do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993 e o art. 25 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- c) “Projeto Básico” ou “Termo de Referência” (observado o disciplinamento posto no inciso XXI do parágrafo segundo do art. 1º, inciso VII do art. 6º, parágrafo 4º e inciso III do parágrafo 6º do art. 34 e art. 37, todos da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- d) “Termo de Convênio” (respeitado o contido nos arts. 38 a 43 da Portaria Interministerial nº 507/2011);
- e) “Especificações Complementares” (com informações técnicas adicionais julgadas de relevância pela Área Técnica do concedente).

8.8. Importante é trazermos o *leading case* que trata das diferenças entre os contratos, de um lado, e os convênios e demais ajustes

9 JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 327.

10 A propósito, vide o *Manual de Convênios e outros Repasses do TCU*, com as principais falhas trazidas por aquele Órgão de Controle em diversos procedimentos de auditoria e fiscalização empreendidos, Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053252.PDF>> pp 17 e seguintes>. Acesso em: 15 abr. 2012.

congêneres de outro, no Acórdão nº 2.356, de 2006, do Plenário do TCU. E isso é fundamental haja vista que, previamente à celebração dos contratos, é indispensável, salvo os casos de dispensa e inexigibilidade, trazidos na Lei licitatória geral, o prévio procedimento licitatório; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a licitação prévia não é exigida (veja-se, por oportuno, que o Decreto nº 7.568, de 2011, bem como o Decreto nº 3.100, de 1999, respectivamente, para convênios e termos de parceria com OSCIPs, vieram a instituir como obrigatório prévio procedimento seletivo a fim de celebração daqueles ajustes, mas, ao menos por previsão de regra normativa, somente a partir da edição daqueles, a despeito de entendermos que os princípios da impessoalidade e da moralidade sempre estivessem a exigir esses procedimentos para a escolha dos convenientes e parceiros).

É incabível o termo de convênio 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, revelando-se relação tipicamente contratual. (grifo aposto)

8.9. Como conclusão deste tópico temos a exata distinção entre os contratos administrativos, de um lado, e os convênios e demais ajustes congêneres (a saber, com trato neste Parecer, dos Termos de Parceria), de outro, qual seja, naqueles a existência de contraprestação, ou seja, de um bem ou serviço para quem paga pelos mesmos; nestes últimos ajustes, 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. No entanto, entre órgãos da Administração direta, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deve ser utilizada a figura do termo de cooperação, em face da impossibilidade de o ente político figurar como contratante e contratado no mesmo ajuste. Desvirtuar os convênios e demais ajustes, neles inserindo objetos típicos contratuais, deve ensejar as responsabilizações cabíveis.

9. DOS TERMOS DE PARCERIA:

9.1. Na legislação pátria, como forma de descentralização da atividade estatal, notadamente ao terceiro setor, destacam-se as transferências voluntárias, via convênios ou via termos de parceria.

9.2. Na sua essência, os institutos se equivalem, todavia, os termos de parceria são instrumentos específicos para transferências às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, criadas estas pela Lei nº 9.790, de 1999, e regulamentadas pelo Decreto nº 3.100, de 1999, para atividades, repita-se o que já se disse neste Parecer, que não envolvam contraprestação ao ente público, o que passa a caracterizar outro instituto, o dos contratos, e, logo, exigindo prévia licitação.

9.3. A boa doutrina enquadra, como não poderia deixar de ser, os Termos de Parceria com as entidades da sociedade civil de interesse público – OSCIPs no gênero convênios administrativos (logo, pois, em contraposição à idéia de contrato). Bem saber de CARVALHO FILHO¹¹:

Por sua natureza, esse negócio jurídico qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo, já que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação além do fato de que uma delas será o Poder Público representado por algum de seus órgãos ou pessoas.

9.4. E, no sentido de poder-se optar pelo instrumento (convênio ou termo de parceria), assim a AGU já firmou entendimento, esposado na Orientação Normativa nº-29, de 2010, a saber:

A Administração Pública pode firmar termo de parceria ou convênio com as organizações sociais de interesse público – OSCIPs. Há necessidade da devida motivação e justificação da escolha efetuada. Após a celebração do instrumento, não é possível alterar o respectivo regime jurídico, vinculando os partícipes.

9.5. Diferença se vê, somente, quanto à seleção das entidades privadas sem fins lucrativos em geral e as OSCIPs, no instrumento a utilizar, em sendo, para estas últimas, preferido o Termo de Parceria, e não o convênio. Ou seja, para selecionar entidades privadas sem fins lucrativos utiliza-se o instrumento do Chamamento Público; já, para celebrar com as OSCIPs, o meio é o Concurso de Projetos.

9.6. Na referida Lei nº 9.790, destacamos quanto ao disciplinamento para a celebração, execução e prestação de contas dos Termos de Parceria o contido nos seus arts. 9º a 15.

11 CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2012. p 239.

9.7. Dessa maneira, sendo os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, devem, para tanto, observar, no que couber, observada a especificidade disposta na Lei nº 9.790 e no Decreto nº 3.100, ambos de 1999, os mesmos documentos necessários àqueles ajustes, quais sejam, proposta de trabalho, plano de trabalho, projeto básico/termo de referência (logo, para tanto, necessária prévia pesquisa de mercado a fim de justificar os referidos documentos) e, quanto ao instrumento, deve-se seguir o modelo posto na Lei nº 9.790, de 1999, quais sejam, os Termos de Parceria. Por força do contido no parágrafo único do art. 38 da Lei 8666 c/c o seu art. 116, é necessário prévio parecer jurídico nos termos de parceria. Essa é a maneira, entendemos, de prestigiar a essência dos institutos jurídicos sobre a forma, no caso, a essência nos dirige à conclusão de que são os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, e, dessa maneira, devem submeter-se às disposições normativas conveniais subsidiariamente, a despeito da legislação própria da Lei nº 9.790 e do Decreto nº 3.100, de 1.999, naquilo que não contrariar estes últimos diplomas citados.

10. DA NECESSÁRIA ANÁLISE DOS INSTITUTOS FRENTE À LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS:

10.1. Ponto de interesse aos Procuradores Federais a constar nas suas manifestações jurídicas são as recomendações postas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias vigentes, em face das vedações nelas contidas para a transferência voluntária às entidades privadas sem fins lucrativos, a saber, exemplificativamente, da Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012 (LDO 2013), no seu art. 55.

10.2. Interessante de se observar, na LDO para o exercício financeiro de 2013 exemplificativamente (devendo o Parecerista atentar para a LDO vigente), *são os incisos I e II do parágrafo § 6º do seu art. 55*, a saber:

§ 6º As entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP poderão receber recursos oriundos de transferências previstas na Lei nº 4.320, de 1964, por meio dos seguintes instrumentos:

I - termo de parceria, caso em que deverá ser observada a legislação específica pertinente a essas entidades, processo seletivo de ampla divulgação, não se lhes aplicando as condições constantes dos arts. 51, 52 e 54; e

II - convênio ou outro instrumento congênere, caso em que deverá ser observado o conjunto das disposições legais aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado.

10.3. Ademais, é bem lembrar que nas LDOs é que vêm prefixados os percentuais de contrapartida para os convenientes, como, na LDO para 2013, no seu art. 57, *cabendo trazer a novidade desde a LDO para o exercício financeiro de 2011, Lei nº 12.309, de 09 de agosto de 2010*, de que a contrapartida do conveniente público deverá ser **EXCLUSIVAMENTE** em recursos financeiros, não mais sendo admitida contrapartida em bens ou serviços, bem assim do parágrafo primeiro do referido artigo 57 da LDO para 2013.

10.4. Como conclusão deste tópico, temos que devem os Pareceristas Jurídicos consultarem as LDOs vigentes previamente à suas manifestações jurídicas envolvendo convênios e termos de parceria, a fim de fazerem os devidos apontamentos em seus Pareceres, da vista dos autos que lhes vêm à análise previamente à celebração dos referidos institutos.

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2013.

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 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão Raphael Peixoto de Paula Marques
Procuradora Federal Procurador Federal

Érica Maria Araújo Sabóia Leitão Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 11 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o N° 01/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 16 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 24/2013:

Aplicam-se aos Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis aos convênios, incluindo, no que couber, os mesmos procedimentos operacionais; diferenciando-se os mesmos dos contratos administrativos pela ausência de contraprestação naqueles e a presença nestes últimos. Como ressalva, deve-se ter o ajuste entre órgãos da Administração Direta que, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deverá ser celebrado o termo de cooperação, em face da impossibilidade de o Ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal
Matrícula SIAPE 1275886

PARECER Nº_02_/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSUS/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF nº 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

- I – Conceituação de estágio segundo a Lei 11.788/2008;
- II – Formas de ajustes entre as instituições de ensino e a instituição concedente de estágio.
- III – Necessidade de atendimento às disposições da Orientação Normativa MP 07/2008 e do Decreto 7.203/2010 pelas entidades e órgãos públicos para a contratação de estagiários;
- IV – Questões supervenientes à admissão de estagiários pela Administração Pública. Impedimentos à acumulação de bolsas de estágio. Limitação de horas de trabalho. Possibilidade de aplicação de cotas raciais ou sociais na seleção de estagiários.
- V – Inviabilidade de contratação direta de aprendizes pela Administração.

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/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- 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.

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. Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 09 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente parecer visa trazer luz às formas de ajuste para utilização da mão-de-obra de estagiários e de aprendizes no âmbito da Administração Pública, em especial sobre se há ou não necessidade de abertura de procedimento licitatório para contratação de instituição de ensino ou se a celebração de convênios é suficiente para essa finalidade.

I – Conceituação de Estágio segundo a Lei 11.788/2008:

5. A Lei 11.788/2008, também conhecida como Lei de Estágios, dispõe sobre a possibilidade de contratação de mão-de-obra de estudantes, traçando as condições em que serão realizados os estágios, sejam eles obrigatórios ou não.

6. Num primeiro momento, chama-nos a atenção a redação dos artigos 1º e 2º que conceituam o que seria um estágio, verbis:

“Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1º O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

Art. 2º O estágio poderá ser obrigatório ou não-obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.

§ 1º Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.

§ 2º Estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

§ 3º As atividades de extensão, de monitorias e de iniciação científica na educação superior, desenvolvidas pelo estudante, somente poderão ser equiparadas ao estágio em caso de previsão no projeto pedagógico do curso". (destacamos).

7. Da leitura do texto legal, destaca-se a ideia de que o estágio não é mais considerado como uma atividade meramente extracurricular, sendo necessária a efetiva participação da instituição de ensino nesse processo de aprendizado.

8. A diferenciação de estágio obrigatório e não-obrigatório reside apenas no fato de que o estágio obrigatório é condição para aprovação e obtenção do diploma e o estágio não-obrigatório é opcional, mas integrará a carga horária do curso.

9. Também ressaltamos que, independentemente da nomenclatura que se atribua à utilização de mão-de-obra de estudantes, somente poderão ser equiparadas ao estágio da Lei 11.788/2008 as atividades expressamente previstas no projeto pedagógico do curso.

10. É o caso das bolsas de extensão, monitorias e iniciações científicas exercidas nas instituições de ensino superior. Nesta hipótese, não havendo uma previsão dentro do projeto pedagógico do curso, o trabalho do estudante acarretará vínculo empregatício com a instituição de ensino, com a atribuição de todos os encargos trabalhistas cabíveis, na forma do art. 3º, §2º da Lei 11.788/2008.

11. Por certo este vínculo empregatício somente se dará no caso em que a concedente de vagas de estágio for uma empresa privada. Quando a concedente for órgão ou entidade pública tal vínculo é juridicamente inviável, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal e do artigo 22, caput, da ON SRH/MP 07/2008.

II - Formas de ajustes entre as instituições de ensino e a instituição concedente de estágio

12. Inicialmente, cabe ressaltar que o concedente (instituição que oferece as vagas de estágio) poderá celebrar contratos com agentes de integração públicos e privados, na forma dos artigos dos artigos 5º e 6º da Lei 11.788/2008, verbis:

“Art. 5º As instituições de ensino e as partes cedentes de estágio podem, a seu critério, recorrer a serviços de agentes de integração públicos e privados, mediante condições acordadas em instrumento jurídico apropriado, devendo ser observada, no caso de contratação com recursos públicos, a legislação que estabelece as normas gerais de licitação.”

§ 1º Cabe aos agentes de integração, como auxiliares no processo de aperfeiçoamento do instituto do estágio:

I – identificar oportunidades de estágio;

II – ajustar suas condições de realização;

III – fazer o acompanhamento administrativo;

IV – encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais;

V – cadastrar os estudantes.

§ 2º É vedada a cobrança de qualquer valor dos estudantes, a título de remuneração pelos serviços referidos nos incisos deste artigo.

§ 3º Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular.

Art. 6º O local de estágio pode ser selecionado a partir de cadastro de partes cedentes, organizado pelas instituições de ensino ou pelos agentes de integração”. (destacamos).

13. Em que pese a previsão legal para a participação dos agentes de integração, na prática, houve uma sensível diminuição das contratações com essas entidades, uma vez que a lei tornou obrigatória uma ativa participação da instituição de ensino nos estágios, fazendo com que muitas entidades públicas e privadas optem por um instrumento celebrado diretamente com as escolas, faculdades e universidades.

14. Ressalte-se que, para a contratação de agentes de integração é obrigatório o atendimento às normas de licitação, além do fato de que esses agentes não poderão atuar como representantes de quaisquer das partes (aluno, empresa ou escola), fatos que têm contribuído para o desinteresse dos Administradores Públicos.

15. Além do mais, sendo o concedente uma empresa privada ou mesmo um Órgão ou Entidade da Administração Pública Federal, este estará autorizado a celebrar convênios diretamente com as diversas instituições de ensino, sendo despidianda a realização de procedimentos licitatórios ou de contratações, conforme se verifica na redação do artigo 8º da Lei 11.788/2008:

Art. 8º É facultado às instituições de ensino celebrar com entes públicos e privados convênio de concessão de estágio, nos quais se explicitem o processo educativo compreendido nas atividades programadas para seus educandos e as condições de que tratam os arts. 6º a 14 desta Lei.

Parágrafo único. A celebração de convênio de concessão de estágio entre a instituição de ensino e a parte concedente não dispensa a celebração do termo de compromisso de que trata o inciso II do caput do art. 3º desta Lei. (destacamos).

16. Daí temos que o concedente celebrará um convênio diretamente com a instituição de ensino que lhe interessar e, em seguida, celebrará com cada estagiário e a mesma instituição de ensino um termo de compromisso onde ficarão ajustadas todas as obrigações das partes.

17. Por oportuno, em face da observância cogente dos princípios ad Administração Pública pelos Órgãos e Entidades, recomenda-se a realização de prévia seleção com critérios objetivos dos estudantes a serem beneficiados com bolsas de estágio.

18. Acrescente-se, ainda, que é vedada a admissão de estagiários que tenham relação de parentesco com a autoridade máxima administrativa do Órgão correspondente, ou com ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança, chefia ou assessoramento, nos termos do inciso III, artigo 3º do Decreto 7.203/2010, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

III – Necessidade de observação aos dispositivos da Orientação Normativa SRH/MP nº 07, de 30 de outubro de 2008 para aceitação de estagiários

19. De forma geral, para as pessoas jurídicas de Direito Privado concedentes de estágio, a Lei 11.788/2008 se apresenta como suficiente para regular as relações entre as partes envolvidas.

20. Entretanto, no âmbito da Administração Pública temos a Orientação Normativa SRH/MP Nº 7/2008, publicada no D.O.U de 31.10.2008, que traz em seu bojo outros dispositivos que deverão ser atendidos pelos Entes e Órgão Públicos, tais como, a quantidade de vagas de estágio que cada órgão poderá ofertar, os valores das bolsas de estágio, obrigatoriedade de contratar seguro contra acidentes pessoais em favor do estagiário, situações que autorizam o desligamento antecipado do estagiário, possibilidade de pagamento de auxílio-transporte, recesso remunerado de trinta dias para estágios não-obrigatórios com vigências superiores a um ano, além da proibição de pagamento de auxílio-alimentação e de assistência à saúde, dentre outros.

21. Interessa acrescentar que a ON SRH/MP 07/2008, em seu artigo 22, elenca as cláusulas obrigatórias aos termos de compromisso, verbis:

“Art. 22. A realização do estágio curricular não acarretará vínculo empregatício de qualquer natureza e dar-se-á mediante Termo de Compromisso celebrado entre o estudante e o órgão ou entidade, com a interveniência obrigatória da instituição de ensino, no qual deverá constar, pelo menos:

I - identificação do estagiário, do curso e o seu nível;

II - qualificação e assinatura dos contratantes ou convenientes;

III - as condições do estágio;

IV - indicação expressa de que o Termo de Compromisso decorre de contrato ou convênio;

V - menção de que o estágio não acarretará qualquer vínculo empregatício;

VI - valor da bolsa mensal;

VII - carga horária semanal de vinte ou trinta horas compatível com o horário escolar;

VIII - a duração do estágio, será de no máximo quatro semestres letivos obedecido o período mínimo de um semestre;

IX - obrigação de apresentar relatórios bimestrais e final ao dirigente da unidade onde se realizar o estágio, sobre o desenvolvimento das tarefas que lhe forem cometidas;

X - assinaturas do estagiário e responsável pelo órgão ou entidade e pela instituição de ensino;

XI - condições de desligamento do estagiário;

XII - menção do contrato ou convênio a que se vincula; e

XIII - indicação precisa do professor orientador da área objeto de desenvolvimento, a quem caberá avaliar o desempenho do aluno” (destacamos).

22. Portanto, a prestação de serviços por estagiários dependerá de prévio ajuste entre as entidades públicas e as instituições de ensino, por meio de convênios. Todavia, o estagiário somente poderá iniciar suas atividades após a celebração do termo de compromisso firmado entre os partícipes do convênio e cada educando e que contenha as cláusulas previstas no artigo 20 da IN SRH/MP 07/2008.

23. Merece destaque o fato de que o mencionado convênio possui características próprias, motivo pelo qual, estão afastadas as exigências da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011.

24. Finalmente, reforçamos que a participação de agentes de integração será obrigatoriamente precedida de contratação que atenda às disposições da Lei 8.666/93, mas este instrumento igualmente não afastará a

necessidade de celebração do termo de compromisso e nem terá o condão de autorizar a atuação do agente de integração como representante de qualquer das partes, por força do artigo 16 da Lei 11.788/2008.

IV – Questões supervenientes à admissão de estagiários pela Administração Pública. Impedimentos à acumulação de bolsas de estágio. Limitação de horas de trabalho. Possibilidade de aplicação de cotas raciais ou sociais na seleção de estagiários

25. Neste tópico discutiremos sobre situações relativamente corriqueiras que se apresentam aos Procuradores Federais responsáveis pela análise de convênios e contratos de admissão de estagiários, mas que geram dúvidas no momento de aplicação da norma específica.

26. A primeira delas se refere à possibilidade de acumulação de bolsas de estágios por estudantes.

27. Sobre a matéria, cabe-nos afirmar que existem diversas razões que advogam pela inviabilidade de acumulação de bolsas de estágio.

28. Não é demais lembrar que a instituição de ensino deve visar a formação do aluno, conciliando os horários de estudo com a carga horária de trabalho. Ora, se o estudante se dedica apenas à parte teórica do curso, é certo que estará perdendo oportunidades de vivenciar as experiências necessárias à sua formação prática.

29. Por outro lado, se a instituição de ensino incentiva que o estudante cumpra uma carga horária de estágio muito elevada, estará colaborando para que este mesmo estudante coloque seu curso em segundo plano e, conseqüentemente, se matricule sempre no número mínimo de créditos, atrase sua colação de grau e inserção no mercado de trabalho e, às vezes, até opte pelo trancamento de alguns semestres.

30. Esta situação se agrava sobremaneira no caso de estudantes matriculados em instituições públicas de ensino, já que o Estado estará investindo mais recursos que o necessário para suas formações, ofendendo assim princípios como o da economicidade e da eficiência.

31. Não é sem motivo que a Lei 11.788/2008 estipulou uma carga horária máxima de 30 (trinta) horas semanais e 6 (seis) horas diárias para estagiários durante o período letivo, pelo prazo de até 24 (vinte e quatro) meses, conforme exigência dos artigos 10 e 11 da supramencionada lei:

“Art. 10. A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

I – 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos;

II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

§ 1º O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 (quarenta) horas semanais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

§ 2º Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante.

Art. 11. A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência”. (destacamos).

32. Dificilmente a soma das cargas horárias de dois estágios será inferior ao limite máximo de 30 (trinta) horas semanais exigido pela norma.

33. Ademais, nos casos em que os concedentes de vagas estágio forem instituições públicas, a admissão de estagiário que já esteja exercendo atividades em outra instituição pública ou mesmo em empresa privada é questionável sob o prisma dos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

34. Isto porque, é dever do Estado garantir a todos a igualdade, bem como o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, na forma do *caput* do artigo 5º, combinado com o artigo 205, *caput*, ambos da Constituição Federal.

35. Ressaltamos que a concessão de bolsa de estágio não tem como objetivo apenas a contribuição para o sustento do estudante, mas acima de tudo oportunizar uma formação abrangente, mesclando a teoria com a prática.

36. Todavia, a criação de determinado auxílio ou bolsa poderá trazer a expressa autorização para a acumulação com outra bolsa. Apenas nestas situações, será permitido o acúmulo. Este é o caso do auxílio promissas concedido a estudantes estrangeiros que estejam cursando a graduação no Brasil, por força do Decreto 4.875/2003, combinado com a Portaria MEC 745/2012.

37. Outra questão recorrente trata da possibilidade da utilização de sistema de cotas para concessão de estágios, o que parece ser bem aceito por Órgãos Públicos, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça - STJ que tem feito uso desse critério na admissão de estagiários que ingressaram em instituições de ensino públicas em decorrência de cotas raciais ou sociais.

38. É fato notório que o Brasil vem adotando o sistema de cotas de forma ostensiva, no intuito de diminuir as desigualdades sociais. Por essa razão, foram editadas normas sobre a matéria como a Lei 12.711/2012 - Lei das cotas para ingresso em universidades públicas - e a Portaria MRE nº 02, de janeiro de 2012, que garante cotas raciais para facilitar o acesso ao Instituto Rio Branco e à carreira de Diplomata.

39. O Supremo Tribunal Federal - STF também se mostrou simpático ao tema no julgamento da ADI 3330/DF, quando se manifestou pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais adotado pela Universidade de Brasília - UnB para ingresso nos seus diversos cursos.

40. Diante disso, o Governo Federal vem sinalizando a provável edição de novas normas para ampliar a utilização de cotas em concursos para provimento de cargos públicos, vagas de estágio e, até mesmo, para empresas privadas, a exemplo das conquistas já alcançadas pelos portadores de necessidades especiais - PNEs.

41. Parece-nos, portanto, que a utilização de sistema de cotas raciais e sociais para admissão de estagiários é juridicamente viável.

V - A inviabilidade de contratação de aprendizes pela Administração Pública

42. A contratação de aprendiz não poderá ser confundida com a admissão de estagiários, vez que aquela está prevista no artigo 428 da Consolidação das Leis Trabalhistas e implica em vínculo empregatício, com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, conforme previsto em seu §1º, verbis:

“Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. (Redação dada pela Lei nº 11.180, de 2005)
§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica. (Redação dada pela Lei nº 11.788, de 2008). (destacamos).

43. A redação do *caput* do artigo 429 da CLT também reforça a ideia de que o aprendiz é empregado do contratante, verbis:

“Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)” (destacamos).

44. Ocorre que a investidura em emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, na forma do artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

45. Como não há previsão legal que autorize a realização de concurso público para aprendizes, fica evidente a impossibilidade dessa modalidade de contratação, já que o Administrador Público não poderá reconhecer o vínculo empregatício ou mesmo realizar a necessária anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

46. Também não poderá o aprendiz ser contratado na forma da Lei 8.745/93 (Lei de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), vez que a contratação de aprendizes não está elencada dentre os possíveis contratos temporários a serem celebrados com a Administração Pública.

47. Assim, temos que em virtude do Princípio da Legalidade expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública não poderá se utilizar da contratação direta para prestação de serviços

de aprendizes, exceto se tais aprendizes forem empregados de empresas terceirizadas. Neste caso, o vínculo empregatício será apenas com a empresa privada e não com os Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal.

48. Estas eram as considerações a serem feitas sobre as formas de ajuste para admissão de estagiários e a contratação de aprendizes.

À consideração superior.

Brasília, 09 de maio de 2013.

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal
Matrícula SIAPE 1275886

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 09 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO O PARECER N° 02 2013/ CAMARAPERMANENTECONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extraem as Conclusões que se seguem.

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

Brasília, 09 de maio de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 25/2013:

O instrumento jurídico adequado para regular a prestação de serviços por estagiários no âmbito da Administração Pública é o convênio celebrado entre o ente público e a instituição de ensino. Contudo, o educando somente estará autorizado a iniciar suas atividades após celebração de Termo de Compromisso que contenha as cláusulas tidas como obrigatórias pelo artigo 22 da Orientação Normativa SRH/MP 07/2008.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N°26 /2013:

O Administrador Público poderá celebrar contrato com agentes de integração, desde que precedido do respectivo procedimento licitatório. Entretanto, tal instrumento não afasta a necessidade de se firmar termo de compromisso entre a instituição de ensino, o ente concedente e o educando, vedada a participação dos agentes de integração como representantes de qualquer das partes, na forma do art. 16 da Lei 11.788/2008.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 27 M.,. /2013:

Não se deve permitir a acumulação de bolsas de estágio para estudantes em função dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, exceto quando houver expressa autorização legal. Acrescente-se que o acúmulo de duas bolsas de estágio tende a ser incompatível com o limite máximo de carga horária previsto nos artigos 10 e 11 da Lei 11.788/2008.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 28 /2013:

É possível que o concedente de vagas de estágio reserve um determinado percentual de vagas a alunos cotistas.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 29/2013:

É vedado ao Administrador Público se utilizar da contratação de aprendizes, pois esta gera vínculo empregatício e pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, em desacordo com o artigo 37 *caput* e inciso II, todos da Constituição Federal.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

PARECER Nº 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONS/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVÊNIOS. PRAZO DE VIGÊNCIA. CUMPRIMENTO DO OBJETO. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITES. APLICAÇÃO DO CAPUT DO ART. 57 E ART. 116 DA LEI Nº 8.666/93. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONVÊNIOS. DISTINÇÃO DO REGIME CONTRATUAL. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE PRORROGAÇÃO, INCLUSIVE POR PRAZO SUPERIOR A 60 MESES. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS.

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/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- 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.

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, examinar-se-á eventual aplicabilidade dos limites temporais estabelecidos nos incisos do art. 57 da Lei nº 8666/93 às prorrogações de vigência dos convênios.

I. QUESTÃO PRÉVIA: A DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIOS E CONTRATOS E O ESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO SELETIVA DAS REGRAS CONTRATUAIS PELO ART. 116 DA LEI Nº 8.666/1993

4 Antes de ingressar no exame do tema, faz-se necessário explicitar a distinção jurídica entre contratos e convênios. As peculiaridades inerentes a cada um destes tipos de ajustes é de extrema importância para a adequada interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 e a eventual aplicação de regras específicas do regime contratual aos convênios. Vale registrar, também, que o exame realizado no presente parecer restringe-se aos convênios financeiros, isto é, aqueles que são executados mediante o repasse de recursos financeiros.¹

5 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, 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”. Nesse

1 Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a transferência de recursos é elemento de noção dos convênios, se não há envolvimento de verbas públicas “o melhor é utilizar o ato de colaboração ou acordo de cooperação técnica, terminologias mais corretas para os ajustes em que as partes se mantêm autônomas, emprestando reciprocamente informações, lavrando atos e uma série de providências sem recursos financeiros diretos e indiretos” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.1033).

contexto, os convênios revelam-se como expressão de um princípio básico da atividade administrativa, que é a **descentralização**.²

6 Conforme lição clássica de Hely Lopes Meirelles³, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de **objetivos de interesse comum dos partícipes**”. Já o contrato administrativo é “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os **interesses patrimoniais do contratante privado**”.⁴ Ao fazer a distinção entre convênio e contrato, Hely Lopes afirma que

Convênio é acordo, mas não é contrato. No **contrato** as partes têm **interesses diversos e opostos**; no **convênio** os partícipes têm **interesses comuns e coincidentes**. Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, **no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só**, idêntica para todos, **podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um**, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.⁵

7 Em sentido semelhante, a professora Di Pietro explica que

² Nesse sentido, ver o art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

[...]

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[...]

§ 5º 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 incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 557-558.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

[...] na diferenciação do contrato e do convênio em razão da **natureza da verba repassada** pela Administração Pública. No primeiro, **o valor pago passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu**, sendo irrelevante para o repassador a destinação do mesmo. No segundo, permanece a **verba com a natureza de dinheiro público, somente podendo vir a ser utilizada para os fins previstos no instrumento de convênio**, ficando a entidade recebedora obrigada a prestar contas de sua utilização ao Tribunal de Contas.⁶

8 Marçal Justen Filho também se vale dessa distinção, embora agregando aspectos novos:

O convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido estrito. Em primeiro lugar, o convênio é um contrato **associativo**, de cunho organizacional. Isso significa que **a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra**. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando à realização de um **fim comum**. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho **comutativo**: as partes se valem da contratação para produzir a **transferência entre si da titularidade de bens e interesses**. Essa distinção se relaciona com o posicionamento recíproco entre as partes. **No convênio, as partes não percebem remuneração** por sua atuação e todos **os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva**.⁷

9 De certo modo, a distinção doutrinária foi adotada pela legislação que rege a matéria:

Decreto Federal nº 93.872/86

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares poderão ser executados sob o regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

Parágrafo único. 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.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, p. 285.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422.

Decreto nº 6.170/2007

Art. 1º. [...]

§ 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;

10 Portanto, para que uma relação jurídica possa ser intermediada pelo instrumento jurídico denominado de convênio, alguns elementos são obrigatórios⁸: **a)** os partícipes devem ter objetivos e **competências** institucionais comuns; **b)** os partícipes devem ter em mira a obtenção de um **resultado que seja de interesse comum** (um estudo, um projeto, uma obra, um serviço, etc.), com rateio de custos e benefícios; **c)** o ajuste deve ter natureza cooperativa, devendo estar presente a **mútua colaboração**, que pode assumir várias formas, como o repasse de verbas, o uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, etc; **d)** os recursos financeiros repassados possuem natureza de dinheiro **público**, somente podendo vir a ser **utilizada para os fins previstos** no instrumento de convênio; **e)** **inexistência de lucro**, pois não há remuneração a ser percebida pelas partes; **f)** obrigatoriedade da **prestação de contas**.

11 A distinção conceitual feita até agora deve, necessariamente, servir de orientação hermenêutica para a correta interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/93. Relativamente às regras contratuais aplicáveis aos convênios, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não estabeleceu um indicativo expresso, mas preferiu adotar uma alternativa, digamos, principiológica. Dispõe o art. 116 da Lei nº 8.666/93, que “aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. Se a própria legislação previu essa aplicação seletiva é porque partiu do pressuposto teórico-jurídico de que os convênios e contratos administrativos submetem-se a regimes

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190;
FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: 2012. p. 340.

jurídicos distintos. Do contrário, entender pela aplicação integral do regime jurídico-contratual aos convênios é tornar sem sentido a norma prevista no art. 116.

12 Embora alguns doutrinadores qualifiquem os convênios como espécies do gênero “contrato”, deixam expresso que são contratos “associativos de cunho organizacional”, o que atrai um regime jurídico específico para a sua execução. Para Marçal Justen Filho,

O conceito amplo de contrato administrativo compreende diversas figuras, cada qual subordinada a regime jurídico diferenciado. Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. Há os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.⁹

13 Portanto, apenas as regras contratuais que forem compatíveis com o regime jurídico próprio dos convênios é que lhe podem ser aplicáveis. Um exame deste tipo requer a necessária observação do caso concreto, além de se pautar por uma compreensão principiológica do direito. Para Marçal Justen Filho, “os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados”, ou seja, “os convênios deverão ser estabelecidos obrigatoriamente por escrito, com prazos de vigência e cláusulas que atendam às determinações legais etc.”¹⁰

14 Tais elementos serão importantes para identificar, adiante, a aplicação ou não de dispositivos da Lei nº 8.666/93 aos convênios, notadamente as limitações relacionadas ao prazo de duração do ajuste.

II. CONVÊNIOS: PRAZO DE DURAÇÃO E LIMITES À PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA

15 Relativamente aos convênios, deve ser registrado que a previsão do prazo de vigência é cláusula necessária, conforme determina o art. 43, V, da Portaria Interministerial nº 507/2011:

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422-423.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Curitiba: Dialética, 2012, p. 1088. Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que “parece fora de dúvida que o art. 116 destina-se tão-só a fixar regras gerais mínimas de comportamento administrativo nos convênios” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1018).

Art. 43. São **cláusulas necessárias** nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam:

[...]

V - a **vigência**, fixada de acordo com o **prazo previsto para a consecução do objeto** e em função das **metas** estabelecidas.

16 Não obstante a previsão regulamentar, a obrigatoriedade da referida cláusula baseia-se no disposto no § 1º do art. 116, segundo o qual a celebração de convênio depende da prévia aprovação do Plano de Trabalho, o qual deve conter, dentre outras informações a “previsão de início e fim da execução do objeto” (inciso VI).

17 Vê-se, assim, que os convênios devem ser **escritos** e ter como cláusula necessária o **prazo de vigência**.¹¹ Lembre-se que o prazo de vigência deve ser estipulado de acordo com a natureza e complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o prazo necessário para sua execução, previsto no plano de trabalho. É evidente que tal prazo de execução deve ser condizente e proporcional ao objeto conveniado, não se admitindo a fixação de prazos desproporcionais ou irrazoáveis. Afinal, “o prazo de vigência do ajuste estabelece o limite temporal para a aplicação dos recursos, que deve ser rigorosamente observado pelos partícipes”.¹² Sobre o assunto, importante destacar a recomendação feita pelo TCU no Acórdão 2.543/2005 - 2ª Câmara e adotada também no Acórdão nº 1.562/2009 – Plenário:

9.4.3.15. procure **evitar** a celebração de convênios com **prazos de vigência exíguos** e que não correspondam ao período mínimo de tempo necessário e suficiente para a conclusão do objeto, levando em consideração todos os fatores envolvidos na consecução da avença, entre os quais se incluem os procedimentos licitatórios, de modo a **evitar prorrogações do tempo inicialmente acordado**.¹³

11 Conforme já decidiu o TCU: “Firme, por instrumento escrito, todos os convênios, contratos de repasse, termos de cooperação e demais avenças, conforme determinam o art. 22 da Lei 9.784/1999 e a Portaria Interministerial 127/2008” (Acórdão 1512/2010 Plenário).

12 ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

13 Vale destacar, também, o registro da área técnica do TCU no referido Acórdão nº 1.562/2009: “Convém reafirmar que os descumprimentos de prazos também são decorrentes da falta de planejamento e da deficiente análise dos processos durante a fase de celebração dos convênios, permitindo a assinatura de convênios com entidades sem capacidade operacional, planos de trabalhos mal elaborados, metas insuficientemente descritas e cronogramas subdimensionados. Esses problemas, associados à deficiência de acompanhamento dos convênios, seja por insuficiência de pessoal capacitado, seja por deficiência de planejamento, contribuem para a análise insuficiente e intempestiva da prestação de contas e dificulta o controle do órgão sobre os convênios em estoque”.

18 Como se vê, **o objeto do convênio deverá ser executado dentro do prazo previsto inicialmente**. Contudo, poderá ocorrer que esse prazo revele-se insuficiente, hipótese em que será **possível a prorrogação do prazo de vigência**, com base no art. 50 da PI nº 507/2011:

Art. 50. O convênio **poderá ser alterado** mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, **no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado**.

19 A dúvida que surge é se, ao prorrogar o prazo de vigência dos convênios, devem ser observados os limites de prazo previstos no art. 57 da Lei nº 8.666/93:

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

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

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

[...]

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até **48 (quarenta e oito) meses** após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até **120 (cento e vinte) meses**, caso haja interesse da administração.

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

[...]

§ 2º **Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente** para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em **caráter excepcional**, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser **prorrogado por até doze meses**.

20 Para uma melhor compreensão do assunto, importante registrar que o prazo de vigência – e consequentemente o de execução – adquire peculiaridades distintas conforme se trate de objeto contratado com “execução instantânea” ou com “execução continuada”:

Prazo de vigência contratual é o período de tempo de existência do contrato. O contrato administrativo não pode ser pactuado por prazo indeterminado. **Não se confunde o prazo de vigência com o prazo de adimplemento das prestações.** O contrato vigorará durante um período de tempo durante o qual as partes deverão executar diversas prestações, as quais se sujeitarão a prazos específicos. **A questão do prazo de vigência apresenta relevância diversa conforme se trate de contratos de execução instantânea ou de execução continuada.** Os contratos de execução instantânea impõem o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante (...). Já os contratos de execução continuada impõem o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo, sem que o adimplemento produza a liberação do devedor ou a extinção do contrato. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor. O prazo de vigência apresenta contornos distintos conforme a natureza do contrato. Se houver contrato de execução instantânea, o prazo de vigência será aquele necessário a que a parte promova a prestação devida. Se a contratação for de execução continuada, as partes fixarão um prazo máximo, que poderá ser bastante longo.¹⁴

21 No que toca aos convênios, verifica-se que grande parte dos ajustes firmados pela Administração Pública Federal, para não falar na totalidade, não se reveste das características de um acordo de execução continuada. O que se pretende ao realizar um convênio é a obtenção de um determinado escopo: seja a construção de uma obra, a realização de um serviço ou a aquisição de um bem. Nessa ordem de ideias, o prazo de vigência deve ser pensado a partir dessa peculiaridade.

22 Ademais, deve-se atentar para o fato de que o convênio é um tipo de acordo/ajuste administrativo que envolve um feixe de relações jurídicas, o que lhe confere um grau de complexidade elevado. As relações jurídicas

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 506-507.

criadas no âmbito de um convênio são várias: entre o concedente e o conveniente e entre o conveniente e as eventuais empresas que serão, na maioria dos ajustes, contratadas para executar o objeto do convênio. Diante de tal realidade, inúmeras situações podem ocorrer.

23 Nesse contexto, é razoável concluir, tendo em vista as características acima relatadas, que **as hipóteses de prorrogação do prazo de vigência não estão adstritas àquelas típicas dos instrumentos contratuais**, previstas nos incisos e parágrafos do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

24 Nessa linha de entendimento, entende-se que o prazo de vigência dos convênios deve ater-se ao comando do *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista a aplicação subsidiária conferida pelo art. 116 da mesma lei. Contudo, pelas razões já expostas, as limitações de prazo previstas nos incisos do referido artigo não podem ser tidas como absolutas, sendo possível a prorrogação dos prazos dos convênios em hipóteses diversas daqueles previstas no mencionado artigo.¹⁵ O que interessa nos convênios é o cumprimento do seu objeto – seja uma obra, um serviço ou a aquisição de um bem – no prazo de vigência inicialmente ajustado. Contudo, podem ocorrer situações **imprevistas e supervenientes** à celebração do acordo administrativo que impõem a alteração dos prazos estabelecidos no plano de trabalho e, conseqüentemente, a prorrogação da vigência do convênio.

25 A despeito da possibilidade da prorrogação do prazo de vigência, vale registrar novamente que a prorrogação excepcional do convênio, inclusive no caso de extrapolação do prazo de 5 anos, não desnatura a característica do convênio como um “ajuste por escopo”, na medida em que o convênio não é instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, **detalhadamente especificado no momento da celebração do acordo, de modo a evitar a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado**. Em outras palavras, não existe convênio com prazo de vigência indeterminado.

15 Tal prorrogação pode se dar, inclusive, em situações excepcionais, além do prazo de 60 (sessenta) meses, previsto no inc. II (até mesmo porque tal limitação encontra-se prevista apenas para os serviços de natureza continuada e no âmbito contratual, que não é o caso). Nesse sentido, ver o entendimento de Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires: “tem-se que a vigência dos convênios comporta relativa flexibilidade. Admite prorrogação, naturalmente, mediante prévia justificativa. Nada impede que o limite de cinco anos de vigência não possa ser extrapolado. Tudo depende do relatório ou de exposição de motivos que demonstre essa necessidade, sob pena de comprometer o próprio objeto pactuado, ou de constar do Plano Plurianual” (Convênios da União, Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 92).

26 Ressalte-se, todavia, que deverão ser demonstradas **razões (justificativas) suficientemente** aptas a determinar a prorrogação do prazo, em atendimento ao **dever de motivação**. Não é outro o entendimento do TCU, *in verbis*:

Assunto: CONVÊNIOS. D.O.U. de 20.07.2006, S. 1, p. 58.

Ementa: o TCU determinou à FUNASA que se abstivesse de tomar a iniciativa de propor a prorrogação da vigência de convênio, nos casos em que a formulação do pleito estiver adstrita a interesse peculiar do conveniente local (item 1.3, TC-018.308/2005-6, Acórdão nº 1.852/2006-2ª Câmara).

Assunto: CONVÊNIOS. DOU de 15.02.2011, S. 1, p. 119.

Ementa: recomendação à FUNASA no sentido de que exija dos convenientes a apresentação de justificativa para prorrogação dos prazos de vigência dos convênios, tendo em vista o disposto no art. 37 da Portaria Interministerial/MP, MF e CGU nº 127/2008 (item 1.6, TC-028.976/2009-5, Acórdão nº 676/2011-2ª Câmara).

Assunto: CONTRATO DE REPASSE. D.O.U. de 15.06.2007, S. 1, p. 66.

Ementa: o TCU posicionou-se no sentido de que só poderão ser efetuadas prorrogações de vigência em contratos de repasse mediante justificativa expressa e aceitável, que indicasse a superveniência de fato imprevisível ou tecnicamente justificável, impeditivo da continuidade da obra nos termos do cronograma originalmente aprovado (nova redação dada ao item 9.1.12.2 do Acórdão nº 347/2007-Plenário, TC- 017.387/2006-3, Acórdão nº 1.126/2007-Plenário)

27 Importante salientar que, embora se admita, em tese, a possibilidade de prorrogação de convênios além dos limites temporais dos incisos do art. 57, desde que observadas as ressalvas feitas acima (e nesse aspecto, tal observação vale para todo e qualquer convênio), **tal possibilidade não pode ser deferida a priori**, de forma genérica, porquanto faz-se imprescindível a **análise caso a caso**, já que tal prorrogação, como repetido à exaustão, é excepcional, **dependendo da apresentação de justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo**.

CONCLUSÃO

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

- a) Os convênios devem ser **escritos** e ter como cláusula necessária o **prazo de vigência**. Lembre-se que o prazo de vigência deve ser estipulado de acordo com a natureza e complexidade do

objeto, as metas estabelecidas e o prazo necessário para sua execução, previsto no plano de trabalho;

- b) O que interessa nos convênios é o cumprimento do seu objeto – seja uma obra, um serviço ou a aquisição de um bem – no prazo de vigência inicialmente ajustado. Contudo, podem ocorrer situações **imprevistas e supervenientes** à celebração do acordo administrativo que impõem a alteração dos prazos estabelecidos no plano de trabalho e, conseqüentemente, a prorrogação da vigência do convênio;
- c) Considerando o regime jurídico aplicável aos convênios, as limitações de prazo previstas nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93 não podem ser tidas como absolutas, sendo possível a prorrogação do prazo de vigência do convênio em hipóteses diversas daqueles previstas no mencionado artigo, inclusive, em situações **excepcionais**, além do prazo de 60 (sessenta) meses;
- d) A prorrogação excepcional do prazo de vigência, inclusive no caso de extrapolação do prazo de 5 anos, não desnatura a característica do convênio como um “ajuste por escopo”, na medida em que o convênio não é instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, **detalhadamente especificado no momento da celebração do acordo, de modo a evitar a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado;**
- e) **Tal possibilidade não pode ser deferida a priori**, de forma genérica, porquanto se faz imprescindível a **análise caso a caso**, já que tal prorrogação, como repetido à exaustão, é excepcional, **dependendo da apresentação de justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo;**

À sua consideração.

Brasília, 09 de maio de 2013.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

Guillermo D. Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 11 de 05 de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 03/2013/CÂMARA PERMANENTE-CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a conclusão que segue.

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

Brasília, 13 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 30 /2013:

O objeto do convênio deverá ser executado dentro do prazo previsto inicialmente. Contudo, poderá ocorrer que esse prazo, por questões supervenientes, revele-se insuficiente, hipótese em que será possível a prorrogação do prazo de vigência, com base no art. 50 da PI nº 507/2011. Considerando o regime jurídico aplicável aos convênios, as limitações de prazo previstas nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93 não podem ser tidas como absolutas, sendo possível a prorrogação do prazo de vigência do convênio em hipóteses diversas daqueles previstas no mencionado artigo, inclusive, em situações excepcionais, além do prazo de 60 (sessenta) meses, desde que o caso concreto justifique tal excepcionalidade e sejam apresentadas as devidas justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 31/2013:

A prorrogação excepcional do prazo de vigência, inclusive no caso de extrapolação do prazo de 5 anos, não desnatura a característica do convênio como um “ajuste por escopo”, na medida em que o convênio não é instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, detalhadamente especificado no momento da celebração do acordo, de modo a evitar a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado.



TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

PARECER Nº 04/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

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 nº 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA:

PUBLICIDADE DOS ATOS E AJUSTES ADMINISTRATIVOS. EFEITOS.

I – Legislação aplicável: Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965; Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993; Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999; Decreto nº 6170, de 25 de julho de 2007. Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011. Entendimentos doutrinários.

II – A publicidade é o corolário maior da transparência dos atos administrativos bem como dos demais ajustes firmados pela Administração Pública; todavia, como princípio que é, não é absoluto, devendo conviver harmonicamente e, ponderado, no caso concreto, em caso de colisão, com os demais princípios jurídicos;

III - A publicidade é condição de eficácia (de caráter declaratório, pois), e não de validade (constitutivo), dos atos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração Pública, devendo a forma se dar, nos ajustes convenientes, preferencialmente pela inserção no Portal dos Convênios, salvo os casos restritivamente elencados no art. 46 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, de obrigatoriedade de publicação, também, no Diário Oficial da União. Nesse sentido, é requisito do ato administrativo que pode ser convalidado, independentemente de cabível apuração;

IV- Militam em prol do princípio da eficiência e da economicidade a publicação no SICONV, sem os gastos públicos desnecessários no Diário Oficial, bem como razoável a publicação no SICONV, atendendo, no nosso entender, a publicidade, com a desnecessidade de publicação dos termos aditivos de vigência, também, no Diário Oficial. É, pois, no nosso entender, uma medida proporcional considerando-se a ponderação dos princípios da publicidade e da eficiência, ressalvados os casos expressamente previstos na Portaria Interministerial nº 507, de 2011, no parágrafo único de seu

art. 46, a exigir, também, a publicação do extrato em Diário Oficial;

V - A contagem dos prazos contratuais na esfera pública não se dá pela simples leitura do contido no art. 110 da Lei licitatória nacional e no art. 86 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, senão pela integração, às normas de Direito Público, do regramento civil no que toca à fixação do sistema data-a-data, quando o prazo de vigência é estabelecido em anos ou meses.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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. Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente Parecer abordará definições acerca da necessária e devida publicidade dos atos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração Pública, com enfoque nos seus efeitos.

5. É o relatório.

6. DA PRÉVIA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO, EM ESPECIAL AOS PRESENTES AUTOS ADMINISTRATIVOS, O DA PUBLICIDADE E O DA EFICIÊNCIA:

6.1. 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 OTERO¹:

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.

6.2. Temos somente a lamentar os tempos em que o Direito prescindia da aplicação dos princípios, cingindo-se a uma hermenêutica pobre, plana, baseada somente nas regras. Esse vetusto cenário é bem ilustrado por MOREIRA NETO²:

O positivismo jurídico, que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na aplicação do Direito, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos valores que haviam orientado sua formação e desenvolvimento desde suas remotas origens.

6.3. Mas, também MOREIRA NETO, em seguida, acalma-nos a alma, ao apontar-nos o novo e necessário caminho da interpretação jurídica conforme a principiologia, sob pena de descaracterizarmos o Direito como Ciência. Assim o Autor³:

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

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 77.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 77.

Com efeito, o Direito, tanto como qualquer outra Ciência, que não fosse apenas por sê-lo, não prescinde de princípios, como proposições que lhe conferem coerência epistemológica e unidade sistemática, qualidades imprescindíveis para que qualquer conjunto de conhecimentos integrado adquira o *status* científico.

6.4. Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros⁴:

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.

6.5 No caso de colisão entre os princípios, quando um deverá ser afastado, naquele caso concreto em prol de outro, a regra da proporcionalidade, sempre aplicável, com as suas três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, em um exercício sucessivamente nessa ordem, é que ajudará o intérprete a decidir qual princípio prevalecerá naquelas condições próprias.

6.6. Nessa linha, MOREIRA NETO muito bem elucida a essência do princípio da ponderação, como necessário juízo do intérprete jurídico, a fim de alcançar a solução mais efetiva ao ordenamento como um todo,

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

passando-se, para isso, pelo critério da proporcionalidade entre os princípios em aparente colisão. Assim, a saber⁵:

Ao se tratar da aplicação dos princípios jurídicos, houve uma referência à ponderação, como método para se solucionar os aparentes conflitos principiológicos, daí este princípio da ponderação ou da ponderabilidade. Aparentes, diz-se, porque, distintamente dos preceitos, a colidência entre princípios antagônicos não leva à derrogação de nenhum deles, mas a um dever jurídico do aplicador de bem harmonizá-los, o que também se ressaltou na apresentação do instituto.

Ora, se existe este dever de ponderação, tem-se aqui muito mais do que de um método ou de um resultado de sua aplicação, mas de um autêntico princípio jurídico, tão importante quanto qualquer outro de natureza instrumental, pois sua função é a de concorrer tanto para conduzir o legislador à formulação do melhor preceito em abstrato, quanto para orientar o aplicador para atingir a mais perfeita observância da ordem jurídica no caso concreto.

O objeto da ponderação está mais no nível dos processos interpretativos, onde se situam os valores, os interesses, os bens, as liberdades e, coroando-os, os direitos fundamentais [...]

6.7. Nesse cenário constitucionalizado do Direito Administrativo, a publicidade ganha contornos de garantia fundamental a toda a sociedade, como meio de divulgação dos atos administrativos a fim de que o controle, inclusive social, possa ocorrer, em relação ao cumprimento dos princípios, sobretudo, da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, a saber de MOREIRA NETO⁶:

O Direito, por definição, é um sistema de normas de conduta social que devem ser gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que está a indicar que sua publicidade é tanto um requisito lógico, como uma condição para a sua execução de ofício pelo Estado, com vistas à produção derivada de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só a abertura do conhecimento a todos permitirá que se tenha deles ciência, bem como aferir-se se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu, destarte possibilitando submetê-los a controle de juridicidade.

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como importante princípio instrumental, indispensável

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 90.

para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente ainda pode se expressar - por sua visibilidade - que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica, daí sua aplicação sobre as várias modalidades de controle nela previstas.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que, sem que se tenha acesso aos atos praticados pelo Poder Público, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, inviabilizaria a sustentação dos direitos fundamentais e tornaria uma fábula o próprio Estado Democrático de Direito.

No Direito Administrativo, a publicidade, como elemento essencial da ação do Estado, **rege-lhe a forma**, sempre vinculada à lei que a prescreva, com aplicação em praticamente todas as suas expressões: atos, contratos, atos complexos e processos de todo o gênero. (grifo apostado)

6.8. E publicidade essa tão cara ao exercício da cidadania, sendo, aquela, pré-requisito desta. Assim em MOREIRA NETO acerca da imporância do princípio, por ele guindado à categoria de fundamental, da cidadania⁷:

Corolário dos anteriores, este princípio entroniza o cidadão como o supremo protagonista político e jurídico do Estado. No sentido ativo, cabe ao cidadão definir a finalidade, o conteúdo, os limites e os instrumentos das ações do Poder Público e, no sentido passivo, usufruir a condição de beneficiário necessário, direto ou indireto, de todas essas ações.

6.9. Todavia, a publicidade, a despeito de uma verdadeira garantia fundamental ao controle por parte da sociedade, assim como os outros princípios, não reina soberana, senão deve ser ponderada à luz do caso concreto pelo intérprete. Bem assim em CARVALHO FILHO⁸:

O princípio da publicidade, entretanto, não pode deixar de ser harmonizado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, exigindo-se práticas excessivas por parte da Administração. Nessa trilha, o STF já declarou inconstitucional dispositivo legal que determinava que atos do Executivo em jornais ou veículos similares mencionasse

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 85.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p 27.

o custo para o erário. Fundou-se a decisão, ainda, no fato de que tal exigência poderia ser ainda mais dispendiosa para a Administração.

6.10. Nesse sentido da harmonização necessária entre os princípios, não só a publicidade, mas com a necessária ponderação, sobressai-se, ao caso concreto destes autos administrativos, os princípios da eficiência e da economicidade, na medida em que é dever dos agentes públicos, mormente no atual estágio da Administração Pública gerencial, fazer a leitura conjunta de todo o ordenamento, atentando-se para a qualidade do gasto público, que tanto a sociedade exige na atualidade. Assim de MOREIRA NETO acerca da eficiência⁹:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, ou atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência são, por certo, numerosas e diferenciadas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos previamente fixados, que se destinam à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa. **Esses parâmetros tanto poderão ser fixados pela lei, como pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo,** sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (*feed-back*), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos. (grifo apostro)

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 117.

6.11 E assim MOREIRA NETO acerca do princípio da economicidade, como corolário ao da eficiência, na busca da harmonização do sistema jurídico como um todo. Bem assim¹⁰:

Neste sentido, em parte é corolário do princípio da eficiência, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto, mensurável ou estimável, entre insumos e produtos, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a economicidade tampouco prescinde de parâmetros objetivos, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação livre e, muito menos, subjetiva dos atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.

6.12. Ao final, magistralmente MOREIRA NETO aponta as tendências do Direito Administrativo Contemporâneo, em nossa atual sociedade e estágio de evolução jurídica¹¹:

As mais recentes e robustas tendências hoje apontam a afirmação do princípio da eficiência, transcendendo a mera exigência da eficácia, bem como, adiante, a sua afirmação plena no meio social, como efetividade, o que leva à conclusão de que a boa administração é dever do Estado e direito do administrado – este, antes de tudo, o cidadão e o destinatário da função administrativa.

6.13. E, assim, a boa administração é efetivada, sobretudo com a leitura harmônica das normas, enquanto princípios e regras, tendo como parâmetro a eficiência. Esse o farol que nos é dado por MOREIRA NETO¹²:

No plano normativo, na Constituição de 1988, o dever da boa administração decorre diretamente do comando do art. 37, *caput*, que consagra a obrigatoriedade da eficiência, que se complementa pelos comandos, ainda mais específicos, do art. 70, *caput*, que instituem a obrigatoriedade tanto da legitimidade quanto da economicidade da gestão administrativa.

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 118.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 146.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 119.

Portanto, a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e de resultado de gestão: a eficiência, como a otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados.

Esses parâmetros-mestre são necessários e suficientes para a devida vinculação jurídico-administrativa, própria ao regime de juridicidade do Estado Democrático de Direito, através do desdobramento legal sob a forma de especificações, de metas e de indicadores gerais, comuns a toda ação administrativa, bem como sob a forma de especificações, de metas e de indicadores específicos, que deverão estar claramente expressos bem antes da execução da gestão administrativa, ou seja: desde a formulação, planejamento e orçamentação ao nível político-administrativo.

6.14. Importante princípio, ao lado da publicidade, no caso, a eficiência, para deslinde da questão posta nos presentes autos administrativos, não escapa da apreciação de CARVALHO FILHO¹³, no sentido do necessário aumento de produtividade e economicidade por parte do Estado-Administração:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

[...]

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não se alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. **Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo**, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.

Tais objetivos é que ensejaram as recentes idéias a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (*public management*), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa. (grifo aposto)

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29-30.

6.15. Não podemos deixar de trazer, aqui, a eficiência sob o olhar de DI PIETRO¹⁴, como, em duplo sentido, porém convergente, da exigência ao agente público de apresentação do melhor desempenho possível sob os olhos dos cidadãos. Bem assim:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que ‘reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.’

6.16. Dessa maneira, concluímos o presente tópico com a certeza de que a publicidade é o corolário maior da transparência dos atos administrativos bem como dos demais ajustes firmados pela Administração Pública; todavia, como princípio que é, não é absoluto, devendo conviver harmonicamente e, ponderado, no caso concreto, em caso de colisão, com os demais princípios jurídicos.

7. DOS EFEITOS DA PUBLICIDADE DOS ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, BEM COMO DEMAIS AJUSTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

7.1 É bem recordarmos, neste ponto, dos requisitos essenciais de um ato administrativo regular, dispostos na Lei nº 4.717, de 1965, a saber de seu art. 2º:

São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

14 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 83-84.

- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. (grifo aposto)

7.2. Nesse sentido, interessa-nos o estudo mais aprofundado da publicidade dos atos administrativos bem como dos demais ajustes, a fim de auscultar-lhes seus efeitos como requisito a fim de atender as “formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”, conforme disposição legal expressa, acima, que, a princípio, deve levar à nulidade do ato sem sua observância.

7.3. Pois bem, da boa Doutrina de CARVALHO FILHO, tem-se posta a localização da questão sobre os efeitos da publicação dos atos administrativos bem como dos demais ajustes públicos, a saber¹⁵:

Situação que merece comentário diz respeito aos efeitos decorrentes da falta de publicidade (mais comumente de publicação) de atos administrativos. Cuida-se de saber se tal ausência se situa no plano da validade ou da eficácia. **Anteriormente, a doutrina era mais inflexível, considerando como inválido o ato sem publicidade; ou seja, a publicidade seria requisito de validade. Modernamente, tem-se entendido que cada hipótese precisa ser analisada separadamente, inclusive a lei que disponha sobre ela. Em várias situações, a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como fator de eficácia; o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos**

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

jurídicos. Se o for, a irregularidade comporta saneamento. (grifo aposto)

7.4. Nesse sentido, a convalidação é instituto jurídico trazido na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784, de 1999, a saber do contido no seu art. 55:

Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

7.5. Também, de CARVALHO FILHO, temos o ensinamento da evolução da forma pela qual a publicidade é efetivada, senão vejamos¹⁶:

É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, **ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet.** (grifo aposto)

7.6. A propósito da forma da contagem dos prazos no âmbito dos contratos administrativos, que, entendemos, subsidiariamente aplicam-se aos demais ajustes da Administração, por força do contido no art. 116 da Lei nº 8666, de 1993, a Procuradoria-Geral Federal já exarou seu entendimento no PARECER Nº 345/PGF/RMP/2010, o qual reproduzimos, abaixo:

12. Dessa maneira, neste ponto mais maduramente, podemos concluir que a contagem dos prazos contratuais na esfera pública não se dá pela simples leitura do contido no art. 110 da Lei licitatória nacional, senão pela integração, às normas de Direito Público, do regramento civil no que toca à fixação do sistema data-a-data, quando o prazo de vigência é estabelecido em anos ou meses.

CONCLUSÃO:

13. ISTO POSTO, com base nas razões retro, forte no inciso I do § 2º do artigo 11 da Lei nº 10,480, de 2 de julho de 2002, **entende-se, para efeito de uniformização de entendimento, no tocante a forma de contagem dos prazos de vigência contratual, que esses são contados considerando-se os dias inicial e final da vigência do ajuste, excetuando-se na hipótese de o ajuste trazer expressamente o dia do termo final.** (grifo aposto)

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

7.7. Por fim, relativamente à publicidade necessária aos ajustes convenientes, recortamos, mas, desde já, ressaltando a importância da publicidade na matéria, posto todas informações atinentes aos referidos instrumentos deverem, por força da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, também estar no Portal de Convênios:

Art. 46. A eficácia de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres fica condicionada à publicação do respectivo extrato no Diário Oficial da União, que será providenciada pelo concedente, no prazo de até 20 (vinte) dias a contar de sua assinatura.

Parágrafo único. Somente deverão ser publicados no Diário Oficial da União os extratos dos aditivos que alterem o valor ou ampliem a execução do objeto, vedada a alteração da sua natureza, quando houver, respeitado o prazo estabelecido no caput. (grifo aposto)

Art. 47. Aos atos de celebração, alteração, liberação de recursos, acompanhamento e fiscalização da execução e a prestação de contas dos convênios será dada publicidade em sítio eletrônico específico denominado Portal dos Convênios. (grifo aposto)

7.8 Esgotada a referida análise, em termos de Advocacia Pública proativa, temos de deixar consignado que é bem saber que o tema da publicidade dos atos convenientes junto ao Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV não foi olvidado da Advocacia-Geral da União, que, na sua função de dar segurança aos Membros da Advocacia Pública, tão bem tem demonstrado seu vigor científico, a saber, desta feita, pelo caráter oficial dado aos documentos constantes do SICONV. Assim da sua Orientação Normativa nº 30, de 15 de abril de 2011:

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.

7.9. Assim, podemos constatar que a publicidade dos convênios, na essência, dá-se pela publicação de todos os seus atos, repita-se: TODOS, no Portal dos Convênios, nas suas quatro fases, acima descritas neste Parecer, quais sejam, proposição, celebração, execução e prestação de contas. Nitidamente, os aditivos de prorrogação fazem parte da fase da execução, e, bem assim,

devem constar do SICONV, além, claro, dos Pareceres Jurídicos prévios a essas prorrogações (parágrafo único do art. 38 da Lei geral licitatória).

7.10. Veja-se que, na seara processual, por exemplo, cada vez mais as próprias intimações às partes dão-se por via eletrônica, bem como outros institutos, o próprio depoimento das testemunhas e interrogatórios na seara penal também já merecem igual tratamento, reconhecendo a tecnologia, não como barreira, senão alidado à melhor prestação jurisdicional.

7.11. Dessa maneira, entendemos proporcional, posto adequada a publicação dos atos aditivos no SICONV, necessária, vindo, aqui, o princípio da eficiência, da economicidade e da própria sustentabilidade ambiental em prol da publicação no SICONV, sem os gastos públicos desnecessários no Diário Oficial, bem como razoável a publicação no SICONV, atendendo, no nosso entender, a publicidade, com a desnecessidade de publicação, senão nos casos estritamente exigidos no art. 46 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, também, no Diário Oficial da União. É, pois, no nosso entender, uma medida proporcional considerando-se a ponderação dos princípios da publicidade e da eficiência.

7.12. Assim, entendemos a juridicidade estar preservada, em prol do interesse público, ponderando-se, proporcionalmente, os princípios da publicidade e da eficiência administrativa, dentre outros (notadamente no seu viés da economicidade).

7.13. Por fim, sobre o Portal dos Convênios, já anotamos em publicação de nossa lavra¹⁷, ter sido o SICONV uma revolução na legislação convenial brasileira – ultrapassada, repetimos, as preliminares que arguimos sobre a necessidade de maior regulamentação da matéria, de tanta importância aos cofres públicos – via lei, e não somente por regulamentação administrativa. A propósito:

É de se assinalar a “revolução” que o Decreto 6.170 e a Portaria Interministerial referida acima provocaram nos convênios, vindo ao encontro da maior transparência dos convênios bem como no reforço do controle dos procedimentos. Isso em face da automação das fases conveniais, todas, quais sejam, a proposição, a celebração, a execução e, também, a prestação de contas, as quais passaram a fazer parte, obrigatoriamente, do SICONV, o qual está instalado no portal dos

17 PISCITELLI, Rui Magalhães. *Contratações e demais ajustes da administração pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal*. Brasília, DF: [s. n.], 2011. p. 416-417.

convênios (www.convenios.gov.br). Também, o outro sistema federal, o Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, responsável pela contabilização da Administração Federal, é automaticamente sensibilizado com as operações registradas no SICONV.

7.14. Dessa maneira, concluímos o presente tópico no sentido de que a publicidade é condição de eficácia (de caráter declaratório, pois), e não de validade (constitutivo), dos atos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração Pública, devendo a forma se dar, nos ajustes conveniais, preferencialmente pela inserção no Portal dos Convênios, salvo os casos restritivamente elencados no art. 46 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, de obrigatoriedade de publicação, também, no Diário Oficial da União. Nesse sentido, é requisito do ato administrativo que pode ser convalidado independentemente de cabível apuração.

CONCLUSÃO:

Nesse sentido, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a) A publicidade é o corolário maior da transparência dos atos administrativos bem como dos demais ajustes firmados pela Administração Pública; todavia, como princípio que é, não é absoluto, devendo conviver harmonicamente e, ponderado, no caso concreto, em caso de colisão, com os demais princípios jurídicos;
- b) A publicidade é condição de eficácia (de caráter declaratório, pois), e não de validade (constitutivo), dos atos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração Pública, devendo a forma se dar, nos ajustes conveniais, preferencialmente pela inserção no Portal dos Convênios, salvo os casos restritivamente elencados no art. 46 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, de obrigatoriedade de publicação, também, no Diário Oficial da União. Nesse sentido, é requisito do ato administrativo que pode ser convalidado, independentemente de cabível apuração;
- c) A publicidade dos convênios, na essência, dá-se pela publicação de todos os seus atos, repita-se: TODOS, no Portal dos Convênios, nas suas quatro fases, acima descritas neste Parecer, quais sejam, proposição, celebração, execução e prestação de contas. Nitidamente, os aditivos de

prorrogação fazem parte da fase da execução, e, bem assim, devem constar do SICONV, além, claro, dos Pareceres Jurídicos prévios a essas prorrogações (parágrafo único do art. 38 da Lei geral licitatória);

- d) Entendemos proporcional, posto adequada a publicação dos atos aditivos no SICONV, necessária, vindo, aqui, o princípio da eficiência, da economicidade e da própria sustentabilidade ambiental em prol da publicação no SICONV, sem os gastos públicos desnecessários no Diário Oficial, bem como razoável a publicação no SICONV, atendendo, no nosso entender, a publicidade, com a desnecessidade de publicação dos termos aditivos de vigência, também, no Diário Oficial. É, pois, no nosso entender, uma medida proporcional considerando-se a ponderação dos princípios da publicidade e da eficiência, ressalvados os casos expressamente previstos na Portaria Interministerial nº 507, de 2011, no parágrafo único de seu art. 46, a exigir, também, a publicação do extrato em Diário Oficial;
- e) A contagem dos prazos contratuais na esfera pública não se dá pela simples leitura do contido no art. 110 da Lei licitatória nacional e no art. 86 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, senão pela integração, às normas de Direito Público, do regramento civil no que toca à fixação do sistema data-a-data, quando o prazo de vigência é estabelecido em anos ou meses.

À consideração superior,

Brasília, 07 de março de 2013.

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 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Erica Maria Saboia Leitão
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 21 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 04/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 24 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 32/2013:

A publicidade é condição de eficácia (de caráter declaratório, pois), e não de validade (constitutivo), dos atos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração Pública, devendo a forma se dar, nos ajustes convenientes, pela inserção no Portal dos Convênios, e, nos casos restritivamente elencados no art. 46 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, também pela publicação no Diário Oficial da União. Nesse sentido, é requisito do ato administrativo que pode ser convalidado independentemente de cabível apuração.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

PARECER Nº 05/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

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 nº 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES INERENTES À FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DE CONVÊNIOS.

I – Terceirização. Decreto Lei nº 200/1967. Forma de consecução da descentralização administrativa.

II - Possibilidade de contratação de apoio técnico de terceiros no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento de convênios e instrumentos congêneres, com fundamento no art. 116, cumulado com o Art. 67 da Lei nº 8.666/93, e ainda expressa autorização do artigo 67, §2º, I da Portaria interministerial nº 507/2011;

III – Excepcionalidade. Interpretação principiológica do Direito Administrativo. Jurisprudência da Corte de Contas nacional. Análise do caso concreto. Contratação de atividades de apoio às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade. Exigência de aprovação da realização material das tarefas executivas por parte do quadro de servidores do Concedente. Decreto Lei nº 200/67.

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 por intermédio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 11 de abril de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

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

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

ANÁLISE JURÍDICA:

6 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 instituído a figura jurídica da terceirização.

7 A terceirização dos serviços na Administração Pública Federal tem seus primórdios no Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, no capítulo III, referente à descentralização, conforme se pode extrair da leitura de seu artigo 10, § 7º que se transcreve:

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

[...]

§ 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 das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de execução.

8 Por seu turno, o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 que disciplina sobre a terceirização de serviços na Administração Pública Federal, permite a sua aplicação às atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou entidade.

9 Com efeito, dispõe que sua aplicação é *preferencial* na terceirização das atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, restringindo a terceirização sempre que as atividades repassadas se confundirem com atribuições de cargos permanentes, conforme disposto nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 1º, abaixo transcritos:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

10 conferindo interpretação literal à norma acima mencionada, em que pese o rol de atividades definidas no Decreto nº 2.271/97 ser exemplificativo e não taxativo, poder-se-ia entender que há proibição expressa quanto à utilização de terceirização para fiscalização de obras e serviços objeto de instrumentos de repasse de recursos (convênio, TC/PAC e outros).

11 Todavia, se por um lado, o dispositivo do Decreto 2.271/97 faz restrição à contratação de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, por outro lado, os serviços técnicos profissionais podem ser contratados na forma da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, permitindo, inclusive, a contratação de terceiros para o assessoramento à fiscalização de contratos, na forma de seu artigo 67, senão vejamos:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, **permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (grifo nosso)**

12 Denota-se, portanto, que a Lei nº 8666/93 autoriza a contratação de terceiros para assistir e subsidiar a Administração com informações pertinentes às atividades de execução e fiscalização de contratos¹. No dispositivo legal acima transcrito não se observa nenhuma condicionante específica ou restrição para a contratação desse apoio, pelo contrário, o art. 67 tem redação clara e objetiva, menciona atividade típica da Administração que é a fiscalização, e ainda assim remete à compreensão indubitável de que a administração pode se valer dessa autorização legal. Tanto o é que se adota tal artigo com significativa frequência no âmbito da Administração Pública Federal.

13 Em relação ao apoio à fiscalização dos Convênios e Termos de Compromisso, fundamental invocarmos o artigo 116 da Lei de Licitações, haja vista disposição expressa no sentido de sua aplicação, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, nos seguintes termos:

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.

14 Verifica-se, de igual sorte, que o art. 116 tem redação clara no tocante à aplicação da lei nº 8.666/93 aos convênios, no que couber. Questionamos então se haveria algum óbice para utilização do mencionado art. 67 em relação ao apoio à fiscalização de convênios e instrumentos congêneres.

¹ É bem saber que não se está a tratar do Poder de polícia administrativo, este exercido exclusivamente por agente regidos por normas de direito público, afetos às áreas finalísticas das entidades.

15 Vale registrar que não se propõe a substituição ou transferência da atribuição de fiscalização do órgão ou entidade concedente a terceiros. Tal fato confronta de forma direta a legislação vigente. O que se vislumbra como viável seria que, por critérios técnicos e financeiros, o acompanhamento mais efetivo da execução de alguns objetos representaria garantia de efetividade da sua execução e, conseqüentemente, ganho para o interesse público.

16 Na esteira do raciocínio ora defendido, a Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507, de 24 de novembro de 2011, que rege a matéria convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, permite ao concedente se valer da colaboração de terceiros no exercício e por ocasião das atividades de fiscalização e acompanhamento dos convênios, nos moldes do seu art. 67, *in verbis*:

Art. 67. A execução do convênio será acompanhada por um representante da concedente, especialmente designado e registrado no SICONV, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto, adotando as medidas necessárias à regularização das falhas observadas.

§ 1º O concedente deverá registrar no SICONV os atos de acompanhamento da execução do objeto e fiscalização do convênio, conforme disposto no art. 3º.

§ 2º O concedente, no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento do convênio, poderá:

I - valer-se do apoio técnico de terceiros; (grifou-se).

17 Observa-se que a aludida Portaria interministerial adotou a mesma lógica da Lei de Licitações com a clara intenção de possibilitar à Administração, no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento dos convênios, a utilização de apoio técnico de terceiros.

18 Entendemos, portanto, que os atos praticados a partir dessa assertiva encontram guarida, também, nos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública.

19 Assim, oportuno tecer alguns comentários acerca dos princípios basilares da Administração. Como é sabido, dentre os princípios da Administração, os princípios nucleares são o da legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência². Outros princípios

2 Princípios determinados no art. 37 da Constituição Federal.

também devem ser de observância e cumprimento do administrador que são eles: Princípio da Razoabilidade, Proporcionalidade, da Ampla Defesa, Contraditório, Segurança Jurídica, Motivação e Supremacia do Interesse Público³.

20 Vale acrescentar que todo e qualquer outro princípio deve guardar relação com princípios nucleares da administração consagrados na Constituição Federal de 1988, e que por vez serve para concretizá-los ou mesmo são desdobramentos deles.

21 Ocorre que, para aplicação de qualquer princípio, como já dito acima, deve-se considerar sempre os demais princípios, aplicando-os de forma conjunta e em perfeita harmonia, com o auxílio do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade).

22 ImportanteressaltarquenoDireitoAdministrativoContemporâneo o sistema das regras vem ser substituído pela interpretação aberta das normas jurídicas, compondoestas não somente aquelas, mas, sobretudo, os princípios, estes a fim de guiar a visão do aplicador da norma. Assim da pena de OTERO⁴:

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.

23 Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros⁵:

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.

3 Princípios enumerados no Art. 2º da Lei nº 9.784/99.

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

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

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.

24 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 do princípio da legalidade pelo da juridicidade.

25 Acerca da juridicidade, o princípio que veio a substituir a legalidade no Direito Administrativo Contemporâneo, pós-Constituição de 1988, é curial trazermos sua densidade das palavras de MOREIRA NETO⁶, somente, pessoalmente, lamentamos que apenas recentemente a comunidade jurídica brasileira internalizou aquele princípio, em evolução ao vetusto princípio da legalidade:

A submissão do agir ao Direito, condição da convivência social de imemorial concepção no processo civilizatório é a essência deste princípio, devendo ser de todos exigida com relação a condutas ou inações juridicamente prescritas, sendo regra geral nas sociedades livres, a liberdade de ação.

[...]

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alinear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade.

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.

(grifo apostro)

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

27 Nesse passo, é de se entender que, ainda que não se desatenda um desses princípios, a hipótese de aplicação do princípio da razoabilidade, também, deve preponderar quando se almeja a comunhão de valores, na busca do equilíbrio entre os princípios norteadores da administração pública.

28 Assim, adotando-se uma interpretação sistêmica das normas que regem o assunto, consoante já demonstrado, verificada a possibilidade da contratação de apoio técnico de terceiros nas atividades de fiscalização e acompanhamento de convênios, fundamentada tal lógica jurídica nos princípios da Razoabilidade, da Eficiência e o da Supremacia do Interesse Público.

29 É de bom alvitre anotar que em algumas situações Administrativas a aplicação conjunta de dispositivos legais com os princípios que norteiam os atos do Administrador Público não se caracteriza como ilegalidade. É Necessário avaliar a especificidade de cada situação.

30 Na questão da terceirização de serviços de apoio à fiscalização de obras, há de se considerar que cabe a aplicação da vedação explicitada no § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/1997, pois os serviços a serem realizados são de **apoio técnico**, ou seja, não se enquadrando nas atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, atendendo ao interesse público e estão respaldados pelos artigos nº 67 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e art. 67 da Portaria Interministerial nº 507/2011. Na verdade o que se busca

é o atendimento de um fim ou de uma meta. Meta essa, constante de Programas específicos que estão em execução e que visam a consecução com maior eficiência e economicidade de objetos de convênios e instrumentos congêneres.

31 Sobre o Decreto nº 2.271, é de se observar que a proibição lá contida só se configura se os serviços a serem executados forem da mesma natureza dos serviços desenvolvidos por servidores de cargos efetivos previstos no plano de cargos do órgão ou entidade⁷, a possibilidade de contratação aqui mencionada se refere ao acompanhamento e fiscalização de atos e fatos relacionados direta e indiretamente com a execução de Convênios e instrumentos congêneres nos seus aspectos técnicos e financeiros, **sem qualquer poder decisório**. Estes são os aspectos que devem ser observados pelo Concedente quando da realização fiscalização e/ou supervisão e quando da análise da prestação de contas dos convênios nos termos dos supracitados dispositivos legais e a contratação de apoio exige a aprovação da realização material das tarefas executivas por parte do quadro de servidores do Concedente, nos termos do Decreto Lei nº 200/67, eis que se trata de competência estatutária⁸, razão pela qual se deve verificar a compatibilidade da contratação a ser realizada com o quantitativo de servidores responsáveis pela supervisão dos atos praticados pelo apoio.

32 Ainda importante ressaltar que a egrégia corte de Contas recentemente exarou o acórdão nº 2390/2012 –TCU – Plenário, em que analisa um caso concreto de possibilidade de terceirização de apoio às atividades de acompanhamento e fiscalização de convênios, transcreve-se abaixo trechos do voto do relator:

Outra distinção das contratações de que tratam estes autos é a **ausência de caráter rotineiro**. Dizem respeito à necessidade eventual da Funasa,

7 Súmula 97 do TCU: Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto leinº 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 edas 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.

8 Acórdão 1069-2011-Plenário TCU:

9.2.2 As atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das referidas prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem, nitidamente, acessórias ou instrumentais e não requererem qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, nos termos do art. 1º, caput e § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 e dos arts. 6º, 7º, § 2º, 8º e 9º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008;

decorrente, principalmente, do expressivo aporte de recursos que se sucedeu à inclusão, nos Programas de Aceleração do Crescimento (PAC 1 e PAC 2), de milhares de projetos de implantação, ampliação ou reforma de sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário – entre os quais os 7.931 vigentes.

Assim, não obstante reitere o entendimento desta Corte, de que é ilegal e inconstitucional a contratação de empresas prestadoras de serviços e funcionários terceirizados para a execução de atividades de caráter rotineiro, finalístico ou crítico para os resultados institucionais do órgão/entidade, bem assim aquelas inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo seu plano de cargos, revogo a medida cautelar anteriormente concedida, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, que afastam o caráter rotineiro da atividade a ser contratada, e permito a retomada dos certames, desde que cumpridas as determinações corretivas ora proferidas, das quais passo a tratar.

33 Na interpretação do TCU, explanada na Jurisprudência, visualiza-se uma tendência de análise mais aprofundada do caso concreto, considerando ainda os valores dos recursos públicos envolvidos e a finalidade do ato administrativo elencando como requisito para a permissão a ausência de caráter rotineiro na atividade contratada e atividade finalística do concedente.

CONCLUSÃO:

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

- a) Verifica-se a possibilidade da contratação de apoio técnico de terceiros no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento de convênios e instrumentos congêneres, com fundamento no art. 116, cumulado com o Art. 67 da Lei nº 8.666/93, e ainda expressa autorização do artigo 67, § 2º, I da Portaria interministerial nº 507/2011;
- b) Excepcionalmente, fundamentado em interpretação principiológica do Direito Administrativo e ainda de uma tendência na jurisprudência da Corte de Contas nacional ao valorizar na análise do caso concreto circunstâncias como os valores dos recursos públicos envolvidos, a finalidade do ato administrativo e elencando como requisito para a permissão

a ausência de caráter rotineiro na atividade contratada e atividade finalística do concedente, admite-se que essa contratação possa envolver atividades de apoio às categorias funcionais abrangidas pelo seu plano de cargos do órgão ou entidade, exigindo a aprovação da realização material das tarefas executivas por parte do quadro de servidores do Concedente, nos termos do Decreto Lei nº 200/67, razão pela qual se deve verificar a compatibilidade da contratação a ser realizada com o quantitativo de servidores responsáveis pela supervisão dos atos praticados pelo apoio.

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2013.

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 21 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 05/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 24 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 33/2013:

- I - Verifica-se a possibilidade da contratação de apoio técnico de terceiros no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento de convênios e instrumentos congêneres, com fundamento no art. 116, cumulado com o Art. 67 da Lei nº 8.666/93, e ainda expressa autorização do artigo 67, §2º, I da Portaria interministerial nº 507/2011;
- II - Excepcionalmente, fundamentado em interpretação principiológica do Direito Administrativo e ainda de uma mudança de paradigma na jurisprudência da Corte de Contas nacional ao valorizar na análise do caso concreto circunstâncias como os valores dos recursos públicos envolvidos e a finalidade do ato administrativo e elencando como requisito para a permissão a ausência de caráter rotineiro na atividade contratada e atividade finalística do concedente, admite-se que essa contratação possa envolver atividades de apoio às categorias funcionais abrangidas pelo seu plano de cargos, exigindo a aprovação da realização material das tarefas executivas por parte do quadro de servidores do Concedente, nos termos do Decreto Lei nº 200/67, razão pela qual se deve verificar a compatibilidade da contratação a ser realizada com o quantitativo de servidores responsáveis pela supervisão dos atos praticados pelo apoio.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

PARECER Nº 06/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

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 nº 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

VIGÊNCIA EXPIRADA: CONVALIDAÇÃO E ANÁLISE DA TRILHA DE CONTINUIDADE PELO PARECERISTA.

I – Prorrogação da vigência dos convênios. Forma de alteração do instrumento;

II - Prorrogação da vigência após expiração. Solução de Continuidade. Inexistência de vício sanável. Impossibilidade de Prorrogação. ON AGU nº 03.

III - No caso de vigência expirada, deve-se recomendar a assinatura de um novo convênio ou valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.

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/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4 O presente Parecer abordará o conceito dos institutos jurídicos referentes ao convênio e a possibilidade de convalidação dos atos realizados após a expiração da vigência, bem como tratará da análise da trilha de continuidade pelo Parecerista.

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

ANÁLISE JURÍDICA:

6 Inicialmente, com a finalidade de um posicionamento seguro na matéria apresentada como ponto relevante de discussão, importante esclarecer a figura jurídica do convênio.

7 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)

8 O normativo atual que se aplica aos convênios traz a conceituação expressa do instituto, dentro de uma interpretação de mútuo interesse entre as partes:

Decreto nº 6.170/2007:

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**; (grifo nosso)

9 Ainda sobre o Decreto nº 6.170/2007, verifica-se, no seu art. 18, a previsão de elaboração de ato conjunto dos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Controle e da Transparência para execução do referido decreto, o que foi realizado através da Portaria Interministerial nº 127/2008, substituído pela Portaria Interministerial nº 507/2011.

10 Para a formalização do instrumento, a Portaria Interministerial nº 507/2011 inclui, dentro de outros itens, a necessidade de cláusula no instrumento que estabeleça a vigência, que deve ser fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas (Art. 43, V).

11 Além disso, o inciso VI daquele artigo 43 traz a necessidade de cláusula que preveja, de forma expressa, a obrigação de o concedente prorrogar “de ofício” a vigência do instrumento antes do seu término, quando der causa a atraso na liberação dos recursos, limitada a prorrogação ao exato período do atraso verificado.

12 O art. 12 da Portaria Interministerial, assim como o Art. 57, I da Lei nº 8.666/93, admite a vigência do termo de convênio superior ao exercício financeiro:

DA PLURIANUALIDADE

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.

13 É comum verificarmos, na execução dos convênios, principalmente que envolvem obras de engenharia, o caso de atraso no cronograma de execução do objeto conveniado, o que pode ensejar uma necessidade de prorrogação na vigência do termo de convênio.

14 Fora o disposto no Art. 43, VI da Portaria Interministerial nº 507/2011, observa-se que não há qualquer menção sobre a possibilidade de prorrogação da vigência dos convênios. Porém, trata da possibilidade de alteração do convênio no capítulo V do Título IV, desde que não acarrete em alteração do objeto, reconhecendo, inclusive, em um dos seus artigos que a prorrogação de vigência se trata de uma alteração do convênio:

CAPÍTULO V

DA ALTERAÇÃO

Art. 50. O convênio poderá ser alterado mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.

Art. 51. A prorrogação “de ofício” da vigência do convênio ou contrato de repasse, acordo, ajuste ou instrumento congênere, estabelecida no inciso VI do art. 43 desta Portaria, prescinde de prévia análise da área jurídica do concedente ou ao contratante.

15 Por tudo acima exposto, verifica-se que a vigência do convênio deve ser estipulada no devido instrumento, devendo se ater às metas e cronograma de execução fixadas no plano de trabalho. Sua eventual prorrogação (que não envolva o caso de atraso na liberação dos recursos

pela concedente – “de ofício”) deve ser entendida como forma de alteração do convênio, devendo ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil.

16 O cerne da consulta em análise resta no momento em que a vigência do convênio expira sem que haja a conclusão do objeto. Nos termos do Art. 72 da Portaria Interministerial nº 507/2011, a prestação de contas deve ser realizada no prazo de 60 dias após o término da vigência.

Art. 72. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o seguinte:

I - o prazo para apresentação das prestações de contas será de até 60 (sessenta) dias após o encerramento da vigência ou a conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro;

17 De fato, a regra geral para a expiração da vigência do convênio é o esgotamento do prazo previsto no instrumento ou a conclusão do objeto, o que ocorrer primeiro. Porém, como proceder no caso de o objeto não ter sido executado na sua forma integral dentro do prazo de vigência?

18 Cogita-se sobre a possibilidade de convalidação dos atos praticados durante a vigência expirada entre eles a prorrogação do instrumento para que o interesse público seja atingido e o objeto do convênio seja executado de forma plena.

19 Teceremos, então, alguns comentários sobre a figura jurídica da convalidação, prevista no Art. 55 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

20 Nos termos do entendimento da doutrina, a convalidação só é possível quando o ato administrativo for sanável e estiver comprovada a ausência de lesão ao interesse público, de desrespeito à moralidade administrativa e de prejuízo a terceiros. O que predomina nesse caso seria a sobreposição da segurança jurídica sobre o vício sanável praticado no ato administrativo.

21 A convalidação dos atos administrativos consiste na possibilidade da Administração aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho:

A **convalidação** (também denominada por alguns autores de **aperfeiçoamento** ou **sanatória**) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte.

[...]

...o ato que convalida tem efeitos *ex tunc*, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.

[...]

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vício do objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.

22 Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Tribunais de Contas do Brasil, 2ª ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 57-58), ao dispor sobre a convalidação, expõe em sua obra que:

“consiste na prática de um ato administrativo que tem por finalidade validar ato já praticado, objetivando conformá-lo com a ordem jurídica. As principais características da convalidação podem ser assim destacadas: - exige o reconhecimento expresso da Administração Pública. Não há convalidação tácita ou por decurso de tempo; - só pode ser praticada por órgão ou agente competente. O órgão de controle não pode imiscuir-se nessa seara. Por esse motivo, a convalidação é um instrumento típico do autocontrole; - embora não seja uniforme na doutrina, deve existir ato anterior sobre o qual incidirá a convalidação. Isso porque, nas situações de fato, constituídas sem ato, pode haver reconhecimento de direitos, em homenagem, por exemplo, à boa-fé, mas não convalidação de fato em ato; - o vício do ato originário, de cuja convalidação se cuida, há de ser de legalidade. Não é adequado o uso da convalidação para rever conveniência e oportunidade; - a convalidação deve operar-se, segundo as regras vigentes ao tempo da convalidação, com atendimento integral dos requisitos legais; - são inconvalidáveis os atos que não podem ser reproduzidos validamente na atualidade; - o ato a ser convalidado não

pode ser utilizado em favor de quem, por má-fé, deu causa ao vício de legalidade. Aplicação prática do princípio de que a ninguém é dado valer-se da própria torpeza; - a convalidação resguarda os direitos constituídos pelo ato inválido, aproveitando os efeitos produzidos; - admite-se a convalidação dos efeitos do ato anterior, quando, constituindo situações jurídicas, ficaram essas limitadas no tempo”.

23 Desta forma, a expiração da vigência deve ser dividida em três situações para que se possa verificar no caso concreto a possibilidade de convalidação. Isso porque no caso de expiração de vigência sem qualquer solicitação do conveniente, não pode ensejar a convalidação dos atos praticados durante a vigência expirada. Além da segurança jurídica, a convalidação preza pela boa fé, de forma que o conveniente não pode se beneficiar da própria torpeza de não ter solicitado a prorrogação da vigência.

24 Outros dois casos são o caso de prorrogação de vigência “de ofício” no caso de atraso na liberação de recursos pelo concedente e no caso em que há a solicitação de prorrogação pelo conveniente aprovado pela parte concedente que, por algum motivo, não aconteceu.

25 Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União nos casos de o conveniente ter solicitado a prorrogação dentro do prazo ou o concedente ter deixado de realizar a prorrogação de ofício. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

26 Ainda no caso de cumprimento integral do objeto pelo conveniente, ressalta-se a possibilidade de aprovação da prestação de contas com ressalvas¹, desde que presente os requisitos formais.

27 As contas poderão ser aprovadas com ressalvas, quando cumulativamente: evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário; evidenciado o cumprimento integral do objeto com etapa útil e demonstrado nexo de causalidade entre as despesas executadas e o objeto.

28 A aprovação das contas com ressalvas não dispensa a verificação sobre o atendimento dos preceitos legais e sua fundamentação motivada. As impropriedades apontadas no parecer com ressalvas deverão ser

1 Possibilidade prevista no Manual de Análise e Instrução de TCE do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/Curso%20de%20Tomada%20de%20Contas%20Especial.pdf>>.

apresentadas na prestação de contas anual do ente ao Tribunal de Contas da União para julgamento da conduta faltosa dos gestores.

29 Convém ainda ressaltar alguns aspectos relativos ao entendimento jurídico quanto à convalidação de atos administrativos. Recorremos então à lição do eminente Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO², que leciona o sentido e os pressupostos da convalidação do ato administrativo:

“CONVALIDAÇÃO

SENTIDO - Considera-se convalidação a prática de “um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato a convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”. O art. 55 da lei contempla o instituto da convalidação.

PRESSUPOSTO - Constitui pressuposto da convalidação a circunstância de o vício do ato ser sanável. Sanáveis são os vícios de menor gravidade que, por isso mesmo, não obrigam à anulação direta do ato e, ao contrário, permitem, em determinadas hipóteses, sua confirmação e o aproveitamento dos efeitos pretéritos.

Existem, todavia, vícios insanáveis, ou seja, aqueles que contaminam a validade do ato em tal dimensão que se afigura impossível corrigir o vício e aproveitar o ato. “Esse tipo de ilegalidade não comporta convalidação, mas sim anulação em virtude de vício de legalidade.” (grifo nosso).

30 Neste contexto, colaciona-se ainda o Acórdão nº. 115/2011 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

A convalidação só é possível quando o ato administrativo eivado de vícios for sanável e estiver comprovada a ausência de lesão ao interesse público, de desrespeito à moralidade administrativa e de prejuízo a terceiros.

O resultado da convalidação do ato administrativo viciado não pode ser a perpetuação da ilegalidade e nem a ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

31 Desta forma nota-se que só são passíveis de convalidação atos que não contenham vícios insanáveis. Portanto, resta o questionamento acerca de a prorrogação extemporânea de convênio com vigência expirada afrontar ou não a legislação e os regulamentos pertinentes a matéria.

² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 296-297.

32 A Instrução Normativa nº 01/97 que regulamentava os convênios até 31/05/2008 trata de forma expressa sobre o assunto:

Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

[...]

VI - atribuição de vigência ou de efeitos financeiros retroativos;

33 Já a Portaria Interministerial nº 127/2008 e a nº 507/2011 nada trouxeram expressamente sobre o assunto, vedando, apenas a realização de pagamento em data posterior à vigência do instrumento:

Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

[...]

V - realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente ou contratante e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado; (Portaria Interministerial nº 127/2008);

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

[...]

V - realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado; (Portaria Interministerial nº 507/2011)

34 Ressalta-se que na formalização de convênios, a Administração está obrigada a atender no que couber as disposições da Lei nº 8.666/93:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couberem, 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:

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

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.

35 Pelo exposto, nota-se que a convalidação do ato que atribui vigência retroativa ao convênio está em desacordo com a legislação, não sendo este ato vício sanável e não sendo possível sua convalidação.

36 Desta forma, mesmo visualizando o caso mencionado, trata-se de convênio extinto, vencido, que não mais existe, razão pela qual não pode ser prorrogado, cabendo apenas a prestação de contas dos recursos já repassados.

37 Em caso concreto analisado pelo TCU, verifica-se algumas recomendações no caso de prorrogação de vigência expirada de convênio solicitada por conveniente, fundamentando na Súmula nº 191 do TCU, nos termos do Acórdão nº 1131/2009-Plenário:

[...]

14. Por fim, ainda na mesma toada, frisa que a jurisprudência do TCU admite a dita prorrogação (a exemplo da **Súmula nº 191 e do Voto constante do Acórdão nº 172/2004 – Plenário**), ressaltando que, a despeito da inércia do MCidades em deixar transcorrer o prazo de vigência do convênio sem promover efetivamente o aditivo, mesmo assim **haver-se-ia de prorrogar o convênio, posto que, não obstante se alegue existir discricionariedade na decisão de se firmar ou não o pretendido Termo Aditivo**, não seria razoável ou compreensível que a prorrogação não acontecesse, na medida em que se encontravam presentes todos os requisitos para a assinatura do Termo Aditivo de Prazo, havendo, enfatize-se, recurso alocado em conta específica, projeto executivo em andamento, inclusive com licitação recente para a obra e prestação de contas atualizada.

[...]

26. Assim, a súmula citada pela recorrente, bem como excerto da decisão constante do processo TC 013.327/2002-4, **não servem de paradigma** ao presente caso, eis que nestes trata-se de **convênio em curso, válido, existente**, cuja análise de

conveniência e oportunidade, porque favoráveis, apontam para a possibilidade de prorrogação do convênio vigente.

[...]

3. De fato, **é imperioso admitir que a não conclusão do objeto pactuado, depois de decorridos vários anos de execução e despendida vultosa quantia de recursos públicos, não se coaduna com o interesse público.** Por outro lado, também não se coaduna com o interesse público a adoção de medidas que subvertam a ordem jurídica, fazendo tábula rasa de princípios basilares da administração pública, como a legalidade. **Portanto, o alcance do interesse público dependeria simultaneamente da conclusão do objeto pactuado e do respeito aos princípios que regem a administração pública.**

4. Nessa linha de raciocínio, seria possível cogitar, em tese, **algumas soluções:**

5. A primeira seria simplesmente admitir que o convênio (formalmente expirado em 30/4/2008) continua vigente, como requer o recorrente, por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação, contudo, o convênio advém de um acordo de vontade entre os convenientes, não tendo, a meu ver, o TCU competência para substituir a vontade de uma dessas partes.

6. Uma segunda solução seria a prorrogação de ofício prevista no art. 7º, inciso IV, da IN STN 1/1997, por meio da qual a União se compromete a *‘prorrogar ‘de ofício’ a vigência do convênio, quando houver atraso na liberação dos recursos, limitada a prorrogação ao exato período do atraso verificado’*, ocorre que esse tipo de prorrogação está restrita a hipótese de atraso na liberação dos recursos por parte do concedente, hipótese essa que inclusive já deu ensejo a uma prorrogação no convênio em questão. Ademais, não parece cabível adotar uma interpretação extensiva de modo a contemplar atrasos decorrentes de outras causas, pois tal raciocínio violaria o princípio da legalidade estrita, bem como a vontade do conveniente.

7. Outra solução seria admitir que diante do caso concreto não havia discricionariedade por parte do conveniente, ou seja, a única forma de atingir o interesse público seria prorrogar o contrato. Acerca dessa hipótese, é pertinente transcrever lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 13 ed., rev., atual. e amp., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 389) acerca da vinculação e discricionariedade dos atos administrativos, *in verbis*:

‘Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto

é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, algumas vezes, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, para além de qualquer dúvida possível, unicamente o ato **a** e não o ato **b**; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – atenderia à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal. Por isso, não lhe aproveitará invocar a norma atributiva de discricção, pois, consoante se disse a discricção na regra de Direito é condição necessária mas não suficiente para configurá-la quando da prática do ato. A discricionariedade do ato só existe in concreto, ou seja, perante o quadro da realidade fática com suas feições polifacéticas, pois foi em função disto que a lei se compôs de maneira a obrigá-la.

Assim, é obvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, **pois nestes casos não há realmente discricção, mas vinculação, ou a discricção não se estende até onde se pretendeu que exista, já que – repita-se – discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto.**’ (grifo não existente no original)

8. Marçal Justen Filho, embora tratando de matéria diversa (contratos administrativos), envereda por raciocínio similar, ao comentar o art. 57 da Lei de Licitações e Contratos [*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, pág. 676], conforme excerto transcrito a seguir: *‘Inexiste margem de discricionariedade para a Administração negar a prorrogação, nos casos enfocados. Trata-se de atividade vinculada, cujos*

pressupostos estão arrolados no texto legal. Não se remete à liberdade de a Administração escolher entre conceder ou não a prorrogação. A lei exige, isto sim, a rigorosa comprovação da presença dos requisitos legais. Uma vez presentes, surge o direito do particular a obter a prorrogação’.

9. Portanto, seguinte essa esteira de raciocínio, se os elementos constantes nos presentes autos nos conduzissem à convicção de que não restava outra alternativa para o concedente atingir o interesse público senão a de prorrogar o convênio, estar-se-ia diante de uma hipótese de ato vinculado, sendo cabível a esta Corte de Contas determinar a prorrogação do convênio, sob pena de se apurar a responsabilidade pela obra inacabada. E de fato tal possibilidade se mostra verossímil, pois, pelo que consta dos autos, o pedido de prorrogação **de prazo** se deu com antecedência bastante razoável; a prorrogação não estava condicionada ao incremento de mais recursos provenientes da União; não há manifestação clara no parecer da Conjur de fls. 76/79, deste anexo, de que a insuficiência de documentos por ela mencionada seria atribuível ao conveniente, aliás, tal parecer sugere, a meu ver, que o processo não estava apto para prorrogação por falhas atribuíveis ao próprio Ministério das Cidades, em especial à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos e à Secretaria de Transporte e da Mobilidade Urbana (esta incumbida de manifestação técnica inexistente no processo de prorrogação).

[...]

VOTO

[...]

Essa exame foi feito de forma adequada nos pareceres da Serur transcritos no Relatório que precede este Voto. Somente caberia ao TCU determinar a prorrogação do Convênio 052/2001 caso ficasse comprovado de maneira inequívoca que a prorrogação deixou de ser formalizada única e exclusivamente em decorrência de atrasos e omissões do Ministério das Cidades. Tal constatação, contudo, não pode ser extraída destes autos, conforme concluiu o analista da Serur: “nos autos, não se visualiza, de forma indubitável, que a ausência de toda a documentação seja atribuída única e exclusivamente ao MCidades, mais especificadamente, à CGLOG”.

[...]

18. A conclusão das obras, contudo, depende de juízo de conveniência e oportunidade das partes envolvidas em relação à escolha do melhor momento e dos atos administrativos necessários à continuidade ao empreendimento.

19. Ou seja, embora não restem dúvidas que as partes envolvidas devem tomar todas as medidas cabíveis para que a obra seja concluída, subsiste discricionariedade para a administração decidir que medidas administrativas devem ser adotadas.

20. Dessa forma, as alternativas para a conclusão das referidas obras deverão ser examinadas pelas partes envolvidas, não cabendo ao TCU efetuar determinações que invadam a esfera de discricionariedade dessas partes. O Diretor da Serur chega a traçar algumas hipóteses que permitiriam até mesmo a prorrogação pleiteada pelo recorrente, como por exemplo, “admitir que o convênio (formalmente expirado em 30/4/2008) continua vigente, como requer o recorrente, por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação [...]”. Esta e outras possibilidades, tal como a **celebração de novo convênio** para dar continuidade ao Convênio 052/2001, deverão ser avaliadas pelas partes, à luz dos princípios que regem a administração pública, expressos no art. 37 da Constituição, entre os quais podem ser destacados o da legalidade e o da eficiência.

[...]

Acórdão

[...]

9.3. recomendar ao Ministério das Cidades, ao Governo do Estado do Piauí e à Companhia Metropolitana de Trens Urbanos de Teresina/PI a adoção de medidas necessárias à conclusão das obras de Expansão do Sistema de Trens Urbanos de Teresina/PI; (grifo nosso)

38 Analisando-se o acórdão acima mencionado, verifica-se que a Corte de Contas entendeu, de forma contrária ao entendimento aqui adotado, que, no caso de o objeto do convênio se tratar de obra em andamento, compete ao gestor, dentro do seu critério de oportunidade e conveniência, avaliar, à luz dos princípios que regem a Administração Pública, expressos no art. 37 da Constituição Federal, as opções para continuidade da obra, inclusive admitindo a possibilidade de continuidade da vigência do convênio por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação.

39 A despeito de tal posicionamento, entende-se que a Administração Pública deverá, para fins de atendimento ao interesse público e como solução jurídica mais viável no caso concreto, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto ou, ainda, valer-se da prerrogativa trazida no inciso VII do art. 43 da Portaria Interministerial MP/MF/

CGU nº 507/2011, mas nunca admitir a prorrogação extemporânea da avença.

40 Ressalta-se que o instrumento de convênio, nos termos do decreto nº 6.170/2007 (reproduzido em todos os instrumentos, 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).

41 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.

42 Deve-se atentar, ainda, ao que dispõe a Orientação Normativa nº 03 da Advocacia-Geral da União, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal:

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.

43 Com efeito, uma vez constatada a solução de continuidade da vigência do Termo de Convênio, há impossibilidade de sua prorrogação, motivo pelo qual não pode ser convalidada, conforme o mandamento da Orientação Normativa acima transcrita.

44 De tal sorte, compete ao Parecerista recomendar à Administração que aplique a ON nº 03 da AGU, posto que, no exercício da atividade de consultoria e assessoramento jurídico das Autarquias e Fundações, cujo fundamento de validade encontra-se no art. 10 da Lei nº 10.480/2002 c/c o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, a função da Procuradoria é respaldar o Administrador acerca dos atos a serem praticados, sempre à luz da legislação vigente, para que não ocorra responsabilização da autoridade futuramente pelos órgãos de fiscalização.

45 Há que se ressaltar, entretanto, que o posicionamento da Procuradoria não possui o condão de vincular o Administrador Público, que poderá motivadamente adotar entendimento diverso nos termos do art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/1999, e prosseguir com o convênio, mesmo com recomendação jurídica contrária.

46 Por essa razão e em consonância com o enunciado nº 21 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, deve ser realizada, de forma subsidiária, a análise dos aspectos jurídico-formais envolvendo as minutas dos termos aditivos ao termo de convênio:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 21

a) Enunciado

Na análise dos processos administrativos submetidos ao Órgão Consultivo, o Advogado Público deve apreciar a viabilidade jurídica do ato proposto pelo gestor público, indicando a alternativa jurídica adequada, caso exista, quando não houver amparo jurídico para o ato proposto.

b) Fonte

Considerando que a prerrogativa de decisão cabe à autoridade administrativa, consoante artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, há possibilidade de o gestor não acatar o entendimento jurídico do Órgão Consultivo e prosseguir em determinado processo ou certame, mesmo com a recomendação contrária do referido Órgão.

Nesses casos, é conveniente e atende o interesse público a análise do assunto, na integralidade, para que se evite que seja produzido um ato administrativo sem a prévia manifestação jurídica que o oriente, ou que seja celebrado um contrato ou convênio sem qualquer análise jurídica de seu conteúdo, implicando maiores riscos para a Administração Pública.

Essa análise subsidiária pode ser feita de maneira concomitante à manifestação jurídica contrária à continuidade do processo.

Ademais, é pertinente que a manifestação jurídica consigne a observação de que os autos deverão retornar ao Órgão Consultivo para análise jurídica do novo procedimento encetado, no caso de ser seguida, pelo gestor, a orientação jurídica alternativa.

47 Nesse sentido, compete ao parecerista, na sua manifestação perante a expiração de vigência de um convênio que de alguma forma continuou a produzir efeitos, realizar a análise subsidiária da minuta apresentada, sempre ressaltando a ON nº 03 da AGU, que tem caráter vinculativo em toda a Administração Pública, sem prejuízo de eventual recomendação de que a Administração implemente métodos preventivos de controle da vigência dos convênios.

CONCLUSÃO:

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

- a) A vigência dos convênios deve ser fixada no seu instrumento e sua eventual prorrogação, que não seja “de ofício” decorrente do atraso na liberação dos recursos pelo concedente, é uma forma de alteração que deve ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil;
- b) A prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar de vício sanável. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar a possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

- c) Avulta notar ainda que, tendo em vista o interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.
- d) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar a impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extrapolação de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores.

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2013.

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 21 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 06 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 24 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 34/2013:

- I) A vigência dos convênios deve ser fixada no seu instrumento e sua eventual prorrogação, que não seja “de ofício” decorrente do atraso na liberação dos recursos pelo concedente, é uma forma de alteração que deve ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil.
- II) A prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar de vício sanável. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar a possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.
- III) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar a impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extrapolação de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores.
- IV) Avulta notar ainda que, tendo em vista o interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.



**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

PARECERNº 07 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

INTERESSADA: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF nº 467, de 08 de junho de 2012, e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

COMPROVAÇÃO DE DOMINIALIDADE NO CASO DE BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO.

I – A simples declaração do chefe do poder executivo do ente conveniente atestando que o imóvel se enquadra na classificação constante do art. 99 do código civil não é suficiente para a comprovação do exercício de plenos poderes sobre a propriedade do imóvel em que se realizará a obra ou benfeitoria com recursos públicos.

II – Nos casos em que a área de intervenção se tratar de rodovias, estará dispensada a apresentação de certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis, bastando, para fins de atendimento ao disposto no art. 39, IV, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, a comprovação de que a respectiva rodovia objeto do convênio integra o Sistema Nacional de Viação na forma da Lei nº 12.379/2011.

III - Nos casos em que a área de intervenção se tratar de logradouros públicos, deverá ser exigida do ente conveniente certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, salvo se apresentada pelo conveniente justificativa devidamente fundamentada e aprovada pela área técnica da entidade concedente, situação em que se dará por cumprido o requisito mediante a apresentação de mapa georreferenciado que contenha, ao menos, o traçado dos lotes, do sistema viário e das áreas livres de uso público, permitindo a correta identificação do local em que será realizada a obra ou benfeitoria, e de certidão negativa comprobatória da inexistência de domínio particular, expedida pelo Ofício de Registro de Imóveis da localidade da situação do imóvel.

IV - A par do que disciplina a Orientação Normativa AGU nº 30/2010, deve-se recomendar ao gestor público que seja registrado nos autos do processo administrativo o momento da apresentação dos documentos que comprovem

a dominialidade pública, mantendo-se a compatibilidade entre a instrução física e as informações constantes no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV), a fim de possibilitar o controle do cumprimento tempestivo da cláusula condicionante, caso tenha sido fixada no instrumento de convênio.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 exigência de comprovação de dominialidade no caso de bem público de uso comum do povo.

4 É o relatório.

I – FUNDAMENTAÇÃO

5 O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 98 e 99, define como públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno e os classifica do seguinte modo:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (grifou-se)

6 Entende-se, portanto, como de uso comum, à luz do que ensina José dos Santos Carvalho Filho, os bens que “são destinados à utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação às quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação”¹.

7 Nesse sentido, há quem defenda a natureza pública, por essência, de todos os bens de uso comum do povo, independente de registro em cartório, como o faz Hely Lopes Meireles ao consignar que:

“não há, nem pode haver vias e logradouros públicos como propriedade particular. Toda área de circulação ou de recreação pública é bem de uso comum do povo e, portanto, bem do domínio público por destinação, dispensando titulação formal para o reconhecimento de tal dominialidade.”²

8 Não se refuta o fato de que os bens de uso comum do povo não reclamem registro cartorário para que sejam reconhecidos como de domínio público, no entanto, tal circunstância não induz à completa impossibilidade de que referido registro seja realizado nos casos em que a lei ou qualquer outro ato normativo assim o exigir.

9 De fato, há bens públicos de uso comum do povo, a exemplo de rios e mares³, que, quer pela impossibilidade de sua individualização, na esteira do que disciplina o art. 176, §1º, II, ‘3’, da Lei de Registros

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

2 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1977. p.621-2.

3 Vide artigos 20 e 26 da Constituição Federal.

Públicos (Lei nº 6.015/1973)⁴, quer por já constarem expressamente na Constituição Federal como bens dos entes federados, sequer poderiam ser subordinados ao regime registral.

10 Contudo, existem bens de uso comum do povo que usualmente são objeto de realização de obras e benfeitorias públicas, como os logradouros públicos, e que poderiam sim, ou melhor, deveriam ser submetidos ao sistema cartorário, tendo em vista o disposto nos arts. 167, incisos I, '19', II, '13' e '26', e 169 da Lei nº 6.015/1973, que preveem:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

19) **dos loteamentos urbanos⁵ e rurais⁶;**

II - a averbação:

13) **“ ex officio “, dos nomes dos logradouros, decretados pelo poder público.**

4 Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

II - são requisitos da matrícula:

1) o número de ordem, que seguirá ao infinito;

2) a data;

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

a - se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

b - se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver.

4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação;

b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;

5) o número do registro anterior;

5 Lei nº 6.766/1979: Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - **Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.**

§ 2º- considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

6 Instrução do INCRA nº 17-b/1980: 1.1 São formas de parcelamento do solo, o loteamento e o desmembramento.

1.2 Considera-se loteamento a divisão de gleba em lotes, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

1.3 Considera-se desmembramento a divisão de gleba em lotes, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

26) **do auto de demarcação urbanística.**

Art. 169 - **Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão** no Cartório da situação do imóvel, salvo:

I - as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição;

II - os registros relativos a imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, que serão feitos em todas elas, devendo os Registros de Imóveis fazer constar dos registros tal ocorrência.

III - o registro previsto no nº 3 do inciso I do art. 167, e a averbação prevista no nº 16 do inciso II do art. 167 serão efetuados no cartório onde o imóvel esteja matriculado mediante apresentação de qualquer das vias do contrato, assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, bastando a coincidência entre o nome de um dos proprietários e o locador. (grifou-se)

11 A ideia que permeia a obrigatoriedade de registro de determinados atos jurídicos não é outra senão conferir-lhes autenticidade, segurança e eficácia⁷, destacando-se, no caso de bens públicos, a segurança advinda da inscrição desses bens como de domínio público, separando-os daqueles de domínio particular das pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

12 É nessa diretriz que a Lei nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, disciplina que:

Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Parágrafo único. Na hipótese de parcelamento do solo implantado e não registrado, **o Município poderá requerer**, por meio da apresentação de planta de parcelamento elaborada pelo loteador ou aprovada pelo Município e de declaração de que o parcelamento se encontra implantado, **o registro das áreas destinadas a uso público, que passarão dessa forma a integrar o seu domínio.** (grifou-se)

13 De tal sorte, em que pese a afetação do bem como de uso comum do povo ser suficiente para assim qualificá-lo, como sustenta Hely Lopes Meirelles, referida qualificação não dispensa, para todos os efeitos, a sua regularização formal mediante o processo administrativo de loteamento,

7 Lei nº 6.015/1973: Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

sobretudo quando se trata de repasse de verba federal para investimento em infraestrutura local.

14 Com efeito, inúmeras situações poderiam caracterizar a má utilização de verbas públicas para executar obras em vias ou praças que no momento da regularização do loteamento poderão vir a ser desafetadas como tais, em virtude da alteração do seu traçado original.

15 Essa é a razão pela qual a execução de obras em bens de uso comum deveria pressupor, em regra, um planejamento prévio acerca de sua regularização, o que se daria mediante o loteamento, que é ato sujeito a registro no cartório de registro de imóveis.

16 Nessa linha de raciocínio, é que tem sido exigida como condição para a celebração de convênios desde a Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional, passando pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 e atualmente também reproduzida na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, a 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 imóvel⁸.

17 Há que se salientar, contudo, a inovação promovida na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, e que se coaduna com a tese ora defendida, ao acrescentar ao artigo que trata da comprovação de dominialidade a previsão de que a declaração do Chefe do Poder Executivo poderá ser aceita apenas para **autorização de início do objeto conveniado**, devendo a regularização formal da propriedade ser comprovada até o final da execução do objeto⁹.

18 Referido dispositivo afasta, portanto, a possibilidade de perpetuação da adoção da rotina administrativa de aceitar como comprovação de

8 Vide art. 2º, VIII, da IN/STN nº 01/1997, art. 25, IV, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 e art. 39, IV, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011.

9 Art. 39. Sem prejuízo do disposto nos art. 38 desta Portaria, são condições para a celebração de convênios: 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;

§ 1º Poderá ser aceita, para autorização de início do objeto conveniado, declaração do Chefe do Poder Executivo, sob as penas do art. 299 do Código Penal, de que o conveniente é detentor da posse da área objeto da intervenção, quando se tratar de área pública, devendo a regularização formal da propriedade ser comprovada até o final da execução do objeto do convênio.

dominialidade mera declaração do Chefe do Poder Executivo do ente conveniente atestando que o imóvel se enquadra na classificação constante do art. 99 do Código Civil.

19 Por outro lado, não se pode desconsiderar que o processo administrativo de loteamento é um procedimento complexo, podendo ser demasiadamente oneroso condicionar a execução de quaisquer obras e benfeitorias em vias e logradouros à comprovação de seu registro no cartório de imóveis, seja no momento da celebração do convênio, seja no momento da prestação de contas final.

20 De fato, o interesse público em atender a coletividade com obras básicas e necessárias a garantir a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos sociais insculpidos no art. 6º da Constituição Federal¹⁰ podem acabar ensejando a realização de obras e benfeitorias sem que a dominialidade pública esteja comprovada junto ao cartório de registro de imóveis.

21 Acresça-se a essa problemática situações em que não é possível proceder-se ao registro imobiliário, como no caso de rodovias, seja pela ausência de previsão legal, seja pela própria dificuldade que se encontraria em dar cumprimento ao disposto no art. 169, II, da Lei de Registros Públicos, que prescreve que os registros relativos a imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes sejam feitos em todas elas.

22 De tal sorte, para o deslinde da questão, há que se compatibilizar a necessidade de comprovação de dominialidade pública, a fim de evitar o dispêndio de recursos públicos em prol de interesses particulares (desvio de finalidade), com a realidade hoje enfrentada pelos órgãos de execução da PGF, sob pena de restar inviabilizado o procedimento de transferência voluntária por não cumprimento dos estritos termos do já mencionado art. 39, IV, e §1º, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011.

23 Nesse rumo, deve-se ter em mente dois princípios inerentes aos registros públicos, quais sejam: o da tipicidade e o da obrigatoriedade.

10 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O primeiro estabelece que só se leva a registro os títulos legalmente previstos, o que significa, no que concerne ao registro imobiliário, que apenas seria arquivado o registro de ato elencado no rol do art. 167 da Lei nº 6.015/1973 ou de outros direitos reais que, embora não inseridos no citado dispositivo legal, se amoldem ao disciplinado no art. 172 do mesmo diploma legal¹¹.

24 Já o segundo preconiza que são obrigados ao registro os atos enumerados na Lei de Registros Públicos, valendo destacar, entretanto, que não há previsão legal de sanções em caso de omissão, uma vez que os prejuízos advindos do não cumprimento deste dever legal são arcados pelo próprio titular do direito, na medida em que não poderá usufruir dos benefícios decorrentes do registro, dentre eles a sua oponibilidade contra terceiros¹².

25 Analisando-se novamente o disposto na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, agora à luz desses dois princípios, constata-se que, embora seja de suma importância a efetivação da inscrição dos bens de domínio público, como acima demonstrado:

- a) não poderia ter sido exigida de forma irrestrita a certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis, posto que em algumas hipóteses não é possível obtê-la dada a inviabilidade do registro; e
- b) considerando que sequer a Lei de Registros Públicos impõe sanções à falta de registro imobiliário, não se afigura razoável impedir a celebração de convênios se a dominialidade pública puder ser comprovada por outros meios, mormente quando a excessiva onerosidade do procedimento prévio ao registro se configurar como óbice intransponível, face à ausência de recursos financeiros para tanto.

26 Desse modo, tratando-se de rodovias¹³, em relação às quais não se pode proceder ao registro, a comprovação de dominialidade se

11 Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, "inter vivos" ou "mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

12 Nesse ponto, cumpre anotar que, em se tratando de bens públicos, ainda que não tenha sido providenciada a regularização dominial da propriedade, por expressa previsão contida nos arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como no art. 102 do Código Civil, não será possível a aquisição da propriedade por usucapião, o que também foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da edição da Súmula nº 340.

13 Nesse ponto, vale ressaltar que, conforme previsto no art. 7º da Lei nº 12.379/2011, a União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado, ressalvadas as

daria por meio da demonstração de que a área de intervenção integra o Sistema Nacional de Viação sobre o qual dispõe a Lei nº 12.379/2011, o que poderia ser feito com juntada aos autos do processo administrativo de convênio do respectivo Plano Rodoviário Estadual, Distrital ou Municipal, conforme o caso, no qual conste a relação descritiva dos elementos físicos da infraestrutura viária.

27 De outra parte, cuidando-se de convênio que tenha por objeto obras em logradouros públicos, seria possível a comprovação da dominialidade, quando verificada a situação retratada na alínea 'b' do parágrafo 25 desta manifestação, por intermédio da apresentação de mapa georreferenciado que contenha, ao menos, o traçado dos lotes, do sistema viário e das áreas livres de uso público, permitindo a correta identificação do local em que se dará a intervenção.

28 Poderá ser aceita, ainda, para fins de atendimento ao disposto na parte final do parágrafo 1º do art. 39 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, nos casos em que não seja possível a regularização formal da propriedade até o final da execução do objeto do convênio por motivos devidamente justificados pelo conveniente e aprovados pela área técnica da entidade concedente, a apresentação de certidão negativa comprobatória da inexistência de domínio particular, expedida pelo Ofício de Registro de Imóveis da localidade da situação do imóvel.

29 Nada impede também que, como medida adicional, seja certificado pelo próprio corpo técnico da entidade, caso disponha de profissionais para tanto, por meio de visita *in loco*, que a finalidade do objeto do convênio se refere ao atendimento das necessidades básicas da coletividade ou outra razão relevante que justifique a execução da obra ou benfeitoria em solo não regularizado e que o bem, de fato, está afetado para o uso comum do povo.

30 Adotadas as providências acima, entende-se que estariam atendidos tanto os interesses da população beneficiária, que não ficaria prejudicada pela não celebração do convênio e consequente não realização das obras e benfeitorias, quanto das entidades repassadoras dos recursos, que teriam mais segurança na aplicação das verbas públicas.

31 Por fim, cumpre salientar que, na esteira do que disciplina a Orientação Normativa AGU nº 30/2010, os órgãos de execução da PGF estão dispensados de solicitar ao gestor público a apresentação física dos documentos mencionados nos parágrafos 26 a 28 desta manifestação se

os mesmos já constarem no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, salvo em caso de dúvida fundada¹⁴.

32 Deve-se, entretanto, recomendar que seja registrado nos autos do processo administrativo o momento da apresentação dos referidos documentos, a fim de que a instrução física guarde compatibilidade com as informações constantes no SICONV e de possibilitar, inclusive, o controle do cumprimento da cláusula condicionante no prazo fixado no instrumento de convênio, caso seja aplicada ao requisito de comprovação de dominialidade o disposto no art. 39, §6º, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011¹⁵.

II - CONCLUSÃO

33 Diante do exposto, tem-se que:

- a) a simples declaração do Chefe do Poder Executivo do ente conveniente atestando que o imóvel se enquadra na classificação constante do art. 99 do Código Civil não é suficiente para a comprovação do exercício de plenos poderes sobre a propriedade do imóvel em que se realizará a obra ou benfeitoria com recursos públicos;
- b) nos casos em que a área de intervenção se tratar de rodovias, estará dispensada a apresentação de certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis, bastando, para fins de atendimento ao disposto no art. 39, IV, da Portaria

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, salve se houver dúvida fundada. Indexação: SICONV. DADOS. FÉ PÚBLICA. APRESENTAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. DÚVIDA FUNDADA.”.

15 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 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;

§ 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.

Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, a comprovação de que a respectiva rodovia objeto do convênio integra o Sistema Nacional de Viação na forma da Lei nº 12.379/2011;

- c) nos casos em que a área de intervenção se tratar de logradouros públicos, deverá ser exigida do ente conveniente certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, salvo se apresentada pelo conveniente justificativa devidamente fundamentada e aprovada pela área técnica da entidade concedente, situação em que se dará por cumprido o requisito mediante a apresentação de mapa georreferenciado que contenha, ao menos, o traçado dos lotes, do sistema viário e das áreas livres de uso público, permitindo a correta identificação do local em que será realizada a obra ou benfeitoria, e de certidão negativa comprobatória da inexistência de domínio particular, expedida pelo Office de Registro de Imóveis da localidade da situação do imóvel; e
- d) a par do que disciplina a Orientação Normativa AGU nº 30/2010, deve-se recomendar ao gestor público que seja registrado nos autos do processo administrativo o momento da apresentação dos documentos que comprovem a dominialidade pública, mantendo-se a compatibilidade entre a instrução física e as informações constantes no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV), a fim de possibilitar o controle do cumprimento tempestivo da cláusula condicionante, caso tenha sido fixada no instrumento de convênio.

À consideração superior.

Brasília, 09 de maio de 2013.

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitaó
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 21 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 07/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 24 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPConsu/PGF/AGU Nº 35 /2013:

- I - A simples declaração do chefe do poder executivo do ente conveniente atestando que o imóvel se enquadra na classificação constante do art. 99 do Código Civil não é suficiente para a comprovação do exercício de plenos poderes sobre a propriedade do imóvel em que se realizará a obra ou benfeitoria com recursos públicos.
- II - Nos casos em que a área de intervenção se tratar de rodovias, estará dispensada a apresentação de certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis, bastando, para fins de atendimento ao disposto no art. 39, IV, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, a comprovação de que a respectiva rodovia objeto do convênio integra o Sistema Nacional de Viação de que trata a Lei nº 12.379/2011.
- III - Nos casos em que a área de intervenção se tratar de logradouros públicos, deverá ser exigida do ente conveniente certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, salvo se apresentada pelo conveniente justificativa devidamente fundamentada e aprovada pela área técnica da entidade concedente, situação em que se dará por cumprido o requisito mediante a apresentação de mapa georreferenciado que contenha, ao menos, o traçado dos lotes, do sistema viário e das áreas livres de uso público, permitindo a correta identificação do local em que será realizada a obra ou benfeitoria, e de certidão negativa comprobatória da inexistência de domínio particular, expedida pelo Ofício de Registro de Imóveis da localidade da situação do imóvel.
- IV - A par do que disciplina a Orientação Normativa AGU nº 30/2010, deve-se recomendar ao gestor público que seja registrado nos autos do processo administrativo o momento da apresentação dos documentos que comprovem a dominialidade pública, mantendo-se a compatibilidade entre a instrução física e as informações constantes no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV), a fim de possibilitar o controle do cumprimento tempestivo da cláusula condicionante, caso tenha sido fixada no instrumento de convênio.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

PARECER Nº 08/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 25100.001.569/2013-18

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA:

Restos a pagar não processados e não liquidados posteriormente. Prazo de validade. Inaplicabilidade da regra geral insculpida no art. 68, §2º, do Decreto nº 93.872/1986 e das disposições do Decreto nº 7.468/2011 aos restos a pagar abrangidos pelo art. 1º do Decreto nº 7.418/2010 e pelo parágrafo 3º do art. 68 do Decreto nº 93.872/1986. Ausência de restrição temporal. Manutenção da validade condicionada, entretanto, à efetiva constatação da viabilidade de que o objeto pactuado venha a ser, de fato, executado.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 a aplicabilidade do art. 1º do Decreto nº 7.418/2010 e do art. 68, §3º, II, “b”, do Decreto nº 93.872/1986 aos restos a pagar não processados e não liquidados posteriormente, inscritos nos exercícios financeiros de 2007, 2008, 2009 e 2010, relativos às despesas dos órgãos e das entidades vinculadas ao Ministério da Saúde.

4 É o relatório.

I – FUNDAMENTAÇÃO

DA VALIDADE DOS RESTOS A PAGAR INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSADOS

5 O artigo 36 da Lei nº 4.320/1964 disciplina que se consideram restos a pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro do respectivo exercício financeiro, distinguindo-se as processadas das não processadas.

6 Na mesma diretriz, o artigo 67 do Decreto nº 93.872/1986 estabelece que:

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.

§ 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.

7 Como bem esclarece o Manual do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI¹, em seus itens 2.2, 2.2.3 e 2.2.3.1 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, o conceito de restos a pagar está ligado aos estágios da despesa pública, representados pelo empenho, liquidação e pagamento, de modo que,

1 Disponível no site <http://manualsiafi.tesouro.fazenda.gov.br/>.

quando o pagamento deixa de ser efetuado no próprio exercício, procede-se, então, à inscrição em restos a pagar na condição de processados, não processados em liquidação ou não processados a liquidar.

8 É importante frisar que essa distinção entre restos a pagar não processados em liquidação e não processados a liquidar é decorrente da última atualização deste Capítulo do Manual SIAFI, ocorrida em 06/12/2012, e pode ser melhor compreendida pela leitura da íntegra do já mencionado item 2.2.3.1, que elucida:

“2.2.3.1 A inscrição dos Restos a Pagar (RP) os classificará em: RP Processados, RP Não Processados em liquidação e RP Não Processados a liquidar.

a) RP Processados: no momento da inscrição a despesa estava liquidada;

b) RP Não Processados em Liquidação: no momento da inscrição a despesa estava em processo de liquidação, ou seja, estava na fase em liquidação²;

c) RP Não Processados a liquidar: no momento da inscrição a despesa não estava liquidada e sua inscrição está condicionada a indicação pelo Ordenador de Despesa da Unidade Gestora, ou pessoa por ele autorizada, formalmente no SIAFI em espaço próprio na tabela de UG.” (grifou-se)

9 A despeito da aludida diferenciação, insta destacar que tanto os restos a pagar inscritos como não processados em liquidação quanto aqueles classificados como não processados a liquidar submetem-se à mesma regra de validade fixada no artigo 68 do Decreto nº 93.872/1986, cuja redação fora novamente alterada no ano de 2011 pelo Decreto nº 7.654, passando a prever, em seu parágrafo 2º, que “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”, ressalvadas as hipóteses elencadas no parágrafo 3º do mesmo dispositivo³.

2 Em relação à fase de liquidação, os itens 2.2.2.1 e 2.2.2.2 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, explicam que:

“2.2.2.1 Entre o estágio do empenho e da liquidação há uma fase intermediária na qual o fato gerador da despesa já ocorreu, porém ainda não foi liquidada. Esta fase é denominada em liquidação.

2.2.2.2 - De forma mais objetiva, a fase em liquidação é toda despesa 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.”

3 A redação anterior do dispositivo em questão, dada pelo Decreto nº 6.708/2008, disciplinava que:

“Art. 68.A inscrição de despesas como restos a pagar será automática, no encerramento do exercício financeiro de emissão da Nota de Empenho, desde que satisfaça às condições estabelecidas neste Decreto para empenho e liquidação da despesa.

10 É de se ressaltar que, uma vez liquidados os restos a pagar não processados no exercício seguinte ao da inscrição, estes passam a ter tratamento similar aos restos a pagar processados, tal qual previsto nos itens 2.2.3.2 e 6.9 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, não se lhes aplicando, por conseguinte, a regra de validade acima referida, dado o fato de constituírem direitos efetivos do credor, mas sim o disposto no item 6.7 dos retrocitados Capítulo, Seção e Assunto do Manual SIAFI, que determina que: “A anulação ou cancelamento deverá ser realizada manualmente pelos gestores na hipótese de ter ocorrido erro na inscrição, fato posterior que inviabilize o pagamento ou no caso de prescrição quinquenal.”

DOS RESTOS A PAGAR INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSADOS NOS EXERCÍCIOS FINANCEIROS DE 2007, 2008, 2009 E 2010

11 Em princípio, aos restos a pagar inscritos na condição de não processados nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009 e cuja liquidação não foi posteriormente efetivada, aplicar-se-ia o previsto no parágrafo único do artigo 68 do Decreto nº 93.872/1986, na redação dada pelo Decreto nº 6.708/2008, isto é, somente teriam validade até 31 de dezembro do ano subsequente à sua inscrição, constituindo-se infringência a tal dispositivo o seu não cancelamento, salvo se prorrogados por instrumento legal dentro dos respectivos prazos de vigência⁴.

12 Nesse sentido, é de se registrar a edição do Decreto nº 6.708/2008, que prorrogou os restos a pagar não processados não liquidados do exercício financeiro de 2007 até 30/12/2009, e do Decreto nº 7.057/2009, que protraiu a validade dos restos a pagar não processados não liquidados dos exercícios financeiros de 2007 e 2008 até 31/12/2010, ambos sem fazer qualquer distinção entre aqueles decorrentes de despesas do Ministério da Saúde e do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e aqueles oriundos de despesas das demais unidades orçamentárias ou dos demais programas do Governo Federal.

13 Em 31 de dezembro de 2010, último dia da validade dos restos a pagar inscritos nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, foi editado o Decreto nº 7.418, disciplinando que:

Parágrafo único. A inscrição de restos a pagar relativa às despesas não processadas terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente.” (grifou-se)

4 Vide item 6.5 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, cuja redação permanece idêntica à do correspondente item antes da atualização promovida em 06/12/2012.

Art. 1º Os restos a pagar não processados, inscritos nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, relativos às despesas do Ministério da Saúde e do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, permanecem válidos após 31 de dezembro de 2010.

Art. 2º Fica prorrogado, até 30 de abril de 2011, o prazo de validade dos restos a pagar não-processados das demais despesas inscritos nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009.

14 Criou-se, portanto, duas situações: a) a de restos a pagar não processados não liquidados relativos a despesas do Ministério da Saúde e do PAC que passaram a ter validade indeterminada; e b) a de restos a pagar não processados não liquidados decorrentes das demais despesas realizadas nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, cuja validade foi estendida até 30/04/2011.

15 Registre-se que a manutenção dos restos a pagar identificados na alínea “b” do parágrafo anterior após 30/04/2011 foi condicionada ao atendimento dos requisitos estabelecidos no art. 1º do Decreto nº 7.468/2011, que previu:

Art. 1º Permanecem válidos, após 30 de abril de 2011, os empenhos de restos a pagar não processados das despesas inscritas nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009 que atendam as seguintes condições:

I - empenhos dos exercícios financeiros de 2007 e 2008 que se refiram às despesas transferidas ou descentralizadas pelos órgãos e entidades do Governo Federal aos Estados, Distrito Federal e Municípios com execução iniciada pelos entes até 30 de abril de 2011;

II - empenhos dos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009 que se refiram às despesas executadas diretamente pelos órgãos e entidades do Governo Federal, com execução iniciada até 30 de abril de 2011; e

III - empenhos do exercício financeiro de 2009 que se refiram às despesas transferidas ou descentralizadas pelos órgãos e entidades do Governo Federal aos Estados, Distrito Federal e Municípios com execução a ser iniciada pelos entes até 30 de setembro de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 7.511, de 2011)

16 A questão que se coloca, portanto, é esclarecer se as despesas realizadas pelas entidades vinculadas ao Ministério da Saúde também estariam abrangidas pelo art. 1º do Decreto nº 7.418/2010 e, conseqüentemente, não precisariam atender às condições enumeradas no art. 1º do Decreto nº 7.468/2011 ou se se enquadrariam no universo das demais despesas realizadas (art. 2º do Decreto nº 7.418/2010) e, portanto, necessariamente deveriam preencher as exigências de execução iniciada

da despesa com quantidade parcial entregue, atestada e aferida, nos casos de aquisição de bens, ou com medição correspondente à realização parcial atestada e aferida⁵, nas hipóteses de serviços e obras, sob pena de seu cancelamento.

17 Para tanto, é imprescindível o conhecimento da estrutura e forma de organização do orçamento, que são detalhadamente apresentadas no Manual Técnico de Orçamento - MTO, elaborado anualmente pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem compete, dentre outras atribuições, estabelecer as normas necessárias à elaboração e à implementação dos orçamentos federais sob sua responsabilidade⁶.

18 O MTO 2010⁷, vigente à época da edição do Decreto nº 7.418, assevera, no item 2.2.1 do capítulo relativo aos conceitos orçamentários, que:

“A estruturação atual do orçamento público considera que as programações orçamentárias estejam organizadas em Programas de Trabalho, e que esses possuam programação física e financeira. **O Programa de Trabalho, que define qualitativamente a programação orçamentária, deve responder, de maneira clara e objetiva, às perguntas clássicas que caracterizam o ato de orçar, sendo, do ponto de vista operacional, composto dos seguintes blocos de informação:** Classificação por Esfera, **Classificação Institucional**, Classificação Funcional e Estrutura Programática [...]” (grifou-se)

19 A classificação institucional tem por finalidade responder ao questionamento “quem faz?”, ou seja, informar quem é o órgão/unidade orçamentária responsável pela execução de determinada ação, que, por conseguinte, implicará na realização de uma despesa orçamentária. Conforme anotado no item 2.2.2.2 do MTO 2010:

“A classificação institucional, na União, reflete a estrutura organizacional e administrativa governamental e está estruturada em dois níveis

5 Decreto nº 7.468/2011:

Art. 2º Nos casos de aquisição de bens, a execução iniciada da despesa será verificada pela quantidade parcial entregue, atestada e aferida.

Art. 3º Nos casos da realização de serviços e obras, a execução iniciada da despesa será verificada pela realização parcial com medição correspondente atestada e aferida.

6 Vide art. 17, II, do Anexo I, do Decreto nº 7.675/2012.

7 Disponível em: http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/manual-tecnico/MTO_2010.pdf.

hierárquicos: órgão orçamentário e unidade orçamentária. As dotações orçamentárias, especificadas por categoria de programação em seu menor nível são consignadas às unidades orçamentárias, que são as estruturas administrativas responsáveis pelas dotações orçamentárias e pela realização das ações. **Órgão Orçamentário é o agrupamento de unidades orçamentárias.**” (grifou-se)

20 E é neste último trecho da citação acima transcrita que é possível encontrar-se a solução para a dúvida jurídica apontada no parágrafo 16 desta manifestação. Ora, se o Ministério da Saúde é um órgão orçamentário, segundo se constata no Anexo II das leis orçamentárias anuais⁸, composto pelas unidades orçamentárias Fundação Oswaldo Cruz, Hospital Cristo Redentor S.A, Hospital Fêmima S.A, Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A, Fundação Nacional de Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Saúde Suplementar e Fundo Nacional de Saúde⁹, e sendo o Decreto nº 7.418/2010 de caráter nitidamente orçamentário, a expressão “relativos às despesas do Ministério da Saúde” necessariamente abarca as despesas de todas as unidades orçamentárias que compõem tal órgão orçamentário.

21 Nesse ponto, vale ressaltar que o Ministério da Saúde, enquanto órgão orçamentário, não se confunde com a sua estrutura administrativa na qualidade de órgão da Administração Direta da União. Tanto é assim que não existe uma unidade orçamentária denominada “Ministério da Saúde”, sendo as despesas do aludido órgão realizadas a partir das dotações consignadas na unidade orçamentária “Fundo Nacional de Saúde”, conforme previsto no art. 2º, I, da Lei nº 8.142/1990¹⁰, o que corrobora o entendimento de que os restos a pagar não processados não liquidados, inscritos nos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, de todos os órgãos e entidades vinculadas ao Ministério da Saúde foram abrangidos pelo art. 1º do Decreto nº 7.418/2010 não se lhes aplicando, portanto, a exigência de execução iniciada, constante do art. 1º do Decreto nº 7.468/2011, para a manutenção de sua validade.

22 Na mesma diretriz, os restos a pagar não processados não liquidados do exercício financeiro de 2010 e de todos os que lhe seguirem relativos às despesas de todas as unidades orçamentárias do Ministério

⁸ No Anexo II, é indicada a despesa dos orçamentos fiscal e da seguridade social por órgão orçamentário.s

⁹ A tabela de classificação orçamentária constante do capítulo 6 do MTO 2010 traz, em seu item 6.1, a classificação institucional por órgão/unidade orçamentária, dentre eles, o Ministério da Saúde.

¹⁰ Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

1- despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;

da Saúde permanecem válidos mesmo após 30 de junho do segundo ano subsequente à sua inscrição, tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto nº 7.654/2011¹¹ e no art. 68, §3º, II, “b”, do Decreto nº 93.872/1986¹².

23 Cumpre registrar que, considerando não ter sido especificado em nenhum dos normativos acima mencionados o prazo de validade de tais restos a pagar, até que sobrevenha novo instrumento legal disciplinando o tema, a validade deles se manterá sem qualquer restrição temporal, devendo-se observar, entretanto, se persiste uma das situações elencadas no item 3.2 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, a saber:

- a) esteja vigente o prazo para cumprimento da obrigação assumida pelo credor;
- b) embora vencido o prazo da alínea anterior, esteja em curso a liquidação da despesa, sendo, assim, de interesse da Administração exigir o cumprimento da obrigação assumida pelo credor;
- c) o empenho se destinar a atender transferências a instituições públicas ou privadas; ou
- d) o empenho corresponder a compromissos assumidos no exterior.

24 Isso porque, caso não reste identificada nenhuma das hipóteses acima elencadas, desaparece o próprio motivo que justificou a inscrição

11 Art. 3º Aos restos a pagar não processados inscritos no exercício de 2010, aplica-se o disposto neste Decreto, exceto a exigência prevista no §1º do art. 68 do Decreto nº 93.872, de 1986.

12 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. (Incluído pelo Decreto nº 7.654, de 2011)

§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. (Incluído pelo Decreto nº 7.654, de 2011)

§3º Permanecem válidos, após a data estabelecida no §2º, os restos a pagar não processados que: (Incluído pelo Decreto nº 7.654, de 2011)

[...]

II - sejam relativos às despesas: (Incluído pelo Decreto nº 7.654, de 2011)

b) do Ministério da Saúde; ou (Incluído pelo Decreto nº 7.654, de 2011)

do empenho como restos a pagar, não sendo, por conseguinte, razoável a manutenção de sua validade, mormente ao se ter em mira que a reinscrição sistemática de restos a pagar, ano após ano, sem qualquer efetividade dessa medida, acaba comprometendo a dotação orçamentária para projetos mais viáveis tecnicamente, conforme preocupação externada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União por ocasião da prolação do Acórdão nº 2697/2011 e reiterada no recente Acórdão nº 198/2013:

Acórdão nº 2697/2011:

“Relatório do Ministro Relator

Adoto o relatório de monitoramento, elaborado por equipe da Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo - Seprog, com o qual os dirigentes da Unidade Técnica se manifestaram de acordo, in verbis:

[...]

222. Em função dos municípios não apresentarem capacidade técnica nem financeira para elaborar projetos em condições de serem aprovados tecnicamente, os objetos desses convênios não são efetivamente concretizados, permanecendo os mesmos ativos, com seus valores inscritos em restos a pagar no orçamento.

223. Tal procedimento, conforme já apontado pela auditoria operacional objeto do TC 004.987-2006-9, realizada em 2006 é, em princípio, vedado pelo art. 68 do Decreto 93.872/86. No entanto, sucessivos decretos autorizativos têm respaldado constantes prorrogações dos valores inscritos em restos a pagar pela Funasa, conforme relatado no mesmo processo. A inscrição de restos a pagar pela Funasa teve reflexos nas Contas de Governo referentes ao exercício de 2005, fato que suscitou a realização, pelo TCU, de auditoria de conformidade na Funasa, objeto do TC 021.208-2006-0. No Voto do Ministro relator do TC 021.208-2006-0 restou consignado que “A leniência com que a Funasa tem tratado convenientes com pendências fere o princípio da isonomia, compromete a execução orçamentária com inscrição de valores em restos a pagar relativos a convênios que, por falta de elementos essenciais não deveriam ter sido celebrados ou então, verificada a inadimplência após a celebração, deveriam ser rescindidos e providenciada a anulação do respectivo empenho”.

224. A manutenção dessa situação provoca várias consequências danosas como a retenção dos recursos para projetos sem viabilidade, impedindo o acesso de outros municípios aos poucos recursos disponíveis; longo interstício entre a celebração

do convênio e a liberação dos recursos, ocasionando diversas inscrições e reinscrições em restos a pagar; a necessidade de várias prorrogações nas vigências dos convênios, para evitar seu cancelamento; a manutenção de elevado número de convênios em aberto, gerando a necessidade de manter controle sobre uma base maior de documentos; a tentativa de adequação de empenhos com valores insuficientes a objetos distintos dos inicialmente previstos, o que gera ineficiência e desperdício na alocação dos recursos.

225. Para impedir que mais recursos venham a ser desperdiçados, deveriam ser extintos todos os convênios celebrados com municípios há mais de um ano, que ainda não possuam plano de trabalho completo, projeto básico ou licença ambiental. Com o cancelamento desses convênios espera-se liberar recursos orçamentários comprometidos e evitar a realização de desperdícios.

[...]

Voto do Ministro Relator

Especificamente no que se à execução orçamentária - empenho, liquidação, pagamento ou inscrição em restos a pagar -, o monitoramento registra a manutenção de um quadro sofrível na administração dos convênios celebrados entre a Funasa e municípios, registrado no TC-021.208/2006-0, Acórdão nº 2306/2009 - 1ª Câmara, de relatoria do eminente ministro Walton Alencar Rodrigues, oportunidade em que restou consignado que:

“A leniência com que a Funasa tem tratado convenientes com pendências fere o princípio da isonomia, compromete a execução orçamentária com inscrição de valores em restos a pagar relativos a convênios que, por falta de elementos essenciais não deveriam ter sido celebrados ou então, verificada a inadimplência após a celebração, deveriam ser rescindidos e providenciada a anulação do respectivo empenho.

A manutenção de vultosas importâncias inscritas em restos a pagar decorrente da impossibilidade ou até mesmo do desinteresse de o conveniente regularizar pendências reduz a disponibilidade de valores para transferências voluntárias para os entes federados em condição de regularidade, caracterizando visível quebra do princípio da isonomia a favorecer órgãos/entidades inadimplentes.”

[...]

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do relatório do segundo monitoramento do Acórdão 2.067/2008-Plenário, prolatado quando da apreciação do Relatório de Auditoria Operacional na Funasa sobre a Ação “Implantação e Melhoria de Sistemas Públicos de Manejo de Resíduos Sólidos em Municípios de até 50.000 Habitantes”,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no artigo 250, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU e ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.3.7. cancele todos os convênios celebrados até 29/5/2008 com municípios que não apresentaram projeto básico ou pré-projeto e licença ambiental prévia, ante o disposto no art. 2º da IN 01/07, e todos os convênios celebrados após 29/5/2008 com municípios que não apresentaram plano de trabalho aprovado e licença ambiental prévia, no ato da celebração, ou projeto básico, no prazo fixado no termo de convênio, ante o disposto no art. 25 c/c art. 21 e no art. 23, § 2º e § 5º, respectivamente, da Portaria Interministerial 127/2008;" (grifou-se)

Acórdão nº 198/2013:

"Relatório do Ministro Relator

Adoto, como relatório, a instrução da unidade técnica (doc. 46), com manifestação de acordo do Diretor e do Secretário (docs. 47 e 48), in verbis:

[...]

Assim observa-se que, historicamente, a Funasa atua com **elevado montante de recursos inscritos em restos a pagar. Esses recursos, por determinação legal, deveriam ser utilizados ou cancelados até o exercício subsequente ao da inscrição.**

No entanto, a Funasa, e diversos outros órgãos repassadores de recursos da administração pública, se utilizam de sistemáticas inscrições e reinscrições desses recursos orçamentários, gerando um verdadeiro orçamento paralelo ao aprovado pela Lei Orçamentária Anual (LOA) de cada exercício.

As obrigações denominadas "restos a pagar" decorrem da organização da atividade financeira do Estado em ciclos, e da impossibilidade do cumprimento de determinadas despesas dentro de um desses ciclos. Restos a Pagar são, conforme definição do art. 36 da Lei 4.320/64, "as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro".

No entendimento da Secretaria do Tesouro Nacional, expresso na Nota Técnica GENOC/CCONT 622/2004, de 17/5/2004, os restos a pagar processados não são passíveis de cancelamento. **Entretanto com relação aos restos a pagar não processados, o mencionado normativo dispõe que:**

1) O não cancelamento de restos a pagar não processados no encerramento do exercício subsequente constitui desrespeito ao art. 68 do Decreto nº 93.872/86, salvo quando:

a) vigente o prazo para cumprimento da obrigação assumida pelo credor, nele estabelecida;

b) vencido o prazo de que trata o item anterior, mas esteja em curso a liquidação da despesa, ou seja, de interesse da administração exigir o cumprimento da obrigação assumida pelo credor;

c) corresponder a compromissos assumidos no exterior.

Verifica-se pelo gráfico a seguir que a **execução orçamentária da entidade (emissão de empenhos) se deu de forma concentrada em apenas determinados períodos de cada exercício: próximo do final do primeiro semestre, em anos em que ocorreram eleições (2008 e 2010); ou no mês de dezembro, nos demais anos:**

Figura 4 - Demonstrativo dos recursos dos programas “água e esgoto” e “drenagem” por mês e ano da emissão do empenho

Destaca-se que os valores levantados na tabela anterior são relativos apenas aos programas “água e esgoto” e “drenagem urbana”, foco desta auditoria. Entretanto, se destaca que a mesma sazonalidade da execução orçamentária constatada pode ser verificada com relação aos demais programas finalísticos da entidade.

Quanto à forte concentração da execução orçamentária no último mês do exercício, cumpre destacar ainda que, tomando-se, como exemplo, o ano de 2011, último exercício cujos dados foram analisados neste trabalho, verificou-se que R\$ 830.841.998 (95% do montante anual disponibilizado para os programas em análise) foram empenhados apenas no mês de dezembro daquele ano.

Esse volume de recursos, empenhado no último mês de exercício, é quase que imediatamente inscrito e computado como restos a pagar, e representa elevada porcentagem em relação ao orçamento anual aprovado da entidade, como se observa na tabela a seguir:

Tabela 10 - Recursos do programa “água e esgoto” inscritos em restos a pagar por ano

Deve-se esclarecer que os valores da coluna “empenhado no ano” incluem os valores da coluna “restos a pagar inscritos no fechamento do exercício”, ou seja, deve-se entender que no ano de 2010, por exemplo, dos R\$ 752.446.011,76 referentes aos valores empenhados no final do exercício (após cancelamentos, anulações e reforços de empenhos) R\$ 705.189.138,03 tratava-se de fato de restos a pagar que foram empenhados nos últimos dias de 2010.

Também se informa que os valores da coluna “empenhado no ano”, diferentemente das informações anteriores relativas a empenhos (tabelas 5 a 9), incluem aquelas despesas para as quais os empenhos não registravam o código IBGE do município (que, conforme já explanado anteriormente, em geral trata-se de empenhos não associados a transferências a convenentes). Essa apresentação deveu-se à impossibilidade de se discriminar a destinação das despesas nos valores macros de restos a pagar (obtidos da consulta no Siafi). .

As mesmas considerações feitas nos parágrafos 200 e 201 anteriores são válidas para a Tabela 11 a seguir, que trata do programa “drenagem”:

Tabela 11 - Recursos do programa “drenagem” inscritos em restos a pagar por ano

Assim, pode-se afirmar que, para ambos os programas tratados, o orçamento que de fato é utilizado para realização dos repasses financeiros dos convênios e termos de compromisso firmados provém quase que integralmente de orçamentos relacionados a exercícios anteriores.

Como se pode observar pelas porcentagens apresentadas nas colunas “E” e “F” das tabelas 10 e 11, **em alguns exercícios os valores de restos a pagar “herdados” de exercícios anteriores são superiores ao orçamento autorizado (coluna “A”) e o valores empenhos (coluna “B”) do próprio exercício.**

Essa situação infla o orçamento da entidade muito além de sua capacidade operacional, já que, além do orçamento anual aprovado, a Funasa atua com elevados orçamentos herdados de diversos exercícios anteriores. No ano de 2008, por exemplo, para o programa de água e esgoto verifica-se que os valores empenhados e não executados no ano anterior, R\$ 1.163.253.070,17, são substancialmente superiores ao orçamento aprovado para o próprio exercício de 2008 (que correspondeu ao montante de R\$ 953.293.401,00).

Os procedimentos adotados pela Funasa que dão origem aos elevados valores inscritos em restos a pagar foram objeto do voto do Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues, relativo ao Acórdão 2.306/2009-Primeira Câmara, de 12/5/2009 (TC 021.208/2006-0), do qual se transcreve o seguinte trecho:

“O arcabouço normativo é exaustivo. Não há espaço para discricionariedade. A leniência com que a Funasa tem tratado convenientes com pendências fere o princípio da isonomia, compromete a execução orçamentária com inscrição de valores em restos a pagar relativos a convênios que, por falta de elementos essenciais não deveriam ter sido celebrados ou então, verificada a inadimplência após a celebração, deveriam ser rescindidos e providenciada a anulação do respectivo empenho.

A manutenção de vultosas importâncias inscritas em restos a pagar decorrente da impossibilidade ou até mesmo do desinteresse de o conveniente regularizar pendências reduz a disponibilidade de valores para transferências voluntárias para os entes federados em condição de regularidade, caracterizando visível quebra do princípio da isonomia a favorecer órgãos/ entidades inadimplentes.”

[...]

Assim, considerando o conjunto de informações sobre a estrutura da Fundação levantadas por este trabalho, **não se vislumbra outra opção que não o imediato cancelamento das transferências antigas, sem execução física ou financeira, evitando que os respectivos recursos sejam sistematicamente, nos próximos anos, reinscritos em restos a pagar sem qualquer efetividade dessa medida (fato que se repete no âmbito da Fundação desde longa data-ver Acórdão 2306/2009-Primeira Câmara).**

Para diminuição do elevado estoque de processos de transferências antigas no âmbito da Fundação, entende-se ainda que resta necessário o levantamento de todas as transferências cujas obras já foram iniciadas mas que possuem parcelas de repasses financeiros a receber pendentes do adimplemento de requisitos técnicos e documentais, bem como a adoção de medidas que visem à conclusão ou cancelamento dessas transferências.

[...]

A principal conclusão do trabalho desenvolvido é que a Funasa não tem desempenhado a contento sua missão institucional, em decorrência de fatores internos e externos que impedem a eficácia e efetividade de suas ações e proporcionam ambiente de risco para a ocorrência de toda a sorte de malversação de recursos públicos.

A seguir, são descritos alguns exemplos encontrados no trabalho que levaram a esta conclusão.

Alto volume de recursos inscritos em restos a pagar por diversos anos, decorrente da sistemática de empenhar os recursos da transferência sem que a obra esteja em condições de efetivamente ser licitada e iniciada e também em consequência da letargia dos convenientes em solucionar as pendências que impedem o início da obra, combinado com a inação da Funasa no sentido de estabelecer prazo limite para atendimento das pendências, cancelando a transferência após este prazo (capítulo 3).

Voto do Ministro Relator

[...]

Julgo pertinentes as propostas de determinações e recomendações feitas pela unidade técnica relativas à adoção de procedimentos para garantir publicidade e transparência dos recursos objeto de transferências; instituição de controle nacional das prestações de contas e tomadas de contas especiais instauradas e a instaurar nas superintendências estaduais da entidade; adoção de canais de comunicação e suporte entre as unidades da Funasa envolvidas em transferências e entre essas unidades e os convenientes; **adoção de medidas para melhoria da gestão orçamentária e financeira dos recursos de transferências;** instituição de procedimentos e ações de capacitação relacionados à

fiscalização das licitações realizadas pelos convenientes; e fortalecimento da atuação e autonomia da auditoria interna da Funasa na fiscalização de recursos transferidos.

[...]

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de levantamentos para conhecimento da estrutura da Fundação Nacional de Saúde e dos fatores limitantes à sua atuação na consecução de obras de saneamento; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 e no art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU, e ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2. determinar à Fundação Nacional de Saúde que:

9.2.1. cancele transferências e respectivos restos a pagar não processados inscritos nos exercícios de 2007 a 2009, relativas a objeto cuja execução física ainda não tenha sido iniciada, conforme art. 68 do Decreto nº 93.872/86 e Parecer 898/PGF/PFE/FUNASA sobre o Decreto nº 7.418/2011;”

25 Nesse sentido, há que se frisar que a ausência de restrição temporal para a validade dos restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente, abrangidos pelo disposto no art. 1º do Decreto 7.418/2010 e no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, não justifica a prorrogação perene dos instrumentos que amparam a sua manutenção, posto que, além de não existir respaldo legal para a celebração de tais avenças com prazo de vigência indeterminado, constitui-se em poder-dever do administrador público providenciar a extinção dos ajustes em relação aos quais não se vislumbra qualquer possibilidade de que o objeto pactuado venha a ser, de fato, executado.

II - CONCLUSÃO

26 Diante do exposto, tem-se que:

- a) os restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente tem validade até 30 de junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição, conforme regra geral insculpida no art. 68, §2º, do Decreto nº 93.872/1986, ressalvadas as hipóteses elencadas no parágrafo 3º do mesmo dispositivo;

- b) os restos a pagar não processados e não liquidados dos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, relativos às despesas do Ministério da Saúde e do Programa de Aceleração do Crescimento permanecem válidos, tendo em vista o previsto no art. 1º do Decreto nº 7.418/2010, não se lhes aplicando qualquer disposição do Decreto nº 7.468/2011;
- c) nas despesas relativas ao Ministério da Saúde, de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.418/2010, incluem-se aquelas realizadas por todas as unidades orçamentárias que compõem o referido órgão orçamentário;
- d) aos restos a pagar não processados e não liquidados do exercício financeiro de 2010 aplica-se a exceção prevista no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, haja vista o quanto consignado no art. 3º do Decreto nº 7.654/2011;
- e) a despeito de não existir restrição temporal à validade dos restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente abrangidos pelo disposto no art. 1º do Decreto 7.418/2010 e no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, deve-se observar se persiste uma das situações elencadas no item 3.2 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, e, em caso negativo, proceder-se ao cancelamento da respectiva inscrição, a fim de evitar o comprometimento da dotação orçamentária para projetos que sejam mais viáveis tecnicamente; e
- F) a ausência de restrição temporal para a validade dos restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente abrangidos pelo disposto no art. 1º do Decreto 7.418/2010 e no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986 não justifica a prorrogação perene dos instrumentos que amparam a sua manutenção.

À consideração superior,

Brasília-DF, 06 de junho de 2013.

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitaó
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 09 de junho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 08_/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 1º de julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 36/2013:

I - Os restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente tem validade até 30 de junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição, conforme regra geral insculpida no art. 68, §2º, do Decreto nº 93.872/1986, ressalvadas as hipóteses elencadas no parágrafo 3º do mesmo dispositivo.

II - Os restos a pagar não processados e não liquidados dos exercícios financeiros de 2007, 2008 e 2009, relativos às despesas do Ministério da Saúde e do Programa de Aceleração do Crescimento permanecem válidos, tendo em vista o previsto no art. 1º do Decreto nº 7.418/2010, não se lhes aplicando qualquer disposição do Decreto nº 7.468/2011.

III - Nas despesas relativas ao Ministério da Saúde, de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.418/2010, incluem-se aquelas realizadas por todas as unidades orçamentárias que compõem o referido órgão orçamentário.

IV - Aos restos a pagar não processados e não liquidados do exercício financeiro de 2010 aplica-se a exceção prevista no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, haja vista o quanto consignado no art. 3º do Decreto nº 7.654/2011.

V - A despeito de não existir restrição temporal à validade dos restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente abrangidos pelo disposto no art. 1º do Decreto 7.418/2010 e no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, deve-se observar se persiste uma das situações elencadas no item 3.2 do Capítulo 020000, da Seção 020300, do Assunto 020317, do Manual SIAFI, e, em caso negativo, proceder-se ao cancelamento da respectiva inscrição, a fim de evitar o comprometimento da dotação orçamentária para projetos que sejam mais viáveis tecnicamente.

VI - A ausência de restrição temporal para a validade dos restos a pagar inscritos na condição de não processados e não liquidados posteriormente, abrangidos pelo disposto no art. 1º do Decreto 7.418/2010 e no art. 68, §3º, do Decreto nº 93.872/1986, não justifica a prorrogação perene dos instrumentos que amparam a sua manutenção.



TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DA
CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS INSTITUÍDA
COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE
FEVEREIRO DE 2013

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

PARECER Nº 09 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: Descentralização externa de créditos orçamentários. Termo de Cooperação. Instrumento que requer prévia manifestação dos respectivos órgãos jurídicos dos partícipes. Necessidade de demonstração de interesse recíproco e adequada instrução dos autos. As exigências estabelecidas pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 para celebração de convênios aplicam-se, no que couber, aos termos de cooperação. Possibilidade de celebração quando se tratar de ajuste entre órgãos da Administração Direta, com entidades públicas legalmente incumbidas do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal ou, ainda, entre órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta e vice-versa, desde que com vistas à execução de ações que estejam na área de competência daqueles e, ao mesmo tempo, representem forma de dar cumprimento à missão institucional destas.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 o conceito de termo de cooperação, os requisitos para a sua celebração, bem como outras questões a ele inerentes.

4 É o relatório.

I – FUNDAMENTAÇÃO

DO TERMO DE COOPERAÇÃO

5 O termo de cooperação, na atual dicção do art. 1º, §1º, III, do Decreto nº 6.170/2007 e do art. 1º, §2º, XXIV, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, constitui-se no instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da Administração Pública Federal direta, autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal, ou seja, no instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização externa de créditos orçamentários.

6 É importante ressaltar, contudo, que nem sempre o termo de cooperação foi o instrumento utilizado para ajustar-se a descentralização externa de créditos orçamentários, conforme se verificava no art. 5º do Decreto nº 825/1993:

Art. 5º **A descentralização de crédito** de um órgão/ministério para entidades da administração indireta ou entre estas **dependerá de celebração de convênio ou termo similar**, disciplinando a consecução do objeto colimado e as relações e obrigações das partes. (grifou-se)

7 A Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional também trazia disposições no mesmo sentido, valendo destacar o quanto disciplinado em seu art. 12, *in verbis*:

Art. 12. **Nos convênios em que os partícipes sejam integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social**, a participação financeira se processará mediante a **prévia descentralização dos créditos orçamentários**, segundo a natureza das despesas que devem ser efetuadas pelo conveniente, mantida a Unidade Orçamentária e a classificação funcional programática, respeitando-se integralmente os objetivos preconizados no orçamento.

8 A mudança no entendimento de qual deveria ser o instrumento celebrado para a efetivação do destaque orçamentário iniciou-se com a edição da Súmula nº 04/2004 da então Coordenação-Geral de Normas e Avaliação da Execução da Despesa da Secretaria do Tesouro Nacional (CONED/STN), na qual se consignou que:

“3. A transferência de recursos, no caso, pode ser feita independentemente de convênio. Nada impede, todavia, que seja editada Portaria ou mesmo firmado um protocolo de ação (um convênio simplificado) com objetivo de controle das informações gerenciais sobre o andamento do projeto/ação, por parte do descentralizador (acompanhamento de cronograma de execução, controle de qualidade, etc).” (grifou-se)

9 Posteriormente, foi editado o Decreto nº 6.170/2007 que, ao dispor sobre as normas relativas às transferências de recursos da União, afastou a possibilidade de celebração de convênios entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal¹ e criou a figura do termo de cooperação, definindo-o, à época, como uma **“modalidade de descentralização de crédito entre órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta**, para executar programa de governo, envolvendo projeto, atividade, aquisição de bens ou evento, **mediante portaria interministerial e sem a necessidade de exigência de contrapartida”**² (grifou-se).

1 Art. 1º [...]

§ 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;

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

[...]

III - entre órgãos e entidades da administração pública federal, caso em que deverá ser observado o art. 1º, § 1º, inciso III;

2 Redação original do inciso III do parágrafo 1º do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007.

10 Vê-se que ao ser tratado como “modalidade de descentralização de crédito” o termo de cooperação ainda não tinha sido alçado à estatura de instrumento jurídico, tendo tal dispositivo somente incorporado à legislação infraconstitucional o posicionamento firmado na já citada Súmula nº 04/2004 da CONED/STN, que permitia a descentralização de créditos mediante a expedição de simples portarias, sem a formalização de qualquer instrumento jurídico, fato repudiado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em diversas oportunidades, a exemplo da ocasião em que proferido o Acórdão nº 1771/2009 pelo Plenário.

11 Apenas com o advento do Decreto nº 6.619/2008, que alterou a redação de vários dispositivos do Decreto nº 6.170/2007 e revogou o art. 5º do Decreto nº 825/2003, é que o termo de cooperação passou a configurar-se como instrumento jurídico e, por conseguinte, exigir prévia manifestação dos órgãos jurídicos junto às entidades e/ou órgãos envolvidos, conforme previsto no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993³ c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002⁴, no parágrafo único do art. 38⁵ c/c o *caput* do art. 116⁶, ambos da Lei nº 8.666/1993, e no *caput* do art. 1º c/c art. 31, ambos da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, cuja redação foi integralmente mantida na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, em seus arts. 1º, *caput*⁷, e 44⁸.

3 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:

[...]

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;

4 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.

5 Art. 38 [...]

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.

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.

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.

8 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.

12 Frise-se, por oportuno, que, em virtude de algum lapso no momento de edição do aludido Decreto nº 6.619/2008, não foram expressamente revogados dispositivos como o art. 18 do Decreto nº 825/1993⁹ e a parte final do inciso IV do parágrafo 1º¹⁰ e do parágrafo 3º¹¹, ambos do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007, que contêm regramentos que não são mais compatíveis com a atual definição de convênio, que pode ser extraída também do *caput* do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece que “**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.”.

13 Em relação ao parágrafo 3º do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007, insta sublinhar, ainda, que sua redação é idêntica a do já revogado parágrafo único do art. 49 do Decreto nº 93.872/1986, o que reforça o posicionamento de que a disciplina ali contida reflete contexto legislativo ultrapassado, admitindo a celebração de convênios, ao invés de termos de cooperação, para a execução de programas a cargo de entidades da Administração Indireta por órgãos da Administração Direta.

14 Entende-se, portanto, que, a despeito da falta de revogação expressa dos dispositivos acima mencionados, incide na hipótese o previsto no parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prescreve que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível.

15 Da retrospectiva acima, chega-se a uma primeira conclusão, qual seja: a de que o termo de cooperação é o **único** instrumento jurídico hábil para a formalização da descentralização externa de créditos orçamentários, prevista no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº

9 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.

10 Art. 1º [...]

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

[...]

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;

11 Art. 1º [...]

§ 3º 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.

825/1993¹², e que, em decorrência de sua natureza e das obrigações que dele irão advir para as entidades e/ou órgãos da Administração Pública Federal envolvidos, deve **necessariamente** ser submetido à prévia análise do respectivo órgão de assessoramento jurídico.

16 Nesse ponto, destaca-se que, em 07 de novembro de 2012, foi expedida, em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria-Geral da União, a Portaria nº 08/2012, por meio da qual foi aprovada a minuta-padrão de termo de cooperação para descentralização de crédito, a fim de orientar os órgãos e as entidades envolvidas na celebração deste instrumento e na realização da descentralização de créditos.

17 Foi consignado, ainda, no preâmbulo daquele ato normativo, que “a existência de um instrumento de Termo de Cooperação para Descentralização de Crédito padronizado e simplificado, adotado institucionalmente, dispensa nova análise jurídica pelos diversos órgãos jurídicos das unidades descentralizadoras e descentralizadas, gerando economia processual e agilidade na sua utilização”.

18 Com efeito, a partir da edição da aludida Portaria Conjunta MP/MF/CGU nº 08/2012, a **análise jurídica da minuta do termo de cooperação tornou-se dispensável**, posto que padronizada, **permanecendo, no entanto, a necessidade de apreciação da viabilidade jurídica da celebração do instrumento.**

19 Trata-se de situação que se assemelha, guardadas as devidas proporções, aos casos em que são aprovadas pelos órgãos jurídicos, no âmbito das entidades em que atuam, minutas-padrão de contrato, convênio ou outros instrumentos congêneres, a fim de que não seja necessário analisar o instrumento em cada processo que lhe for submetido, o que conduz à otimização do trabalho, como bem anotado nas considerações feitas no Manual de Boas Práticas Consultivas acerca do Enunciado nº 06¹³.

12 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.

13 “a) Enunciado

Os procedimentos licitatórios e contratuais em descompasso com a legislação vigente.

Iniciativas de mesma relevância vêm sendo adotadas por Órgãos de Execução Consultivos, a exemplo das Consultorias Jurídicas

da União nos Estados de São Paulo, de Minas Gerais, da Bahia, do Rio Grande do Sul e de Pernambuco.

20 Contudo, mesmo na hipótese mencionada no parágrafo anterior, o gestor **não** fica dispensado de remeter os autos para análise jurídica, tendo em vista o disciplinado nos já aludidos art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002, no parágrafo único do art. 38 c/c o *caput* do art. 116, ambos da Lei nº 8.666/1993, e no *caput* do art. 1º c/c o art. 44 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011.

21 Ademais, pesa o fato de que a minuta-padrão ali aprovada **constitui-se em mera réplica** do modelo para suporte documental de descentralização de crédito externa (destaque) proposto no anexo do COMUNICA SIASG nº 51.233, de 31 de dezembro de 2008, **cuja utilização já era obrigatória desde então**, conforme se constata abaixo:

“A descentralização de créditos orçamentários entre unidades gestoras de um mesmo órgão ou entidade da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou entidades dos orçamentos fiscal e da seguridade social, definida pelo Decreto nº 825, de 25 de maio de 1993 como Descentralização Interna, também conhecida como “Provisão”, será efetuada no SIAFI por meio do Documento Hábil NC – Nota de Movimentação de Créditos, devendo a Unidade Repassadora informar no campo observação no mínimo: o objeto, finalidade e a justificativa.

A descentralização de créditos orçamentários entre unidades gestoras de órgãos ou entidades de estruturas diferentes da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou entidades dos orçamentos fiscal e da seguridade social, definida pelo Decreto nº 825, de 28 de maio de 1993 como Descentralização Externa, também conhecida como “Destaque”, será efetuada no SIAFI por meio do Documento Hábil NC – Nota de Movimentação de Créditos, acompanhada de uma Documentação de Suporte para a operação, que, além de outras, deverá conter o modelo anexo proposto. Serão feitas gestões no âmbito da Secretaria do Tesouro Nacional e junto ao SERPRO para desenvolvimento e disponibilização no SIAFI de um novo Documento Hábil para registro e controle desta operação de Descentralização Externa.

MODELO PARA SUPORTE DOCUMENTAL DE DESCENTRALIZAÇÃO DE CRÉDITO EXTERNA (DESTAQUE)

I – Identificação: (Título/Objeto)

A propósito, é sempre bom recordar métodos adicionais de dinamização e parametrização do serviço consultivo em licitações e

contratos, como a vinculação a modelos previamente adotados, cujas alterações pelos Entes/Órgãos Assessorados devem ser destacados, individualmente, visando a sua análise pelo Órgão Consultivo.

Ademais, a Lei nº 12.462, de 05/08/2011 (art. 4º), que trata do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), prestigia a padronização de minutas de editais.”

- II – UG/Gestão ;Repassadora e UG/Gestão Recebedora
- III – Justificativa: (Motivação/Clientela/Cronograma físico)
- IV – Relação entres as Partes: (Descrição e Prestação de Contas das Atividades)
- V – Previsão Orçamentária: (Detalhamento Orçamentário com Previsão de Desembolso)
- VI – Data e Assinatura”

22 De tal sorte, além da alteração da denominação de “modelo para suporte documental de descentralização de crédito externa (destaque)” para “minuta-padrão de termo de cooperação para descentralização de crédito”, **não** houve qualquer modificação relevante no cenário jurídico que possa conduzir ao entendimento de que a análise jurídica seria prescindível a partir da edição da Portaria Conjunta MP/MF/CGU nº 08/2012.

23 Anote-se que a ausência de ressalva expressa quanto à manutenção da obrigatoriedade de submissão do instrumento de termo de cooperação para manifestação jurídica acerca da viabilidade de sua celebração não representa óbice para que assim se proceda, haja vista o arcabouço legal já referido nos parágrafos 11 e 20 deste parecer, que orientam nessa diretriz.

24 Acresça-se, finalmente, que eventual alegação no sentido de que, por ser a descentralização de crédito questão de natureza estritamente orçamentária, não caberia qualquer análise jurídica do respectivo termo de cooperação deve ser afastada nos termos do esclarecimento contido no próprio Portal dos Convênios do Governo Federal, em que se assevera que **o destaque orçamentário viabilizado por meio do termo de cooperação é um ato de gestão de execução orçamentária, o que não impede, contudo, que gere consequências na esfera jurídica**¹⁴, estando também aí justificada a atuação dos respectivos órgãos de assessoramento jurídico.

DOS REQUISITOS PARA A DESCENTRALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

25 Embora alguns dispositivos previstos no Decreto nº 6.170/2007 e na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 não pareçam se aplicar aos termos de cooperação, que é inegavelmente instrumento

14 Vide resposta à pergunta nº 03 do link “Perguntas Frequentes”, disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/tutoriais/FAQ-Termo_de_Cooperacao_29jun10.pdf>.

congêneres dos convênios, a sua celebração deve ser precedida de adequada instrução dos autos.

26 Desse modo, visando melhor nortear a celebração de termos de cooperação, entende-se recomendável seguir, como importante precedente, as diretrizes constantes no já mencionado Acórdão nº 1771/2009 do Plenário do TCU, em que assentada a aplicabilidade aos termos de cooperação dos seguintes regramentos dispostos na então Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 (revogada pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011):

a) necessidade de apresentação de termo de referência pelo órgão ou entidade receptor do recurso (consoante art. 1º, § 1º, XX, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008, que corresponde ao art. 1º, § 2º, XXVI¹⁵, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011), **o qual deverá conter orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto;**

b) observância da Lei Federal de Licitações e Contratos, quando da contratação de terceiros pelo órgão ou entidade receptor do recurso (art. 49 da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 127/2008, que corresponde ao art. 62¹⁶ e 63¹⁷, da Portaria Interministerial CGU/MPOG/MF nº 507/2011); e

15 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:

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.

16 Art. 62. Os órgãos e entidades públicas que receberem recursos da União por meio dos instrumentos regulamentados por esta Portaria estão obrigados a observar as disposições contidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e demais normas federais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros.

§ 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o uso da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo utilizada preferencialmente a sua forma eletrônica.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente do conveniente.

§ 3º As atas e as informações sobre os participantes e respectivas propostas das licitações, bem como as informações referentes às dispensas e inexigibilidades, deverão ser registradas no SICONV.

17 O art. 63 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 não tem dispositivo correspondente na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, mas pelos mesmos fundamentos de aplicação do art.

c) **necessidade de apresentação de prestação de contas pelo órgão ou entidade recebedor do recurso** (arts. 56 a 58 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, que correspondem aos arts. 72 a 74, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011).

27 Vale ressaltar, no ponto, que entende-se que apenas os seguintes dispositivos da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 concernentes à prestação de contas são aplicáveis aos termos de cooperação:

Art. 72. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o seguinte:

I - o prazo para apresentação das prestações de contas será de até 60 (sessenta) dias após o encerramento da vigência ou a conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro; e

II - o prazo mencionado na alínea anterior constará no convênio.

§ 1º Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no convênio, o concedente estabelecerá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma da lei.

§ 2º Para os convênios em que não tenha havido qualquer execução física, nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência dos juros de mora.

[...]

Art. 73. Os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas nas aplicações financeiras realizadas, não utilizadas no objeto pactuado, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo estabelecido para a apresentação da prestação de contas.

[...]

Art. 74. A prestação de contas será composta, além dos documentos e informações apresentados pelo conveniente no SICONV, do seguinte:

I - Relatório de Cumprimento do Objeto;

II - Notas e comprovantes fiscais, quanto aos seguintes aspectos: data do documento, compatibilidade entre o emissor e os pagamentos

49 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 deve ser aplicado aos termos de cooperação. Prevê o art. 63 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 que:

Art. 63. Nos convênios celebrados pela União com Estados, Distrito Federal e municípios deverá ser previsto compromisso do conveniente de realizar processo seletivo para fins de escolha de entidade privada sem fins lucrativos, nos moldes dos arts. 8º e 9º desta Portaria, nos casos em que a execução do objeto, conforme prevista no plano de trabalho, envolver parceria.

registrados no SICONV, valor, aposição de dados do conveniente, programa e número do convênio;

III - Relatório de prestação de contas aprovado e registrado no SICONV pelo conveniente;

IV - declaração de realização dos objetivos a que se propunha o instrumento;

V - relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, quando for o caso;

VI - a relação de treinados ou capacitados, quando for o caso;

VII - a relação dos serviços prestados, quando for o caso;

VIII - comprovante de recolhimento do saldo de recursos, quando houver; e

IX - termo de compromisso por meio do qual o conveniente será obrigado a manter os documentos relacionados ao convênio, nos termos do § 3º do art. 3º desta Portaria.

§ 1º O concedente deverá registrar no SICONV o recebimento da prestação de contas.

§ 2º A análise da prestação de contas será feita no encerramento do convenio, cabendo este procedimento ao concedente com base na documentação registrada no SICONV, não se equiparando a auditoria contábil.¹⁸

28 Registre-se, por oportuno, que, embora tenham sido citados no referido Acórdão os dispositivos relativos à prestação de contas sem qualquer ressalva quanto àqueles que efetivamente seriam aplicáveis aos termos de cooperação, deverão ser considerados apenas aqueles compatíveis com a orientação constante no Portal de Convênios do Governo Federal, no sentido de que caberá ao órgão repassador do crédito orçamentário **exigir apenas a prestação de contas da execução física do objeto**¹⁹, o que não o exime de fiscalizar a sua execução nos termos do plano de trabalho aprovado²⁰.

29 Outra diretriz relevante, contida no Acórdão nº 1771/2009 do Plenário do TCU, se refere à **pertinência entre o objeto do termo de cooperação com a competência técnica e institucional do órgão ou entidade receptor do recurso**, devendo ser demonstrado que o referido órgão ou entidade tem condição de realizar diretamente as ações

18 Anote-se que caso o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal (Siconv) não comporte o registro de termo de cooperação, tal fato deverá ser expressamente consignado nos autos pela Administração.

19 Sugere-se que a obrigação de o órgão ou entidade receptora do recurso prestar contas à unidade descentralizadora da execução do objeto conste no item IV da minuta-padrão.

20 Vide respostas às perguntas nº 06 e 07 do link "Perguntas Frequentes", disponível em: https://www.convenios.gov.br/portal/tutoriais/FAQ-Termo_de_Cooperacao_29jun10.pdf.

previstas no Plano de Trabalho aprovado (salvo atividades acessórias que poderiam ser delegadas a terceiros).

30 Consoante se depreende da leitura de seu inteiro teor, aquela Corte de Contas entendeu indevida a rotina administrativa consistente na descentralização de créditos orçamentários entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal de forma demasiadamente simplificada. Nessa trilha, destacam-se trechos relevantes da análise técnica promovida pela 5ª Secretaria de Controle Externo - SECEX, que foram acolhidos pelo Pleno daquela Corte:

“I- Quanto à legalidade/legitimidade da pretensa descentralização de crédito mediante destaque orçamentário

[...]

Análise Técnica

39. Conforme pesquisa realizada por meio da internet utilizando-se o site de pesquisa google (fls. 173/178), constatou-se que **“muitos órgãos e entidades da administração pública, com base principalmente na Súmula da Coordenação Geral de Normas e Avaliação e Execução da Despesa - Coned nº 04/2004/STN/MF e Nota nº 301/2005/STN/Coned, efetivaram descentralizações de crédito mediante expedição de Portarias sem a formalização de convênio, acordo, ajuste ou instrumento congênere.**

40. **A prestação de contas, na maioria dos casos pesquisados (fls. 173/178), deveria integrar as contas globais anuais dos órgãos ou entidades beneficiadas e estar disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle interno e externo nos termos da legislação em vigor.**

41. **Entendemos que estes procedimentos orientados pela Coned/STN são suscetíveis a ocorrência de ilicitudes, pela simplicidade apresentada na transferência de recursos e pela pouca exigência e formalidade na apresentação da prestação de contas as quais não seguem qualquer padrão formal.** Tanto assim, que o Poder Executivo na perspectiva de estabelecer procedimentos mais propícios ao controle destas despesas e assim preencher as lacunas existentes, expediu o Decreto nº 6.170/2007 e a respectiva regulamentação com a Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº127/2008.

42. Ainda de acordo com o disposto nos artigos 56 a 58 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº127/2008, o órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida na referida portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação no prazo máximo de 30 dias do término da vigência do convênio ou do contrato ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior àquela

do encerramento da vigência. **A prestação de contas deverá conter todos os seguintes elementos dispostos no art. 58, ou seja:**

I - Relatório de Cumprimento do Objeto;

II - declaração de realização dos objetivos a que se propunha o instrumento;

III - relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, quando for o caso;

IV - a relação de treinados ou capacitados, quando for o caso;

V - a relação dos serviços prestados, quando for o caso;

VI - comprovante de recolhimento do saldo de recursos, quando houver; e

VII - termo de compromisso por meio do qual o conveniente ou contratado será obrigado a manter os documentos relacionados ao convênio ou contrato de repasse, nos termos do § 3º do art. 3º.

43. Desta maneira, **considerando os novos dispositivos estabelecidos, convém determinar ao Instituto que adote providências com vistas a ajustar suas normas que regulamentam a transferência de recursos a outras entidades, aos princípios estabelecidos pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, regulamentado pela Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008, de 29 de maio de 2008, bem como os demais normativos aplicáveis à espécie.**

44. Temos que atentar ainda, neste caso, o entendimento de que **a FUB (entidade recebedora dos créditos) não possui nas suas atribuições estatutárias qualquer ação condizente com o objeto da pretendida avença, não justificando, a nosso ver, a descentralização de crédito pretendida, conforme comentaremos em tópico próprio adiante.**

45. Inicialmente, quando das suas edições, o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008 conceituaram termo de cooperação, como modalidade ou instrumento de crédito entre órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, para executar programa de governo, envolvendo projeto, atividade, aquisição de bens ou evento, mediante Portaria ministerial e sem a necessidade de exigência de contrapartida.

46. Posteriormente, o Decreto nº 6.619, de 29 de outubro de 2008 e a Portaria Interministerial nº 342, de 05 de novembro de 2008, alteraram o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008 respectivamente, configurando se uma nova conceituação do termo de cooperação:

termo de cooperação - instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente;

47. Portanto, entendemos que, **relativamente à legalidade/ legitimidade da pretensão descentralização de crédito por “destaque orçamentário”, não existe óbice legal quanto à forma de transferência em si, no entanto, em observância aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, se torna necessário observar se o órgão recebedor teria condições de executar a ação governamental a ser descentralizada, o que não se constata neste caso**, conforme verificaremos mais adiante na análise da competência técnica e estatutária da FUB para a consecução do objeto.

48. Quanto à formalização desta pretensão transferência mediante assinatura do Protocolo de Ação, discernimos que este instrumento não possui previsão legal, e em especial, não consta dos dispositivos estabelecidos no Decreto nº 6.170/2007 e na Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº127/2008 que normatizam o assunto. De acordo com estas normas, podemos afirmar que, **atualmente, nos casos de descentralizações de crédito entre órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, deve-se celebrar o instrumento conceituado como “termo de cooperação”,** conforme se verifica no inciso III do art. 6º da citada Portaria Interministerial:

Art. 6º É vedada a celebração de convênios e contratos de repasse:

[...]

III - entre órgãos e entidades da Administração Pública federal, caso em que deverá ser firmado termo de cooperação;

49. Cabe relevaer que diante do estabelecido no inciso XX do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº127/2008, **o “termo de cooperação”, bem como o convênio e o contrato de repasse, deverão ser precedidos de “termo de referência”, o qual deverá conter orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto.**

[...]

II - Quanto à competência técnica e estatutária da FUB para a consecução do objeto

[...]

Análise Técnica

[...]

57. Não obstante a orientação constante da Súmula CONED nº 04/2004/STN quanto à possibilidade da descentralização de créditos orçamentários entre entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, **discernimos que devem ser respeitados integralmente os objetivos preconizados no orçamento conforme dispõe o art. 3º do Decreto nº 825/93, assim como, somente deveria ser efetivada a descentralização para entes que disponham**

de condições para consecução do objeto do programa de trabalho relativo à ação, assim como caracterizado o interesse recíproco estabelecido no art. 1º do Decreto n.º 6.170/2007.

58. Embora, neste caso, a descentralização tenha sido cancelada, entendemos que tal ato, se concretizado, iria se constituir em um mecanismo de mera intermediação para a contratação indevida da Funsauúde, por dispensa de licitação com base no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, **para a consecução de ações as quais não se coadunam com as atribuições da contratada.**

59. Na verdade, entendemos que o objeto da avença que foi anulada - no que se refere à tentativa de contratação da Funsauúde por dispensa de licitação embasada no art. 24, inciso XIII da Lei n.º 8.666/93 - é notoriamente passível de licitação. **Tal contratação não encontraria respaldo legal, inclusive diversas vezes condenado por esta Corte (Acórdãos 1516/2005, 1945/2006 e 984/2008 do Plenário, Acórdãos 160/2008 e 5706/2008 da Segunda Câmara), que a considera, em vários casos, como uma forma de fuga ao processo licitatório.**

60. De acordo com o verificado na instrução da 6ª Secex (fls. 3 a 21), bem como vários julgados desta Corte (Acórdãos 1934/2004, 1026/2007 e 2391/2008 do Plenário e Acórdão 5706/2008 da Segunda Câmara), era praxe da Universidade de Brasília intermediar recursos públicos para financiar suas fundações de apoio. Naquela oportunidade, a referida Secretaria concluiu da seguinte forma quanto a atuação da Funsauúde no processo de descentralização: **“apresenta basicamente mera condição de intermediária, uma vez que 77% do valor da contratação será alocado em contrapartida da rubrica “Outros Serviços de Terceiros pessoa Jurídica, conforme as rubricas e respectivos custeio constantes do Plano de aplicação relativo a avença”.**

61. **Configurava-se, na pretendida descentralização de créditos, a necessidade de enorme atuação de empresas privadas na consecução do objeto em detrimento às qualidades institucionais evocadas pela FUB para justificar sua parceria, pois apenas 2% do valor da contratação estaria alocado para despesa com pesquisador, conforme registrado no item 22 da instrução da 6ª Secex às fl. 7.**

62. **O mais correto neste caso, no nosso entendimento, seria a execução direta do programa pelo próprio Embratur, ou caso fosse inviável, mediante contratação de empresas especializadas em campanhas publicitárias e organização de eventos ao crivo da Lei de Licitações.**

63. Dessa forma, objetivando prevenir quanto à reincidência de idênticas falhas em futuras avenças a serem firmadas pelo Instituto, deve este Tribunal determinar ao Embratur que **analise, previamente, na**

hipótese de descentralização de créditos, se a entidade a ser beneficiada tem, nas suas atribuições estatutárias ou regimentais, compatibilidade com o objeto pretendido na avença ou com os programas e/ou ações do Instituto, de modo a evitar transferência de crédito como a pretendida na Nota de Crédito 2007NC000015, de 26/12/2007, em observância aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (grifou-se)

31 Com fulcro nessa análise técnica, acordaram os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

“9.2. determinar ao Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) que:
9.2.1. adote providências com vistas a **ajustar suas normas internas relativas à transferência de recursos a outras entidades, aos dispositivos estabelecidos no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, regulamentado pela Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008, de 29 de maio de 2008, bem como às demais normas administrativas;**
9.2.2. avalie, previamente, na hipótese de descentralização de créditos, se a entidade a ser beneficiada tem, nas suas atribuições estatutárias ou regimentais, compatibilidade com o objeto pretendido, de modo a evitar transferência de crédito como a pretendida na Nota de Crédito 2007NC000015, emitida pela Embratur em 26/12/2007, **em observância aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência;**” (grifou-se)

32 Registre-se que naquela decisão, o Plenário do TCU entendeu por bem afastar a suposta irregularidade apontada pela 5ª SECEX no tocante à impossibilidade de descentralização de programa de governo a cargo da entidade mediante termo de cooperação, pelos seguintes fundamentos contidos no voto do Relator:

“A exemplo do voto que fundamentou o Acórdão nº 980/2009 - proferido por mim, no TC 009.745/2007-9, que tratou de denúncia a respeito de supostas irregularidades em convênios celebrados pelo Ministério do Turismo - o objeto do protocolo de ação que o Embratur pretendia firmar poderia, perfeitamente, ser objeto de convênio, contrato de repasse ou termo de cooperação, consoante a previsão contido no art. 1º do Decreto nº 6.170/2007, desde que observadas as demais regras que norteiam à Administração Pública.

No voto acima mencionado, manifestei-me nos seguintes termos:

“De início, **não pode haver óbice à celebração de convênios cujo objeto consista na execução das atividades finalísticas do concedente.**

Ora, os convênios destinam-se justamente à descentralização do programa de governo a cargo do órgão conveniente, visando à melhor gestão, a teor da legislação que trata da matéria, a exemplo do disposto no art. 1º da IN-STN 01/97.”

Por esse motivo, deixo de acolher a determinação proposta no inciso II, item 3, da conclusão da unidade instrutiva.

Sendo assim, anuindo às demais propostas da 5ª Secex, cujas respectivas análises incorporo às minhas razões de decidir, VOTO no sentido de que o Tribunal acolha o Acórdão que ora submeto a este Plenário.” (grifou-se)

33 Frise-se que **tal entendimento não exclui a necessidade, apontada mais acima, no sentido de que o órgão ou a entidade pública federal recebedora do crédito descentralizado tenha capacidade para executar diretamente o objeto previsto no termo de cooperação.**

34 Em complemento às orientações contidas no Acórdão nº 1771/2009 – Plenário TCU, ressaltam-se, ainda, as diretrizes fixadas no Acórdão nº 3.665/2010, proferido pela 2ª Câmara do TCU, assim ementado:

“Assuntos: DESCENTRALIZAÇÃO DE CRÉDITO e TERMO DE COOPERAÇÃO. DOU de 19.07.2010, S. 1, p. 116. Ementa: recomendação ao FNDE para que:

a) **abstenha-se de realizar descentralização de créditos orçamentários nos casos em que o órgão/entidade recebedor do destaque não seja o responsável pela execução direta do objeto pactuado, ressalvado apenas o repasse para terceiros de atividades acessórias à realização daquelas acordadas;**

b) estabeleça, no instrumento utilizado para a descentralização de créditos, as ações que serão executadas pelo ente recebedor dos recursos, bem como as metas a serem atingidas e as condições de execução das atividades;

c) fixe o valor a ser repassado por meio de descentralização de créditos orçamentários a partir de análise de custos, de maneira que o montante envolvido na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo o repasse de créditos insuficientes para a sua conclusão nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado, de forma análoga ao que prevê o §1º do art. 35 da Lei nº 10.180/2001, ao dispor sobre a celebração de compromissos que envolvam transferências de recursos financeiros entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública” (itens 1.6.1 a 1.6.3, TC-019.721/2008-9, Acórdão nº 3.665/2010-2ª Câmara). (grifou-se)

35 Consta, pois, no Acórdão nº 3.665/2010, proferido pela 2ª Câmara do TCU, **a necessidade de análise dos custos referentes ao repasse**, que devem ser compatíveis com o seu objeto, *“não permitindo o repasse de créditos insuficientes para a sua conclusão nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado”*, consoante aplicação analógica do disposto no art. 35, §1º, da Lei nº 10.180/2001, *in verbis*:

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 recebedores 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.** (grifou-se)

36 Portal de Convênios do Governo Federal indica também, no *link* Perguntas Frequentes, relativas aos termos de cooperação, que:

- a) **o termo de cooperação deve conter o mínimo possível de cláusulas que definam as obrigações de cada partícipe²¹;**
- b) **o plano de trabalho é necessário para definir o que será executado e os elementos de despesas a serem detalhadas na NC - Nota de Movimentação de Créditos;²²**
- c) **a execução de qualquer obra ou aquisição de equipamentos obrigatoriamente deve estar prevista no plano de trabalho²³;**

²¹ Sugere-se a inserção dessas cláusulas no item IV da minuta-padrão.

²² O objeto deve ser identificado no item I da minuta-padrão e os elementos da despesa em seu item V.

²³ O cronograma físico constante do plano de trabalho deve ser descrito no item III da minuta-padrão. Cumpre destacar também que deve constar do plano de trabalho a definição, se for o caso, do direito de propriedade dos bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do instrumento, que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitado o disposto na legislação pertinente, bem como outros requisitos estabelecidos na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 aplicáveis ao caso concreto.

- d) **é de responsabilidade do órgão ou entidade recebedora do recurso de efetuar a prestação de constas financeira aos órgãos de controle ao final do exercício²⁴;**
- e) **as empresas públicas federais que executam atividades de agente financeiro governamental e que não integram o orçamento fiscal e da seguridade social apenas poderão receber créditos em descentralização para viabilizar a consecução de objetivos previstos na lei orçamentária anual²⁵; e**
- f) **a regularidade fiscal não é requisito para a celebração do termo de cooperação ou para a liberação de seus recursos.**

37 Igualmente, cumpre frisar o quanto consignado na Mensagem SIAFI nº 2012/1881011²⁶, emitida, em 05 de dezembro de 2012, no intuito de esclarecer os procedimentos que deveriam ser adotados em relação aos termos de cooperação, a saber:

- a) **não há necessidade de publicação do instrumento no Diário Oficial da União, devendo a unidade responsável pela descentralização externa disponibilizar, em seu sítio oficial, o respectivo termo de cooperação celebrado e arquivar o documento físico com a movimentação do dia;**
- b) **os responsáveis pela unidade descentralizadora e descentralizada, constantes da minuta-padrão, deverão ser os subsecretários de planejamento, orçamento e de administração ou cargos equivalentes no âmbito da Administração Pública Federal;**
- c) **os recursos descentralizados que não sejam integralmente empenhados pela unidade descentralizada deverão ser devolvidos à unidade descentralizadora ao final do exercício, com as devidas justificativas para tanto²⁷;**

²⁴ Essa obrigação deve constar no item IV da minuta-padrão.

²⁵ Idêntica disciplina consta do art. 4º do Decreto nº 825/1993.

²⁶ Considerando o entendimento firmado no primeiro tópico deste parecer, no sentido de que é imprescindível a prévia análise da viabilidade jurídica da celebração dos termos de cooperação pelos órgãos assessoramento jurídico, deixou-se de listar aqui a recomendação contida nesta Mensagem SIAFI acerca da desnecessidade de encaminhamento do termo de cooperação aos órgãos jurídicos dos órgãos e/ou entidades envolvidos na descentralização de créditos.

²⁷ Sugere-se que essa obrigação de devolução dos recursos que não forem empregados na execução do objeto seja incluída no item IV da minuta-padrão.

- d) **os recursos descentralizados poderão ser inscritos em restos a pagar**, desde que respeitadas as normas de encerramento do exercício vigente;
- e) **o prazo de vigência do termo de cooperação está adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários que originaram a descentralização**, podendo ultrapassar o exercício financeiro desde que os valores descentralizados sejam inscritos em restos a pagar ou sejam provenientes da reabertura de créditos especiais ou extraordinários; e
- f) **a informação do cronograma físico** que constará do campo justificativa no termo de cooperação **deverá evidenciar a programação do que se pretende alcançar fisicamente com os valores descentralizados e estar coerente com a meta física da ação orçamentária, objeto do destaque, e o seu respectivo produto da lei orçamentária anual.**

38 Convém registrar, ainda, que a manifestação jurídico-formal acerca da viabilidade da celebração do termo de cooperação também pressupõe uma análise técnica consistente, referente às razões de sua propositura, de seus objetivos e de sua adequação à missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, além da pertinência das suas obrigações.

39 Esta análise técnica prévia se justifica na medida em que não cabe aos órgãos da Advocacia-Geral da União, no âmbito da atividade de assessoramento jurídico, uma análise de mérito sobre o seu conteúdo.

40 De tal sorte, **os autos devem ser instruídos com um parecer de mérito que demonstre o interesse do órgão e/ou entidade envolvido na descentralização e o enquadramento do objeto no respectivo programa e ação orçamentários**, haja vista o previsto no art. 3º do Decreto nº 825/1993²⁸.

41 Outro ponto relevante se refere à **vedação**, contida no ordenamento jurídico pátrio, **quanto ao pagamento de verba a qualquer título a servidores públicos**, conforme disposto no art. 52, II, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011:

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

28 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.

II - pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, por serviços de consultoria ou assistência técnica, salvo nas hipóteses previstas em leis específicas e na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

42 Na mesma trilha, é o art. 18 da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2013 (Lei nº 12.708/2012), que estabelece, em seus incisos VIII, X e XI, a vedação de pagamento ou de concessão de benefícios a servidores públicos, ressalvadas as situações previstas em seus parágrafos:

Art. 18. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

[...]

VIII - pagamento, a qualquer título, a agente público da ativa por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados, à conta de quaisquer fontes de recursos;

[...]

X - pagamento de diárias e passagens a agente público da ativa **por intermédio de convênios ou instrumentos congêneres firmados com entidades de direito privado ou com órgãos ou entidades de direito público;**

XI - concessão, ainda que indireta, de qualquer benefício, vantagem ou parcela de natureza indenizatória a agentes públicos com a finalidade de atender despesas relacionadas a moradia, hospedagem, transporte ou atendimento de despesas com finalidade similar, seja sob a forma de auxílio, ajuda de custo ou qualquer outra denominação;

[...]

§ 1º Desde que o gasto seja discriminado em categoria de programação ou em natureza de despesa específica, excluem-se das vedações previstas:

[...]

VI - no inciso VIII do caput, o pagamento pela prestação de serviços técnicos profissionais especializados por tempo determinado, quando os contratados se encontrem submetidos a regime de trabalho que comporte o exercício de outra atividade e haja declaração do chefe imediato e do dirigente máximo do órgão de origem da inexistência de incompatibilidade de horários e de comprometimento das atividades atribuídas, desde que:

a) esteja previsto em legislação específica; ou

b) refira-se à realização de pesquisas e estudos de excelência:

[...]

2. realizados por professores universitários na situação prevista na alínea “b” do inciso XVI do art. 37 da Constituição, desde que os projetos de pesquisas e os estudos tenham sido devidamente aprovados pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade ao qual esteja vinculado o respectivo professor;

[...]

VIII - no inciso X do caput, o pagamento a militares, servidores e empregados:

a) pertencentes ao quadro de pessoal do conveniente;

[...]

c) em atividades de pesquisa científica e tecnológica;

IX - no inciso XI do caput, quando:

a) houver lei que discrimine o valor ou o critério para sua apuração;

b) em estrita necessidade de serviço, devidamente justificada; e

c) de natureza temporária, caracterizada pelo exercício de mandato ou pelo desempenho de ação específica.

[...]

§ 2º A contratação de serviços de consultoria, inclusive aquela realizada no âmbito de acordos de cooperação técnica com organismos e entidades internacionais, somente será autorizada para execução de atividades que, comprovadamente, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da administração pública federal, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, publicando-se no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, na qual constarão, necessariamente, a identificação do responsável pela execução do contrato, a descrição completa do objeto do contrato, o quantitativo médio de consultores, o custo total e a especificação dos serviços e o prazo de conclusão.

§ 3º A restrição prevista no inciso VIII do caput não se aplica ao servidor que se encontre em licença sem remuneração para tratar de interesse particular.

§ 4º O disposto nos incisos VIII e XII do caput aplica-se também aos pagamentos à conta de recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público.

DAS HIPÓTESES DE CELEBRAÇÃO DO TERMO DE COOPERAÇÃO

43 Por fim e não menos relevante, é a identificação das hipóteses em que a Administração pode se valer do termo de cooperação, referindo-se a primeira delas às situações em que o objeto do ajuste envolver órgãos da Administração Direta, a exemplo do que ocorre quando um Ministério deseja que a Imprensa Nacional preste serviços de publicação no Diário Oficial da União de atos oficiais e demais matérias de seu interesse.

44 Isso porque, conforme leciona o professor Marçal Justen Filho:

“Se houver execução direta do objeto pela própria Administração, não será necessária licitação. **Afinal, nem sequer existirá contrato – pois contrato é modalidade de ato jurídico bilateral (que exige participação de duas partes).** Não teria sentido determinar a desnecessidade de licitação para atividades realizadas no âmbito interno de cada pessoa integrante da Administração. **Em tais hipóteses, quem está desenvolvendo a atividade material e jurídica é a própria pessoa (por seus órgãos).**”²⁹ (grifou-se)

45 Ora, se não é juridicamente viável falar-se em contrato entre órgãos da Administração Direta, o único instrumento apto a permitir que os recursos necessários à execução do objeto sejam transferidos, de fato, é o termo de cooperação.

46 Já a segunda hipótese se verifica quando o objeto pretendido for executado por entidade legalmente incumbida do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal, posto que, a propósito dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.666/1993:

“o vínculo entre pessoa política e entidades administrativas sob seu controle, envolvendo exclusivamente objetos administrativos, não se caracteriza como um contrato administrativo propriamente dito. Ninguém afirmaria que o repasse de verbas da Administração direta para uma autarquia executar certa obra ou serviço caracterizaria um ‘contrato administrativo’. Assim, por exemplo, o Estado não ‘contrata’ o Departamento de Estradas de Rodagem estadual para construir ou manter rodovias. A variação da ‘forma’ da entidade não altera a natureza do vínculo. Ou seja, se a autarquia for transformada em empresa pública, nem por isso os vínculos com a Administração direta serão transformados em contratos. **A afirmativa vale se e enquanto a entidade não se dispuser a competir no mercado com os agentes econômicos.**

[...]

Usualmente, **esses contratos não são instrumento de satisfação de intuito lucrativo de qualquer das partes, ainda que possam gerar transferência de recursos econômicos de titularidade de uma parte para outra.** Rigorosamente, não existe comutatividade em tais contratos – entendida a expressão comutatividade para indicar a

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*/ Marçal Justen Filho. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 47.

correspondência entre as prestações realizadas reciprocamente entre as partes.”³⁰ (grifou-se)

47 De tal sorte, nas situações em que for constatada a existência de nexo efetivo entre a natureza da instituição e a atividade que realizará, será cabível a celebração de termo de cooperação, não se podendo deixar de ressaltar, por pertinente, a existência de autarquias federais e/ou de fundações autárquicas federais cujas **finalidades específicas estão ligadas ao desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública**, dentre as quais se pode destacar:

- a) o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que tem como finalidade definida no art. 190 do Decreto-Lei nº 200/1967 “auxiliar o Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento na elaboração e no acompanhamento da política econômica e promover atividade de pesquisa econômica aplicada nas áreas fiscal, financeira, externa e de desenvolvimento setorial”; e
- b) a Fundação Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, que tem como finalidade definida no art. 2º da Lei nº 8.140/1990 “promover, elaborar e executar os programas de capacitação de recursos humanos para a Administração Pública Federal, visando ao desenvolvimento e à aplicação de tecnologias de gestão que aumentem a eficácia e a qualidade permanente dos serviços prestados pelo Estado aos cidadãos”.

48 Frise-se que, apesar de ser possível a celebração de termos de cooperação com tais entidades, nada obsta que, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993³¹, sejam com elas celebrados “contratos”.

49 Saliente-se, contudo, que não há margem para a celebração de termos de cooperação quando se almeje a execução de obras, a aquisição de bens ou mesmo a prestação de serviços que não guardem compatibilidade com a missão institucional da entidade a quem se pretende transferir os recursos, isto é, quando não houver relação direta com as finalidades

30 Ibidem, p. 356-357 e 804.

31 Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

legais para as quais foi criada a entidade, sob pena de restar configurada ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal³² e, por conseguinte, à própria Lei nº 8.666/1993.

50 Assim, é possível a celebração de termo de cooperação quando se tratar de ajuste entre órgãos da Administração Direta, com entidades públicas legalmente incumbidas do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal ou, ainda, entre órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta e vice-versa, desde que com vistas à execução de ações que estejam na área de competência daqueles e, ao mesmo tempo, representem forma de dar cumprimento à missão institucional destas.

II - CONCLUSÃO

51 Diante do exposto, tem-se que:

- a) o destaque orçamentário viabilizado por meio de termo de cooperação é um ato de gestão de execução orçamentária, o que não impede, contudo, que gere consequências na esfera jurídica;
- b) o termo de cooperação é o **único** instrumento jurídico hábil para a formalização da descentralização externa de créditos orçamentários, prevista no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 825/1993, e, em decorrência de sua natureza e das obrigações que dele irão advir para as entidades e/ou órgãos envolvidos, deve **necessariamente** ser submetido à prévia análise do respectivo órgão de assessoramento jurídico;
- c) a celebração de termo de cooperação deve ser precedida de adequada instrução processual com, ao menos, plano de trabalho; termo de referência, contendo orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o

32 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

prazo para execução do objeto); análise técnica prévia e consistente, demonstrando a compatibilidade do objeto com a missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, bem como o seu enquadramento no respectivo programa e ação orçamentários dos quais decorrem os recursos que serão descentralizados; e demonstração da capacidade técnica do órgão ou entidade federal recebedora do recurso para a execução direta do objeto, ressalvadas as atividades acessórias que podem ser conferidas a terceiros desde que observada a Lei nº 8.666/1993 no momento da contratação;

- d) as exigências estabelecidas pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 para celebração de convênios aplicam-se, no que couber, aos termos de cooperação; e
- e) é possível a celebração de termo de cooperação quando se tratar de ajuste entre órgãos da Administração Direta, com entidades públicas legalmente incumbidas do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal ou, ainda, entre órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta e vice-versa, desde que com vistas à execução de ações que estejam na área de competência daqueles e, ao mesmo tempo, representem forma de dar cumprimento à missão institucional destas.

À consideração superior,

Brasília-DF, 08 de agosto de 2013.

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 06 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 09/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 06 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEP CONSU/PGF/AGU Nº 41/2013:

I - O destaque orçamentário viabilizado por meio de termo de cooperação é um ato de gestão de execução orçamentária, o que não impede, contudo, que gere consequências na esfera jurídica;

II - O termo de cooperação é o único instrumento jurídico hábil para a formalização da descentralização externa de créditos orçamentários, prevista no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 825/1993, e, em decorrência de sua natureza e das obrigações que dele irão advir para as entidades e/ou órgãos da Administração Pública Federal envolvidos, deve necessariamente ser submetido à prévia análise do respectivo órgão de assessoramento jurídico.

III - A celebração de termo de cooperação deve ser precedida de adequada instrução processual com, ao menos, plano de trabalho; termo de referência, contendo orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo para execução do objeto); análise técnica prévia e consistente, demonstrando a compatibilidade do objeto com a missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, bem como o seu enquadramento no respectivo programa e ação orçamentários dos quais decorrem os recursos que serão descentralizados; e demonstração da capacidade técnica do órgão ou entidade federal recebedora do recurso para a execução direta do

objeto, ressalvadas as atividades acessórias que podem ser conferidas a terceiros desde que observada a Lei nº 8.666/1993 no momento da contratação.

IV – As exigências estabelecidas pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 para celebração de convênios aplicam-se, no que couber, aos termos de cooperação.

V - É possível a celebração de termo de cooperação quando se tratar de ajuste entre órgãos da Administração Direta, com entidades públicas legalmente incumbidas do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal ou, ainda, entre órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta e vice versa, desde que com vistas à execução de ações que estejam na área de competência daqueles e, ao mesmo tempo, representem forma de dar cumprimento à missão institucional destas.

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

PARECER Nº 10/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente instituída com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA.

Associação de amigos de entidades públicas.

Natureza mista do ajuste. Aplicação do artigo 116 e parágrafos da lei 8.666/93. Princípios gerais do direito Administrativo e Estatuto dos Museus (Lei 11.904/2009).

Entre a associação de amigos e a entidade pública há uma relação colaborativa, pela qual a associação de amigos se dispõe a captar recursos em favor de projetos a serem executados no âmbito da entidade pública, situação que a aproximaria dos contratos de intermediação *sui generis*.

Assim, deve ser assinado instrumento de colaboração entre a entidade e a Associação de Amigos, que pode ser o contrato de intermediação *sui generis*, prevendo desde logo, os direitos e obrigações das partes.

Deve-se, com isso, aplicar o artigo 116 da lei 8.666/93, bem como os princípios gerais do Direito Administrativo e também a aplicação analógica do Estatuto dos Museus (Lei 11.904/2009), exceto em relação a possibilidade da Associação reservar até dez por cento da totalidade dos recursos por ela recebidos para a sua própria administração e manutenção, vez que tal reserva depende de previsão específica, a ser estabelecida legalmente.

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/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- 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.

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 Regula atualmente a presente iniciativa, agora denominada Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF, a Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel.

4 O presente parecer visa analisar a situação jurídica das denominadas Associações de Amigos de Entidades Públicas, por força de sugestão levantada no I Fórum de Procuradores Chefes – Área temática Cultura, de que fazem parte os Procuradores Chefes das seguintes entidades: Agência Nacional do Cinema – ANCINE, Fundação Biblioteca Nacional – FBN, Fundação Cultural Palmares – FCP, Fundação Casa de Rui Barbosa – FCRB, Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG, Fundação Nacional de Artes – FUNARTE, Fundação Joaquim Nabuco – FUNDAJ, Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Vale o registro, inclusive, de que a Consultoria Jurídica do Ministério da Cultura faz parte da reunião na qualidade de convidado.

5 O tema me foi distribuído justamente pelo fato de que naquela oportunidade participava da reunião na qualidade de Procurador-Chefe Substituto do Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM.

6 Na reunião acima indicada, houve consenso entre os participantes de que a temática relacionada à Associação de Amigos, na área da cultura, careceria de uma regulamentação uniforme junto

aquelas entidades, pois muito do que se relatou a época dizia respeito a iniciativas informais de regulamentação.

7 Também naquela oportunidade, foi mencionada a previsão legal expressa das Associações de Amigos no âmbito dos Museus, bem como Instrução Normativa editada pelo IBRAM, com vistas a regulamentar a situação.

8 Efetuada pesquisa na literatura administrativista, verificou-se a pequena preocupação dos autores em lidar com o tema. Dessa forma, até pelo limites do presente parecer, a linha que se desenvolverá será apenas de verificar a atual regulamentação pelo IBRAM e avaliar a eventual possibilidade de que outros entes na área de cultura sigam a regulamentação já existente no âmbito daquela entidade.

II – DA PREVISÃO LEGAL DAS ASSOCIAÇÕES DE AMIGOS NO ESTATUTO DOS MUSEUS – LEI 11.904/2009

9 O Estatuto dos Museus – Lei 11.904/2009 – assim regulamenta a associação de amigos:

Art. 48. Em consonância com o propósito de serviço à sociedade estabelecido nesta Lei, poderão ser promovidos **mecanismos de colaboração** com outras entidades.

Art. 49. As **atividades** decorrentes dos mecanismos previstos no art. 48 desta Lei serão **autorizadas e supervisionadas pela direção do museu**, que poderá suspendê-las caso seu desenvolvimento entre em conflito com o funcionamento normal do museu.

Art. 50. Serão entendidas como associações de amigos de museus as **sociedades civis, sem fins lucrativos, constituídas na forma da lei civil, que preencham, ao menos, os seguintes requisitos:**

I – constar em seu instrumento criador, como **finalidade exclusiva**, o apoio, **a manutenção e o incentivo às atividades dos museus** a que se refiram, especialmente aquelas destinadas ao público em geral;

II – **não restringir a adesão de novos membros**, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

III – **ser vedada a remuneração da diretoria**.

Parágrafo único. O **reconhecimento** da associação de amigos dos museus será realizado em **ficha cadastral elaborada pelo órgão mantenedor** ou entidade competente.

Art. 51. (VETADO)

Art. 52. As associações de amigos deverão **tornar públicos seus balanços periodicamente.**

Parágrafo único. As associações de amigos de museus deverão **permitir quaisquer verificações determinadas pelos órgãos de controle competentes**, prestando os esclarecimentos que lhes forem solicitados, além de serem **obrigadas a remeter-lhes anualmente cópias de balanços e dos relatórios do exercício social.**

Art. 53. As associações de amigos, no exercício de suas funções, **submeter-se-ão à aprovação prévia e expressa da instituição a que se vinculem, dos planos, dos projetos e das ações.**

Art. 54. As associações **poderão reservar até dez por cento da totalidade dos recursos por elas recebidos e gerados para a sua própria administração e manutenção**, sendo o restante revertido para a instituição museológica.

10 Pela legislação acima indicada, podem-se indicar as seguintes características gerais:

- a. A Associação de Amigos é uma espécie de associação civil, sem fins lucrativos, destinada exclusivamente a manter e incentivar a atividade do ente público;
- b. A relação entre a Associação e o ente público é de colaboração, sendo que, por captar recursos destinados às atividades dos entes públicos, a lei optou por estabelecer algumas restrições, como:
 - i. Prévio reconhecimento pela entidade pública.
 - ii. Prévia autorização e supervisão dos projetos, planos e ações a serem executadas.
 - iii. Publicação dos balancetes e submissão aos órgãos de controle.
 - iv. Possibilidade de previsão de reserva de até 10% dos valores recebidos e gerados, para a sua própria administração e manutenção.

III – DA INSTRUÇÃO NORMATIVA DO IBRAM

11 O IBRAM, ao regulamentar a lei 11.904/2009, editou a Instrução Normativa n.º 01 de 27 de outubro de 2011, nos seguintes termos:

INSTRUÇÃO NORMATIVA No- 1, DE 27 DE OUTUBRO DE 2011.

Dispõe sobre as relações entre os Museus que integram o Instituto Brasileiro de Museus- IBRAM e as Associações de Amigos de Museus. **O Presidente do Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM**, no uso das atribuições constantes do inciso IV do artigo 20 do Decreto no 6.845, de 7 de maio de 2009;

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 48 a 54 da Lei no 11.904, de 14 de janeiro de 2009, com relação ao estímulo à constituição de Associações de Amigos de Museus;

CONSIDERANDO a necessidade de definição de critérios que orientem as relações entre os Museus que integram o IBRAM e as Associações de Amigos de Museus, resolve:

Art. 1º. As entidades assim entendidas como Associações de Amigos dos Museus que integram o Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM ficam condicionadas ao **prévio reconhecimento, por ato administrativo** deste, conforme previsão do artigo 50, da Lei 11.904, de 14 de janeiro de 2009.

Art. 2º. O IBRAM adotará como **requisitos mínimos** para o reconhecimento de Associações de Amigos de Museus:

I - ser sociedade civil, sem fins lucrativos, constituída na forma da lei civil;
II - constar em seu instrumento de criação ou constituição, como finalidade exclusiva, o apoio, a manutenção e o incentivo às atividades dos museus a que se refiram, especialmente aquelas destinadas ao público em geral;

III - não haver restrição à adesão de novos membros, pessoas físicas ou jurídicas;

V- ser vedada a remuneração dos componentes da diretoria.

Art. 3º. Para os fins previstos no art. 1º, as Associações de Amigos de Museus **deverão preencher o formulário** do Anexo I da presente Instrução e enviá-lo ao IBRAM, por meio do respectivo Museu juntamente com a seguinte documentação:

I - carta de apresentação do respectivo Museu;

II - cópia autenticada do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

III - cópia autenticada do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor.

§ 1º. A solicitação de reconhecimento como Associação de Amigos de Museus **será submetida ao Presidente do IBRAM** que, após apreciação da Diretoria, publicará no Diário Oficial da União a decisão a respeito.

§ 2º. O ato de reconhecimento levado a efeito pelo IBRAM terá **validade a contar da data da publicação da decisão do IBRAM no Diário Oficial da União**.

§ 3º. Para a **manutenção do ato de reconhecimento**, as Associações de Amigos de Museus deverão ter a sua documentação atualizada e

apresentar ao IBRAM os seus balanços, acompanhados do relatório de atividades, até o último dia útil do mês de maio de cada ano.

§ 4º Para cumprimento do disposto no artigo 53, da Lei 11.904, de 14 de janeiro de 2009, o IBRAM poderá solicitar às Associações de Amigos de Museus quaisquer documentos ou informações.

§ 5º Para o cumprimento do disposto no artigo 54, da Lei 11.904, de 14 de janeiro de 2009, **as Associações de Amigos de Museus deverão encaminhar ao IBRAM, por meio do respectivo museu, até o mês de maio de cada ano, relatório a respeito de sua arrecadação e aplicação dos seus recursos financeiros.**

§ 6º O ato **de reconhecimento de que trata esta Instrução poderá ser revogado**, a critério do IBRAM, no caso de **descumprimento de compromissos ou projetos assumidos**, infração à legislação ou ações consideradas prejudiciais aos interesses e a imagem do IBRAM.

Art. 4º. As Associações de Amigos de Museus **deverão encaminhar ao IBRAM o Plano Anual de Atividades**, por meio do respectivo Museu até o mês de novembro de cada ano.

§ 1º. Os Planos Anuais de Atividades deverão conter os planos, projetos e ações a serem realizados no decorrer do ano e deverão estar em consonância com os Planos Museológicos dos respectivos Museus.

§ 2º. Os Planos Anuais de Atividades e suas alterações serão submetidos à apreciação e deliberação da Diretoria Colegiada do IBRAM, acompanhados de Nota Técnica devidamente aprovada pela direção do respectivo Museu.

§ 3º. Todos e quaisquer investimentos, benfeitorias e obras previstas no Plano Anual de Atividades, a serem realizados nas dependências do respectivo Museu, serão submetidos à apreciação e aprovação prévia sua Direção.

§ 4º. É vedada a realização de ações e projetos, por parte das Associações de Amigos de Museus, de duração indeterminada.

Art. 5º. **Fica vedado às Associações de Amigos de Museus o desenvolvimento ou a participação em quaisquer atividades administrativas de competência dos respectivos Museus.**

Art. 6º. Os Museus que integram o IBRAM **poderão ceder espaço físico para uso das Associações de Amigos de Museus, a título precário e mediante autorização específica, para projetos, atividades e ações previstas no Plano Anual de Atividades.**

Art. 7º. **Fica vedada qualquer cessão, permissão de uso ou autorização, por mais precária que seja, de espaço físico para a utilização como sede, domicílio ou instalações administrativas de Associações de Amigos de Museus, no âmbito dos Museus que integram o IBRAM.**

Art. 8º. **Fica vedada qualquer cessão, permissão de uso ou autorização, por mais precária que seja, de espaço físico para o exercício de atividades de comércio pelas Associações de Amigos de Museus, sem que haja o devido procedimento licitatório,** na forma da legislação vigente.

Art. 9º. As Associações de Amigos de Museus, bem como todos os Museus que integram o IBRAM, deverão adequar-se às disposições desta Instrução, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar de sua publicação.

Art. 10º. Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação.

12 Ao se comparar o texto da Instrução Normativa com a previsão legal, nota-se: (1) Que o IBRAM apenas elucida a forma de atendimento às exigências legais, mas por outro lado (2) também se manifesta expressamente a respeito dos limites existentes na relação de colaboração da Associação de Amigos e a entidade pública, concluindo que:

- a) As Associações de Amigos não poderão participar do desenvolvimento ou em quaisquer atividades administrativas de competência das entidades públicas. Tal conclusão decorre do fato de que **a relação com a Associação de Amigos não é forma de terceirização das atividades legalmente atribuídas aos entes públicos.**

Não poderão realizar ações e projetos de duração indeterminada, **como de regra não existe nas relações das entidades públicas com associações/sociedades privadas.**

- b) A entidade não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para o exercício de atividades de comércio pelas Associações de Amigos, sem que haja o devido procedimento licitatório; **Como se trata de utilização econômica de espaço público, isso depende expressamente de se sagrar-se vencedora em certame licitatório**, sendo que tal previsão apenas consolida uma orientação que decorre dos princípios que orientam a Administração Pública.
- c) A entidade também não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para a utilização como sede, domicílio ou instalações administrativas de Associações de Amigos;

- d) Há a permissão específica para que a entidade venha a ceder espaço físico para uso das Associações de Amigos, a título precário e mediante autorização específica, para projetos, atividades e ações previstas no Plano Anual de Atividades. **Ou seja, sendo a sede da entidade um espaço público qualquer utilização exclusiva por ente privado depende de participação em licitação.**

13 As vedações acima deixam claro que a entidade pública está se relacionando com uma associação de natureza privada, ou seja, a Associação de Amigos exerce colaboração com a entidade pública, mas **não detém nenhum privilégio, que não aqueles previstos expressamente.**

IV – E SE A RELAÇÃO COM A ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS NÃO ESTIVER PREVISTA LEGALMENTE COM DETERMINADA ENTIDADE?

14 Feito esse breve apanhado da legislação do IBRAM a respeito das Associações de Amigos, a questão que agora se coloca é: É possível que uma determinada entidade se relacione com Associações de Amigos em projetos na área da cultura , sem que sua lei de regência preveja expressamente?

15 Como dito acima, a relação existente entre a associação de amigos e a entidade pública é uma relação de colaboração. Sobre o tema, recorde-se a legislação de regência dos Convênios – Decreto 6.170/2007 e Portaria Interministerial MPOG/CGU/MF n.º 507/2011, que conceituam convênios como:

[...] 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.

16 Diante do apanhado acima, duas situações são possíveis: (a) Se o recurso está consignado expressamente de dotações consignadas

nos Orçamentos Fiscal e da seguridade da União, deve ser celebrado convênio com a Associação de Amigos, respeitando todas as exigências atinentes às entidades privadas sem fins lucrativos. (b) Por outro lado, no caso de recursos recebidos pela Associação, nos termos do artigo 54 da Lei 11.904/2009, há uma controvérsia a respeito da natureza pública ou privada de tais recursos. Sobre o tema, sabe-se que o item 89 da coletânea de entendimentos elaborada pela Controladoria Geral da União e Ministério da Educação indica a controvérsia a respeito da gestão de recursos das Instituições Federais de Ensino Superior aportados pela iniciativa privada.

Os recursos arrecadados por conta de projetos ou atividades de ensino e de extensão (como as receitas de taxas de matrícula de vestibular, de inscrição ou mensalidade dos cursos de especialização e de extensão universitária) pertencem originariamente à Instituição Federal de Ensino. Assim, esses recursos devem ser recolhidos à conta única da IFE junto ao Tesouro Nacional. Estas receitas próprias captadas pelas IFEs poderão ser estimadas para compor sua dotação orçamentária anual e revisadas dentro de um mesmo ciclo orçamentário, conforme rito de reestimativa de receitas próprias e solicitação de créditos suplementares, orientado pela SPO/MEC a cada ciclo orçamentário. Cabe destacar que parte dos recursos repassados pelas IFEs às Fundações de Apoio, no âmbito de cada convênio/ ajuste para execução de um determinado projeto, poderá ser destinada à cobertura das despesas administrativas da Fundação de Apoio, devidamente detalhadas no Plano de Trabalho que rege o apoio dado na execução e logística das atividades de cada projeto.

Quanto a recursos aportados pela iniciativa privada às Fundações de Apoio para financiar atividades de pesquisa, trata-se de tema controverso quanto à necessidade de seu recolhimento à conta única do Tesouro Nacional ou à possibilidade de que sejam recebidos diretamente pelas Fundações, em função de sua destinação a projetos específicos de pesquisa.

Até que eventual ajuste normativo seja efetivado para pacificar o entendimento sobre o assunto, os dirigentes das IFEs devem pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos de pesquisa.

17 Dessa forma, a necessidade ou não do recolhimento dos recursos aportados pela iniciativa privada a conta única do Tesouro Nacional, por envolver matéria de alta controvérsia, será oportunamente objeto de parecer específico desta Câmara Permanente.

18 Inobstante isso, o parecer pode prosseguir em relação aos demais aspectos:

19 A despeito do conceito acima, entre a associação de amigos e a entidade há uma relação colaborativa, pela qual a associação de amigos se disporia a captar recursos, situação que a aproximaria dos contratos de intermediação, com peculiaridades que o tornariam *sui generis*. Afinal, no caso em apreço, não se pode falar em contraprestação ou finalidade lucrativa exercida pelas Associações de Amigos. Bem diferente seria o contrato firmado pela Administração Pública com ente privado especializado na captação de recursos, em que o aspecto de intermediação seria essencialmente uma prestação de serviços que, por esse motivo, seria lícito.

20 A propósito, não é novidade a possibilidade de ajuste de vontade, similares aos contratos, em que não há contraprestação. Nota-se, com isso, que há na relação entre entidade pública e a associação de amigos uma figura mista, não regulada expressamente seja pelo Código Civil ou por legislação específica, exceto no caso do IBRAM.

21 Aliás, a relação entre a entidade pública e a associação de amigos pode ser enquadrada como um contrato de intermediação *sui generis* e, como tal, pode ser enquadrado como contrato administrativo em sentido amplo:

Usualmente, **esses contratos não são instrumento de satisfação de intuito lucrativo de qualquer das partes, ainda que possam gerar transferência de recursos econômicos de titularidade de uma parte para outra**. Rigorosamente, não existe comutatividade em tais contratos – entendida a expressão comutatividade para indicar a correspondência entre as prestações realizadas reciprocamente entre as partes.”¹ (grifou-se)

22 Além disso, para além da intermediação, a associação é também responsável pela concretização de ações e projetos, em nome próprio,

1 Ibidem, p. 356-357 e 804.

mas de interesse de ambos², vez que está obrigada a apresentar projetos, planos e ações a serem realizados após expressa autorização da entidade pública.

23 Aliás, aqui vale um registro importante: A Associação não presta propriamente um serviço à Administração passível de ser remunerado. Dessa forma, o percentual de até 10 % de que trata a lei em seu artigo 54³ deve ser entendido como uma autorização legal para ressarcimento comprovado de despesas e, no caso, não pode ser simplesmente aplicado por analogia às outras entidades culturais.

24 Ou seja, a definição do percentual deve ser objeto de justificativa e de comprovação específica quanto às despesas efetivamente realizadas para a administração e manutenção da Associação de Amigos, observado o limite legal.

25 Sobre o ponto acima, contudo, não há que falar em aplicação da analogia para favorecer outras entidades no âmbito da cultura.

26 Em outras palavras, a existência ou mesmo a definição de percentual que pode ser reservado pelas Associações de Amigos que se relacionam com outras entidades que não sejam o IBRAM deve (a) estar expressamente autorizado por diploma legal

27 De toda forma, sendo a relação entre a entidade pública e a associação uma espécie de ajuste, deve-se recorrer à regra geral estabelecida pelo artigo 116 da Lei 8.666/93 e parágrafos, que dispõe:

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;

2 Dado que, na lei do IBRAM, consta dentre suas atribuições institucionais justamente a de auxiliar a entidade pública, o que gera maior segurança na aplicação de recursos

3 Art. 54. As associações poderão reservar até dez por cento da totalidade dos recursos por elas recebidos e gerados para a sua própria administração e manutenção, sendo o restante revertido para a instituição museológica.

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 Assembléia 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:

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 conveniais 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.

28 O artigo 116, como já se sabe, convive com várias dificuldades a serem superadas, especialmente, quanto à concretização das disposições da lei 8.666/93, que teriam aplicação para o ajuste analisado.

29 Assim, para a concretização do seu âmbito de aplicação, deve-se recorrer à natureza do ajuste firmado, bem como a aplicação dos princípios gerais do Direito Administrativo e a aplicação analógica da lei do IBRAM.

V – DA CONCLUSÃO

30 Diante disso, conclui-se:

- a) O reconhecimento da associação de amigos, **não envolvendo caráter competitivo no respectivo caso concreto**, torna possível a aplicação do Instituto do Credenciamento. Sugere-se que seja conferida ampla publicidade para o credenciamento de quantas associações de amigos quanto se interessarem para realização do objetivo comum.
- b) No âmbito da Cultura, é **possível que uma determinada entidade se relacione com Associações de Amigos na área da cultura em projetos dessa natureza**, mesmo que a lei de regência não preveja expressamente, sendo que os requisitos para reconhecimento da Associação de Amigos **podem ser os mesmos que os exigidos pelo IBRAM**, especialmente quanto ao objetivo exclusivo da associação voltado para o auxílio da entidade, exceto em relação à possibilidade da Associação reservar até dez por cento da totalidade dos recursos por ela recebidos para a sua própria administração e manutenção.
- c) Após o reconhecimento, pode ser assinado contrato de intermediação *sui generis* entre a entidade e a Associação de Amigos, prevendo desde logo, os direitos e obrigações das partes, dentre outros regramentos exigidos pelo artigo 116 da lei 8.666/93 e seus parágrafos.

- d) Da mesma forma que exigido na legislação do IBRAM, a associação deve proceder à publicação dos balancetes e submissão aos órgãos de controle, pois a medida acima apontada contribui para a transparência dos atos apontados.
- e) Como não se trata propriamente de um serviço prestado pela Associação que deva ser remunerado, o percentual de até 10% de que trata a lei deve ser entendido como uma forma de ressarcimento. Em outras palavras, a definição do percentual deve ser objeto de justificativa e de comprovação específica quanto às despesas efetivamente realizadas para a administração e manutenção a ser definido, observado o limite legal.
- f) A existência ou mesmo a definição de percentual que pode ser reservado pelas Associações de Amigos, **que se relacionam com outras entidades que não sejam o IBRAM** deve estar expressamente autorizado por diploma legal.
- g) A necessidade ou não do recolhimento dos recursos aportados pela iniciativa privada a conta única do Tesouro Nacional, por envolver matéria de alta controvérsia, será objeto de parecer específico desta Câmara Permanente.
- h) Por fim, da mesma forma como ocorre no IBRAM, a associação **não** deve gozar de nenhum privilégio junto a Administração, vedando-se expressamente que:
 - ii. Ela participe do desenvolvimento ou em quaisquer atividades administrativas de competência das entidades públicas, pois não se trata de terceirização de serviços públicos.
 - iii. Não poderão realizar ações e projetos de duração indeterminada, **como de regra não existe nas relações das entidades públicas com associações/sociedades privadas.**
 - iv. A entidade não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para o exercício de atividades de comércio pelas Associações de Amigos, sem que haja o devido procedimento licitatório;
 - v. A entidade não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para a utilização como sede, domicílio ou instalações administrativas de Associações de Amigos;

31 São essas as considerações que submeto a elevada consideração.

Brasília, 08 de agosto de 2013.

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cintia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitaó
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 06 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 10/2013/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 06 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 42/2013:

O reconhecimento da associação de amigos, **não envolvendo caráter competitivo no respectivo caso concreto**, torna possível a aplicação do Instituto do credenciamento.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 42/2013:

No âmbito da Cultura, é possível que uma determinada entidade se relacione com Associações de Amigos na área da cultura em projetos dessa natureza, mesmo que a lei de regência não preveja expressamente, sendo que os requisitos para reconhecimento da Associação de Amigos **podem ser os mesmos que os exigidos pelo IBRAM**, especialmente quanto ao objetivo exclusivo da associação voltado para o auxílio da entidade, exceto em relação à possibilidade da Associação reservar até dez por cento da totalidade dos recursos por ela recebidos para a sua própria administração e manutenção.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 42/2013:

Após o reconhecimento, deve ser firmado instrumento entre as entidades que pode ser assinado contrato de intermediação *sui generis* entre a entidade e a Associação de Amigos, prevendo desde logo, os direitos e obrigações das partes, dentre outros regramentos exigidos pelo artigo 116 da lei 8.666/93 e seus parágrafos.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 42 /2013:

Da mesma forma que exigido na legislação do IBRAM, a associação deve proceder à publicação dos balancetes e submissão aos órgãos de controle.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº /2013:

O percentual de até 10% de que trata a lei deve ser entendido como uma forma de ressarcimento. Portanto, a definição do percentual deve ser objeto de justificativa e de comprovação específica quanto às despesas efetivamente realizadas para a administração e manutenção a ser definido, observado o limite legal. A existência ou mesmo a definição de percentual que pode ser reservado pelas Associações de Amigos, **que se relacionam com outras entidades que não sejam o IBRAM**, deve estar expressamente autorizado por diploma legal específico.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 42 /2013:

Por fim, da mesma forma como ocorre no IBRAM, a associação **não** deve gozar de nenhum privilégio junto a Administração, vedando-se expressamente que: (a) Ela participe do desenvolvimento ou em quaisquer atividades administrativas de competência das entidades públicas; (b) Não poderão realizar ações e projetos de duração indeterminada. (c) A entidade não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para o exercício de atividades de comércio pelas Associações de Amigos, sem que haja o devido procedimento licitatório; (d) A entidade não poderá ceder, permitir o uso ou autorizar, por mais precário que seja, o espaço físico para a utilização como sede, domicílio ou instalações administrativas de Associações de Amigos.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DA
CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS INSTITUÍDA
COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE
FEVEREIRO DE 2013

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

PARECER Nº 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios instituída com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: Controvérsias envolvendo o postulado da unidade de tesouraria no âmbito da Lei nº 8.958/94. Falta clareza legislativa sobre a questão. Controvérsia entre Cartilha MEC/CGU e jurisprudência do TCU. Recursos e receitas públicas. Conceitos diversos. Receitas públicas devem ser recolhidas à conta única do Tesouro. Despesas do projeto podem ser transferidas diretamente para as contas específicas do projeto de titularidade das fundações de apoio. Segurança jurídica. Alta relevância. Competência da Advocacia Geral da União para fixar a interpretação da Constituição, leis e demais atos normativos.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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. Trata-se de processo instaurado para tratar de controvérsias envolvendo o postulado da unidade de tesouraria nas relações jurídicas entre Instituições Federais de Ensino e fundações de apoio.

4. Para melhor compreensão e explanação da matéria, este parecer será dividido em 5 (cinco) partes: i) a alteração de entendimentos da Controladoria-Geral da União e do Ministério da Educação, no que se refere aos itens 18 e 89, haja vista edição revista da “Coletânea de Entendimentos – Gestão de Recursos das Instituições Federais de Ensino Superior e dos Institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica”, ii) apontamento da controvérsia acerca da natureza recursos aportados pela iniciativa privada às Fundações de Apoio para financiar as atividades previstas na Lei nº 8.958/94, iii) a jurisprudência do TCU sobre a matéria, iv) a necessidade ou não de recolhimento desses recursos à Conta Única do Tesouro Nacional e v) da interpretação sistemática.

5. É o relatório, do que passamos à análise jurídica do tema.

I – A ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTOS NA CARTILHA MEC/CGU

6. Após publicação de primeira versão em fevereiro de 2013, no final de maio do mesmo ano houve revisão de entendimento em alguns aspectos. Para a presente manifestação jurídica, interessa discutir a supressão do item 18 e a alteração do item 89, ambos afetos à sistemática das relações jurídicas entre IFE e fundações de apoio.

7. Ainda que tal Cartilha não possua caráter normativo, trata-se de documento que explicita entendimentos do órgão a quem as IFEs estão vinculadas (MEC) e do órgão responsável pelos sistemas de auditoria e correição da Administração Pública Federal. Portanto, seguir tais orientações revela-se como atitude adequada do ponto de vista da segurança jurídica e de prevenção de eventuais irregularidades.

I.1. Item 18

8. A fim de se melhor delinear a questão, é importante citar, em um primeiro momento, a redação original do item 18:

18 Podem as IFEs firmar contratos de receitas com as Fundações de Apoio?

Não. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão para as entidades da Administração Pública, direta e indireta, firmarem contrato de receita com entidades privadas, visto ser regra obrigatória, conforme comando legal previsto no Decreto nº 93.872/86, em seu art. 2º caput e parágrafo 1º, abaixo transcritos, que o produto da arrecadação de todas as receitas da União deve ser obrigatoriamente recolhido à conta única do Tesouro Nacional.

“Art. 2º A arrecadação de todas as receitas da União far-se-á na forma disciplinada pelo Ministério da Fazenda, devendo o seu produto ser obrigatoriamente recolhido à conta do Tesouro Nacional no Banco do Brasil S.A. (Decreto-lei nº 1.755/79, art. 1º).

§ 1º Para os fins deste decreto, entende-se por receita da União todo e qualquer ingresso de caráter originário ou derivado, ordinário ou extraordinário e de natureza orçamentária ou extraorçamentária, seja geral ou vinculado, que tenha sido decorrente, produzido ou realizado direta ou indiretamente pelos órgãos competentes.”

9. Tal item, que foi suprimido da versão atual da Cartilha, refere-se, como observado, à possibilidade jurídica de as IFEs firmarem contratos de receitas com as fundações de apoio. Para esclarecimento da questão, ressalta-se que os contratos de receitas referem-se a instrumentos para créditos a Instituição. São, portanto, receitas próprias.

10. No âmbito da relação entre IFEs e fundação de apoio, contratos de receita referem-se à captação de recursos em nome da IFEs.

11. Embora não tenha sido localizada justificativa técnica para a supressão do item 18, convém destacar que não há jurisprudência do TCU vedação à utilização do contrato de receita, mas sim condições, a partir da Lei nº 8.958/94, que devem ser observadas (Acórdão nº 1892/2011 e Decisão Plenária nº 655/2002 – *leading case*). Cabe citar trecho dessa última Decisão Plenária:

- a.1) a instituição contratada tenha sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico; e
- a.2) o objeto do contrato esteja diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional;

- b) a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das universidades;
- c) o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico;
- d) os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada;
- e) a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.

12. Recomenda-se, portanto, que a Administração das IFEs, em caso de utilização da figura do contrato de receita observe o posicionamento transcrito do TCU.

1.2. Item 89

13. Esse item representa o cerne da controvérsia. Sua alteração pontua a ausência de clareza em dois aspectos: a) a definição de recursos públicos e privados para fins da Lei nº 8.958/94 e b) o atual posicionamento do TCU. Vejamos, lado a lado, a redação do item em suas versões original e editada da Cartilha MEC/CGU:

Versão Original	Versão Editada
89 As receitas oriundas de taxas de matrícula/mensalidades de cursos de pós-graduação, da iniciativa privada e de recursos de governo estaduais ou municipais a serem administradas por Fundações de Apoio devem ser obrigatoriamente recolhidas à conta única?	89 Como deve ser gerida a captação de receitas oriundas de projetos de ensino, de pesquisa, de extensão ou de desenvolvimento institucional da IFE, executados com a participação da Fundação de Apoio?
Sim. <u>Todos os recursos a serem utilizados em instrumentos celebrados com Fundação de Apoio devem ser arrecadados na conta única da IFE junto ao Tesouro Nacional.</u> Registra-se que de acordo com a Lei n.º 8.958/94 as Fundações de Apoio podem celebrar instrumentos com as IFEs, por prazo determinado, com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos. O oferecimento de cursos de pós-graduação, de cursos de especialização, a realização de projetos de pesquisa e de concursos públicos e/ou vestibulares são de competência das IFEs, que podem ser realizados com o suporte da Fundação de Apoio. No entanto, <u>a Fundação de Apoio assume somente a posição de prestar auxílio logístico e de gerenciar as atividades instrumentais, propiciando condições para seu melhor funcionamento.</u> A Lei n.º 8.958/94 não se refere à possibilidade de delegação dos serviços nela especificados, portanto, a Fundação de Apoio não pode assumir a titularidade ou a delegação do direito de prestar os serviços dos projetos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional. Cabe ressaltar, ainda, que <u>a aludida norma não prevê a apropriação dos recursos próprios da IFE pela Fundação de Apoio</u>, ela somente autoriza que as entidades de apoio sejam ressarcidas das despesas operacionais detalhadas no Plano de Trabalho. Assim, <u>não é juridicamente cabível deduzir dessa norma legal serem pertencentes à Fundação de Apoio os valores por ela arrecadados, em nome da IFE apoiada, uma vez que os recursos arrecadados de terceiros</u> (receitas de projetos de pesquisa, taxas de matrícula, de inscrição ou mensalidades dos cursos de especialização e extensão universitárias) não lhes pertencem originariamente, mas à IFE cujo projeto aquela entidade apoia. A interpretação de que os valores pagos por terceiros, em contraprestação aos serviços, não sejam considerados recursos próprios da IFE, ou seja, não sejam considerados recursos públicos, deixando de ser recolhidos diretamente à conta única das IFEs junto ao Tesouro Nacional, implica a violação das normas de gestão financeira e orçamentária da Administração Federal. Importante frisar que <u>a expressão “recursos públicos” abrange, além dos valores financeiros, o emprego de qualquer item de patrimônio tangível ou intangível das IFEs quando em instrumentos com Fundações de Apoio, a exemplo de laboratórios, salas de aula, professores, marca da instituição.</u> Seguindo essa linha de raciocínio, <u>os recursos inerentes às atividades a serem desenvolvidas pelas IFEs, ainda que com auxílio das Fundações de Apoio, constituem, em regra, receitas públicas, a exemplo das receitas próprias arrecadadas, e devem ser recolhidas à conta única do Tesouro Nacional</u>, em respeito às regras estabelecidas, principalmente, nos artigos 1º e 2º do Decreto n.º 93.872/86 e art. 56 da Lei n.º 4.320/64, os quais estabelecem que todas as receitas da União devem ser recolhidas à conta única do Tesouro Nacional.	Os recursos arrecadados por conta de projetos ou atividades de ensino e de extensão (como as receitas de taxas de matrícula de vestibular, de inscrição ou mensalidade dos cursos de especialização e de extensão universitária) pertencem originariamente à Instituição Federal de Ensino. Assim, esses recursos devem ser recolhidos à conta única da IFE junto ao Tesouro Nacional. Estas receitas próprias captadas pelas IFEs poderão ser estimadas para compor sua dotação orçamentária anual e revisadas dentro de um mesmo ciclo orçamentário, conforme rito de reestimativa de receitas próprias e solicitação de créditos suplementares, orientado pela SPO/MEC a cada ciclo orçamentário. <u>Cabe destacar que parte dos recursos repassados pelas IFEs às Fundações de Apoio, no âmbito de cada convênio/ajuste para execução de um determinado projeto, poderá ser destinada à cobertura das despesas administrativas da Fundação de Apoio, devidamente detalhadas no Plano de Trabalho que rege o apoio dado na execução e logística das atividades de cada projeto.</u> <u>Quanto a recursos aportados pela iniciativa privada às Fundações de Apoio para financiar atividades de pesquisa, trata-se de tema controverso quanto à necessidade de seu recolhimento à conta única do Tesouro Nacional ou à possibilidade de que sejam recebidos diretamente pelas Fundações, em função de sua destinação a projetos específicos de pesquisa.</u> Até que eventual ajuste normativo seja efetivado para pacificar o entendimento sobre o assunto, os dirigentes das IFEs devem <u>pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência</u> na gestão dos recursos, <u>ao lado da efetividade dos projetos de pesquisa.</u>

14. Como se observa, num primeiro momento, a Cartilha considera que **todos** (sem exceções) os recursos oriundos das relações jurídicas celebradas entre IFEs e fundações de apoio devem ser arrecadados na conta única do Tesouro Nacional. Alerta, inclusive, sobre implausibilidade jurídica de que os valores arrecadados pelas fundações de apoio lhe pertençam. Tais recursos constituiriam, sem exceções, receitas públicas.

15. Na versão revisada da Cartilha, todavia, o posicionamento anterior foi flexibilizado. A referência não é mais a de que todos os recursos oriundos das relações jurídicas entre IFEs e fundações de apoio, mas sim de que os recursos arrecadados por conta de projetos ou atividades de ensino e de extensão pertencem às IFEs, devendo, portanto, ser recolhidos à Conta Única do Tesouro. Desses recursos, parcela poderá ser destinada, em cada instrumento jurídico, à cobertura de despesas administrativas da fundação, desde que seja devidamente detalhado em plano de trabalho. Ou seja, após a internalização das receitas oriundas de contratante ou conveniente junto à conta única, a IFE poderá repassar os recursos referentes às despesas do projeto.

16. Aspecto de mais impacto jurídico nessa segunda versão da Cartilha é o reconhecimento de que a obrigatoriedade do recolhimento à conta única do Tesouro Nacional é controversa quando se trata de recursos oriundos da iniciativa privada. O documento orienta que os gestores pautem-se pela jurisprudência do TCU.

17. Delineada a controvérsia reconhecida pelo Ministério da Educação e pela Controladoria-Geral da União, na sequência serão apresentadas as posições jurídicas contrastantes que demonstram que a natureza jurídica dos recursos oriundos da iniciativa privada não é pacífica.

II – CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA RECURSOS APORTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA ÀS FUNDAÇÕES DE APOIO PARA FINANCIAR ATIVIDADES PREVISTAS NA LEI Nº 8.958/94

18. A natureza dos recursos referentes à execução de convênios, contratos e ajustes envolvendo as fundações de apoio, como destacado pela versão revista da citada Cartilha MEC/CGU, é controversa.

19. Situações, envolvendo relação jurídica entre órgãos ou entidades da administração pública federal e IFEs, em que a origem dos recursos

financeiros e o Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, não apresentam dúvidas. Aplica-se, por força do art. 3º da Lei nº 8.958/94, a sistemática do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, bem como a Lei nº 8.666/93.

20. Nessas situações a relação jurídica principal é entre órgão ou entidade pública federal e IFE. Dessa forma, tais recursos, inquestionavelmente públicos, devem ser transferidos via conta única do Tesouro Nacional, uma vez que constituem receitas públicas das IFEs. Isso porque, afóra as entidades previstas no art. 1-A da Lei nº 8.958/1994, apenas as IFEs têm autorização legislativa para contratar diretamente, com dispensa de licitação (art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993), fundações de apoio.

21. O ponto de partida das possíveis divergências é a ausência de redação legislativa precisa. A Lei nº 8.958/94 não trata explicitamente de eventual distinção no que se refere ao regramento em caso de recursos públicos e privados. Mesmo assim, o diploma legal traz obrigações em caso de financiamento por recursos públicos. É o que dispõe o art. 3º:

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que **envolvam a aplicação de recursos públicos**, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

22. A contrário senso poder-se-ia interpretar que a Lei considera a possibilidade de que as fundações de apoio celebrem instrumentos jurídicos, no âmbito de suas relações com as IFEs (tema regulado pela Lei nº 8.958/94), que envolvam a aplicação de **recursos privados**. E que, nesses casos, o art. 3º não seria aplicável.

23. Questão central, no entanto, é saber se tais recursos privados, quando envolverem projetos de pesquisa ou extensão apoiados por fundação de apoio, representam receitas públicas das IFEs.

24. O jurista Sacha Calmon, em artigo sobre a temática, defende a existência de receitas de natureza distintas. Nesse sentido é importante transcrever trecho que retrata o raciocínio do referido autor sobre o significado de receita pública.

A lei, nota-se, não define o que seja receita pública. A doutrina, porém, fornece as bases para a delimitação do instituto, pelo que podemos acatar a definição doutrinária de MACHADO JR. e COSTA REIS:

“A lei não define receita, limitando-se a determinar e estabelecer uma classificação econômica, sobre a qual falaremos nos artigos próprios.

Na Administração Pública, mais precisamente no que diz respeito às entidades de Direito público interno, a receita se origina tanto em decorrência do seu poder de império como do poder de gerir seu patrimônio econômico-administrativo, entendido este como um conjunto de valores e também de transferências de outras entidades, quer sejam de Direito Público, quer sejam de Direito privado.

Podemos, desde logo, entretanto, definir receita nos seguintes grupos:

a) em sentido lato, como um conjunto de entradas financeiras, oriundas de fontes diversificadas, que integram o Patrimônio, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores;

b) em sentido restrito, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o Patrimônio na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiras. Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos de lançamento direto e outros.”

Da lição exposta, podemos concluir que receita pública é aquela que se destina aos cofres públicos, para lá permanecer em definitivo.

Aplicando tal assertiva ao presente caso, temos que **as receitas arrecadadas pela Fundação podem ou não ter natureza jurídica de direito público.**

As receitas destinadas à Universidade, por força das Resoluções do Conselho Universitário e do contrato firmado com a Fundação, ostentam a natureza de receita pública, aplicando-se todo o

regime jurídico de direito público, principalmente os financeiros e orçamentários, dentre eles o princípio da unicidade de tesouraria.

Já as receitas percebidas pela Fundação, que não se destinem à Universidade, são receitas privadas, pertencentes à CONSULENTE. O fato desta apoiar a Universidade, mantendo constantes relações jurídicas com esta, não atribui natureza de direito público às suas receitas. Mormente, porque a Lei 8.958/94 e o Decreto 5.205/2004 regulam a interação entre as entidades, atribuindo às Fundações de Apoio regime jurídico de direito privado, exceto quando estas utilizam recursos públicos, como determina o art. 3º do aludido Decreto, ou atuam em nome da entidade de ensino apoiada.

Portanto, quando a Fundação administra em nome próprio suas receitas, que não se destinam e nem se originaram dos cofres públicos, não há razão para que tais valores se destinem ao Caixa Único da UNIVERSIDADE.

[...] Com efeito, das receitas decorrentes da ação da CONSULENTE devem ser segregadas aquelas de sua titularidade e as devidas à Universidade. Entretanto, o MP parece não perceber tal distinção, considerando pública a totalidade das receitas, em virtude da participação do poder público na sua obtenção. Noutro giro, tem-se a Receita Federal, pretendendo tributar a totalidade das receitas das Fundações de Apoio, por considerá-las integralmente privadas, desqualificando, assim, a finalidade não lucrativa das ações das Fundações de Apoio.

Todavia, **nenhuma dessas posições extremadas e contraditórias, no meio das quais encontram-se premidas as Fundações de Apoio, consegue compreender a contento a ação dessas fundações.** A realidade é que as Fundações de Apoio, enquanto entidades de direito privado, sem finalidade lucrativa, representam o braço do Estado, que capta no mercado os recursos necessários ao cumprimento da missão constitucional da Universidade Pública, ao mesmo tempo que difunde na sociedade a *expertise* universitária¹.

25. Com efeito, apesar de reconhecer a ausência de definição da categoria receita pública no âmbito da legislação financeira, Calmon assevera que as receitas arrecadadas pelas fundações de apoio podem ou

¹ CALMON, Sacha. A relação entre as Fundações de Apoio e as Instituições Federais de Ensino Superior, em face da Lei nº 8.958/1994. *Revista IOB de Direito Administrativo* v. 1, nº 12, dezembro de 2006. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 41-83.

não ter natureza de direito público. Para tanto, conceitua receita pública como aquela que se destina, definitivamente, aos cofres públicos.

26. Tal definição possibilita a conclusão de que mais importante do que a origem da receita é a sua destinação. Seja de origem de entidade pública ou privada, o que importa é se a receita se destina aos cofres públicos, sem prévia destinação em despesa específica referente ao projeto.

27. A questão foi enfrentada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.731/2008, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz. Cumpre citar o item 9.1 desse Acórdão:

9.1. firmar o entendimento de que a expressão **“recursos públicos”** a que se refere o art. 3º, caput, da Lei 8.958/1994 **abrange não apenas os recursos financeiros aplicados nos projetos executados com fundamento na citada lei, mas também toda e qualquer receita auferida com a utilização de recursos humanos e materiais das Instituições Federais de Ensino Superior**, tais como: laboratórios, salas de aula; materiais de apoio e de escritório; nome e imagem da instituição; redes de tecnologia de informação; documentação acadêmica e demais itens de patrimônio tangível ou intangível das instituições de ensino utilizados em parcerias com fundações de apoio, **sendo obrigatório o recolhimento de tais receitas à conta única do Tesouro Nacional**;

28. Leitura isolada do acórdão em questão, sem o aprofundamento das questões levantadas no voto do ministro relator, pode gerar interpretação de que o posicionamento do TCU é no sentido de que todos os recursos, sem exceções, a serem utilizados em instrumentos celebrados entre IFEs e fundações de apoio com Fundação de Apoio, devem ser arrecadados na conta única da respectiva IFE junto ao Tesouro Nacional. Porém, compreende-se que esta não é a melhor interpretação sistemática da decisão mencionada.

29. Tal acórdão certamente confere ao termo “recursos públicos” maior abrangência do que aquela atribuída pelo jurista Sacha Calmon. Enquanto para o jurista, recursos públicos refere-se à definição de receitas públicas em sentido estrito (recursos financeiros que se destinam, em definitivo, aos cofres públicos), o entendimento do TCU amplia o conceito para, além de recursos financeiros transferíveis aos cofres públicos, todo e qualquer recurso, independentemente da origem, que se refira à contraprestação aos recursos humanos e materiais das IFES. Mas isso não significa que o acórdão ignore a existência de recursos privados.

30. Convém destacar trecho, específico sobre a temática, do Voto do Relator:

33. Outro ponto digno de destaque refere-se aos fundos de ressarcimento de receitas das IFES, pelas fundações de apoio, comprometendo seriamente a transparência e o controle na aplicação dos recursos correspondentes.

34. Sobre o tema, é fundamental distinguir os recursos que estão vinculados à realização de um projeto de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional e aqueles que, embora originados desses projetos, constituem receitas próprias da universidade. São recursos vinculados ao projeto – e não receitas disponíveis da IFES – aqueles destinados ao custeio das despesas previstas no próprio projeto. A universidade não pode dar a eles destinação diversa da pactuada, não pode utilizá-los para suprir outras necessidades institucionais. A parcela desses recursos gerida diretamente pela universidade deverá observar as normas da gestão orçamentária e financeira da Administração Pública.

35. Por outro lado, é possível que o projeto contemple a participação de uma fundação de apoio, que poderá gerenciar recursos e executar despesas nos limites das atribuições que lhe forem cometidas pela parceria preconizada na Lei 8.958/1994.

36. Note-se que a lei autoriza a fundação de apoio a executar convênios, contratos, acordos ou ajustes que envolvam até mesmo a aplicação de recursos públicos (art. 3º), devendo, por outro lado, prestar contas dos recursos aplicados (art. 3º, inciso II). A prestação de contas, por sua vez, exige a demonstração do nexo entre a origem e a aplicação dos recursos do projeto (assim como a evidenciação do aporte, em benefício do projeto, de eventuais rendimentos financeiros auferidos). Daí a necessidade elementar de que os recursos do projeto geridos pela fundação de apoio sejam movimentados em conta bancária específica. Não se exige, porém, que essa seja a conta única do Tesouro nacional.

37. Regime diverso aplica-se às receitas que a universidade auferem em decorrência dos projetos, a exemplo das que recebe por disponibilizar equipamentos, materiais, instalações, recursos humanos, ou mesmo pela participação nos resultados dos produtos desenvolvidos. Os ressarcimentos e remunerações percebidas a qualquer título pela

universidade desvinculam-se do projeto de que se originaram. Não mais se destinam ao custeio das despesas do projeto, passando a constituir receitas próprias da universidade, hábeis a financiar as necessidades institucionais estabelecidas em sua programação orçamentária. Trata-se, portanto, de valores cuja arrecadação e posterior aplicação submetem-se integralmente às normas de gestão financeira e orçamentária da Administração Federal, inclusive no que se refere à obrigatoriedade de seu recolhimento à conta única do Tesouro Nacional, em vista do princípio de unidade de tesouraria.

38. Por esse motivo, é irregular que tais recursos, que constituem receitas da universidade, sejam mantidos em contas bancárias de titularidade de fundação de apoio, compondo os chamados “fundos de apoio institucionais”. Esses FAIs, qualquer que seja sua forma de implementação ou denominação específica, constituem, na essência, mecanismo de burla à norma do art. 56 da Lei 4.320/1946, razão pela qual deve ser determinada sua extinção, incorporando-se as disponibilidades neles existentes à conta única.

39. Assim, a respeito desse ponto, reputo adequado o entendimento de que a expressão “recursos públicos” não se refere apenas a valores financeiros, mas também ao emprego de qualquer item de patrimônio tangível ou intangível das instituições de ensino quando em contratos ou convênios com fundações de apoio, a exemplo de laboratórios, salas de aula, professores, conhecimento gerado, documentação acadêmica. E, ainda, importa observar, por parte das IFES, a obrigatoriedade de que os recursos financeiros auferidos pelo emprego desses bens sejam recolhidos à conta única do Tesouro Nacional.

31. Como se observa, o Relator distingue dois tipos de recursos afetos à relação entre IFES e fundações de apoio: a) vinculado à realização de um projeto de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional e b) outro que constitui receitas próprias da universidade. O primeiro é destinado às despesas previstas no projeto, não estando disponíveis para as IFES. Não é receita pública, mas despesa do projeto. Não precisa ser recolhido à conta única do Tesouro. Já o segundo reflete receitas destinadas diretamente à universidade em decorrência do projeto, a exemplo do ressarcimento previsto no art. 6º da Lei nº 8.958/94. São receitas públicas, que devem ser recolhidas à conta única do Tesouro Nacional.

32. Cada uma dessas interpretações refletem formas distintas de gestão dos recursos oriundos de projetos a que se referem a Lei nº 8.958/94, especialmente no que se refere à obrigatoriedade ou não de recolhimento das receitas à conta única do Tesouro Nacional.

33. Diante desse cenário, e tendo em vista a relevância nacional da questão, vislumbra-se a necessidade de que o tema seja i) objeto de maior definição legislativa e ii) de orientação no âmbito da Procuradoria-Geral Federal.

34. Porém, antes de discutir as possibilidades distintas de gestão financeiras de recursos referentes às relações jurídicas entre IFES e fundações de apoio, mister se fazer compreender, para além do Acórdão 2731/2008, a atual jurisprudência do TCU, cuja observância é referendada na versão atual da Cartilha MEC/CGU.

III – A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

35. Embora o Acórdão 2731/2008-Plenário acima discutido seja a referência maior sobre a temática no âmbito da Corte de Contas, julgados mais recentes, também do Plenário, aparentemente divergiriam sobre a amplitude dos recursos que devem ou não ser recolhidos à conta única do Tesouro.

36. O Acórdão 330/2009, também relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz, é bem explícito na distinção entre recursos vinculados aos projetos, em que é desnecessário o recolhimento à conta única do Tesouro, e receitas da IFE advinda de ressarcimentos e outras consequências dos projetos, cuja observância do princípio da unidade de tesouraria seria obrigatória.

37. É importante ressaltar trecho do voto do Ministro-Relator e do Acórdão:

Voto do Ministro Relator

3. Quanto ao mérito, de início, destaco que, até o final de 2008, prevalecia na jurisprudência do TCU o entendimento de que receitas oriundas de ações conjuntas das IFES com suas fundações de apoio constituiriam, em regra, receitas públicas e que, portanto, deveriam ser recolhidas à conta única do Tesouro Nacional como receitas próprias arrecadadas, a exemplo daquelas decorrentes de taxas de matrícula e mensalidades de cursos de pós-graduação lato sensu assunto afeto aos presentes autos. Nesse sentido, cito os acórdãos 1.388/2006, 6/2007, 289/2007, 1.882/2007, 2.193/2007, 2.645/2007 e 599/2008, de Plenário; 1.973/2008 e 2.636/2008, de 1ª Câmara; e 456/2006, 1.525/2007, 2.448/2007, 2.493/2007 e 1.418/2008, de 2ª Câmara.

4. No entanto, na sessão plenária ocorrida em 26/11/2008, o tema foi novamente discutido no âmbito desta corte de contas, especificamente nos autos do TC 017.177/2008-2, em que foi proferido o acórdão 2.731/2008-Plenário, referente à Fiscalização de Orientação Centralizada realizada com objetivo de avaliar, no plano nacional, o relacionamento das IFES com suas fundações de apoio.

5. **Especificamente com relação à necessidade de recolhimento dos recursos junto à conta única do Tesouro Nacional, embora o entendimento até então predominante, descrito no item 3 supra, não tenha sido superado visto que utilizado em regra, houve um aprofundamento da tese nele contida, de modo a não mais aplicá-lo quando se tratar de recursos que, oriundos de contratos ou convênios firmados com fundações de apoio, estejam “diretamente vinculados ao custeio de projetos específicos nos estritos limites das despesas correspondentes a tais projetos, aprovados previamente pela IFES nos termos das resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante”** (subitem 9.2.40 do acórdão 2.731/2008-Plenário)

6. Chegou-se também à conclusão de que as **receitas não vinculadas** assim chamadas aquelas que a IFES auferem em decorrência de projetos e que não estejam relacionadas ao custeio das despesas previstas nos respectivos projetos, a exemplo das que recebe por disponibilizar equipamentos, materiais, instalações, recursos humanos, ou mesmo pela participação nos resultados dos produtos desenvolvidos, **embora possam ser arrecadadas por fundação de apoio por meio de conta corrente específica, devem ser repassadas diariamente à conta única do Tesouro Nacional**. É o que se depreende das considerações que apresentei nos itens 33 a 39 do voto condutor do acórdão 2.731/2008-Plenário, as quais resultaram na determinação objeto do subitem 9.2.43 daquele decisor.

Acórdão

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 277, inciso III, e 287 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Timothy Martin Mulholland, para, no mérito, acolhê-los, de modo a, atribuindo-lhes efeitos infringentes, tornar insubsistentes os subitens 9.2. e 9.3 do acórdão 2.710/2008-Plenário, modificando, ainda, seus subitens 9.5.1 e 9.5.2, para que passem a dispor nos seguintes termos:

“9.5.1. observe o princípio da Unidade de caixa, positivado no art. 56 da Lei 4.320/1964 e nos arts. 1º e 2º do Decreto 93.872/1986, abstendo-se de celebrar contratos ou convênios com fundações de apoio que estabeleçam o procedimento de transferir à fundação a arrecadação de recursos provenientes de prestação de serviços a terceiros, ressalvados aqueles diretamente vinculados ao custeio de projetos específicos nos estritos limites das despesas correspondentes a tais projetos, aprovados previamente pela IFES nos termos das resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante;

38. Seguindo o mesmo fundamento supratranscrito, há também o Acórdão nº 872/2011-Plenário.

39. Em sentido aparentemente mais abrangente, o Acórdão nº 872/2011, relatado pelo Ministro José Jorge, concluiu que “toda e qualquer receita auferida com a utilização de recursos humanos e materiais das Instituições Federais de Ensino Superior, tais como: laboratórios, salas de aula; materiais de apoio e de escritório; nome e imagem da instituição; redes de tecnologia de informação; documentação acadêmica e demais itens de patrimônio tangível ou intangível das instituições de ensino utilizados em parcerias com fundações de apoio, sendo obrigatório o recolhimento de tais receitas à conta única do Tesouro Nacional”.

40. Ocorre, todavia, que análise mais acurada do acórdão acima citado revela que o a determinação do TCU trata de “toda e qualquer receita auferida”. No entanto, a definição de receita auferida, como já discutido, não se confunde com o de despesas do projeto. Assim, em princípio, a redação do Acórdão 872/2011 encontra-se em consonância com o Acórdão 2731/2008.

41. Para se evitar confusões, é fundamental que em casos concretos os pareceristas da respectiva unidade de consultoria e assessoramento jurídico diferenciem recursos financeiros, se públicos ou privados, e receitas pública (ex. ressarcimentos de que trata o art.

6º da Lei n.º 8.958/94 e remunerações percebidas a qualquer título pela universidade) – que devem ser recolhidas à conta única do Tesouro – de despesas do projeto.

42. Portanto, s.m.j., não há divergência jurisprudencial no âmbito do Plenário do TCU. Há apenas peculiaridades referentes aos casos concretos julgados. A tese central continua a mesma, qual seja: as despesas do projeto não são receitas públicas, já os ressarcimentos e demais receitas auferidas a partir do projeto são.

IV - RECOLHIMENTO DE RECURSOS À CONTA ÚNICA DO TESOIRO NACIONAL

43. Como decorrência da divergência acerca do conceito de receita pública no que tange à aos contratos, convênios e ajustes sob abrigo da Lei nº 8.958/94 e da confusão no que tange à diferenciação entre recursos públicos e receitas públicas, falta clareza sobre o que é necessário recolhimento à conta única da IFE junto ao Tesouro Nacional, nos moldes do art. 2º caput e parágrafo 1º do Decreto nº 93.872/86.

44. Interpretação advinda da primeira versão da Cartilha MEC/CGU não restava dúvida sobre a necessidade de que todos os recursos a serem utilizados em instrumentos celebrados com Fundação de Apoio deveriam ser arrecadados na conta única da IFE junto ao Tesouro Nacional.

45. Na versão revisada tal posicionamento, s.m.j., continua presente. A única **ressalva** no que diz respeito à “parte dos recursos repassados pelas IFEs às Fundações de Apoio, no âmbito de cada convênio/ajuste para execução de um determinado projeto, poderá ser destinada à cobertura das despesas administrativas da Fundação de Apoio, devidamente detalhadas no Plano de Trabalho que rege o apoio dado na execução e logística das atividades de cada projeto”.

46. Em que pese salientar controvérsia em relação à necessidade de recolhimento à conta única do Tesouro dos recursos aportados pela iniciativa privada às fundações de apoio para financiar atividades de pesquisa, o posicionamento da MEC e da CGU permanece sendo no sentido de que recursos advindos de instrumentos jurídicos cujo objeto envolva finalidades institucionais das IFEs (sobretudo ensino, pesquisa e extensão – art. 207, *caput*, da Constituição Federal) devem ser recolhidos à conta única.

47. Ocorre, entretanto, que essa segunda versão assevera que “Até que eventual ajuste normativo seja efetivado para pacificar o entendimento sobre o assunto, os dirigentes das IFEs devem **pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos de pesquisa**”.

48. Entrementes, conforme amplamente discutido nos últimos dois tópicos deste parecer, a jurisprudência do TCU diferencia as despesas do projeto, que não são receitas públicas – caso em que não é necessário o recolhimento à conta única do Tesouro – e ressarcimentos à **utilização, pelas fundações de apoio, de recursos humanos e materiais das IFES** e demais receitas auferidas (a exemplo da propriedade intelectual), que são receitas públicas e devem ser recolhidas.

49. A fixação de entendimento nesse sentido no âmbito da Procuradoria Geral Federal reflete a necessidade de que os pareceristas observem a configuração dos instrumentos jurídicos **nos casos concretos**.

50. Situações em que o contratante ou conveniente emprega recursos privados para financiar projetos previsto no art. 1º da Lei nº 8.958/94, condicionam a observação detida sobre os planos de trabalho – cujos elementos obrigatórios estão previstos no §1º do art. 6º do Decreto nº 7.423/2010. **Devem ser separados os recursos destinados às despesas do projeto**, que eventualmente poderão ser destinadas diretamente a conta bancária específica da fundação de apoio partícipe da relação jurídica, **e as receitas** oriundas do ressarcimento previsto no art. 6º da Lei nº 8.958/94 e de eventuais receitas devidas à IFE.

51. Tal entendimento orienta a **obrigatoriedade de formação de instrumentos jurídicos tripartites**, com as IFEs e as respectivas fundações de apoio figurando como contratadas ou convenientes, **a depender do instrumento específico no caso concreto**. Isso porque, baseado no entendimento acima destacado, quando o ajuste envolver a transferência direta de recursos à fundação de apoio, não se enxerga a possibilidade de que, sobretudo as fundações de apoio, figurem apenas como intervenientes – ou seja, que assumam obrigações apenas em nome próprio. Uma vez que as fundações possuem obrigações de apoio e que podem receber diretamente recursos para as despesas decorrentes da execução dos projetos, tais obrigações e direitos devem constar expressamente do instrumento jurídico adequado, **com a anuência expressa das instituições apoiadas** e o decorrente controle

individualizado no âmbito da IFE dos instrumentos jurídicos, (vg. convênio, contrato, ajuste), para fins de transparência e controle e respectivo exame obrigatório pela respectiva Assessoria Jurídica da IFE (art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93).

V – DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

52. 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:

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.

53. 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 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

54. Acerca dessa visão integrada entre regras e princípios, que denominou-se **juridicidade**, o princípio que veio a substituir a legalidade

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

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

no Direito Administrativo Contemporâneo, pós-Constituição de 1988, é curial trazermos sua densidade das palavras de MOREIRA NETO⁴:

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (grifo aposto)

55. A propósito, veja-se 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 do princípio da legalidade pelo da juridicidade, esposado no Parecer nº 1.087 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 19.07.2004:

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. (grifo aposto)

56. Isso posto, podemos, de antemão, concluir que os atos e demais ajustes administrativos devem obedecer ao regramento constitucional e legal a que lhe são impostos, mas não prescindindo da aplicação da juridicidade, esta já de ampla aplicação no cenário administrativista brasileiro.

57. Pois bem, nesse diapasão, deve-se navegar pelas linhas justificadoras da criação das fundações de apoio às Instituições de Ensino, especificamente a **exposição de motivos ao anteprojeto da Lei nº 8.958/1994**, encaminhado ao Congresso Nacional que explicitou

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

com precisão as circunstâncias e motivações que levaram à edição do novo marco legal, a saber⁵:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Anteprojeto de Lei, que dispõe sobre as relações entre as Instituições Federais de Ensino Superior e as Fundações de Apoio, **criadas com o objetivo de colaborar na elaboração e execução de projetos de pesquisa, ensino e extensão universitária e no desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.**

Para atingir tão nobre objetivo, **as Instituições Federais de Ensino Superior, cujas ações são consideradas prioridades nacionais, devem ser aparelhadas com recursos compatíveis e normas especiais de funcionamento.**

Seguindo essa linha de considerações, **o legislador constituinte consagrou tratamento acentuadamente diferenciado às universidades de modo geral** e, em especial, à pesquisa científica e tecnológica.

Assim, **o art. 207 da Constituição Federal de 1988 prevê a autonomia das Universidades, princípio ainda não suficientemente sedimentado e muito longe de tornar-se efetivo.**

Acompanhando esse mesmo raciocínio, a Carta Magna, ao dispor sobre a Ciência e Tecnologia, determina, entre outras medidas, que o Estado apoie as atividades das áreas de ciências, pesquisa e tecnologia, concedendo aos que delas se ocuparem meios e condições especiais de trabalho (cfe. art. 218, par. 3º da CF).

No entanto, a ênfase preventiva da malversação de recursos, contida nas normas legais e regulamentares de um lado, e a dificuldade de se precisar os resultados dessas atividades, de outro, acabam criando obstáculos que têm sido causa de desestímulo, quando não as inviabilizam.

Para superar esses entraves, as universidades têm se valido de expedientes alternativos, como é o caso das Fundações de Apoio.

5 Excerto retirado do Acórdão nº 2.731, de 2008 – Plenário TCU.

O presente Anteprojeto de Lei busca viabilizar, às Universidades, a indispensável flexibilidade na aquisição de materiais destinados à pesquisa, à ciência e à tecnologia e na contratação de serviços de terceiros.

Procurou-se, portanto, dotar o Anteprojeto de Lei de instrumentos necessários ao não desvirtuamento nas relações entre as Instituições Federais de Ensino Superior e as mencionadas Fundações de Apoio, com vistas ao indispensável amparo na elaboração e execução de seus projetos. Dentro dessa ótica, foram estabelecidos mecanismos de controle, essenciais à defesa do patrimônio das Instituições Federais de Ensino Superior.

Na verdade, Senhor Presidente, o Ministério da Educação e do Desporto, em consultas às instituições interessadas e dentro das políticas de fortalecimento da autonomia e da flexibilidade de gestão das Universidades, buscou a formulação de uma proposta que disciplinasse o relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior com as referidas Fundações de Apoio, para que estas possam auxiliá-las em suas atividades, ao mesmo tempo em que se assegurou também a fixação de normas regulamentares destinadas a resguardar, com objetividade, os recursos do Tesouro Nacional e garantir o respeito às regras de moralidade, próprias da Administração Pública Federal.

Assim, torna-se inadiável a criação desses novos mecanismos através dos quais as Instituições Federais de Ensino Superior utilizem as potencialidades existentes e obtenham condições materiais adequadas para enfrentar os problemas que as atingem.

Creio que a medida proposta ensejará a solução de inúmeros problemas detectados na sistemática atual e dará forte impulso no sentido do aprimoramento das Instituições Federais de Ensino Superior, superando limitações até então intransponíveis.

Diante de todo o exposto e com amparo nos arts. 37, 207 e 218 da Constituição Federal e na Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, submeto à elevada consideração de Vossa Excelência o presente anteprojeto de lei para, a seu alvitre, ser encaminhado ao Congresso Nacional.

Respeitosamente,

Murílio de Avellar Hingel

Ministro de Estado de Educação e Desporto” (destaques)

58. Do I Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior, evento organizado pelo Tribunal de Contas da União, extraem-se as seguintes conclusões sobre a **exposição de motivos da Lei nº 8.958/1994**, *in verbis*⁶:

“É certo que há uma série de papéis que as fundações de apoio podem lícitamente desempenhar.

Para dar um exemplo, a **exposição de motivos** que acompanhou o anteprojeto do Executivo para a Lei nº 8.958/94 realçou-lhes a atribuição de intermediárias entre a universidade e o meio externo, destacando que poderiam:

1º) auxiliar a IFES “**na captação e geração de recursos extra-orçamentários**”, oriundos das diversas agências de financiamento nacionais e internacionais para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, ensino e extensão”, bem como:

2º) contribuir no desenvolvimento desses projetos, já que, além de recursos, tornava-se necessário “**um aparelhamento gerencial adequado**”.

120. **Foram, portanto, duas as bases do apoio esperado pelo executivo, ao propor a lei: a busca por mais recursos**, reconhecidamente escassos ante as restrições dos orçamentos públicos em confronto com a complexidade crescente da infra-estrutura de pesquisa, **e um gerenciamento otimizado desses recursos, requerendo-se para tanto uma gestão mais ágil e flexível.**

121. Ainda na visão do anteprojeto da lei, cumpririam às fundações de apoio ‘funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos, com a administração individualizada de cada projeto’. **Assim, essas fundações constituiriam ‘o meio eficaz e as condições especiais de trabalho, imprescindíveis às IFES, que poderão, dedicadas às atividades-fim, participar e contribuir efetiva e sistematicamente para o desenvolvimento tecnológico do país.’** (g.n.)

6 Excerto retirado da Decisão nº 655, de 2002 – Plenário TCU, constante do material produzido no I Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior, pelo Tribunal de Contas da União, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056834.PDF>

59. Nesse desiderato interpretativo, a Medida Provisória 495/2010, editada em 19/07/2010, acresceu à Lei nº 8.958/94 artigo 1º-A, com a seguinte redação:

Art. 1o-A. A **Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP**, como secretaria-executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento **poderão realizar convênios e contratos**, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, **por prazo determinado, com as fundações de apoio, com finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs**, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º, com a anuência expressa das instituições apoiadas.

60. Tal dispositivo foi mantido, ainda que com alterações de redação, na conversão da mencionada medida provisória na Lei nº 12.349/2010, que acrescentou definitivamente o art. 1º-A. Cita-se a redação atual do art. 1º-A da Lei nº 8.958/94:

Art. 1º-A. A **Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP**, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento **poderão realizar convênios e contratos**, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, **com as fundações de apoio, com finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs**, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º, **com a anuência expressa das instituições apoiadas**. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

61. Com efeito, houve opção legislativa expressa de possibilitar a dados entes públicos, diversos das IFEs, sujeitos à Lei nº 8.666/93 (vide art. 1º, parágrafo único), a contratação direta, por dispensa de licitação, das fundações de apoio das IFES. Tal opção legislativa foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, em vários julgados, dentre eles o Acórdão nº 9547/2010 da 1ª Câmara. É relevante trazer à lume o posicionamento do Ministro-Relator, Valmir Campelo, em seu voto:

37. Ademais, a MP nº 495/2010 introduziu na Lei nº 8.958/2010 o art. 1º - A, prevendo ali **a possibilidade de as fundações de apoio receberem recursos diretamente das agências estatais fomentadoras**:

“Art. 1º-A A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria-executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão realizar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei no 8.666, de 1993, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º, com a anuência expressa das instituições apoiadas.” (sem destaque no original)

62. No mesmo sentido, entende-se pela desnecessidade do art. 1º-A da lei prever a possibilidade de entes não sujeitos à Lei n.º 8.666/93 (vide art. 1º, parágrafo único) procederem de igual modo, com a possibilidade de as fundações de apoio de captarem e gerarem diretamente recursos extra-orçamentários para o desenvolvimentos de projetos, sem prejuízo da possibilidade e da recomendação de o fazê-lo, conferindo maior segurança jurídica a matéria.

63. Registre-se, ainda, como indispensável viés interpretativo a ser observado a Magna Carta, em especial o postulado da educação, como direito de todos e dever do Estado, a qual deve ser promovida e incentivada por toda a sociedade, a fim de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, com a garantia de padrão de qualidade, e a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, garantida a autonomia didática-ciêntífica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, bem como o postulado do desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica, a ser promovida, incentivada e apoiada pelo Estado, com a concessão dos respectivos meios, senão veja-se:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] VII - garantia de padrão de qualidade.

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Art. 218. O Estado **promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.**

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - **O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.**” (g.n.)

64. **A título de precedente interpretativo tem-se o Parecer n.º 243/2013/CONJUR/CGU/AGU:CGJA/rc, aprovado pelo Advogado Geral da União em 05/07/2013,** objeto do Memorando-Circular n.º 058/2013-CGU/AGU, da Consultoria-Geral da União, referente ao **princípio constitucional da eficiência e da juridicidade**, com a decorrente necessidade de desenvolvimento de técnicas de gestão pública que simplifiquem procedimentos (desburocratização) e a flexibilização da execução de importantes políticas públicas e/ou programas de governo, com maior margem de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento jurídico (observando à Constituição e depois à lei, nessa ordem), para a satisfação das diretrizes estabelecidas e atendimento ao interesse público primário, como se observa a seguir:

32. Como é cediço, a busca pela eficiência e uma visão diferenciada sobre a supremacia do interesse público (que apresenta como referência o interesse da sociedade e não o interesse burocrático estatal) implicaram mudanças à concepção clássica do princípio da legalidade administrativa.

33. O necessário desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a simplificação de procedimentos (desburocratização), a flexibilização da execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mínima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que fundamentou a limitação estatal através da legalidade, fazendo com que, nesse contexto, a doutrina comesse a utilizar a noção de juridicidade²⁰.

34. A juridicidade se apresenta como um conceito maior, que extrapola a ideia tradicional de legalidade estrita, segundo a qual

o administrador fica vinculado à função de mero executor da regra apresentada pelo legislador. Explica Roberto Barroso²¹:

Supera-se, aqui, a idéia restritiva de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo a sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

35. Ela, a juridicidade, vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento e para a satisfação das diretrizes apresentadas por ele. Diante dessa mudança paradigmática no Direito Administrativo, a Constituição passou a exercer um papel norteador da atividade administrativa.

36. Nessa altura, necessário superar o dilema decorrente da retardatária identificação da suscitada irregularidade formal pela utilização dos princípios jurídicos envolvidos, fazendo uso da técnica da “ponderação de interesses”, a qual, além de solucionar colisões, mantém a normatividade das normas jurídicas, evitando a sua exclusão do ordenamento jurídico.

37. Para corroborar a necessidade de adotar a técnica da ponderação de interesses para a solução de divergência tais como a que ora se analisa, vale transcrever trecho das lições de Raquel Carvalho:

“[...] Na rotina judiciária e administrativa, a maior parte das questões resolve-se pelo método da subsunção do fato às regras legais, após o respectivo juízo de constitucionalidade, ao que se acresce o juízo de legalidade das normas administrativas. Quando se trata de um caso sem maior complexidade, portanto, nada justifica afastar o silogismo como forma de aplicar o regime jurídico administrativo. Realizam-se os juízos de legalidade das normas regulatórias administrativas e de constitucionalidade destas e das leis, subsumindo-se em seguida, os fatos aos conjuntos de normas da Constituição, das leis, veiculadas por decretos e demais instrumentos regulatórios da Administração.”

Não se ignore, entretanto, que em inúmeras circunstâncias podem surgir situações complexas, em que se encontrem em conflito diversos interesses e mesmo mais de um princípio, cada um demandando solução diversa. Nos chamados casos difíceis surge a ponderação de princípios como técnica capaz de definir a solução normativa adequada àquela realidade específica, em face do ordenamento jurídico de regência. é nestas situações excepcionais em que basta subsumir um fato ao texto de lei que se justifica ao intérprete recorrer à ponderação como técnica.”²²

²⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 44.

²¹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). São Paulo: Revista de Direito Administrativo nº 240, 2001. p. 7/45.

²² CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de Direito Administrativo. 1ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 240-241.

65. Destarte, utilizando-se a técnica da ponderação de interesses, em virtude dos princípios jurídicos envolvidos, considerando a proteção de eventual interesse jurídico primário consubstanciado em projeto específico de interesse público, entende-se que pode ser cabível, a depender do exame do caso concreto, se privilegiar o fim em detrimento do meio, ou seja, não se pode prestigiar o controle *per se*, desconsiderando rasamente os benefícios e/ou prejuízos sociais advindos da atividade de interesse público executada pelos projetos realizados com o apoio das fundações de apoio, o que, evidentemente, não afasta o necessário e obrigatório controle a ser desempenhado pelos agentes e/ou órgãos competentes.

66. **A título de precedente interpretativo tem-se, ainda, o PARECER Nº 13/2013/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo pelo Procurador Geral Federal em 27/07/2013,** referente ao repasse de recursos de uma empresa subsidiária integral de uma sociedade de economia mista a uma fundação de apoio do Instituto Federal, com a interveniência da IFE, no qual concluiu-se:

- a) “Pela admissibilidade da presente consulta perante este Departamento de Consultoria da Procuradoria Geral Federal, com prévio trânsito ao Gabinete do Exmo. Advogado-Geral da União, antes da restituição dos autos ao consulente;

- b) A presente análise, em tese, acerca da possibilidade ou não de ajuste entre empresa subsidiária integral de sociedade de economia mista e Instituição Federal de Ensino não dispensa a análise em concreto da documentação contida nos presentes autos, tanto pelo Órgão de Execução da PGF naquele Instituto Federal, quanto pela Assessoria Jurídica daquela subsidiária integral;
- c) O Direito Administrativo deve ser interpretado com base nas normas, nestas englobando-se os princípios e as regras, destacando-se no cenário do Direito Administrativo Contemporâneo o princípio da juridicidade, pela harmonização do sistema;
- d) As fundações de apoio almejam realizar projetos de pesquisa do interesse das Instituições Federais de Ensino, devendo-se-lhe dar interpretação abrangente a fim de que, dentro da juridicidade, mais e mais projetos possam ser viabilizados;
- e) Na constituição de fundações de apoio a Instituições Federais de Ensino devem ser observadas as disposições contidas na Lei nº 8.958, de 1994, do Decreto nº 7.423, de 2010, e da Portaria Interministerial nº 3.185, de 2004, observando-se suas alterações posteriores;
- f) As subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista passaram, com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a ser expressamente incluídas entre as paraestatais, sendo-lhes estendido o tratamento idêntico aos de suas respectivas empresas matrizes;
- G) Os recursos financeiros da subsidiária integral da sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica não sofrem unificação no caixa único do tesouro (vide o Capítulo I do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986), posto não serem receita pública na sua contabilidade (contabilidade dessa regida pela Lei das Sociedades Anônimas, e não pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.), tampouco os recursos das fundações de apoio às Instituições Federais de Ensino compõem o caixa único federal – constituição nos moldes do Código Civil Brasileiro.”

67. O princípio constitucional da eficiência equivale à atuação com “rendimento funcional por parte da Administração e, sobre outro enfoque, a “um reclamo contra a burocracia estatal” (SANTOS, Alvacir Correia dos. Princípio da Eficiência da Administração Pública, 1º

edição. São Paulo: LTR, 2003, p. 183-184), o que reforça o disposto supra.

68. Assim, a controvérsia em comento deve ser solucionada a luz do postulado da juridicidade, de acordo com as duas bases de apoio esperado pelo Poder Executivo ao propor a Lei n.º 8.958/94 expressas na exposição de motivos, a saber, a captação e geração de recursos extra-orçamentários e um gerenciamento otimizado dessas verbas, requerendo para tanto uma gestão mais ágil e flexível a atender e **efetividade da demanda específica** de projetos de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional, tal como supra recomendado no presente opinativo, **garantido o necessário controle pelos agentes e/ou órgãos competentes**, - a saber: o Ministério Público, nos termos do Código Civil, por se tratar de fundação de direito privado, sem finalidade lucrativa, regida pelo Código Civil e pela legislação trabalhista (art. 2º, caput, incs. I e II, da Lei n.º 8.958/94), e quando envolver a aplicação de recursos públicos: b.1.) aos órgãos públicos financiadores (art. 3º, inc. II, da Lei n.º 8.958/94), b.2.) o controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante (art. 3º, inc. III, da Lei n.º 8.958/94) e b.3.) pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente (art. 3º, inc. IV, da Lei n.º 8.958/94) -, nos termos da Lei n.º 8.958/94, a seguir:

“Art. 2º As fundações a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de **fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e por estatutos** cujas normas expressamente disponham sobre a **observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, e sujeitas, em especial:**

I - a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil;

II - à legislação trabalhista;

III - ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bianualmente.

Art. 3º **Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:**

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.” (destaque)

69. Ainda, não é demais destacar o **prévio registro e credenciamento** junto ao Ministério da Educação e do Desporto – MEC e ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – MCTI, **renovável bianualmente** (art. 2º, inc. III, da Lei n.º 8.958/94), com o decorrente **controle inclusive pela própria IFE apoiada**, de acordo com as normas do Decreto n.º 7.423/2010, *in verbis*:

“Art. 4º **O pedido de registro e credenciamento previsto no art. 3º deverá ser instruído com os seguintes documentos:**

I - estatuto social da fundação de apoio, comprovando **finalidade não lucrativa** e que os **membros dos seus conselhos não são remunerados pelo exercício de suas funções**;

II - atas do órgão colegiado superior da instituição apoiada e dos órgãos da fundação de apoio, comprovando a **composição dos órgãos dirigentes da entidade, dos quais mais da metade deverá ter sido indicada pelo órgão colegiado superior da instituição apoiada** e, no mínimo, um membro deverá provir de entidades científicas, empresariais ou profissionais, sem vínculo com a instituição apoiada;

III - **certidões expedidas pelos órgãos públicos competentes** para a comprovação da regularidade jurídica, fiscal e previdenciária da fundação;

IV - **ata de deliberação do órgão colegiado superior da instituição apoiada, manifestando prévia concordância com o registro e credenciamento da entidade como fundação de apoio**; e

V - norma aprovada pelo órgão colegiado superior da instituição apoiada que discipline seu relacionamento com a fundação de apoio especialmente quanto aos projetos desenvolvidos com sua colaboração.

[...]

Art. 5º O pedido de renovação do ato de registro e credenciamento deverá ser protocolado com antecedência mínima de cento e vinte dias do termo final de sua validade.

§ 1º O pedido de renovação deverá ser instruído com as certidões previstas no inciso III do art. 4º, devidamente atualizadas, acrescido do seguinte:

I - relatório anual de gestão da fundação de apoio, aprovado por seu órgão deliberativo superior e ratificado pelo órgão colegiado superior da instituição apoiada, dentro do prazo de noventa dias de sua emissão;

II - avaliação de desempenho, aprovada pelo órgão colegiado superior da instituição apoiada, baseada em indicadores e parâmetros objetivos demonstrando os ganhos de eficiência obtidos na gestão de projetos realizados com a colaboração das fundações de apoio;

III - demonstrações contábeis do último exercício fiscal, atestando sua regularidade financeira e patrimonial, acompanhadas de parecer de auditoria independente.” (destacou-se)

70. Por sua vez, eventual omissão do administrador público na transparência, gestão ou controle dos recursos e dos demais órgãos de controle - no tocante, por exemplo, ao controle finalístico, controle de gestão, eventual alteração quantitativa ou qualitativa do projeto, prestação de contas e devolução, quando for o caso, de eventual saldo de recursos e rendimentos financeiros-, não prejudica a possível responsabilização subjetiva individual do agente público negligente no cumprimento do seu mister de controle e transparência na gestão dos recursos, nem autoriza suprimir a flexibilidade necessária para as IFEs desempenharem suas ações, consideradas prioridade nacional, conforme expresse na exposição de motivos da Lei n.º 8.958/94.

71. Flexibilidade, controle e eficiência devem co-existir, cabendo às IFEs dedicar-se ao desempenho de sua atividade finalista, às fundações de apoio conferir uma gestão mais ágil e flexível (desburocratização) e aos agentes e/ou órgãos competentes, internos e/ou externos, realizar o controle dos

atos praticados, garantindo-se uma necessária flexibilidade finalística com controle.

72. Aplica-se, ao menos analogicamente, a fundamentação principiológica objeto da Orientação Normativa AGU n.º 11/2009 (*A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei n.º N.º 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.*), de forma que tutela-se o interesse jurídico primário na continuidade e da realização de projetos de interesse da sociedade, a qual não pode ser prejudicada por eventual conduta dolosa e/ou culposa do agente e/ou órgão, público e/ou privado, responsável pela gestão, transparência ou controle na administração dos recursos, sem prejuízo da apuração da responsabilidade individual do agente que lhe deu causa, total ou parcialmente.

73. Exemplificando o **impacto social da demanda**, só a título de atividades de extensão ou pós-graduação *lato sensu* (aperfeiçoamento, especialização – incluindo MBA e residência médica-, treinamento profissional, cursos de atualização e cursos de extensão universitária, vide arts. 102 a 107 do Estatuto, disponível em http://www.ufrj.br/pr/conteudo_pr.php?sigla=ESTATUTO), a UFRJ ofereceu em 2012 cerca de 198 (cento e noventa e oito) turmas para aproximadamente de 3.632 (três mil, seiscentos e trinta e dois alunos) alunos em cursos de extensão (vide declaração da Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa e Divisão de Ensino), atendendo a uma grande demanda social por pesquisa, extensão, inserção tecnológica e inovação nacional e regional, além de formação profissional - afora as demais atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional -, para os quais o art. 1º, caput, da Lei n.º 8.958/94 faculta a possibilidade de apoio das fundações de apoio “*inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos*”, observados os balizamentos próprios previstos na Lei n.º 8.958/94 e regulados pelo Decreto n.º 7.423/2010 (vg. projetos específicos, realização apenas de despesas aprovadas em prol de tais projetos, gestão consoante os princípios da administração pública e prestação de contas às IFEs), modelo de gestão este que, smj, propicia tanto o controle pelos diversos entes competentes quanto também uma desejável eficiência na consecução de seus objetivos, com imensurável benefício social advindo da atividade de interesse público executada pelos projetos realizados com o apoio das fundações de apoio.

74. A título informativo, a UFRJ oferece turmas de *lato sensu* desde 1963, com notória excelência nacional e internacional em pesquisa, sendo as engenharias, ciências da saúde e ciências sociais aplicadas as três grandes áreas de conhecimentos mais demandadas, com formação profissional principalmente em engenharia, tecnologia e gestão, a exemplo do Parque Tecnológico na Ilha do Fundão, onde centros de pesquisas de empresas multinacionais se instalaram (vg. Petrobrás, Schlumberger, Baker Hughes, FMC, Halliburton, TenarisCofab, BG Group, EMC2, SIEMENS, GE, entre outras), atendendo, portanto, uma escala e uma diversidade de demanda por pesquisa, conhecimento e formação social, contribuindo para a pesquisa, extensão, inserção tecnológica, inovação nacional e regional e o próprio desenvolvimento tecnológico nacional e do Rio de Janeiro - o qual representa a 2º maior economia nacional e detém mais de 90% (noventa por cento) da reserva nacional de petróleo - (vide subsídios técnicos apresentados pela Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa e Divisão de Ensino), **em consonância, protanto, com o postulado constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (art. 207, da CF).**

75. Registra-se, ainda, que o **Parecer CNE/CES 81/2003** (http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/parece_cne_0081_sesu.pdf) admite a realização de cursos de pós-graduação *lato sensu* (não regular, descontínuo, episódico, passível de cobrança, de abertura e início incerto, a depender da efetiva viabilização financeira do plano de aplicação financeiro aprovado, vide arts. 22, inc. XXII e XXIII, da Resolução CEPG/UFRJ n.º 02/2009), desde que isso não represente a supressão das atividades regulares da instituição de ensino nos seus cursos de especialização *stricto sensu* (a saber, mestrado e doutorado, de natureza regular, contínuo e gratuito). Assim, a estrutura administrativa e financeira das IFEs deve ser obrigatoriamente utilizada de forma preferencial para os cursos de especialização *stricto sensu* (gratuitos), contexto no qual a estrutura administrativa e financeira das fundações de apoio vêm sendo historicamente utilizada como expediente alternativo para superar entraves administrativos diversos, reconhecidamente presentes na própria exposição de motivos da Lei n.º 8.958/94, de forma a viabilizar a realização de cursos de pós-graduação *lato sensu*, sem prejuízo da possibilidade de concessão de bolsas de forma a garantir a **democratização do acesso à formação** aos que dela necessitam, dentro de regras estabelecidas em cada IFE, de acordo com o postulado da autonomia universitária (arts. 206 e 207, da Magna Carta).

76. Nesse diapasão, entende-se aplicável a alínea “d” do inc. 50 do PARECER N° 13/2013/DEPCONSU/PGF/AGU, devendo ser dada uma interpretação sistemática “a fim de que, dentro da juridicidade, mais e mais projetos possam ser viabilizados”, afora a necessária continuidade de diversos projetos em

andamento, com fulcro no postulado da **continuidade do serviço público**, *“até que eventual ajuste normativo seja efetivado para pacificar o entendimento sobre o assunto, os dirigentes das IFES devem pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos de pesquisa”* (item 89, parte final, da Cartilha MEC/CGU), nos moldes do presente opinativo.

77. Por fim, ainda que seja de competência da Procuradoria Geral Federal fixar a interpretação das leis e dos demais atos normativos no âmbito das autarquias e fundações públicas federais (art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 c/c art. 11, III, da Lei Complementar nº 73/1993), diante da **alta relevância**, a matéria também pode ser submetida ao Advogado-Geral da União e à Presidência da República (art. 40, da Lei Complementar nº 73/1993), para sua pacificação no âmbito de toda a Administração Pública Federal, conferindo maior segurança jurídica aos projetos a serem desenvolvidos.

CONCLUSÃO

78. Em face do exposto, opinamos que:

- a) A abrangência sobre os recursos, oriundos das relações jurídicas reguladas pela Lei nº 8.958/94, que devem ser recolhidos à conta única do Tesouro Nacional é controversa na medida em que falta clareza legislativa sobre a questão e há posicionamentos divergentes entre órgãos como o Ministério da Educação e a Controladoria-Geral da União, de um lado, e o Tribunal de Contas da União, de outro. O cerne da controvérsia diz respeito à definição de recursos e receitas públicas, categorias muitas vezes confundidas;
- b) os órgãos da Procuradoria Geral Federal devem observar em suas manifestações jurídicas a diferença entre receitas públicas (ex. ressarcimento do art. 6º da Lei nº 8.958/94 e demais receitas auferidas a partir dos projetos) e despesas referentes à execução dos projetos;
- c) As receitas públicas devem ser, obrigatoriamente, recolhidas à conta única do Tesouro. As despesas do projeto, por sua vez, não são receitas públicas, e os recursos correspondentes, desde que devidamente consignados em plano de trabalho (no §1º

do art. 6º do Decreto nº 7.423/2010) podem ser depositadas em conta específica do projeto de titularidade da fundação de apoio;

- d) Nos instrumentos jurídicos específicos nos quais seja prevista a captação direta de recurso pelas fundações de apoio, estas não deverão figurar como meros intervenientes, devendo haver instrumento tripartite, com a anuência expressa das instituições apoiadas, prévia exame pela sua respectiva Assessoria Jurídica (art. 38, parágrafo único, Lei n.º 8.666/93) e o controle individualizado no âmbito da IFE dos instrumentos jurídicos, para fins de transparência e controle na gestão dos recursos, incluindo a devolução, quando for o caso, de eventual saldo de recursos e rendimentos financeiros, conforme definido no respectivo ajuste;
- e) até que eventual ajuste normativo seja efetivado para pacificar o entendimento sobre o assunto, os dirigentes das IFES devem pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos, nos moldes do presente opinativo;
- f) em razão da alta relevância da matéria, em nome da segurança jurídica, a matéria poderá ser submetida ao Advogado-Geral da União e à Presidência da República (art. 40, da Lei Complementar nº 73/1993), para pacificar a matéria no âmbito de toda a Administração Pública Federal, conferindo maior segurança jurídica aos projetos a serem desenvolvidos.

À consideração superior.

Brasília, 19 de setembro de 2013.

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Erica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o N.º 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento, em especial considerando o contido no parágrafo de n.º 77 deste Parecer.

Brasília, 23 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 45 /2013:

Os órgãos da Procuradoria Geral Federal devem observar em suas manifestações jurídicas a diferença entre receitas públicas (ex. ressarcimento do art. 6º da Lei nº 8.958/94 e demais receitas auferidas a partir dos projetos) e despesas referentes à execução dos projetos.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 46/2013:

As receitas públicas devem ser, obrigatoriamente, recolhidas à conta única do Tesouro. As despesas do projeto, por sua vez, não são receitas públicas, e os recursos correspondentes, desde que devidamente consignados em plano de trabalho (no §1º do art. 6º do Decreto nº 7.423/2010) podem ser depositadas diretamente em conta específica do projeto de titularidade da fundação de apoio.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 47/2013:

Nos instrumentos jurídicos específicos nos quais seja prevista a captação direta de recurso pelas fundações de apoio, estas não deverão figurar como meros intervenientes, devendo haver instrumento tripartite, com a anuência expressa das instituições apoiadas, prévia exame pela sua respectiva Assessoria Jurídica (art. 38, parágrafo único, Lei n.º 8.666/93) e o controle individualizado no âmbito da IFE dos instrumentos jurídicos, para fins de transparência e controle na gestão dos recursos, incluindo a devolução, quando for o caso, de eventual saldo de recursos e rendimentos financeiros, conforme definido no respectivo ajuste.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

PARECER Nº 13 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONS/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVÊNIOS. ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS. LIMITE DE 25%. PREVISÃO DO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. APLICABILIDADE RELATIVA AOS CONVÊNIOS. ART. 116 DA LEI Nº 8.666/93. NECESSIDADE DE EXAME DO TIPO DE RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE. PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

I. No âmbito dos convênios, duas situações podem ser identificadas: (a) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (b) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente.

II. Na primeira hipótese (a), o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às alterações quantitativas relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei e levando em conta as peculiaridades e natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade. Os eventuais acréscimos devem ser precedidos de solicitação do conveniente e da prévia aprovação, devidamente motivada, da área técnica do concedente.

III. Na segunda hipótese (b), é plenamente aplicável o limite de 25%, tendo em vista o liame jurídico travado entre o conveniente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93.

IV. Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público, o limite de 25% é plenamente aplicável, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- 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.

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, examinar-se-á eventual aplicabilidade dos limites estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8666/93 (25%), aos convênios, em especial no que toca aos limites aplicáveis às eventuais alterações realizadas no âmbito dos convênios.

I. QUESTÃO PRÉVIA: A DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIOS E CONTRATOS E O ESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO SELETIVA DAS REGRAS CONTRATUAIS PELO ART. 116 DA LEI Nº 8.666/1993

4 Antes de ingressar no exame do tema, faz-se necessário explicitar a distinção jurídica entre contratos e convênios. As peculiaridades inerentes a cada um destes tipos de ajustes é de extrema importância para a adequada interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 e a eventual aplicação de regras específicas do regime contratual aos convênios. Vale registrar, também, que o exame realizado no presente parecer restringe-se aos convênios financeiros, isto é, aqueles que são executados mediante o repasse de recursos financeiros¹.

1 Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a transferência de recursos é elemento de noção dos convênios, se não há envolvimento de verbas públicas “o melhor é utilizar o ato de colaboração ou acordo de cooperação técnica, terminologias mais corretas para os ajustes em que as partes se mantêm autônomas, emprestando reciprocamente informações, lavrando atos e uma série de providências sem recursos financeiros diretos

5 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, 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”. Nesse contexto, os convênios revelam-se como expressão de um princípio básico da atividade administrativa, que é a **descentralização**².

6 Conforme lição clássica de Hely Lopes Meirelles³, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de **objetivos de interesse comum dos partícipes**”. Já o contrato administrativo é “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados **os interesses patrimoniais do contratante privado**”⁴. Ao fazer a distinção entre convênio e contrato, Hely Lopes afirma que:

e indiretos” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.1033).

2 Nesse sentido, ver o art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

[...]]

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[...]]

§ 5º 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 incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 557-558.

Convênio é acordo, mas não é contrato. No **contrato** as partes têm **interesses diversos e opostos**; no convênio os partícipes têm **interesses comuns e coincidentes**. Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, **no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só**, idêntica para todos, **podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um**, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos⁵.

- 7 Em sentido semelhante, a professora Di Pietro explica que:

[...] na diferenciação do contrato e do convênio em razão da **natureza da verba repassada** pela Administração Pública. No primeiro, **o valor pago passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu**, sendo irrelevante para o repassador a destinação do mesmo. No segundo, permanece a **verba com a natureza de dinheiro público, somente podendo vir a ser utilizada para os fins previstos no instrumento de convênio**, ficando a entidade recebedora obrigada a prestar contas de sua utilização ao Tribunal de Contas⁶.

- 8 Marçal Justen Filho também se vale dessa distinção, embora agregando aspectos novos:

O convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido estrito. Em primeiro lugar, o convênio é um contrato **associativo**, de cunho organizacional. Isso significa que **a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra**. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando à realização de um **fim comum**. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho **comutativo**: as partes se valem da contratação para produzir a **transferência entre si da titularidade de bens e interesses**. Essa distinção se relaciona com o posicionamento recíproco entre as partes. **No convênio, as partes não percebem remuneração** por sua atuação e todos **os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva**.⁷

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

6 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, p. 285.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422.

9 De certo modo, a distinção doutrinária foi adotada pela legislação que rege a matéria:

Decreto nº 6.170/2007

Art. 1º. [...]

§ 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;

10 Portanto, para que uma relação jurídica possa ser intermediada pelo instrumento jurídico denominado de convênio, alguns elementos são obrigatórios⁸: **a)** os partícipes devem ter objetivos e **competências** institucionais comuns; **b)** os partícipes devem ter em mira a obtenção de **um resultado que seja de interesse comum** (um estudo, um projeto, uma obra, um serviço, etc.), com rateio de custos e benefícios; **c)** o ajuste deve ter natureza cooperativa, devendo estar presente a **mútua colaboração**, que pode assumir várias formas, como o repasse de verbas, o uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, etc; **d)** os recursos financeiros repassados possuem natureza de dinheiro **público**, somente podendo vir a ser **utilizada para os fins previstos** no instrumento de convênio; **e)** **inexistência de lucro**, pois não há remuneração a ser percebida pelas partes; **f)** obrigatoriedade da **prestação de contas**.

11 A distinção conceitual feita até agora deve, necessariamente, servir de orientação hermenêutica para a correta interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/93. Relativamente às regras contratuais aplicáveis aos convênios, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não estabeleceu um indicativo expresso, mas preferiu adotar uma alternativa, digamos, principiológica. Dispõe o art. 116 da Lei nº 8.666/93, que “aplicam-se as disposições desta lei, **no que couber**, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. Se a própria legislação previu

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: 2012. p. 340.

essa aplicação seletiva é porque partiu do pressuposto teórico-jurídico de que os convênios e contratos administrativos submetem-se a regimes jurídicos distintos. Do contrário, entender pela aplicação integral do regime jurídico-contratual aos convênios é tornar sem sentido a norma prevista no art. 116.

12 Embora alguns doutrinadores qualifiquem os convênios como espécies do gênero “contrato”, deixam expresso que são contratos “associativos de cunho organizacional”, o que atrai um regime jurídico específico para a sua execução. Para Marçal Justen Filho,

O conceito amplo de contrato administrativo compreende diversas figuras, **cada qual subordinada a regime jurídico diferenciado**. Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. Há os **acordos de vontade da Administração**, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.⁹

13 Portanto, apenas as regras contratuais que forem compatíveis com o regime jurídico próprio dos convênios é que lhe podem ser aplicáveis. Um exame deste tipo requer a necessária observação do caso concreto, além de se pautar por uma compreensão principiológica do direito. Para Marçal Justen Filho, “os **princípios basilares** contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados”, ou seja, “os convênios deverão ser estabelecidos obrigatoriamente por escrito, com prazos de vigência e cláusulas que atendam às determinações legais etc.”¹⁰.

14 Vale esclarecer, também, que o convênio é um tipo de ajuste executado de “forma instantânea” e não de “forma continuada”, para utilizar uma distinção feita por Marçal Justen Filho¹¹. O que se pretende ao realizar um convênio é a obtenção de um objeto, específico e determinado, que não se renova no tempo: seja a construção de uma

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422-423.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Curitiba: Dialética, 2012. p. 1088. Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que “parece fora de dúvida que o art. 116 destina-se tão-só a fixar regras gerais mínimas de comportamento administrativo nos convênios” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 209. p. 1018).

11 “Os contratos de execução instantânea impõem o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante [...]. Já os contratos de execução continuada impõem o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo, sem que o adimplemento produza a liberação do devedor ou a extinção do contrato. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 506-507).

obra, a realização de um serviço ou a aquisição de um bem. Desse modo, pode-se qualificar o convênio como um “**ajuste por escopo**”, na medida em que o mesmo não se revela como instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, detalhadamente especificado no **momento** da celebração do acordo, de modo a evitar a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado, bem como a prorrogação indefinida do ajuste (o que se conhece pela prática irregular por “convênios guarda-chuva”).

15 Por fim, deve-se atentar para o fato de que o convênio é um tipo de acordo/ajuste administrativo que envolve um feixe de relações jurídicas, o que lhe confere um grau de complexidade elevado. As relações jurídicas criadas no âmbito de um convênio são várias: entre o concedente e o conveniente e entre o conveniente e as eventuais empresas que serão, na maioria dos ajustes, contratadas para executar o objeto do convênio. Diante de tal realidade, inúmeras situações podem ocorrer.

16 Tais elementos serão importantes para identificar, adiante, a aplicação ou não de dispositivos da Lei nº 8.666/93 aos convênios, notadamente as limitações relacionadas às alterações efetuadas no objeto.

II. CONTRATOS: LIMITES ÀS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

17 No âmbito dos contratos administrativos, onde há, pois, a oposição de interesses, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu limites às alterações quantitativas e qualitativas, de modo a salvaguardar o princípio constitucional da **igualdade** de oportunidades e a evitar fraudes no âmbito das licitações públicas. A respeito do tema, cumpre transcrever o art. 65, I, b, § 1º:

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

- a) quando houver **modificação do projeto ou das especificações**, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a **modificação do valor contratual** em decorrência de **acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos **limites permitidos** por esta Lei;

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os **acréscimos** ou supressões que se fizerem nas **obras, serviços ou compras**, até **25% (vinte e cinco por cento) do valor**

inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de **reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50%** (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

18 O art. 65 prevê duas ordens de modificações: as quantitativas e as qualitativas. As alterações qualitativas (art. 65, I, a) têm como cerne a modificação de especificação do objeto contratado, visto que a sua finalidade poderá restar prejudicada ou não atingida caso não aconteça a devida adequação do projeto. É qualitativa, também, a alteração do regime de execução ou modo de fornecimento. Tais hipóteses são, de regra, imprevisíveis ou, então, inevitáveis, exigindo **justificativa de ordem técnica** que demonstre a sua imperatividade para o alcance da finalidade prevista no contrato.

19 Por seu turno, as alterações quantitativas (art. 65, I, b) referem-se apenas ao acréscimo ou à supressão das quantidades relacionadas à dimensão do objeto. Aqui, não há modificação das especificações ou critérios contratuais. Inclusive, o texto legal dispõe que sucederão “nas mesmas condições contratuais” (art. 65, §1º) e “devem processar-se apenas nos limites permitidos” (art. 65, § 2º).

20 Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 215/1999, estabeleceu que **“tanto as alterações contratuais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto – quanto as unilaterais qualitativas – que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei”**. No entanto, o próprio TCU afirmou que **as alterações qualitativas consensuais podem, excepcionalmente, ultrapassar os limites do art. 65, § 1º, desde que observados os princípios da finalidade e proporcionalidade, bem como os direitos patrimoniais do contratado**, além de satisfazer os seguintes pressupostos:

- I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diverso;

V – ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados [...] que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

III. CONVÊNIOS: (IN)APLICABILIDADE DO LIMITE DE 25% ÀS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS

21 A dúvida que surge é se os limites previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93 são aplicáveis aos convênios. Tais regras seriam adequadas ao regime jurídico e a principiologia inerente a tais acordos administrativos? Diante da complexidade e da pluralidade de relações jurídicas criadas pela celebração de um convênio, a resposta não pode ser traduzida em termos de sim/não. É necessário, então, um olhar mais atento a tais peculiaridades.

22 Consoante o art. 116 da Lei nº 8.666/93, a celebração de convênio depende de plano de trabalho aprovado contendo, no mínimo, a identificação do objeto, as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução, o plano de aplicação de recursos financeiros, o cronograma de desembolso e a previsão de início e fim da execução do objeto.

23 A Portaria Interministerial nº 507/2011, por sua vez, detalha de forma conceitual os componentes exigidos pela Lei de Licitações:

Art. 1º [...]

[...]

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

[...]

XVIII - meta: parcela quantificável do objeto descrita no plano de trabalho;

XIX - **objeto: produto do convênio**, contrato de repasse ou termo de cooperação, observados o programa de trabalho e as suas finalidades;

[...]

XXIII - termo aditivo: instrumento que tenha por objetivo a modificação do convênio já celebrado, **vedada a alteração do objeto aprovado**.

24 Como forma de ilustrar melhor a relação objeto/meta, transcreve-se exemplo de plano de trabalho de convênio fornecido pelo Manual do Tribunal de Contas da União sobre convênios e outros repasses¹²:

Meta	Etapa	Fase	Especificação	Indicador Físico		Duração	
				Unidade	Quantidade	Início	Fim
1			Modernização de Laboratório				
	1.1		Aquisição de equipamentos				
		1.1.1	Computadores 8gb RAM, 2TB	Peça	50		
		1.1.2	Monitores de vídeo LCD 17"	Peça	50		
		1.1.3	Impressoras Laser	Peça	10		
2			Capacitação de jovens	Jovens	500		
	2.1		Planejamento, elaboração de materiais, divulgação e matrículas				
		2.1.1	Planejamento de aulas	Planos	1		
		2.1.2	Elaboração de material didático	Apostilas	500		
		2.1.3	Divulgação por rádio	Avisos	10		
		2.1.4	Matrículas por período letivo	Matrículas	250		

25 Relativamente à possibilidade de modificação do PTA do convênio, a Portaria Interministerial nº 507/2011 estabelece o seguinte:

Art. 50. O **convênio poderá ser alterado** mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.(...)

12 Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses* 4.ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2013.

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, **sendo vedado:**

[...]

III - **alterar o objeto do convênio** ou contrato de repasse, **exceto** no caso de **ampliação da execução do objeto pactuado** ou para **redução ou exclusão de meta**, sem prejuízo da **funcionalidade** do objeto contratado;

26 Como se percebe, a norma regulamentar não traz determinação clara quanto às várias situações que podem ocorrer, bem como também não trata dos eventuais limites aplicáveis às modificações. Por exemplo, o que seria “ampliação da execução do objeto”? Inclusão de meta? Aumento de quantidades do indicador físico? Existem limites a esta ampliação?

27 Não obstante a rigidez do comando insculpido no art. 52, inciso III, da Portaria Interministerial nº 507/2011, é muito frequente o gestor perceber, ao receber os recursos, que o objeto previsto não poderá ser executado nos termos propostos originalmente. Ademais, é razoável compreender situações peculiares com capacidade de interferir no objeto – **desde que não pudessem ser previstas por ocasião da celebração do instrumento** – impondo a **modificação do indicador físico (quantidades)** estabelecido originalmente¹³. A aplicação do limite de 25% previsto na Lei nº 8.666/93 a tal contexto dependerá do tipo de relação jurídica envolvida. Nesse quadro, duas situações podem ser identificadas: (1) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (2) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente.

28 No que toca à primeira hipótese (1), não custa lembrar que o convênio, diferentemente do contrato administrativo, prescinde de procedimento licitatório (e, aqui, repita-se, não está a se tratar de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos, que, de regra, têm o chamamento público prévio). Conforme já frisado, trata-se de ajuste marcado pela união de esforços destinados a consecução de um objetivo comum, não havendo vantagem ou lucro a ser obtido. Nessa linha, pode-se defender a não aplicação do limite previsto no art. 65 da Lei de Licitações, na medida em que ausente a ratio do referido dispositivo legal.

13 Como ensina Joel Niehbur, perfeitamente aplicável ao contexto dos convênios, “a mutabilidade do objeto do contrato [do convênio] é princípio que serve a possibilitar a adequação dele às novas demandas do interesse público. O ponto chave reside na palavra adequação. A alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato [do convênio] noutro, com funcionalidade diferente” (*Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008. p. 513-514).

Ora, se inexistisse isonomia ou licitação a ser protegida, qual a finalidade da aplicação da referida limitação? A aplicação cega do dispositivo, sem levar em conta as especificidades do caso, acabaria por desvirtuar o interesse público que se pretende proteger. Ao comentar a limitação de 25% prevista na Lei nº 8.666/93, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, de um dispositivo legal não se podem extrair nem resultados alheios à razão de existir da norma, nem que prejudiquem desnecessariamente interesses, maiormente quando públicos, se disto não resultar proveito para quem quer que seja, nem que conduzam a incongruências ou ilogismos. Tanto isto é verdadeiro que doutores de incontestada autoridade, com fundamentação teórica mais ou menos extensa, mais ou menos explícita, indicam claramente que não se pode perder de vista a razão de existir de determinada regra, o espírito que a informa, advertindo, conseqüentemente, contra a errônea de recebê-la como um “tabu”, pena de chegar-se a resultados incompatíveis com seus fundamentos e com a própria lógica que lhe deve presidir o exame.¹⁴

29 Contudo, a não aplicação do limite de 25% às alterações quantitativas no âmbito dos convênios **não isenta, por óbvio, o conveniente e o concedente** de realizarem um planejamento e uma avaliação técnica que reflitam a efetiva necessidade social do ente federativo, o que, se não feito, redundaria na possibilidade de apuração disciplinar própria aos servidores públicos envolvidos. Como adverte o Tribunal de Contas da União¹⁵,

A exatidão das informações do plano de trabalho tem repercussão, também, na execução do convênio e na respectiva prestação de contas. A fiscalização dos órgãos federais de controle baseia-se nas informações do plano de trabalho para fixar critérios de avaliação do alcance das metas propostas. **Subestimar ou superestimar as metas, os custos ou o cronograma de execução do objeto do convênio poderá trazer sérias consequências para o gestor do convênio.**

Em suma, para propor a celebração de convênio, o interessado deve atentar para as seguintes medidas:

14 BANDEIRA DE MELLO. Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%. In: Idem. *Grandes temas do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233.

15 Tribunal de Contas da União. Convênios e outros repasses. 4. ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2013.

- Elaborar plano de trabalho (planejamento) de forma detalhada, precisa e completa, descrevendo suficientemente, de forma quantitativa e qualitativa, o objeto proposto, suas metas, etapas e/ou fases.
- Estruturar orçamento realista do objeto programado.
- Certificar-se da existência dos recursos de contrapartida.
- Realizar previsão factível das fases do projeto e do prazo necessário para sua conclusão.

30 Outra preocupação a ser consignada é a **impossibilidade de transmutação do objeto conveniado**. Não se pode transformar a construção de escola em construção de hospital; a capacitação de professores em aquisição de equipamentos. Embora isso seja difícil de ocorrer nas alterações quantitativas – já que não há modificação das metas, etapas ou fases, mas apenas das quantidades presentes no indicador físico – não é demais afirmar que **a alteração da dimensão do objeto não pode atingir à funcionalidade básica dele**. A finalidade do acordo e a necessidade social devem ser as mesmas, não podendo ser o foco da modificação. O acréscimo a ser feito tem como objetivo adaptar o objeto às novas circunstâncias ou a corrigir eventuais falhas no planejamento inicial e não a transmutá-lo em objeto distinto.

31 Ressalte-se, ainda, que deverão ser demonstradas as **razões (justificativas) técnicas suficientes** a determinar a alteração pretendida, em atendimento ao **dever de motivação**¹⁶. O valor necessário está sujeito à avaliação prévia de setor técnico do ente concedente e à disponibilidade orçamentária e financeira. A proposta de modificação deve, igualmente, ser remetida à área jurídica juntamente com a manifestação técnica pertinente, acompanhada de minuta de termo aditivo. Observar-se-ão, no aditamento, os mesmos procedimentos e trâmites exigidos por ocasião da celebração do convênio.

32 Aumentadas as atribuições e os encargos a serem prestados pelo conveniente, impõe-se a revisão do correspondente aporte de recursos financeiros e do ajustamento do prazo final de vigência da avença, caso seja necessário. Reduzindo-as, os valores alocados e o prazo para o alcance do objeto devem ser reavaliados pela Administração e, se for o caso, proporcionalmente reduzidos. A contrapartida financeira

16 Vale a pena citar as orientações de Marçal Justen Filho, plenamente aplicáveis ao caso dos convênios: “a administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 495).

do conveniente também deve ser aumentada ou reduzida de forma proporcional à alteração realizada.

33 Relativamente a segunda hipótese acima levantada (2) – quando a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente –, impõe-se conclusão diversa da acima defendida. É que nesse caso estamos falando em contrato já firmado pelo conveniente, ocasião que atrai a plena aplicação da limitação prevista no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações. Nessa situação, a relação jurídica é distinta da existente entre concedente-conveniente. Esse foi o caso enfrentado no Acórdão nº 1.934/2009 – Plenário, onde foi identificado aditivo que alterou convênio firmado pela Embratur e que repercutiu em 540% no contrato firmado com o recurso financeiro repassado. Nessa hipótese, o TCU, por meio do voto do relator, foi enfático:

38. Outra falha identificada pela unidade técnica refere-se à celebração do segundo termo aditivo ao Convênio 40/2003, que resultou em um **acréscimo ao valor do convênio original de 540%.**

39. Entendo que tal fato, por si só, não caracteriza a existência de qualquer irregularidade, pois aos Convênios, celebrados com vistas a fomentar interesses comuns entre o concedente e o conveniente, não se aplicam as restrições relativas ao reajustamento contidas no Estatuto das Licitações. Até porque poderia ser celebrado outro convênio, com o mesmo conveniente, sem restrições.

40. Contudo, o problema identificado pela unidade técnica reside no fato de que conveniente, que deveria observar as normas contidas no Estatuto das Licitações, também **aditivou o contrato celebrado com a Evidência Comunicação e Publicidade / Display, em 540%, sem observar, portanto, os limites previstos no art. 65, §2º da Lei 8.666/1993.**

34 Por fim, cabe registrar que no caso de **convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público**, o raciocínio deve ser o mesmo da hipótese (2) acima descrita. Em outras palavras, **é aplicável o limite de 25%** às alterações quantitativas realizadas em tais convênios, pela simples razão de que, em tais ajustes, está presente a possibilidade de “competição”, de modo que a inobservância do limite previsto no art. 65, § 1º, resvalará, inevitavelmente, na violação do princípio da igualdade de oportunidades. Ademais, o prévio chamamento público é regra geral para celebração de tais ajustes.

35 Importante salientar que, embora se admita, em tese, a alteração quantitativa em convênios acima do limite de 25%, desde que observadas

as ressalvas feitas acima (e nesse aspecto, tal observação vale para todo e qualquer convênio), tal possibilidade não pode ser deferida *a priori*, de forma genérica, porquanto faz-se imprescindível a análise caso a caso, já que tal alteração é excepcional, dependendo da apresentação de justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a modificação do plano de trabalho inicialmente acordado, o que deve ser exigido pela área jurídica competente. Registre-se, igualmente, que é responsabilidade do conveniente todas as precauções para que seja feito um planejamento adequado de sua necessidade, cabendo ao concedente aprovar a demanda a partir de exame tecnicamente fundado, e, sobretudo não permitindo os convênios do tipo “guarda-chuvas”, sob pena de apuração disciplinar em razão da negligência dos servidores responsáveis.

36 Ademais, deve sempre o princípio da proporcionalidade estar fundamentado nas alterações pretendidas nos convênios, motivados pela área técnica competente e, de rigor, exigido pela área jurídica. A propósito, a CARVALHO FILHO não escapa o princípio da proporcionalidade¹⁷:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1- adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2- exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3- proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

37 Por fim, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, na qual se sobressai a importância do interesse público:

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

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41-42.

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. (grifo aposto)¹⁸

CONCLUSÃO

38 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) No âmbito dos convênios, duas situações podem ser identificadas: (a) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (b) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente;
- b) Na primeira hipótese (a), o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às alterações quantitativas relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei e levando em conta as peculiaridades e natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade;
- c) Na segunda hipótese (b), é plenamente aplicável o limite de 25%, tendo em vista o liame jurídico travado entre o conveniente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93.
- d) Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público,

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

o limite de 25% é plenamente aplicável o referido limite às alterações quantitativas, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.

À consideração superior,

Brasília-DF, 27 de setembro de 2013.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 27 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 30 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 51/2013:

I - Na hipótese de alterações relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, que repercutem apenas em tal ajuste, não incide o limite de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei, as peculiaridades e a natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade.

II – Na hipótese de alteração quantitativa que repercute tanto no convênio como no contrato celebrado pelo conveniente para viabilizar a execução do objeto, é plenamente aplicável o limite de 25% (vinte e cinco por cento), em virtude de o liame jurídico travado entre o conveniente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93.

III - Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público, o limite de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, é plenamente aplicável às alterações quantitativas, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

PARECER Nº 14/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios instituída com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: Controvérsias envolvendo o postulado da unidade de tesouraria no âmbito da Lei nº 8.958/94. Exame dos ajustes normativos promovidos pela Lei n.º 12.863, de 24 de setembro de 2013, em face do PARECER Nº 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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. Trata-se de processo instaurado para tratar de controvérsias envolvendo o postulado da unidade de tesouraria nas relações jurídicas entre Instituições Federais de Ensino e fundações de apoio, objeto do PARECER Nº 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, à luz da Lei n.º 12.863, de 24 de setembro de 2013.

4. É o relatório, do que passamos à análise jurídica do tema.

DAS CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO O POSTULADO DA UNIDADE DE TESOURARIA

5. A matéria foi objeto do PARECER Nº 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado em 23/09/2013, do qual decorreu as seguintes conclusões:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 45 /2013:

Os órgãos da Procuradoria Geral Federal devem observar em suas manifestações jurídicas a diferença entre receitas públicas (ex. ressarcimento do art. 6º da Lei nº 8.958/94 e demais receitas auferidas a partir dos projetos) e despesas referentes à execução dos projetos.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 46 /2013:

As receitas públicas devem ser, obrigatoriamente, recolhidas à conta única do Tesouro. As despesas do projeto, por sua vez, não são receitas públicas, e os recursos correspondentes, desde que devidamente consignados em plano de trabalho (no §1º do art. 6º do Decreto nº 7.423/2010) podem ser depositadas diretamente em conta específica do projeto de titularidade da fundação de apoio.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 47 /2013:

Nos instrumentos jurídicos específicos nos quais seja prevista a captação direta de recurso pelas fundações de apoio, estas não deverão figurar como meros intervenientes, devendo haver instrumento tripartite, com a anuência expressa das instituições apoiadas, prévia exame pela sua respectiva Assessoria Jurídica (art. 38, parágrafo único, Lei n.º 8.666/93) e o controle individualizado no âmbito da IFE dos instrumentos jurídicos, para fins de transparência e controle na gestão dos recursos, incluindo a devolução, quando for o caso, de eventual saldo de recursos e rendimentos financeiros, conforme definido no respectivo ajuste.

6. Posteriormente, foi publicada a Lei n.º 12.863, de 24 de setembro de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 6º A Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.

.....” (NR)

“Art. 1º-A A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, as agências financeiras oficiais de fomento e empresas públicas ou sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com finalidade de dar apoio às IFES e às demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º, com a anuência expressa das instituições apoiadas.” (NR)

“Art. 1o-B. As organizações sociais e entidades privadas poderão realizar convênios e contratos, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e às demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º, com a anuência expressa das instituições apoiadas.

Parágrafo único. A celebração de convênios entre a IFES ou demais ICTs apoiadas, fundação de apoio, entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, e organizações sociais, para finalidades de pesquisa, desenvolvimento, estímulo e fomento à inovação, será realizada mediante critérios de habilitação das empresas, regulamentados em ato do Poder Executivo federal, não se aplicando nesses casos a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública para a identificação e escolha das empresas convenientes.”

“Art. 1o-C. Os convênios de que trata esta Lei serão regulamentados por ato do Poder Executivo federal.”

“Art. 2º

Parágrafo único. Em caso de renovação do credenciamento, prevista no inciso III do caput, o Conselho Superior ou o órgão competente da instituição federal a ser apoiada deverá se manifestar quanto ao cumprimento pela fundação de apoio das disposições contidas no art. 4º-A.” (NR)

“Art. 3o Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado).

§ 1o As fundações de apoio, com a anuência expressa das instituições apoiadas, poderão captar e receber diretamente os recursos financeiros necessários à formação e à execução dos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, sem ingresso na Conta Única do Tesouro Nacional.

[...] “Art. 4o-D. A movimentação dos recursos dos projetos gerenciados pelas fundações de apoio deverá ser realizada exclusivamente por meio eletrônico, mediante crédito em conta

corrente de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços devidamente identificados.

§ 1º Poderão ser realizados, mediante justificativa circunstanciada e em caráter excepcional, saques para pagamento em dinheiro a pessoas físicas que não possuam conta bancária ou saques para atender a despesas de pequeno vulto, definidas em regulamento específico previsto no art. 3º desta Lei, adotando-se, em ambas as hipóteses, mecanismos que permitam a identificação do beneficiário final, devendo as informações sobre tais pagamentos constar em item específico da prestação de contas.

§ 2º Os recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e demais ajustes que envolvam recursos públicos gerenciados pelas fundações de apoio deverão ser mantidos em contas específicas abertas para cada projeto.

§ 3º As fundações de apoio deverão garantir o controle contábil específico dos recursos aportados e utilizados em cada projeto, de forma a garantir o ressarcimento às IFES, previsto no art. 6º desta Lei.”

“Art. 6º No cumprimento das finalidades referidas nesta Lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços das IFES e demais ICTs apoiadas, pelo prazo necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, mediante ressarcimento previamente definido para cada projeto.

§ 1º Nos projetos que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador, o uso de bens e serviços das IFES ou demais ICTs poderá ser contabilizado como contrapartida da instituição ao projeto, mediante previsão contratual de participação da instituição nos ganhos econômicos dele derivados, na forma da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º, o ressarcimento previsto no caput poderá ser dispensado, mediante justificativa circunstanciada constante no projeto a ser aprovado pelo Conselho Superior das IFES ou órgão competente nas demais ICTs.” (destaques)

7. Como se observa, as conclusões do Parecer em comento não restaram alteradas pela legislação posterior, sendo, suficiente, que sejam interpretadas em conformidade com a recente legislação.

8. Nesse prisma, o art. 3º, §1º, da Lei nº 8.958/94 deve receber uma interpretação conforme a Constituição Federal (*Art. 207. As universidades*

gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.), de sorte que a faculdade da captação direta de recursos, sem ingresso na Conta Única do Tesouro Nacional, não se restrinja a projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, também se aplicando aos demais projetos de que trata o art. 1º, caput, da Lei n.º 8.958/94, a exemplo de projetos de ensino e extensão, em consonância, ainda, com o princípio constitucional da eficiência, além do postulado da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

9. No mesmo sentido, a interpretação do art. 4º-D, da Lei n.º 8.958/94 deve pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos, de forma que, os recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e demais ajustes gerenciados pelas fundações de apoio deverão ser mantidos em contas específicas abertas para cada projeto, afora o dever da fundação de apoio de garantir o controle contábil específico dos recursos aportados e utilizados em cada projeto, de forma a garantir o ressarcimento às IFES, previsto no art. 6º desta Lei (ressarcimento este considerado receita pública), para o qual a Lei n.º 8.958/94 apenas prever a hipótese excepcional de dispensa prevista no §2º do art. 6º supra citado.

10. Não é demais destacar que a recente lei em comento não define o conceito de recurso público, de forma que continuam inalteradas as conclusões do PARECER N.º 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO

11. Em face do exposto, opinamos que:

- A) o art. 3º, §1º, da Lei n.º 8.958/94 deve receber uma interpretação conforme a Constituição Federal, de sorte que a faculdade da captação direta de recursos, sem ingresso na Conta Única do Tesouro Nacional, não se restrinja a projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, também se aplicando aos demais projetos de que trata o art. 1º, caput, da Lei n.º 8.958/94, a exemplo de projetos de ensino e extensão, em consonância, ainda, com

o princípio constitucional da eficiência, além do postulado da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

- b) a interpretação do art. 4º-D, da Lei n.º 8.958/94 deve pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos, de forma que, os recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e demais ajustes gerenciados pelas fundações de apoio deverão ser mantidos em contas específicas abertas para cada projeto, afora o dever da fundação de apoio de garantir o controle contábil específico dos recursos aportados e utilizados em cada projeto, de forma a garantir o ressarcimento às IFES, previsto no art. 6º da Lei n.º 8.958/94 (ressarcimento este considerado receita pública), para o qual a Lei apenas prever a hipótese excepcional de dispensa prevista no §2º do art. 6º supra citado.

À consideração superior.

Brasília, 31 de outubro de 2013.

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 18 de 11 de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o N° 14/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Brasília, 19 de novembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 52 /2013:

O art. 3º, §1º, da Lei n° 8.958/94 deve receber uma interpretação conforme a Constituição Federal, de sorte que a faculdade da captação direta de recursos, sem ingresso na Conta Única do Tesouro Nacional, não se restrinja a projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, também se aplicando aos demais projetos de que trata o art. 1º, caput, da Lei n° 8.958/94, a exemplo de projetos de ensino e extensão, em consonância, ainda, com o princípio constitucional da eficiência, além do postulado da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 53/2013:

A interpretação do art. 4º-D, da Lei n° 8.958/94 deve pautar-se pela jurisprudência do TCU atinente à matéria, garantindo, sempre, o controle e a transparência na gestão dos recursos, ao lado da efetividade dos projetos, de forma que, os recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e demais ajustes gerenciados pelas fundações de apoio deverão ser mantidos em contas específicas abertas para cada projeto, afora o dever da fundação de apoio de garantir o controle contábil específico dos recursos aportados e utilizados em cada projeto, de forma a garantir o ressarcimento às IFES, previsto no art. 6º da Lei n° 8.958/94 (ressarcimento este considerado receita pública), para o qual a Lei apenas prever a hipótese excepcional de dispensa prevista no §2º do art. 6º supra citado.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

PARECER Nº 15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEP CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: ACORDO DE COOPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE OS PARTÍCIPES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE RECÍPROCO, DE ADEQUADA INSTRUÇÃO DOS AUTOS E DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DOS RESPECTIVOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DOS PARTÍCIPES. ESCINDIBILIDADE DA OBSERVÂNCIA DE REQUISITOS ESPECÍFICOS QUANDO SE TRATAR DE ACORDO DE COOPERAÇÃO A SER CELEBRADO COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. OBSERVADA A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, O PRAZO DE VIGÊNCIA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVERÁ SER ESTIPULADO CONFORME A NATUREZA E A COMPLEXIDADE DO OBJETO, AS METAS ESTABELECIDAS E O TEMPO NECESSÁRIO PARA A SUA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA ALÉM DOS LIMITES TEMPORAIS ESTABELECIDOS NO INCISO DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/1993, DESDE QUE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA ADMINISTRAÇÃO. CASO VENHA A SER VERIFICADA A NECESSIDADE DE REPASSE DE RECURSOS ENTRE OS PARTÍCIPES, COMO FORMA DE CONFERIR EFETIVIDADE AO ACORDO DE COOPERAÇÃO ANTERIORMENTE FIRMADO, DEVERÁ SER CELEBRADO INSTRUMENTO ESPECÍFICO PARA TANTO.

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 nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

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.

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 o conceito de acordo de cooperação, os requisitos para a sua celebração, bem como outras questões a ele inerentes.

4 É o relatório.

I – FUNDAMENTAÇÃO

5 O acordo de cooperação pode ser conceituado como o instrumento jurídico formalizado entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos, com o objetivo de firmar interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual **não** decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes.

6 Não se confunde com os termos de cooperação (embora seja corriqueiro o seu emprego como se sinônimos fossem) e nem com os convênios de natureza financeira (ou convênios *strictu sensu*), conceituados no art. 1º, §1º, I e III, do Decreto nº 6.170/2007 nos seguintes termos:

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;

[...]

III - termo de cooperação - instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza;

7 A ausência de transferência de recursos financeiros é, portanto, a grande marca distintiva dos acordos de cooperação e impede a aplicação do disposto no Decreto nº 6.170/2007, cujas normas se referem às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, sem tratar em nenhum momento acerca de ajustes que não envolvam repasse de recursos.

8 Na mesma diretriz, a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 expressamente afastou a aplicação do quanto ali disciplinado “aos convênios cuja execução não envolva a transferência de recursos entre os partícipes”, conforme se colhe de seu art. 2º, I, “a”, *in verbis*:

Art. 2º **Não** se aplicam as exigências desta Portaria:

I - aos convênios:

a) **cuja execução não envolva a transferência de recursos entre os partícipes;**

9 Desse modo, ante a falta de diploma legal específico que regulamente a celebração dos acordos de cooperação, deve ser observado o disposto no art. 116, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que:

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.

10 É importante frisar que, consoante previsto no *caput* do dispositivo legal acima transcrito, a aplicação das disposições da Lei nº 8.666/1993 não será integral, mas apenas **naquilo que couber**. Significa dizer que apenas as regras contratuais que forem compatíveis com a natureza jurídica dos acordos de cooperação, qual seja: convênio de natureza não financeira, é que lhe podem ser aplicáveis.

11 Isso requer uma análise detida do caso concreto, que deve se pautar por uma compreensão principiológica do direito. Na esteira da lição do professor Marçal Justen Filho, “os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados”, ou seja, “os convênios deverão ser estabelecidos obrigatoriamente por escrito, com prazos de vigência e cláusulas que atendam às determinações legais etc.”¹

12 Nesse sentido, entende-se que, no caso dos acordos de cooperação, **o plano de trabalho** de que trata o parágrafo 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 **deverá contemplar** somente as informações elencadas

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Curitiba: Dialética, 2012. p. 1088. Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que “parece fora de dúvida que o art. 116 destina-se tão-só a fixar regras gerais mínimas de comportamento administrativo nos convênios” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1018).

em seus incisos I, II, III e VI, isto é, **a identificação do objeto a ser executado, as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução e a previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas.**

13 Há que se ressaltar, entretanto, que, em muitas hipóteses, a exemplo dos acordos de cooperação celebrados com a finalidade de delegar competência para licenciamento ambiental², afigura-se incompatível com o objeto do acordo de cooperação técnica que se pretenda celebrar exigir-se a elaboração de plano de trabalho com o rigor descrito no parágrafo 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993, o que não afasta a necessidade de que o plano de trabalho seja o mais específico possível, diante da vedação de celebração de ajustes de caráter genérico (“guarda-chuva”).

14 No que concerne ao prazo de vigência (art. 116, §1º, VI, da Lei nº 8.666/1993), insta sublinhar que ele deverá ser estipulado de acordo com a natureza e a complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o tempo necessário para sua execução, não se admitindo a fixação de prazos desproporcionais ou irrazoáveis.

15 Quanto à possibilidade de sua eventual prorrogação, tem-se, na mesma linha de raciocínio desenvolvida no Parecer nº 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, já aprovado pelo Procurador-Geral Federal, que as hipóteses e os prazos não estão adstritos àqueles típicos dos instrumentos contratuais, previstas nos incisos e parágrafos do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, mas sim às respectivas metas estabelecidas no ajuste. Todavia, **deverão ser demonstradas, em atendimento ao dever de motivação dos atos administrativos, razões suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo.**

16 Anote-se, contudo, que, embora se admita, em tese, a celebração e a prorrogação de acordos de cooperação além dos limites temporais estabelecidos nos incisos do aludido art. 57 da Lei nº 8.666/1993, desde que devidamente justificado, é importante que nas prorrogações de vigência haja prévia análise da efetividade no cumprimento do objeto do acordo de cooperação, bem como do Cumprimento das metas estabelecidas no plano de trabalho, mormente ao se considerar que se constitui em poder-dever

2 Em se tratando de delegação de competência para licenciamento ambiental, o cronograma e a forma de execução do acordo de cooperação pautam-se nas disposições da legislação específica e na conformidade da organização do ente responsável por sua condução. Nesse sentido, a inclusão da obrigação periódica de fornecer relatório semestral das atividades é suficiente para demonstrar que será efetivado o acompanhamento da execução, o que é imprescindível em se tratando de delegação de competência.

do administrador público providenciar a extinção dos ajustes em relação aos quais não se vislumbre qualquer indício de que o objeto pactuado não venha a ser, de fato, executado.

17 Registre-se, ademais, que apenas nos casos em que haja expressa autorização legal para tanto é que se admite a fixação de prazo de vigência indeterminado, como nos casos dos acordos de cooperação técnica firmados com fundamento na Lei Complementar nº 140/2011, que trata das ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa a proteção das paisagens naturais notáveis, proteção do meio ambiente, combate à poluição em qualquer de suas formas e preservação das florestas, da fauna e da flora.

18 Tal diploma legal prevê expressamente a possibilidade de que os acordos de cooperação sejam firmados com prazo indeterminado, conforme se verifica abaixo:

Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:

[...]

II-convênios, **acordos de cooperação técnica** e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;

§ 1º Os instrumentos mencionados no inciso II do caput podem ser firmados com prazo indeterminado.

19 Nessa situação, a previsão de fim da execução do objeto ficará prejudicada (art. 116, §1º, VI, da Lei nº 8.666/1993), sem que isso, contudo, represente óbice à celebração do acordo de cooperação.

20 Vale destacar, no ponto, que **cumprida à Administração instruir os autos com uma análise técnica consistente, referente às razões de sua propositura, de seus objetivos e de sua adequação à missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, além da pertinência das suas obrigações, esclarecendo, inclusive, o motivo pelo qual deixou de atender a algum dos requisitos estabelecidos no art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/1993, se for o caso, observada a necessária competência para a prática do ato.**

21 Esta análise técnica prévia se justifica na medida em que não cabe aos órgãos da Advocacia-Geral da União, no âmbito da atividade de consultoria jurídica, uma análise de mérito sobre o conteúdo das questões que lhe são submetidas à apreciação.

22 No que diz respeito à regularidade fiscal do ente da Federação (União, Estados ou Municípios) e das entidades da Administração Indireta Federal, Estadual ou Municipal (autarquias, fundações, sociedades de economia mista ou empresas públicas) com quem se pretenda celebrar o acordo de cooperação técnica, entende-se que é incabível exigir-se a sua comprovação, uma vez que não há transferência de recursos entre os partícipes.

23 Veja-se que o fato de que, em decorrência do acordo de cooperação celebrado, os partícipes tenham que arcar com um incremento da despesa ordinariamente por eles suportada não significa que haverá repasse, desembolso de recursos, posto que tais gastos serão efetuados no âmbito da própria pessoa jurídica que é parte no ajuste.

24 Acrescente-se, ainda, que, **caso venha a ser verificada a necessidade de repasse de recursos entre os partícipes, como forma de conferir efetividade ao acordo de cooperação técnica anteriormente firmado, deverá ser celebrado instrumento específico**³, observando todos os requisitos legais para a transferência dos recursos, o que poderá abranger, inclusive, a comprovação da regularidade fiscal, a depender do instrumento jurídico utilizado.

Diversa, contudo, é a situação das entidades privadas sem fins lucrativos, em relação às quais se recomenda que:

- a) seja comprovado o exercício, em anos anteriores, de atividades referentes ao objeto do ajuste; e
- b) seja comprovada sua qualificação técnica e/ou capacidade operacional para gestão do instrumento.

26 Além disso, em homenagem aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, **não** se recomenda a celebração de acordos de cooperação técnica com entidades privadas sem fins lucrativos:

- a) que tenham como dirigente agente político de Poder Público ou do Ministério Público, assim como dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; e/ou

3 Para a transferência de recursos, a Administração poderá escolher um dos seguintes instrumentos: convênio, contrato ou termo de cooperação. Independentemente de qual seja o instrumento escolhido (observadas as hipóteses legais de seu cabimento), ele necessariamente deverá ser submetido à prévia análise do órgão jurídico que atua junto às entidades ou órgãos envolvidos.

- b) que tenham, em suas relações anteriores com a Administração Pública Federal Direta ou Indireta, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: 1) omissão no dever de prestar contas; 2) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; 3) desvio de finalidade na aplicação de recursos públicos; 4) dano ao Erário; e 5) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

27 Esclareça-se que o tratamento mais rigoroso na hipótese de celebração de acordos de cooperação com entidades privadas sem fins lucrativos se justifica na medida em que não se tratam de pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, mas sim de particulares escolhidos sem prévio processo seletivo.

28 Nessa diretriz, requerer que as entidades privadas sem fins lucrativos comprovem, desde a celebração do acordo de cooperação técnica, o cumprimento das condições elencadas nos parágrafos 25 e 26 deste parecer representa medida preventiva que afastaria, ao menos em tese, a possibilidade de que o objeto acordado não seja adequada e integralmente implementado.

29 Sublinhe-se, por oportuno, que, **nas situações em que se verifique a possibilidade de que mais de uma entidade sem fins lucrativos possa executar o objeto do acordo de cooperação que a Administração pretenda celebrar, é recomendável que seja realizado prévio chamamento público ou credenciamento.**

30 Por fim, não custa registrar que **os acordos de cooperação, enquanto instrumentos jurídicos, deverão ser submetidos à prévia manifestação dos órgãos jurídicos que atuam junto às entidades e/ou órgãos envolvidos**, conforme previsto no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993⁴ c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002⁵

4 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:

[...]

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;

5 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.

e no parágrafo único do art. 38⁶ c/c o *caput* do art. 116⁷, ambos da Lei nº 8.666/1993.

31 A observância de tal imposição legal, além de conferir efetividade às normas acima indicadas, evita a criação de expectativas, por parte dos gestores públicos e da sociedade em geral, no tocante à realização de projetos cujos objetos já demonstrem desde o princípio a carência de legalidade e, por conseguinte, a impossibilidade de produção de efeitos jurídicos.

II - CONCLUSÃO

32 Diante do exposto, tem-se que:

- a) o acordo de cooperação é o instrumento jurídico hábil para a formalização, entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes;
- b) a disciplina do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 não se aplica ao acordo de cooperação, incidindo apenas, no que couber, o disposto no art. 116, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/1993;
- c) a celebração de acordo de cooperação deve ser precedida de adequada instrução processual, que deve necessariamente conter plano de trabalho que contemple as informações elencadas nos incisos I, II, III e VI do parágrafo 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 e análise técnica prévia e consistente, referente às razões de sua propositura, de seus objetivos e de sua adequação à missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, além da pertinência das suas obrigações, esclarecendo, inclusive, o motivo pelo qual a Administração deixou de atender a algum dos requisitos estabelecidos no art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/1993, se for o caso;

6 Art. 38 [...] 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.

7 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.

- d) a entidade privada sem fins lucrativos que venha a celebrar acordo de cooperação deverá comprovar: a) o exercício, em anos anteriores, de atividades referentes ao objeto da parceria; e b) a sua qualificação técnica e/ou capacidade operacional para gestão do instrumento;
- e) em homenagem aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não se recomenda a celebração de acordo de cooperação técnica com entidades privadas sem fins lucrativos que: a) tenham como dirigente agente político de Poder Público ou do Ministério Público, assim como dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; e/ou b) tenham, em suas relações anteriores com a Administração Pública Federal Direta ou Indireta, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: 1) omissão no dever de prestar contas; 2) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; 3) desvio de finalidade na aplicação de recursos públicos; 4) dano ao Erário; e 5) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria;
- f) nas situações em que se verifique a possibilidade de que mais de uma entidade sem fins lucrativos possa executar o objeto do acordo de cooperação que a Administração pretenda celebrar, é recomendável que seja realizado prévio chamamento público ou credenciamento;
- g) o acordo de cooperação deverá ser submetido à prévia apreciação dos órgãos jurídicos que atuam junto às entidades e/ou órgãos envolvidos, conforme previsto no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 e no parágrafo único do art. 38 c/c o caput do art. 116, ambos da Lei nº 8.666/1993;
- h) observada a legislação específica, o prazo de vigência do acordo de cooperação deverá ser estipulado conforme a natureza e a complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o tempo necessário para sua execução, não se admitindo a fixação de prazos desproporcionais ou irrazoáveis;
- i) é possível a prorrogação do prazo de vigência do acordo de cooperação além dos limites temporais estabelecidos nos

incisos do aludido art. 57 da Lei nº 8.666/1993, desde que haja prévia análise da efetividade no cumprimento do objeto do acordo de cooperação, bem como do cumprimento das metas estabelecidas no plano de trabalho; e

- j) caso venha a ser verificada a necessidade de repasse de recursos entre os partícipes, como forma de conferir efetividade ao acordo de cooperação anteriormente firmado, deverá ser celebrado instrumento específico para tanto, observando-se todos os requisitos legais para a transferência dos recursos.

À consideração superior,

Brasília-DF, 21 de novembro de 2013.

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 02 de dezembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 02 de dezembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 54/2013:

- I – O acordo de cooperação é o instrumento jurídico hábil para a formalização, entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes.
- II – A disciplina do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 não se aplica ao acordo de cooperação, incidindo apenas, no que couber, o disposto no art. 116, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/1993.
- III – A celebração de acordo de cooperação deve ser precedida de adequada instrução processual, que deve necessariamente conter plano de trabalho que contemple as informações elencadas nos incisos I, II, III e VI do parágrafo 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 e análise técnica prévia e consistente, referente às razões de sua propositura, de seus objetivos e de sua adequação à missão institucional dos órgãos e/ou entidades envolvidos, além da pertinência das suas obrigações, esclarecendo, inclusive, o motivo pelo qual a Administração deixou de atender a algum dos requisitos estabelecidos no art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/1993, se for o caso.

- IV – A entidade privada sem fins lucrativos que venha a celebrar acordo de cooperação deverá comprovar: a) o exercício, em anos anteriores, de atividades referentes ao objeto da parceria; e b) a sua qualificação técnica e/ou capacidade operacional para gestão do instrumento;
- V - Em homenagem aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não se recomenda a celebração de acordo de cooperação técnica com entidades privadas sem fins lucrativos que: a) tenham como dirigente agente político de Poder Público ou do Ministério Público, assim como dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; e/ou b) tenham, em suas relações anteriores com a Administração Pública Federal Direta ou Indireta, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: 1) omissão no dever de prestar contas; 2) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; 3) desvio de finalidade na aplicação de recursos públicos; 4) dano ao Erário; e 5) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.
- VI - Nas situações em que se verifique a possibilidade de que mais de uma entidade sem fins lucrativos possa executar o objeto do acordo de cooperação que a Administração pretenda celebrar, é recomendável que seja realizado prévio chamamento público ou credenciamento.
- VII – O acordo de cooperação deverá ser submetido à prévia apreciação dos órgãos jurídicos que atuam junto às entidades e/ou órgãos envolvidos, conforme previsto no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 e no parágrafo único do art. 38 c/c o caput do art. 116, ambos da Lei nº 8.666/1993.
- VIII - Observada a legislação específica, o prazo de vigência do acordo de cooperação deverá ser estipulado conforme a natureza e a complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o tempo necessário para sua execução, não se admitindo a fixação de prazos desproporcionais ou irrazoáveis.

- IX - É possível a prorrogação do prazo de vigência do acordo de cooperação além dos limites temporais estabelecidos nos incisos do aludido art. 57 da Lei nº 8.666/1993, desde que haja prévia análise da efetividade no cumprimento do objeto do acordo de cooperação, bem como do cumprimento das metas estabelecidas no plano de trabalho.
- X - Caso venha a ser verificada a necessidade de repasse de recursos entre os partícipes, como forma de conferir efetividade ao acordo de cooperação anteriormente firmado, deverá ser celebrado instrumento específico para tanto, observando-se todos os requisitos legais para a transferência dos recursos.

TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

NOTA Nº 001/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP-
CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios instituída com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1.. Considerando a necessidade de permanente atualização dos Advogados Públicos Federais em face das alterações normativas, especialmente na matéria objeto desta Câmara Permanente;

2. Considerando que as Câmaras Permanentes Licitações e Contratos e Convênios e demais ajustes congêneres, assim constituídas pela Portaria nº 98, de 26 de fevereiro, de 2013, do Exmo. Procurador Geral Federal, antes denominadas Grupos de Trabalho (especificamente Grupo de Trabalho na área de convênios, então instituído pela Portaria nº 467, de 08 de junho de 2012, do Exmo. Procurador Geral Federal), têm significativo relevo na tarefa de uniformizar e dar segurança jurídica aos Membros da Carreira de Procurador Federal por ocasião da elaboração de suas manifestações jurídicas;

3. Considerando a edição da Portaria Interministerial nº 274, de 01 de agosto de 2013,

4. A Câmara Permanente de Convênios do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal – DEP CONSU-PGF, **ESCLARECE:**

- 1) O PARECER Nº 06/2012/GT467/DEP CONSU/PGF/AGU deve ser lido com as alterações normativas postas na Portaria Interministerial nº 274, de 01 de agosto de 2013, a despeito de não serem alteradas as conclusões postas naquele Parecer (CONCLUSÃO DEP CONSU/PGF/AGU Nº 10/2012, CONCLUSÃO DEP CONSU/PGF/AGU Nº 11/2012 e CONCLUSÃO DEP CONSU/PGF/AGU Nº 12/2012)
- 2) O PARECER Nº 07/2012/GT467/DEP CONSU/PGF/AGU deve ser lido com as alterações normativas postas na

Portaria Interministerial nº 274, de 01 de agosto de 2013, a despeito de não ser alterada a Conclusão posta naquele Parecer (CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 13/2012);

- 3) O PARECER Nº 08/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU deve ser lido com as alterações normativas postas na Portaria Interministerial nº 274, de 01 de agosto de 2013, e, em face da edição da Portaria Interministerial nº 274, de 01 de agosto de 2013, **FICA CANCELADA a CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 14/2012**, cujo enunciado era assim posto: “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”.

À consideração superior.

Brasília, 31 de outubro de 2013.

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 18 de novembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a NOTA Nº 01/2013/CÂMARA PERMANENTE-
CONVÊNIOS/DEPCONS/PGF/AGU..

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

Brasília, 19 de novembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

AQUISIÇÃO E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. LICITAÇÃO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DISPENSA DO INCISO X DO ART. 24 DA LEI 8.666/93. APLICABILIDADE DISTINTA DA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE. RESGUARDO DA CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO. NECESSIDADE, DENTRE OUTROS REQUISITOS, DE EVIDENCIAR AS RAZÕES DA ESCOLHA DO FORNECEDOR. RECOMENDAÇÃO DE PROCEDIMENTO PRÉVIO À ESCOLHA.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo a contratação de aquisição e locação de imóveis. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – A CONTROVERSA INTERPRETAÇÃO DO INCISO X DO ART. 24 DA LEI 8.666/93

6 O art. 24 da Lei 8.666/93 traz consigo uma série de incisos que tipificam hipóteses em que o procedimento de licitação prévio à contratação se faz dispensável. Ao contrário do que disciplina o art. 25, que trata das inexigibilidades, o art. 24 veicula rol exaustivo.

7 A dispensa e a inexigibilidade de licitação são medidas de exceção, que retiram seu fundamento do mesmo dispositivo constitucional que obriga o procedimento prévio à contratação, qual seja, o art. 37, XXI, que estabelece a obrigatoriedade de contratação mediante processo de licitação pública “ressalvados os casos especificados na legislação”.

8 Segundo precisa distinção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma**

pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável¹.

9 Essa distinção, corriqueira na doutrina, é de imprescindível relevo para o caso em apreço.

10 A aquisição ou locação de imóveis pela Administração Pública, desde que atendidos alguns requisitos, está prevista como caso de licitação dispensável. Na linha do que ensina a doutrina, significa dizer que, quando possível o certame, faculta-se a contratação direta com base no art. 24, X, da Lei 8.666/93. Transcreva-se o dispositivo:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

11 Note-se que o dispositivo prevê uma série de condições para que se possa fazer uso da escusa do dever de licitar, tais como o “atendimento das finalidades precípua da administração” (não acessórias)² e “o preço compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. Merece destaque a vinculação do dispositivo aos motivos da dispensa: a escolha de certo e determinado imóvel (motivo) deve estar condicionada às necessidades de instalação e localização.

12 Cabe aqui destacar a relevância do primeiro requisito (atendimento às finalidades precípua da administração), pois em se tratando de imóvel para desenvolver atividades meramente acessórias, enquadramento a ser feito conforme o caso concreto, não há sequer de se cogitar a aplicação do dispositivo.

13 A quantidade de requisitos poderia levar o intérprete à conclusão de que a aplicação do dispositivo somente seria possível quando houvesse um só imóvel à disposição, configurando, na verdade, hipótese de

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 361.

2 Cf. TCU, Acórdão 6259/2011-2ª Câmara: “No presente caso, de realização de atividades acessórias, a aquisição deveria ter sido precedida de procedimento licitatório. Neste ponto, portanto, as justificativas apresentadas não são suficientes para afastar a irregularidade da conduta das responsáveis”.

inexigibilidade de licitação, apesar de arrolado no dispositivo que trata da dispensa.

14 Assim entende expressamente Joel de Menezes Niebuhr quando assevera que “esse é um dos dispositivos [...] que, em vez de dispensa, consignam hipótese de inexigibilidade”³.

15 No mesmo sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o dispositivo, sustenta que:

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado [...]. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta a inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25.

Há hipóteses em que dois (ou mais) imóveis atendem aos reclamos da Administração. Ainda que os imóveis sejam infungíveis entre si, surgirão como intercambiáveis tendo em vista a necessidade e o interesse da Administração Pública. Qualquer dos imóveis satisfará a exigência que justifica a aquisição pela Administração. Nesses supostos, a questão muda de figura e a licitação se impõe. Estarão presentes os pressupostos de competição⁴.

16 Tal posicionamento ressoa na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a saber:

9.6. alertar a [...] que, doravante, caso haja a necessidade da locação de imóvel destinado a acomodar os profissionais de saúde que prestam serviços ao município, realize procedimento licitatório ou, em caso de dispensa prevista no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, autue processo correspondente, em que fique bem definida a situação de excepcionalidade e característica única do imóvel e a impossibilidade de competição.

(Acórdão 5281/2010 – 1ª Câmara) - sublinhamos

ANÁLISE

3 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 489.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 250-251.

11. Preliminarmente, cabe registrar, caso a Administração Pública figure como locatária, a possibilidade de contratação direta com base no inc. X do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que somente deve ser realizada nas situações excepcionais expressamente previstas em lei.

12. Por conseguinte, caso exista mais de um imóvel que atenda às necessidades da Administração, estarão presentes os pressupostos da competição, impondo-se a licitação, como adverte Marçal Justen Filho:

[...]

(Acórdão 1127/2009 – Plenário) – sublinhamos

1.5. Determinações:

1.5.1. ao [...] que realize o devido procedimento licitatório, ao proceder à compra ou à locação de imóvel, e somente utilize o art. 24, inciso X, da n. Lei n. 8.666/1993, quando identificar um imóvel específico cujas instalações e localização evidenciem que ele é o único que atende o interesse da administração, fato que deverá estar devidamente demonstrado no respectivo processo administrativo;

(Acórdão 3461/2009 – 1ª Câmara) – sublinhamos

[VOTO]

9. Há, entretanto, um outro aspecto que deve ser abordado - a utilização de dispensa de licitação para realizar a locação do imóvel, com base no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93. Com as devidas vênias, discordo nesse ponto da unidade técnica, que entendeu que o caso concreto se enquadra na hipótese prevista no referido dispositivo.

10. O art. 24, inciso X, da Lei de Licitações estabelece ser dispensável a licitação ‘para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia’.

11. Verifica-se, portanto, que a utilização desse dispositivo só é possível quando se identifica um imóvel específico cujas instalações e localização sinalizem que ele é o único que atende o interesse da administração. Nesse sentido se manifestam Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Júnior a respeito desse comando legal:

12. No caso em tela, essa hipótese não se verificou. Tanto é assim que o [...] publicou em Diário Oficial aviso de que estava procurando um imóvel, recebeu dez propostas, e a partir delas escolheu qual delas melhor lhe atenderia. Ou seja, não havia

um determinado imóvel previamente identificado, que por suas características de instalações e localização fosse o único a atender as necessidades da administração. Havia, potencialmente, diversos imóveis que poderiam atender o instituto. Assim, deveria ter sido realizado um certame licitatório para realizar a locação.

13. A questão a ser analisada a partir desse ponto é se essa irregularidade - a falta de licitação para a locação do imóvel, por parte do [...] - deve ensejar alguma proposta de paralisação dos procedimentos para locação e/ou a realização de audiência dos responsáveis para fins de eventual apenação. [...]

23. A conclusão é que a não-realização da licitação nos moldes previstos na Lei 8.666/93, neste caso concreto, não trouxe prejuízos que ensejassem a paralisação dos procedimentos para locação do imóvel ou mesmo a apenação dos responsáveis, tendo em vista que diversas imobiliárias apresentaram propostas, o preço do imóvel escolhido foi compatível com o de mercado e a não-opção por imóveis mais baratos foi devidamente justificada, tendo em vista os interesses da administração. Entendo suficiente que se faça a determinação corretiva pertinente ao [...].

[ACÓRDÃO]

9.2. determinar ao [...] que, ao proceder à compra ou à locação de imóvel, somente utilize o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93, quando identificar um imóvel específico cujas instalações e localização evidenciem que ele é o único que atende o interesse da administração, fato que deverá estar devidamente demonstrado no respectivo processo administrativo;

(Acórdão 444/2008 – Plenário) – sublinhamos

[VOTO]

A Tomada de Contas Especial em exame originou-se da Representação formulada pela Secex/SC, a partir de matéria veiculada em jornal de grande circulação no Estado de Santa Catarina, noticiando possíveis irregularidades praticadas pelo [...], na aquisição de imóvel destinado a abrigar a sua nova sede.

[...]

9. [...] a não-observância dos requisitos para a aquisição do imóvel com dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993, uma vez que, além de se ter conhecimento da existência de, no mínimo, quatro imóveis que poderiam atender aos objetivos do Inmetro, não houve, como constou detalhadamente das análises feitas pela unidade

técnica, a necessária compatibilidade do bem com o valor de mercado.

[SUMÁRIO]

A não-observância dos requisitos para a aquisição do imóvel com dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993, além do configurado prejuízo decorrente da ausência de compatibilidade do bem com o valor do mercado, segundo avaliação prévia, enseja a irregularidade das contas, com a condenação em débito dos responsáveis e aplicação de multa.

(Acórdão 429/2008 – 1ª Câmara) – sublinhamos

17 Nota-se, portanto, que a interpretação corrente no TCU considera o art. 24, X, da Lei 8.666/93 como hipótese de inexigibilidade, pois somente seria aplicável quando da existência de apenas um único imóvel que interessasse à Administração. O posicionamento, como já destacado, ampara-se principalmente na doutrina de Marçal Justen Filho, colacionada neste Parecer.

18 Com a devida vênia, a interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União amparada na doutrina citada implica tácita declaração de inconstitucionalidade do art. 24, X, da Lei de Licitações, pois, ao considerá-lo como hipótese de inexigibilidade, afasta a faculdade do art. 24, uma vez que, sendo único o imóvel (singular), a contratação dar-se-ia pela regra geral do art. 25, aplicável quando impossível a competição, sem qualquer necessidade de recurso ao inciso do art. 24. Havendo um só imóvel, não haveria sequer de cogitar-se sobre o atendimento das atividades-fim (atividade precípua da administração) ou de atividade acessória, como exige o inciso X do art. 24, pois a hipótese seria de inexigibilidade.

19 Joel de Menezes Niebuhr chega a defender expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo:

Nesse quadro, é patente que realizar licitação para comprar ou locar imóvel não implica prejuízo ou gravame algum; por isso, o legislador não agrega competência para qualificar como dispensa casos desse naipe, que, se fossem criados, forçosamente ensejariam o reconhecimento de desvio de poder legislativo, que é espécie de inconstitucionalidade. Então, para evitar tachar de inconstitucional o dispositivo em apreço, é imperioso interpretá-lo conforma a Constituição, para o efeito de reconhecer a ele incidência somente nos casos em que o imóvel visado pela Administração desfrute de características que o singularize, ainda que, para tanto, seja inevitável admitir tratar-se de hipótese de inexigibilidade, não de dispensa⁵.

⁵ NIEBUHR, op. cit., p.491.

20 Note-se que, a despeito da discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da técnica denominada interpretação conforme⁶, a tese que sustenta a aplicação do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93 somente quando exista um único imóvel implica declaração transversa de inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que transfere o fundamento da contratação para o art. 25 (inexigibilidade) como se a hipótese de dispensa não pudesse subsistir por ser inconstitucional.

21 Apesar de reconhecida a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (Súmula nº 347 do STF), quando se utilizar dessa faculdade, deve fazê-lo de modo expresse e em obediência à cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante nº 10 do STF).

22 Demais disso, compete ordinariamente à Advocacia-Geral da União, órgão ao qual se vincula a Procuradoria-Geral Federal e seus órgãos de execução, a defesa dos atos normativos passíveis de questionamento (art. 103, §3º, CF), no caso, do art. 24, X, da Lei 8.666/93.

23 Assim, adotar a tese até então enunciada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência do TCU implicaria reconhecer tacitamente a inconstitucionalidade do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93, que faculta ao gestor, desde que atendidos os demais pressupostos legais, a dispensa de licitação para a aquisição e locação de imóveis.

24 A defesa da constitucionalidade do dispositivo implica no reconhecimento da possibilidade de contratação direta ainda que exista mais de um imóvel à disposição do gestor. Isso não significa escolha aleatória ou pessoal, pois, para além das regras da Lei 8.666/93, hão sempre de prevalecer os princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade.

25 No caso de utilização do art. 24, X, da Lei 8.666/93 não pode o gestor afastar-se, por exemplo, do cumprimento do art. 26, parágrafo único, que exige expressamente “a razão da escolha do fornecedor ou executante” (inciso II). O atendimento a este requisito legal garante que, havendo mais de um imóvel, ainda que se faça a contratação direta, estará devidamente motivada a dispensa do certame.

26 A casuística pode oferecer motivos vários. Cite-se o exemplo de imóveis vizinhos, com a mesma planta, sendo uma edificação com mais

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1366-1372.

de 20 anos de uso e outra entregue há pouco tempo, com instalações e equipamentos bem mais modernos. Decerto ambos atenderiam às necessidades de instalação e localização. Numa licitação do tipo menor preço, muito provavelmente o imóvel mais velho sairia vencedor, contudo, quando avaliados os custos com adaptação, manutenção ordinária, adequação etc., a escolha militar em favor do mais recente, desde, obviamente, que o preço fosse compatível com o de mercado, com imóvel de condições semelhantes.

27 O que não parece adequado nem juridicamente sustentável é tolher, de antemão, a possibilidade de o gestor fazer uso da dispensa que faculta o inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93. Diante do caso concreto, ser-lhe-á lícito decidir entre a realização de uma licitação e a contratação direta por dispensa com fundamento no dispositivo ora em apreço.

28 Considere-se ainda que o §2º do art. 3º do Decreto 7.689/2012 vedou a restrição de bairro ou região na pesquisa por imóveis para locação e aquisição, a não ser no caso de o órgão prestar atendimento ao público. Com isso, obriga-se a ampliação do universo de pesquisa, de modo a permitir ao gestor um maior número de opções, permanecendo, no caso de dispensa de licitação, a obrigação de justificar a razão da escolha do fornecedor e a compatibilidade com o preço de mercado.

29 De acordo com o Decreto, é recomendável que a busca seja feita por meio de uma espécie de Aviso de Procura de Imóvel, a ser publicado em jornal de grande circulação na localidade, ou por outro meio de divulgação local que se revele mais efetivo, com as características do imóvel buscado e um prazo razoável para apresentação dos imóveis. Feito isso, deve-se exigir que em manifestação devidamente justificada seja analisada a situação de cada um dos imóveis apresentados, a fim de justificar a escolha daquele que foi selecionado para fins de contratação direta.

30 Não se deve deixar de registrar que o regime jurídico anterior à Lei 8.666/93 para a locação de imóveis pela Administração, este sim, previa a locação de imóvel como hipótese de inexigibilidade, fazendo-se necessária, por óbvio, a inviabilidade de competição (art. 23, IV, do Decreto-lei 2.300/86). A mudança de regime, ou seja, o arrolamento na atual legislação como hipótese de dispensa, não pode ser ignorado pelo intérprete. Em outras palavras, não parece lícito dar à legislação atual o mesmo tratamento previsto no regime jurídico passado quando distintos. A alteração há de ser tida como opção legislativa, a ser obedecida até que sobrevenha declaração de inconstitucionalidade.

31 A possível confusão entre dispensa e inexigibilidade dificultaria até mesmo a averiguação da questão do preço, pois enquanto o art. 24, X, exige a compatibilidade dos preços com aqueles praticados no mercado, a inexigibilidade desafia apenas a “justificativa do preço” (art. 26, parágrafo único, III), ou, nos termos da ON AGU nº 18, de 01 de abril de 2009, a comprovação de “razoabilidade do valor da contratação”:

A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.

32 Subsiste, contudo, a possibilidade de contratação por inexigibilidade, com base no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/93, aplicável, de fato, ao caso em que, após a definição do tipo de imóvel demandado e das propostas apresentadas, restar comprovado que apenas um imóvel atende às características pré-estabelecidas como imprescindíveis, cabendo aqui a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, aplicável tanto para o caso de dispensa como para o de inexigibilidade:

Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja⁷.

33 Um dos aspectos distintivos entre a hipótese de dispensa e a de inexigibilidade é que no primeiro caso somente se admite a utilização do art. 24, X, da Lei 8.666/93 quando se tratar de “atendimento das finalidades precípua da administração”, o que o TCU identifica como sendo a atividade-fim do órgão público, aquela para cujo mister ele existe (cf. nota de rodapé nº 07). Essas características, como se disse mais acima, serão apuradas conforme o caso concreto e as atividades desempenhadas por cada órgão da Administração Pública, sendo importante constar dos autos para que se faça o correto enquadramento da possível contratação direta.

34 Assim, ainda que exista um só imóvel, se a locação ou aquisição não tiver por escopo o “atendimento das finalidades precípua da Administração”, não será lícita a utilização da dispensa do art. 24, X, da Lei 8.666/93, devendo-se fazer o enquadramento no art. 25, *caput*,

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 534.

da mesma Lei, se for o caso, ou licitar. Aqui mais uma vez resta clara a possibilidade de existência e aplicação autônoma dos dispositivos.

35 Pelos motivos acima expostos, o que se propõe é que, em sede de aquisição ou locação de imóveis pela Administração, admita-se a convivência entre o art. 24, X, da Lei de Licitações e o art. 25 da mesma Lei como dispositivos e hipóteses de contratação direta essencialmente distintos, aplicando-se a cada uma delas a disciplina própria.

36 Entendimento contrário, isto é, no sentido do que vem se posicionando parte da doutrina e do TCU, desafiaria a declaração expressa de inconstitucionalidade do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93, fato de que não se tem notícia, militando em favor do dispositivo a presunção de constitucionalidade.

37 Por fim, cumpre registrar que a tese aqui defendida já teve a oportunidade de ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial no bojo de uma ação de improbidade. Alguns trechos da ementa convêm sejam reproduzidos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. DISPENSA DE LICITAÇÃO. COMPRA E VENDA E DOAÇÃO DE IMÓVEIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO AGENTE PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO EFETIVO. AUSÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, não carece de licitação, ante a ratio do art. 24 da Lei 8666/93.

[...]

6. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pela Súmula 07/STJ, no mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente, mormente porque a abalizada doutrina sobre o thema decidendum, especialmente no que pertine à dispensa de licitação, assenta que: “(...) As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade

é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é, diante das circunstâncias, a lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstância peculiares. Em suma a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não é viável. Se não for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa “Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 2005

7. Nada obstante, sobreleva notar, a dispensa de licitação para a compra dos imóveis in foco, sob o pálio da Lei Municipal nº 540, de 29 de julho de 1997, [...], decorreu de estudo realizado pela Comissão de Licitação, consoante se infere do excerto do voto condutor, verbis: “(...) Após a análise dos autos verifica-se que, efetivamente, a Administração municipal, após o levantamento realizado pela Comissão Especial instaurada com o objetivo de estudar a viabilidade da compra de terrenos no Distrito Industrial, concluiu pela dispensa de licitação para a aquisição dos referidos lotes, conforme se constata pelo documento de fl. 424-TJ. No entanto, extrai-se que a dispensa de licitação e a posterior compra do terreno foi precedida de um estudo realizado pela referida Comissão, conforme se vê as f.127, a qual informou que “foram visitados vários terrenos, dentre os quais foi considerado o mais apropriado para futuras instalações da empresa Souza e Cambos Ltda, levando-se em conta a localização e infra estrutura”, concluindo que o terreno escolhido era aquele pertencente à empresa [...] (...)”.

[...]

12. Entrementes, na presente demanda, restou amplamente provado que a conduta do agente político e dos co-réus, não resultou em lesão ao erário público, nem configurou enriquecimento ilícito dos mesmos, o que conduz à inaplicação dos arts. 9º e 10, da Lei

8.429/92, além do fato de que o ato apontado improbo não amolda à conduta prevista no art. 11, à minguagem de lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista que a dispensa de licitação sub examine decorreu de estudo realizado pela Comissão de Licitação, consoante se infere do teor do voto condutor do acórdão recorrido.

[...]

(REsp 797.671/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 16/06/2008) - sublinhamos

38 Denota-se do julgado a clara percepção de que a hipótese de dispensa do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93 distingue-se, em essência, das causas de inexigibilidade. Destarte, uma vez realizados estudos e, ainda que encontrado mais de um imóvel, decidindo-se pela melhor adequação de um em específico (razão da escolha do fornecedor), torna-se lícita a utilização da contratação direta por dispensa ora em apreço.

II – DO PROCEDIMENTO PRÉVIO À AQUISIÇÃO OU LOCAÇÃO

39 Denota-se dos julgados do TCU que sustentam posição contrária a este Parecer uma preocupação com o direcionamento ou a escolha por demais subjetiva e pessoal do imóvel. A forma encontrada pelo Tribunal para evitar tais condutas, no entanto, não parece ser a mais adequada, na medida em que anula a aplicação do art. 24, X, da Lei 8.666/93.

40 A forma de conjugar o entendimento da Corte de Contas com as premissas deste Parecer é orientar a Administração a realizar um procedimento ainda que simplificado para a seleção do imóvel a ser adquirido ou alugado.

41 Embora não se apliquem literalmente as disposições dos arts. 7º e seguintes da Lei 8.666/93 à fase de planejamento da aquisição/locação, é necessário que a Administração fixe prévia e justificadamente as características mínimas de que ela precisa num imóvel.

42 Como já mencionado neste Parecer, o Decreto 7.689/2012, complementado pela Portaria do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 249, de 13 de junho de 2012, exige certo planejamento na aquisição ou locação de imóveis. Desta feita, antes da escolha ou consulta às opções disponíveis no mercado, a Administração deve estabelecer quais são os critérios a serem preenchidos por um imóvel a fim de atender a suas necessidades, como o tamanho da área (cf. art. 3º, *caput*,

do Decreto 7.689/2012), a necessidade ou não de estacionamento, a restrição a determinados lugares (cf. art. 3º, §2º, do Decreto 7.689/2012), o atendimento por linhas de transporte público etc.

43 Estabelecido isso, passa-se à consulta a órgãos públicos, como a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), sobre a existência de imóvel com as características estabelecidas, no intuito de possibilitar uma ocupação/aquisição a título gratuito, em obediência ao princípio da economicidade.

44 Não sendo possível a aquisição ou ocupação gratuita, é o caso então de dar publicidade à procura pelo imóvel com as características mencionadas e averiguar as opções disponíveis no mercado. Essa publicação deve ser adequada ao fim proposto, podendo dar-se das mais variadas formas, como por meio de Diário Oficial, jornal de grande circulação, página oficial na internet, Ofícios a imobiliárias etc., de modo a atender ao princípio da publicidade.

45 Diante do recebimento das propostas, poderá então a Administração saber se será o caso de licitar; dispensar o procedimento na forma do art. 24, X, da Lei de Licitações, lembrando que somente se aplica dispensa ao caso de imóvel destinado às atividades-fim, ou atestar a ocorrência de inexigibilidade. Nesses dois últimos casos (dispensa ou inexigibilidade), proceder-se-á na forma do art. 26 da Lei de Licitações, para o que serão necessárias, por exemplo, uma avaliação prévia e uma pesquisa de mercado.

46 Em homenagem aos princípios da impessoalidade e da moralidade, é importante que a Administração, ao justificar a razão da escolha do fornecedor, deixe expressos os motivos da recusa dos imóveis apresentados, mas não selecionados, de forma que restem evidentes os aspectos distintivos daquele outro escolhido.

47 Percebe-se, portanto, que o procedimento de planejamento ora mencionado é imprescindível não só para o correto enquadramento legal da contratação, mas também para o atendimento a princípios da Administração Pública constitucionalmente consagrados, notadamente os da publicidade, moralidade, impessoalidade e economicidade.

III – CONCLUSÃO

48 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) O art. 24, x, da lei 8.666/93 pode ser aplicado quando houver mais de um imóvel disponível, desde que atendidos os requisitos específicos do dispositivo, a serem aferidos no caso concreto;
- b) Havendo apenas um imóvel disponível, a contratação dá-se por inexigibilidade, dada a inviabilidade de competição;
- c) Na fase de planejamento da aquisição ou locação, deve a administração adotar os seguintes procedimentos: (c.1) estabelecer características e requisitos do imóvel demandado, de acordo com as necessidades do caso concreto e obedecidas às premissas do Decreto 7.689/2012; (c.2) consultar outros órgãos públicos, especialmente a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), sobre a existência de imóvel com as características pretendidas, para fins de gratuitamente adquirir ou ocupar; (c.3) não havendo a possibilidade de aquisição ou ocupação gratuita, dar publicidade à demanda de modo a averiguar as opções disponíveis no mercado, por meio de uma espécie de Aviso de Procura de Imóvel, a ser publicado em jornal de grande circulação na localidade, ou outro meio de publicidade que se revele mais efetivo, estabelecendo prazo razoável para apresentação das propostas de imóveis; (c.4) de posse das propostas, deliberar sobre a forma de contratação cabível (licitação, dispensa ou inexigibilidade); (c.5) proceder na forma da lei 8.666/93, observando-se especialmente a necessidade de realizar avaliação prévia e de fazer uma pesquisa de mercado; (c.6) nos casos de dispensa ou inexigibilidade, fazer constar dos autos os elementos mencionados no parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações, sendo imprescindível, na definição da razão da escolha do fornecedor, deixar expressos os motivos da recusa dos imóveis não selecionados.

À consideração superior.

Brasília, 25 de abril de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 26 de Abril de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 29 de abril de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 22/2013
(AQUISIÇÃO E LOCAÇÃO. BENS IMÓVEIS)**

- I. O ART. 24, X, DA LEI 8.666/93 PODE SER APLICADO QUANDO HOVER MAIS DE UM IMÓVEL DISPONÍVEL, DESDE QUE ATENDIDOS OS REQUISITOS ESPECÍFICOS DO DISPOSITIVO, A SEREM AFERIDOS NO CASO CONCRETO;
- II. HAVENDO APENAS UM IMÓVEL DISPONÍVEL, A CONTRATAÇÃO DÁ-SE POR INEXIGIBILIDADE, DADA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO;
- III. NA FASE DE PLANEJAMENTO DA AQUISIÇÃO OU LOCAÇÃO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO ADOPTAR OS SEGUINTE PROCEDIMENTOS: (A) ESTABELECER CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DO IMÓVEL DEMANDADO, DE ACORDO COM AS NECESSIDADES DO CASO CONCRETO E OBEDECIDAS ÀS PREMISSAS DO DECRETO 7.689/2012; (B) CONSULTAR OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS, ESPECIALMENTE A SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO (SPU), SOBRE A EXISTÊNCIA DE IMÓVEL COM AS CARACTERÍSTICAS PRETENDIDAS, PARA FINS DE GRATUITAMENTE ADQUIRIR OU OPCUPAR; (C) NÃO HAVENDO A POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO OU OCUPAÇÃO GRATUITA, DAR PUBLICIDADE À DEMANDA DE MODO A AVERIGUAR AS OPÇÕES DISPONÍVEIS NO MERCADO, POR MEIO DE UMA ESPÉCIE DE AVISO DE PROCURA DE IMÓVEL, A SER PUBLICADO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO NA LOCALIDADE, OU OUTRO MEIO DE PUBLICIDADE QUE SE REVELE MAIS EFETIVO, ESTABELECENDO PRAZO RAZOÁVEL PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS DE IMÓVEIS; (D) DE POSSE DAS PROPOSTAS, DELIBERAR SOBRE A FORMA DE CONTRATAÇÃO CABÍVEL (LICITAÇÃO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE); (E) PROCEDER NA FORMA DA LEI 8.666/93, OBSERVANDO-SE ESPECIALMENTE A NECESSIDADE DE REALIZAR AVALIAÇÃO PRÉVIA E DE FAZER UMA PESQUISA DE MERCADO; (F) NOS CASOS DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE, FAZER CONSTAR DOS AUTOS OS ELEMENTOS MENCIONADOS NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 26 DA LEI DE LICITAÇÕES, SENDO IMPRESCINDÍVEL, NA DEFINIÇÃO DA RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR, DEIXAR EXPRESSOS OS MOTIVOS DA RECUSA DOS IMÓVEIS NÃO SELECIONADOS.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 02/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DE FROTA.

I. Aspecto distintivo na contratação do serviço de gerenciamento de frota: intermediação. Constatação que exige da Administração justificativa com base em estudos técnicos que comprovem a adequação, eficiência e economicidade para utilização do modelo.

II. Medidas necessárias para resguardar a juridicidade da licitação e da contratação: não exigência de rede credenciada na fase de habilitação; critérios de julgamento compatíveis com objeto licitado em sua integralidade; pesquisa de mercado elaborada conforme parâmetros do Parecer N° 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU e não deixada ao exclusivo critério da contratada.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo a contratação do serviço de gerenciamento de frota. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I DA DEFINIÇÃO

6 Antes de apresentar os problemas suscitados na chamada contratação do serviço de gerenciamento de frotas, é preciso fixar o que se entende por tal serviço, de modo a bem situar a questão suscitada. Para tal mister, emprestam-se aqui algumas linhas escritas por Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti em elucidativo artigo sobre o tema:

É o que se vê ocorrer com a contratação de empresa privada para o gerenciamento do fornecimento de combustíveis e a prestação de manutenção corretiva e preventiva de veículos do serviço público. O novo modelo propõe-se a modernizar os mecanismos de gestão pública [...], por meio da transferência de ações da Administração a particulares que se desdobram em dois níveis – o da gerência da prestação e o da execução da prestação¹.
(sublinhamos)

1 Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública?. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67572>>. Acesso em: 23 jul. de 2010.

7 Retira-se da definição acima que o elemento marcante nesse tipo de contratação é a intermediação; em vez de a Administração licitar diretamente a aquisição de combustível de um posto ou a manutenção de veículos de uma oficina, utiliza-se da intermediação de uma empresa, a qual ficará incumbida de duas coisas: gerenciar a prestação dos serviços (abastecimento e manutenção) e fornecer esses serviços por meio de rede credenciada de postos e oficinas.

8 Em outro trecho do artigo supracitado tem-se um melhor delineamento do que é, em termos práticos, o gerenciamento de frotas:

Trata-se, nesse modelo, de a Administração Pública transferir a empresa privada especializada, vencedora de licitação, o gerenciamento de sua frota por meio de um sistema informatizado, cujo encargo principal é o de cuidar da manutenção preventiva e corretiva de veículos, incluindo o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra e transporte por guincho. Manutenção e fornecimento esses a serem executados por meio de rede credenciada de oficinas localizadas em âmbito estadual, regional ou nacional, ou seja, a empresa especializada contratada pela Administração gerencia a prestação de serviços a serem executados por outras empresas. Há, portanto, duas ordens de relações jurídicas: a que se estabelece entre a Administração e a empresa gerenciadora e a que esta estabelecerá com as empresas executoras, em sistema de rede.

9 São, portanto, duas contratações em um só procedimento: a gestão dos serviços prestados e os próprios serviços. Aqui fica mais fácil perceber a característica singular desse tipo de contratação: a existência de intermediação. A empresa contratada nada mais é do que uma intermediária entre a Administração e o prestador dos serviços. Contrata-se, portanto, o serviço de intermediação (gestão) e os serviços realmente prestados (abastecimento, manutenção, guincho etc.).

10 Não se trata, a rigor, de uma novidade, dada a existência de outras contratações que se utilizam dessa mesma sistemática, como a intermediação das agências de viagem na aquisição de passagens aéreas, a intermediação de empresas na aquisição de jornais e revistas e a intermediação de rede de cartões no fornecimento de alimentação por meio de cartões vale-refeição. Em todos os casos, o que se quer é uma utilidade, utilizando-se do meio mais adequado para tanto. No caso do gerenciamento de frota, é preciso que os automóveis de determinado órgão público mantenham-se funcionais, prestando-se à finalidade para a qual integram o patrimônio da Administração: o transporte.

11 Para fechar o tópico, o essencial aqui é apreender que o que se chama de gerenciamento de frota, na verdade, caracteriza-se como uma intermediação entre a Administração Pública e o efetivo prestador de serviço, contratação no âmbito da qual fica o intermediário (empresa credenciadora) responsável pela consolidação de dados sobre a gestão da frota veicular.

II DA NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA UTILIZAÇÃO DO MODELO

12 Sem adentrar especificamente às questões jurídicas suscitadas para obstar a utilização do sistema de gerenciamento de frotas, constata-se, desde logo, que será imprescindível que a Administração, quando optar por utilizá-lo, justifique a opção em detrimento da utilização sistema tradicional. Explica-se.

13 A remuneração dessa intermediação é feita por meio do pagamento de uma taxa de administração. Isso significa dizer que além do custo natural do combustível, da peça ou do serviço de manutenção, será devido ainda um valor adicional a título de remuneração à empresa vencedora do certame. Em princípio, significaria uma maior onerosidade, o que desafia, portanto, uma justificativa para não licitar diretamente a aquisição de combustível ou a manutenção. Essa justificativa pode fundar-se em motivos vários, tais como o grande número da frota, os constantes deslocamentos e necessidades contínua de reparo onde quer que o veículo se encontre etc.

14 O que não se admite, contudo, é dizer de forma genérica que o novo modelo é melhor do que o anterior e furtar-se de licitar da forma, por assim dizer, tradicional. Explicam de modo elucidativo Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, no artigo já mencionado:

Não se diga que se tornou ineficaz o modelo tradicional, ou seja, aquele em que a Administração contrata uma única oficina para manutenção de sua frota. É que, dependendo do porte da frota existente no órgão, da natureza de suas atividades, da frequência dos deslocamentos para outros municípios e estados da federação, do número de registros de consertos em outras localidades não atendidas pelo contrato existente, da considerável utilização do suprimento de fundos para atender a despesas com manutenção, deve a Administração Pública repensar o modelo tradicional, para outro que possa suprir as deficiências de manutenção que se tornaram criticamente habituais.

15 Assim, a assunção dos custos e das dificuldades inerentes à contratação dos serviços por meio do gerenciamento de frotas não deve se dar por comodismo ou conveniências outras da Administração, que não a estrita necessidade da prestação do serviço daquela forma, isto é, por meio de uma intermediação, de um gerenciamento.

16 De forma exemplificativa, distinguem-se duas situações bastante diversas: aquele órgão público cuja frota circula apenas num determinado município ou em municípios circunvizinhos e cuja atividade pode ser prestada por meios alternativos de transporte daquele outro órgão público cujas necessidades de longos e ininterruptos deslocamentos são inerentes à própria atividade desempenhada, como uma operação policial. Destaca-se aqui tratar-se de meros exemplos, sem qualquer vinculação, utilizados apenas a título ilustrativo para evidenciar casos hipotéticos de necessidade e desnecessidade de utilização do chamado novo modelo.

17 Encerrando essa fase, pode-se dizer que a justificativa para utilização ou não do sistema de gerenciamento de frotas desafia estudos técnicos que demonstrem aspectos como a adequação, a eficiência e a economicidade de utilização do modelo. Recentemente, o Tribunal de Contas da União (TCU) deixou clara essa necessidade de justificativa preliminar², sem prejuízo das demais correções que o modelo precisa enfrentar, a serem enfrentadas no tópico seguinte. Assim, a Administração deve deixar demonstrada de forma evidente nos autos, de preferência no documento de planejamento da contratação (termo de referência ou projeto básico), essa justificativa para utilização do modelo. Nessa justificativa é importante afastar as opções originalmente vislumbradas, como a contratação de dois ou três postos em municípios distintos dentro de um mesmo Estado, por exemplo, opção que possivelmente supriria a necessidade de abastecimento no território necessário sem a necessidade da utilização do sistema de gerenciamento.

III DAS DIFICULDADES NA LICITAÇÃO E NA FORMA DE SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

18 Conforme já salientado, há dois serviços contratados no sistema de gerenciamento de frotas: o gerenciamento e a prestação do serviço

² Acórdão 1040/2012 – Segunda Câmara: “1.6.2. demonstre eficiência e economicidade do modelo de gestão de frota a ser eventualmente adotado, comprovando suas justificativas com estudos/pareceres prévios efetuados”.

em si. Isso exige certos desafios na implementação do sistema, o que restou debatido de forma exaustiva no Acórdão 2.731/2009 do Plenário do Tribunal de Contas da União. Desse Acórdão podem ser retiradas diversas recomendações para aperfeiçoamento do sistema. Antes, porém, cumpre fazer alguns esclarecimentos.

19 O Acórdão em tela, além de não ter sido proferido em sede de consulta, dotado assim, de caráter normativo e prejudgamento de tese, não vedou a contratação do gerenciamento de frotas; apenas levantou uma série de questões e, ao final, resolveu:

9.3. determinar ao [...] que, diante da especificidade do caso concreto, efetue estudos, no prazo de um ano, com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, em consonância com os arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços;

20 Esclarecido isso, deve-se fixar a seguinte premissa numa eventual contratação de gerenciamento de frota: conforme já esclarecido, existem dois serviços sendo licitados (o gerenciamento e os serviços efetivamente prestados), por isso deve haver pressupostos de competitividade em ambos. Afasta-se, desde já, a possibilidade de se licitar com base apenas no menor percentual de taxa de administração, pois aqui se estaria escolhendo apenas a melhor proposta para o gerenciamento, deixando sem parâmetros os serviços a serem prestados no bojo do contrato. À mesma conclusão chegaram Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti³ e o próprio TCU, quando analisou o modelo⁴.

3 “Não se diga que o critério de julgamento da proposta baseado na menor taxa de administração (percentual aplicado sobre o valor dos serviços e peças cobrados pelas oficinas credenciadas) consulta o princípio da economicidade, mesmo que a proposta vencedora ofereça taxa de administração 0% (zero por cento) ou negativa, se for deixado em aberto o real valor a ser pago pelos serviços, ainda que as peças com código da montadora e os quantitativos de mão de obra para cada espécie de serviço constem de tabelas”. Op. cit.

4 “23. Na realidade, a ausência de disputa em torno dos preços das peças e dos serviços deixa em aberto o valor a ser pago pela Administração durante a execução do ajuste, o que impede a verificação da vantajosidade da proposta contratada”.

21 Assim, deve haver competitividade não só em torno da taxa de administração cobrada pelo gerenciamento, mas também sobre os demais serviços a serem prestados, de modo a se conseguir a proposta mais vantajosa em sua completude, em relação a todo o objeto contratual, que, como já esclarecido, não é só o gerenciamento da frota.

22 A forma como conseguir essa competitividade em relação aos serviços varia conforme cada um. A título de exemplo, cite-se a exigência de um percentual de descontos sobre os valores de combustíveis, peças, lubrificantes etc. Utilizar-se-iam, então, alguns valores tabelados, sobre os quais incidiriam esse desconto, como uma tabela de preço combustíveis da Agência Nacional de Petróleo (ANP), uma tabela de serviços (mão-de-obra e peças) do fabricante etc. Ter-se-ia, assim, uma competitividade referente à taxa de administração cobrada pelo gerenciamento e também uma competitividade sobre os serviços a serem efetivamente prestado, afastando-se, assim, uma série de questionamentos levantados pelo TCU no Acórdão 2.731/2009-P. Caberia à Administração, nos estudos da fase interna, fixar esses pressupostos, com base nos aspectos técnicos aferidos.

23 Não se desconhece que os contratos de manutenção trazem em si uma nota de emergencialidade. Não se sabe, ao certo, quando uma ou outra peça irá precisar de substituição ou quando ocorrerá um acidente. O conserto de um veículo, a reparação de um ar-condicionado dentre outros muitas vezes não dão sinais de quando serão necessárias, por isso os contratos de manutenção, muitas vezes, adotam a sistemática de exigir 03 (três) orçamentos quando da necessidade de algum reparo.

24 O contrato de gerenciamento de frota não está salvo dessa possibilidade: ser necessário serviço ou peça não previsto em tabela de fabricante ou outra tabela-padrão adotada na licitação. A solução seria, então, utilizar-se da sistemática de apuração dos valores de mercado para fins de aplicação do percentual acordado e respectivo pagamento. No entanto, o TCU muito criticou a perda da gestão sobre essa pesquisa de mercado, que é feita a critério da contratada-gerenciadora, sem qualquer participação da Administração, que apenas aprova o orçamento.

25 Assim, quando houver a necessidade de, no curso do contrato, realizar-se um serviço ou se adquirir um produto inicialmente não vislumbrado, isto é, não previsto na tabela ou parâmetro utilizado na licitação, deve a Administração prever cláusula em edital evitando que essa pesquisa de mercado fique ao completo alvedrio da contratada, afastando assim algum direcionamento da pesquisa e o possível sobrepreço dos serviços.

26 Vale destacar que essa pesquisa de mercado é uma pesquisa como qualquer outra, devendo utilizar-se dos parâmetros do Parecer Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU. Cabe à Administração ainda fiscalizar se os preços estão compatíveis, não se limitando a aceitar a pesquisa da contratada. Detectado sobrepreço, ser-lhe-á lícito realizar procedimentos com vistas à glosa dos valores entendidos como pagos a maior. Tais providências dizem com a regular fiscalização do contrato, inerente a todo e qualquer contrato administrativo, atentando-se aqui para aspectos específicos da contratação em apreço.

27 Em resumo, ciente de que o modelo de contratação de gerenciamento de frotas é bastante recente e se encontra em fase de aprimoramento, tem-se que, com as cautelas necessárias à apuração da proposta mais vantajosa em sentido lato, isto é, em relação a todos os componentes do contrato, é possível sua utilização em compatibilidade com o ordenamento jurídico, considerando ainda a necessidade de correção das falhas pontuais ora abordadas e consignadas pelo TCU quando analisou a questão a fundo.

28 Por fim, fim cumpre alertar para um critério de há muito combatido pelo TCU como restritivo à competitividade, que é a exigência de que a rede credenciada seja apresentada já na fase de habilitação. Entendeu o TCU, em diversas oportunidades, que tal exigência seria descabida, por restringir indevidamente o caráter competitivo, a exemplo do Acórdão 3.513/2011 – Primeira Câmara⁵:

9.2. nos termos dos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/92, e 250, II, do RI/TCU, determinar ao [...] que, caso persista a necessidade da contratação, se abstenha de prorrogar o Contrato [...], promovendo nova licitação, imediatamente após o seu encerramento, escoimada da irregularidade ali detectada, qual seja, a exigência de comprovar, ainda na fase de habilitação/classificação de propostas, que a licitante possui rede credenciada de oficinas multimarcas/centros automotivos/concessionárias e distribuidoras de autopeças e pneus, bem como rede credenciada de postos de combustível de bandeira, por ser restritiva à competitividade, contrariando o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993; (sublinhamos)

5 Nesse mesmo julgado, citam-se, ainda os seguintes Acórdãos, todos referentes ao serviço de vale-refeição: 3156/2010-P, 2581/2010-P, 842/2010-P e 2651/2010-P.

IV CONCLUSÃO

29 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A adoção do denominado serviço de gerenciamento de frota, por se tratar de intermediação na aquisição de bens e serviços, exige justificativa específica, elaborada com base em estudos técnicos, os quais demonstrem aspectos como a adequação, a eficiência e a economicidade de utilização do modelo, tudo a ser devidamente consignado no documento de planejamento da contratação (termo de referência, projeto básico etc.);
- b) Na contratação do gerenciamento de frota, deve a Administração adotar as seguintes recomendações, a fim de resguardar a compatibilidade do procedimento com o regime jurídico das contratações públicas:
 - b.1) utilizar critério de julgamento não só em relação ao serviço de gerenciamento, mas também em relação aos bens e serviços decorrentes do contrato;
 - b.2) evitar que a pesquisa ou cotação de preços de mercado que se faça necessária no curso do contrato fique a critério única e exclusivamente da empresa contratada, observando, nessa pesquisa, os termos do Parecer N° 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU;
 - b.3) não exigir a apresentação de rede credenciada na fase de habilitação, mas sim fixar no edital prazo hábil à vencedora para que apresente a relação conforme exigências do instrumento convocatório.

À consideração superior.

Brasília, 25 de abril de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 29 de abril de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 02/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 29 de Abril de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 23/2013
(LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE GERENCIAMENTO DE FROTA)

- I. A ADOÇÃO DO DENOMINADO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DE FROTA, POR SE TRATAR DE INTERMEDIÇÃO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS, EXIGE JUSTIFICATIVA ESPECÍFICA, ELABORADA COM BASE EM ESTUDOS TÉCNICOS, OS QUAIS DEMONSTREM ASPECTOS COMO A ADEQUAÇÃO, A EFICIÊNCIA E A ECONOMICIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MODELO, TUDO A SER DEVIDAMENTE CONSIGNADO NO DOCUMENTO DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO (TERMO DE REFERÊNCIA, PROJETO BÁSICO ETC.)
- II. NA CONTRATAÇÃO DO GERENCIAMENTO DE FROTA, DEVE A ADMINISTRAÇÃO ADOTAR AS SEGUINTE RECOMENDAÇÕES, A FIM DE RESGUARDAR A COMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
(A) UTILIZAR CRITÉRIO DE JULGAMENTO NÃO SÓ EM RELAÇÃO AO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO, MAS TAMBÉM EM RELAÇÃO AOS BENS E SERVIÇOS DECORRENTES DO CONTRATO; (B) EVITAR QUE A PESQUISA OU COTAÇÃO DE PREÇOS DE MERCADO QUE SE FAÇA NECESSÁRIA NO CURSO DO CONTRATO FIQUE A CRITÉRIO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE DA EMPRESA CONTRATADA, OBSERVANDO, NESSA PESQUISA, OS TERMOS DO PARECER Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU; (C) NÃO EXIGIR A APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA NA FASE DE HABILITAÇÃO, MAS SIM FIXAR NO EDITAL PRAZO HÁBIL À VENCEDORA PARA QUE APRESENTE A RELAÇÃO CONFORME EXIGÊNCIAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER N° 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

CURSOS FECHADOS. TREINAMENTO E PERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS INDICADOS NO ART. 25, II, §1º, DA LEI N° 8.666/93. CONTRATAÇÃO DIRETA NÃO VEDADA PELA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU N° 18/2009.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de discutir se seria possível reconhecer a inexigibilidade de licitação na contratação de cursos fechados pela Administração Pública, dada a redação da ON AGU nº 18/2009. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5. É o relatório.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009 E CONTRATAÇÃO DE CURSOS FECHADOS

6 A presente controvérsia tem origem no conteúdo da Orientação Normativa AGU nº 18/2009. Ao dispor sobre a contratação direta de cursos para a Administração Pública, o referido ato parece sugerir que somente seria possível reconhecer a inexigibilidade na contratação de cursos abertos ou na contratação de pessoa física para ministrar treinamento de pessoal:

CONTRATA-SE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, INC. II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CONFERENCISTAS PARA MINISTRAR CURSOS PARA TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL, OU A INSCRIÇÃO EM CURSOS ABERTOS, DESDE QUE CARACTERIZADA A SINGULARIDADE DO OBJETO E VERIFICADO TRATAR-SE DE NOTÓRIO ESPECIALISTA.

7. Se interpretada estritamente, a referida Orientação Normativa poderia conduzir ao seguinte raciocínio: **a contratação direta fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal em curso fechado jamais poderia ser realizada com pessoa jurídica.** Uma leitura mais apressada da **fundamentação** da Orientação Normativa pode, inclusive, conduzir a essa conclusão, mas se propõe aqui outro raciocínio.

8. Primeiramente, cabe referir que **a Orientação Normativa AGU nº 18/2009 em momento algum vedou a contratação de cursos fechados por inexigibilidade.** Observe-se que o referido ato não utilizou qualquer advérbio que indicasse essa impossibilidade. Sua redação começa com “contrata-se” e não com “somente se contrata”. Em

seu ínterim, também não há qualquer vedação expressa à contratação de curso fechado por inexigibilidade.

9. Assim, como o ato administrativo normativo que vincula os órgãos de consultoria e assessoramento jurídico da PGF é a própria Orientação Normativa, e não sua fundamentação (arts. 4º, XIII, 11, III, 17, II, e 18 da Lei Complementar nº 73/93),¹ deve-se inferir que **a força normativa do ato deriva de seu próprio conteúdo, devendo a fundamentação servir, no máximo, como “norte” para o adequado entendimento da proposição normativa subjacente ao texto do ato administrativo.**

10. Por outro lado, uma leitura atenta da fundamentação da Orientação Normativa AGU nº 18/2009 evidencia que a intenção da mesma não foi consagrar propriamente a vedação. Em verdade, a grande fonte da fundamentação foi a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sobre o tema, como se vê abaixo:

Parece pertinente, ainda, distinguir os denominados cursos abertos dos fechados. Os cursos abertos são aqueles que permitem a participação de quaisquer interessados, sendo fixados e programados pelo seu realizador. São, portanto, acessíveis a qualquer pessoa interessada na sua proposta. Os cursos fechados são voltados para grupos certos e determinados de indivíduos, elaborados de acordo com metodologia e horários previamente fixadas pelo contratante. De conseguinte, não são acessíveis a qualquer interessado, mas apenas àquelas integrantes do quadro de quem os contrata.

Assim, **somente se enquadra na inexigibilidade fundada no art. 25, inc. II, combinado com o art. 13, inc. VI, da Lei no 8.666, de 1993, a contratação de cursos abertos, sendo que os cursos fechados devem ser objeto de licitação.**

1 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

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:

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;

Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.

Sobre os cursos de treinamento aberto ou fechado, **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes** assevera que:

É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso oferecido por instituição privada de treinamento, porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição. Contudo, para a realização de seminários fechados, promovido por qualquer dessas mesmas instituições, é, em princípio, exigível a licitação, porque o interesse e conveniência de treinamento podem ser determinados pela Administração, ao contrário do caso anterior, em que a oportunidade é ditada pelas instituições.

11. Ora, a grande fonte doutrinária da fundamentação alega que a licitação seria, “em princípio, exigível” para a contratação de instituições privadas para ministrar cursos fechados. Observe-se que a interpretação do autor nada mais fez que reafirmar a regra geral do procedimento licitatório (art. 37, XXI, da CF/88).² Atente-se, ainda, que, na supracitada passagem, o entendimento de Jacoby Fernandes foi citado como uma espécie de ilustração da visão que estava sendo firmada na fundamentação.

12. Parece evidente que a *intentio auctoris* seria reproduzir a orientação doutrinária do administrativista, mas a redação final restou mais restritiva que a mencionada posição doutrinária. Enquanto a interpretação de Jacoby Fernandes, apenas, mencionava que, em regra, haveria a necessidade de licitar, o texto da fundamentação disse que somente se enquadraria como inexigibilidade a contratação de cursos abertos; enquanto o doutrinador construía sua interpretação exclusivamente para cursos fechados ministrados por entidades privadas, o texto referia-se genericamente a toda e qualquer instituição. Fica evidente, contudo, que houve, apenas, uma inadequação da redação à orientação doutrinária capitaneada por Jacoby Fernandes.³

² Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³ A título informativo, a contratação de instituição privada para ministrar curso aberto foi enquadrada por Jacoby Fernandes como inexigibilidade fundada no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 552). A razão para isso é que não há sentido em licitar um curso aberto, pois sua oferta pelo mercado não pode sofrer qualquer ingerência da Administração Pública. Quando o autor comenta o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, não faz qualquer distinção entre cursos abertos ou fechados. Limita-se a elencar os pressupostos da contratação direta e indicar que haveria sua possibilidade na contratação de treinamento de pessoal

13. Isso fica mais evidente quando se compara a fundamentação com o texto final da Orientação Normativa. De acordo com este, **pode-se contratar conferencista para ministrar curso e, obviamente, quando se menciona essa estratégia de contratação, está-se contratando pessoa física para ministrar curso fechado**. Se o texto normativo da Orientação Normativa AGU nº 18/2009 tivesse aderido irrestritamente à redação restritiva da fundamentação, não teria possibilitado a contratação de conferencista para ministrar curso fechado. Não foi isso, contudo, que restou delineado na Orientação Normativa. Não só mencionou a possibilidade de contratação de conferencista para ministrar curso fechado, como não se valeu do advérbio “somente”, tal qual se encontra na fundamentação.

14. Ainda, **a Lei nº 8.666/93, ao tratar da inexigibilidade do art. 25, II, não fez qualquer distinção entre contratar pessoas físicas ou jurídicas**. Não se pode, portanto, vedar a contratação de pessoas jurídicas para ministrar cursos fechados por inexigibilidade se estiverem presentes os pressupostos da inexigibilidade delineados no art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93 e nas Súmulas TCU nº 252/2010 e nº 264/2011.⁴ Acentue-se que a inexigibilidade resulta de uma **inviabilidade real de competição** ou, nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, de um “**pressuposto fático**”,⁵ de modo que não faz sentido vedar a incidência do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 sobre a

(cf. pp. 623-627 da mesma obra). O autor parece então admitir, tranquilamente, a contratação direta por inexigibilidade de cursos fechados, desde que presentes os pressupostos da inexigibilidade do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

4 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Súmula nº 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Súmula nº 264: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

5 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 425.

contratação de cursos fechados ministrados por pessoas jurídicas, quando presentes os pressupostos reais da inviabilidade absoluta de competição.

15. Assim, se o curso fechado para **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal** (art. 13, VI, da Lei nº 8.666/93)⁶ notabilizar-se pela “marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes”;⁷ ou seja, se resulta de “um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para satisfação do interesse público em causa”;⁸ há de se reconhecer a **singularidade** que, aliada à **notória especialização da pessoa física ou jurídica** (art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93), daria azo à contratação direta fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

16. Por outras palavras, se o treinamento a ser contratado puder ser prestado de maneira tal que não haja a possibilidade de indicação de um processo objetivo de seleção pautado na comparabilidade de serviços, **outra opção não há** senão se reconhecer a inexigibilidade:

31. Em outras palavras, **quando exigimos uma licitação, temos por suposto que para o bom perfazimento do objeto será irrelevante a pessoa do vencedor**, desde que - lógico - este seja idôneo e minimamente habilitado. A consecução do objeto, isso é que importa, não dependerá de nenhum traço peculiar a ser impresso pelo executante, não está condicionada a qualquer característica pessoalíssima da execução (como por exemplo, o dom artístico, o conhecimento técnico invulgar e especializado, a criatividade ímpar, a rara experiência no enfrentamento de um dado problema de questionamento difícil, etc.).

32. Porém, como se quis nuançar há pouco, **contratos há cujos objeto possui uma peculiaridade (é inquantificável, de difícil definição, de elevada especificidade, depende intrinsecamente da criatividade de um artista ou trabalhador intelectual, demanda um tratamento não facilmente encontradão no mundo privado, etc.) que o torna de comparação impossível**.

6 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 485.

8 MELLO, op. cit., p. 493.

Nestes casos, ante a impossibilidade de se proceder a uma licitação, o legislador considerou que a licitação não poderá ser sequer - exigida.

33. Ou seja, à diferença do que ocorre com a dispensa (onde se faculta ao administrador licitar ou não) na inexigibilidade a lei reconhece uma impossibilidade objetiva em se promover o certame, afastando mesmo a hipótese de licitar.

Na inexigibilidade não se trata de deixar ao arbítrio do administrador a realização ou não de um determinado certame. **Trata-se, isto sim, dos casos em que o legislador reconhece a objetiva impossibilidade de se realizar o pleito competitivo.**⁹

17. Com o entendimento em apreço, **não se quer afirmar que a contratação de cursos fechados terá que ser necessariamente direta.** Ao contrário, à luz da fundamentação da Orientação Normativa AGU nº 18/2009, **a regra geral é licitar esse objeto contratual** e, somente se presentes os pressupostos da inexigibilidade fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, poderia a Administração Pública adotar este último procedimento. Ainda, peculiaridades do caso podem atrair, por exemplo, a incidência de hipóteses de dispensa de licitação fundadas em outros dispositivos do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (ex.: inciso VIII, inciso XIII). Assim, **não há como sufragar qualquer entendimento que, em abstrato, enquadre a contratação de curso fechado em alguma dessas hipóteses legais:**

[...] não cabe reputar que toda e qualquer atividade de ensino e treinamento comportaria contratação sem licitação. A questão não reside na natureza da atividade de ensino e treinamento como um gênero em abstrato, mas é indispensável verificar se a circunstância concreta envolve uma atividade de natureza singular.¹⁰

18. Pelo exposto, deve-se concluir que a Orientação Normativa AGU nº 18/2009 não obsta a contratação direta por inexigibilidade de pessoa jurídica para ministrar curso fechado para a Administração Pública, desde que presentes os pressupostos do art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93.

9 MARQUES NETO, Floriano. Contratação direta de empresas de engenharia consultiva por inexigibilidade de licitação pública. *Revista dos Tribunais*. v. 713, p. 24, Mar/1995DTR\1995\628.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 360.

À consideração superior.

Brasília, 5 de junho de 2013.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de Julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 37/2013

A ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009 NÃO OBSTA A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA PARA MINISTRAR CURSO FECHADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DO ART. 25, II, §1º, DA LEI Nº 8.666/93.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER N° 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

REPACTUAÇÃO. ASPECTOS GERAIS. DISTINÇÃO ENTRE REPACTUAÇÃO E REAJUSTE. FORMALIZAÇÃO. ADOÇÃO DE ÍNDICES PARA REAJUSTAMENTO DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS. REPACTUAÇÃO POR APOSTILAMENTO. OBJETOS CONTRATUAIS COM SERVIÇOS DISTINTOS.

I. Repactuação. Diminuição de alguns custos unitários. Recálculo em valor menor.

II. A adoção do reajuste ou repactuação não é discricionária e deve observar os parâmetros estabelecidos pela Orientação Normativa AGU n° 23/2009.

III. Contratação da prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra. Obrigatoriedade da cláusula de reajuste por índices setoriais ou específicos. Caso inexistam, a Administração Pública deverá adotar o índice geral de preços que melhor esteja correlacionado com os custos do objeto contratual ou, ainda, em caráter subsidiário, verificar se existe, no mercado, algum índice geral de adoção consagrada para o objeto contratado. Não havendo índices com uma dessas características, deve ser adotado o reajustamento pelo IPCA/IBGE. Obrigatoriedade de justificativa técnica da escolha do índice.

IV. A repactuação promovida por apostilamento não exige manifestação obrigatória da Procuradoria, pois não se está diante da alteração de cláusulas contratuais (arts. 38, parágrafo único, e 65, §8º, da Lei n° 8.666/93 e art. 40, §4º, da IN SLTI/MPOG n° 02/2008). Dúvidas jurídicas porventura existentes deverão ser apreciadas pela Procuradoria.

V. Em contratos administrativos de prestação de serviços continuados que tenham parte do objeto prestado com dedicação exclusiva de mão de obra e parte sem dedicação exclusiva, deve ser adotada a repactuação como forma de reajustamento.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de enfrentar dúvidas mais genéricas sobre os institutos da repactuação e do reajuste em contratos de prestação de serviços continuados. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5. É o relatório.

CRITÉRIOS DE REAJUSTAMENTO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS

6. O momento original da contratação possui um papel fundamental em qualquer contrato administrativo. Nas condições efetivas da proposta, firma-se uma relação de encargos/remuneração denominada de equilíbrio econômico-financeiro que deve ser mantida durante toda a relação contratual (art. 37, XXI, da CF/88).¹

7. O dever da contratação, contudo, poderá fazer com que circunstâncias excepcionais estranhas à vontade das partes e imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis onerem esse equilíbrio, de modo que seja necessária a revisão das cláusulas econômico-financeiras com vistas ao restabelecimento das condições efetivas da proposta (art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93).²

8. Essa revisão, por sua vez, representa verdadeira alteração de cláusulas contratuais, razão pela qual deverá ser formalizada por termo aditivo.

9. Por outro lado, o equilíbrio econômico poderá ser afetado pela oscilação dos preços no mercado. Com o passar do tempo, as flutuações tendem a se consolidar com um aumento relevante do nível geral dos

1 Art. 37, XXI, da CF/88 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

2 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 consequências 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).

preços (inflação) ou com um decréscimo relevante desse nível (deflação). Em ambos os casos, há um desequilíbrio na relação contratual.

10. Quando os preços aumentam, os custos da contratação tendem a aumentar e a margem de lucro do contratado diminui, pois, embora seus custos tenham aumentado, receberá pagamentos em valor fixado em momento anterior ao aumento geral dos preços. O raciocínio inverso aplica-se à Administração: quando o nível geral dos preços cai, os custos da contratação diminuem, mas o particular continuará a receber um pagamento fixo, a despeito da queda em seus custos. No contrato administrativo, ambas as situações são indesejáveis.

11. Juridicamente, contudo, não são situações imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, razão pela qual não se pode considerá-las manifestações da álea econômica. Muito pelo contrário, com alta frequência, indicadores macroeconômicos e índices de preços permitem que expectativas de inflação ou de deflação sejam previstas com pequena margem de erro. Isso suscita uma questão: como restabelecer o equilíbrio do contrato sem valer-se da teoria da imprevisão?

12. A resposta está na própria legislação. O reequilíbrio contratual para corrigir distorções provocadas pela inflação ou deflação está previsto no próprio contrato administrativo, por meio da previsão de critério de reajuste (arts. 40, XI, e 55, III, da Lei nº 8.666/93).³ Por esse meio, a Administração é obrigada a rever os valores do pagamento periodicamente.

13. Com a implementação do plano real, essa periodicidade mínima passou a ser de um ano e somente contratos com prazos de vigência iguais ou superiores a um ano poderiam admitir reajustamento, conforme se pode observar nos arts. 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a

³ Art. 40, XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Art. 55, 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;

variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

[...]

Art. 3º **Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei**, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

14. Em síntese, a Administração Pública deverá prever cláusula contratual definindo o critério de reajustamento (reajuste em sentido amplo). Os cálculos decorrentes da aplicação da cláusula, portanto, não representam alteração das condições da contratação, mas mera efetivação de algo que já está previsto no contrato desde a origem. É justamente essa a razão pela qual os novos valores contratuais não precisarão ser registrados no processo administrativo por meio de termo aditivo. Se não há alteração contratual, não há que se aditar nada por termo; basta realizar o apostilamento dos novos valores (art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93).

15. Quanto aos critérios de reajustamento em contratos de prestação de serviços continuados, a legislação previu duas formas, o reajuste (reajuste em sentido estrito) e a repactuação. A diferença fundamental está no modo como o reequilíbrio contratual é calculado. Enquanto o primeiro implica a adoção de cálculo fundado na variação de índice de preços previamente indicado em fórmula paramétrica prevista no

contrato (ex.: IGP-DI, INPC, IPCA), a repactuação analisa a variação de cada custo de uma planilha, tal qual prevê o art. 5º do Decreto nº 2.271/97:

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 repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e **a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.**

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.

16. Como se vê, a repactuação traz uma complexidade adicional. Para que ocorra, o contratado deve demonstrar analiticamente a variação dos custos do contrato. Isso implica cálculo da alteração dos preços, comprovação da alteração dos mesmos e justificativa do pedido de repactuação em dados concretos. A Administração, por outro lado, terá que analisar o requerimento do contratado e realizar múltiplos expedientes de consulta com o fito de verificar se as alterações de custo são justificáveis. Poderá, inclusive, chegar à conclusão de que alguns custos da contratação diminuíram e não só indeferir o pedido de alteração de preços, como reconhecer a diminuição dos custos de alguns preços unitários ou mesmo do valor total do contrato, segundo o TCU:

1.5. Determinações:

1.5.1. ao Tribunal Regional do Trabalho 8ª Região que:
[...]

1.5.1.11. observe o disposto no art. 2º da Lei n. 10.192/2000 e no art. 5º do Decreto n. 2.271/1997, atentando para o entendimento firmado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (v.g., Acórdãos ns. 297/2005, 1.563/2004 e 55/2000, todos do Plenário), no sentido de que somente os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua podem ser repactuados e a repactuação que vise a aumento de despesa não é permitida antes de decorrido, pelo menos, um ano de vigência do contrato, observando que:

1.5.1.11.1. **é necessária a existência de cláusula no contrato admitindo a repactuação, que pode ser para aumentar ou diminuir o valor do contrato;**

- 1.5.1.11.2. a repactuação não está vinculada a qualquer índice;
1.5.1.11.3. para repactuação de preços deve ser apresentada demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada (Acórdão TCU nº 2498/09 - 1ª Câmara).

17. É certo, contudo, que, dificilmente, uma repactuação resultará em diminuição do valor total do contrato, dada a presença do componente inflacionário no mercado. Uma lição, contudo, pode ser extraída das reflexões acima: **a repactuação exige o exame de cada componente de custo e, para que seja realizada adequadamente, poderá implicar, inclusive, o reconhecimento de que alguns preços unitários diminuiram no mercado.**⁴

18. Por exemplo, em um contrato de prestação de serviços de limpeza, o custo de mão de obra poderá ter subido por força do registro de uma nova Convenção Coletiva de Trabalho ao tempo em que os custos com materiais de limpeza podem ter sofrido uma queda em razão de deflação nesse setor. Ao fim da repactuação, terá havido acréscimo no valor total do contrato, mas o pagamento relativo a materiais de limpeza pode ter diminuído. **Observe-se que, claramente, não são alteradas as condições efetivas da proposta, pois o percentual de remuneração sobre o custo da empresa será mantido, sem qualquer alteração. A proporção encargo/remuneração, portanto, permanece intacta.**

19. Por outro lado, se não se permitisse a diminuição do valor a ser pago por determinados custos unitários, a empresa teria o benefício de uma diminuição do custo de mercado provocada pela deflação e, ao mesmo tempo, apropriar-se-ia do excedente ao arrepio do equilíbrio econômico-financeiro originalmente fixado quando da contratação.

20. Acentue-se que a adoção de uma forma de reajustamento em detrimento de outra, contudo, não é livre. De acordo com a nova redação da Orientação Normativa AGU nº 23/2009, a repactuação deverá ficar adstrita aos contratos de prestação de serviços contínuos que se utilizem de mão de obra em regime de dedicação exclusiva:

⁴ Observe-se que, com lógica idêntica, o art. 5º, caput, do Decreto nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994, válida o reajuste de valores contratuais “para menos”: Os preços contratuais serão reajustados para mais ou para menos, de acordo com a variação dos índices indicados no instrumento convocatório da licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda no contrato, com base na seguinte fórmula (...).

O EDITAL OU O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO DEVERÁ INDICAR O CRITÉRIO DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, SOB A FORMA DE REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO, ADMITIDA A ADOÇÃO DE ÍNDICES GERAIS, ESPECÍFICOS OU SETORIAIS, **OU POR REPACTUAÇÃO, PARA OS CONTRATOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, PELA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA VARIAÇÃO DOS COMPONENTES DOS CUSTOS.**

21. Esse entendimento, por sua vez, resulta da atual redação do art. 37, *caput*, e do item XX do anexo I da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/08, que definiram a repactuação em função dos contratos de prestação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

Art. 37. A **repactuação** de preços, como espécie de reajuste contratual, **deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra**, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997 (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).

[...]

Anexo I, XX - **REPACTUAÇÃO** é a espécie de reajuste contratual que **deve ser utilizada para serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra**, por meio da análise da variação dos custos contratuais, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo estar prevista no instrumento convocatório com data vinculada à apresentação das propostas para os custos decorrentes do mercado e do acordo ou convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado para os custos decorrentes da mão de obra (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).

22. Os demais contratos de prestação de serviços com prazo de duração igual ou superior a um ano, portanto, devem adotar o reajuste, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da incidência do processo inflacionário.

23. Questão importante, nesse sentido, é saber qual índice escolher. A priori, deve ser aquele que melhor reflita os preços do objeto contratual.

Não há dúvida, portanto, de que índices setoriais ou específicos são preferíveis aos índices gerais, pois enquanto estes procuram mensurar a variação de preços da economia em geral, aqueles aferem a variação de preços em um determinado setor econômico ou refletem, de maneira detalhada, a composição dos custos envolvidos na contratação.

24. Há, ainda, uma razão jurídica para a preferência por índices setoriais ou específicos. O art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93 exige a priorização de índices capazes de retratar a variação efetiva do custo do objeto contratual:

Art. 40, XI - critério de reajuste, **que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

25. Para tanto, nada melhor que admitir a adoção de índices setoriais ou específicos, pois são concebidos para, necessariamente, refletirem os custos de determinado setor da economia ou de determinado objeto, e não os preços praticados no mercado em geral.

26. Para vários objetos contratuais, contudo, não existem índices específicos ou setoriais. Nesses casos, a adoção de índice geral é, obviamente, mandatória, por absoluta impossibilidade de adoção de índice específico ou setorial e por força da Orientação Normativa AGU nº 23/2009. Nesses casos, **deve-se procurar verificar qual seria o índice geral de preços que melhor estaria correlacionado com os custos do objeto contratual ou, ainda, em caráter subsidiário, verificar se existe, no mercado, algum índice geral de adoção consagrada para o objeto contratado.**

27. **Apenas se tecnicamente inviável a identificação do índice geral mais adequado ou consagrado pelo mercado, deverá ser adotado o IPCA/IBGE**, pois, com supedâneo no art. 3º do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999,⁵ **é o índice geral de preços oficialmente escolhido pelo Conselho Monetário Nacional para monitorar a**

5 Art. 3º O índice de preços a ser adotado para os fins previstos neste Decreto será escolhido pelo CMN, mediante proposta do Ministro de Estado da Fazenda.

inflação do país desde a Resolução CMN nº 2.615, de 30 de junho de 1999.⁶

28. Ademais, **o IPCA/IBGE tem caráter nacional e sua população-objetivo é abrangente.** De fato, o cálculo desse índice leva em consideração “o movimento geral dos preços do mercado varejista” e sua população-objetivo são “famílias residentes nas áreas urbanas das regiões de abrangência do SNIPC com rendimentos de 1 a 40 salários mínimos, qualquer que seja a fonte dos rendimentos”. Esses aspectos tornam o índice robusto, pois refletem o impacto da inflação na maior parte do mercado de consumo, excluindo da população-objetivo **indivíduos de renda muito baixa ou muito alta.**⁷

29. Por fim, de acordo com estudo do Banco Central, o IPCA é menos sensível às variações cambiais, ao menos quando comparado com outro índice geral de grande importância, o IGP-DI/FGV:

Na prática, a adoção do regime de metas para a inflação obrigou o BCB, na condução da política monetária, a buscar o máximo possível de informações sobre a inflação corrente e sua tendência, e sobre as expectativas para as várias medidas de inflação. **Por seu turno, tendências de depreciação cambial ou de apreciação cambial, que podem ocorrer em um regime de câmbio flutuante em diferentes períodos de tempo, podem produzir descasamento temporário dos diversos índices de preços, em particular entre os IGPs e o IPCA,** conforme verificado no Gráfico 1. **Isso decorre da maior participação relativa dos bens comercializáveis ou tradables nos IGPs,** comparativamente aos índices de preços ao consumidor.⁸

30. Certamente, esse aspecto torna a adoção do índice mais recomendável, dado que a mensuração da inflação se torna menos errática e, de alguma forma, mais resistente às flutuações circunstanciais

6 Art. 1º, caput, da Resolução CMN nº 2.615, de 30 de junho de 1999: Art. 1º Determinar que o índice de preços relacionado às metas para a inflação, referido no art. 1º, parágrafo 1º, do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999, é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

7 IBGE. *Sistemas Nacionais de Índices de Preços ao Consumidor*: métodos de cálculos. 5. ed. Brasília: IBGE, 2012. p. 16-17.

8 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Índices de Preços no Brasil*. Brasília: BCB, 2012. p. 10.

de preços. No longo prazo, contudo, o IPCA e o IGP-DI tendem a convergir.⁹

31. Quanto ao TCU, embora tenha tradicionalmente entendido que índices gerais não poderiam ser utilizados para o reajustamento dos contratos de prestação de serviços continuados em detrimento da repactuação, mais recentemente adotou orientação diversa no Acórdão TCU nº 54/2012 - Plenário:

51. Quanto ao Achado X, denominado “reajustes contratuais falhos”, discordo do raciocínio e das respectivas propostas de encaminhamento da Sefti.

52. A unidade técnica, ao não distinguir adequadamente os institutos do reajuste e da repactuação contratual, especificamente em contratos para prestação de serviços executados de forma contínua, defende que **“os valores contratuais para serviços continuados somente podem ser reajustados mediante a repactuação**, respeitada a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.” (item 224 do relatório de auditoria – grifo nosso). **Para a Sefti, portanto, contratos de serviços de manutenção e suporte técnico, de natureza contínua, não poderiam ter cláusulas de reajuste, mas apenas de repactuação, nos termos do art. 5º do Decreto 2.271/1997.**

53. Não há qualquer afronta ao ordenamento jurídico, ao contrário do ponto de vista manifestado pela unidade técnica, quando se fazem presentes em um contrato de serviços de natureza continuada cláusulas que preveem seu reajuste (supondo que a vigência do contrato extrapola 12 meses), bem como sua repactuação.

54. A necessidade de estabelecimento de critério de reajuste para os contratos administrativos está prevista no art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993, nos seguintes termos:

[...]

55. Nota-se que a Lei de Licitações não restringe a existência de cláusulas de reajuste apenas a contratos que não sejam de natureza contínua.

56. Além disso, a Lei 10.192/2001, traz disposições sobre o reajuste de contratos com duração igual ou superior a um ano, inclusive os administrativos, nas quais está prevista a utilização de índices de preços para tal fim:

9 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Índices de Preços no Brasil*. Brasília: BCB, 2012. p. 11.

[...]

58. Não há, portanto, qualquer ilegalidade em serem estabelecidas cláusulas de reajuste nos contratos de manutenção e suporte técnico, de natureza contínua, como aqueles avaliados pela Sefti com relação ao Sistema ASI. Tais cláusulas são baseadas em índices de preços e devem respeitar o interregno mínimo de um ano (cf. arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001), **com a contagem de prazos nos termos do acórdão 474/2005 – Plenário.**

59. No caso da repactuação com elevação de custos para o órgão ou entidade contratante, especificamente quanto à espécie de contrato que foi objeto de análise pela Sefti (serviços executados de forma contínua), lembro que tal aumento de despesas depende da “demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada”, nos termos do art. 5º, caput, do Decreto 2.271/1997.

32. Tendo em conta as considerações acima, deve-se concluir que é possível a adoção de índices setoriais, específicos ou mesmo gerais para o reajustamento de contratos de prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra, desde que sejam observados os critérios estabelecidos ao longo da fundamentação.

REPACTUAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO VALOR CONTRATUAL

33. Como já esclarecido, a repactuação e o reajuste não são hipóteses de alteração contratual. São meras readequações dos valores contratuais que possuem o objetivo de atualizar, monetariamente, os pagamentos resultantes do contrato, para que possam recompor a perda do poder aquisitivo da moeda por força do processo inflacionário.

34. Com essa mesma perspectiva, a redação mais recente do art. 40, §4º, da IN SLTI/MPOG nº 02/2008 **determinou** que as repactuações sejam **formalizadas por apostilamento, ressalvada a hipótese na qual venham a ocorrer no momento da prorrogação contratual:**

Art. 40, § 4º - As **repactuações**, como espécie de reajuste, **serão formalizadas por meio de apostilamento, e não poderão alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos**, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.

35. Vê-se que essa determinação está plenamente amparada pelo art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93, pois as alterações de valor contratual, no intuito de reajustamento, não são hipóteses de alteração de cláusulas, mas de simples cálculo.¹⁰ Consequentemente, se a repactuação foi realizada por apostila, a análise do ato **não enseja manifestação obrigatória da Procuradoria**, vez que, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, somente as minutas de licitações, contratos e ajustes deverão ser aprovadas. Por outras palavras, somente documentos com o *status* de contrato ou ajustes em geral, com respectivas alterações, devem se submeter à aprovação do Procurador Federal.

36. Por outro lado, nada impede que a Administração Pública remeta à Procuradoria questionamento estritamente jurídico sobre a repactuação a ser realizada por apostilamento. Se esse for o caso, o Procurador Federal deverá resolver a dúvida jurídica, desde que tenha sido realizada consulta fundamentada instruída com os documentos relevantes ao deslinde da controvérsia.

PARA UMA COMPREENSÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO CONCOMITANTE DE REAJUSTAMENTO E DE REPACTUAÇÃO

37. Alguns contratos administrativos possuem grande complexidade quando se deseja aferir que critério de reajustamento se deveria adotar.

38. Contratos de prestação de serviços de reprografia (ex.: cópia, impressão), por exemplo, podem prever que a sociedade empresária deverá pôr à disposição da Administração Pública seis máquinas copiadoras. Podem estipular, contudo, que duas dessas máquinas serão operadas por empregados da empresa em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, enquanto as demais serão disponibilizadas para uso por agentes da própria Administração Pública.

39. Nessas circunstâncias, parece evidente haver, em um mesmo objeto, uma mescla de características de contrato de prestação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e de simples contrato

10 A Lei nº 8.666/93, em seu art. 65, §8º, facultou à Administração escolher se o reajustamento deveria ensejar termo aditivo ou simples apostila. A versão mais recente da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, contudo, apresentou aos órgãos e entes submetidos à sua disciplina a “escolha” da Administração Federal. Assim, em caráter normativo, houve opção pela formalização da repactuação por apostila, ressalvada a hipótese já apontada pelo Parecer.

de prestação de serviços nas modalidades **continuada sem dedicação exclusiva de mão de obra** ou mesmo **aluguel de equipamentos** (arts. 6º, II, e 57, IV, da Lei nº 8.666/93).¹¹

40. Se, porventura, a separação desse objeto em contratos distintos não for técnica ou economicamente viável, deve-se adotar a repactuação como forma de reajustamento, pois esse expediente permitirá que, para os custos com insumos diversos (ex.: material de limpeza, equipamentos, vestuário), a Administração Pública possa valer-se de múltiplas fontes de referência para mensurar a variação dos preços, inclusive índices para diferentes custos, a teor da Orientação Normativa AGU nº 23/2009 e do art. 40, §2º, V, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, transcrito abaixo:

Art. 40, § 2º Quando da solicitação da repactuação para fazer jus a variação de custos decorrente do mercado, esta somente será concedida mediante a comprovação pelo contratado do aumento dos custos, considerando-se: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

I - os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

II - as particularidades do contrato em vigência;

III - (Revogado pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009)

IV - a nova planilha com variação dos custos apresentada; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009)

V - **indicadores setoriais**,¹² tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e (Redação dada pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009)

VI - a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

11 Art. 6º, II: **Serviço** - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, **locação de bens**, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; Art. 57, IV: ao **aluguel de equipamentos** e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

12 O "índice" é uma espécie do gênero "indicador" (cf., para discussão, HORN, Robert. **Statistical Indicators**: for the economics & social sciences. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 46-50). Assim, quando a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 autoriza a utilização de indicadores setoriais para subsidiar a análise da variação dos preços, permite que o gestor se utilize de índices de preços específicos ou setoriais para verificar a ocorrência ou não da variação dos preços na extensão desejada por quem solicita a repactuação. Combinado o dispositivo com a Orientação Normativa AGU nº 23/2009, é possível concluir que índices gerais também podem ser utilizados para subsidiar a análise

41. O contrato administrativo pode, inclusive, prever que o reajustamento dos insumos diversos em repactuações se dê por meio da adoção de índice. Em recente Acórdão, por razões técnicas, o TCU admitiu claramente essa possibilidade ao tratar do tema da avaliação da economicidade das prorrogações em contratos de prestação de serviços continuados:

195. Dessa forma o Grupo de estudos entende desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de serviços de natureza continuada, sendo a vantajosidade econômica de sua manutenção para a Administração garantida se:

a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;

b) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;

c) houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.

d) nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens a até c, somente

e tomada de decisão do gestor, como mais um instrumento, dentre outros disponíveis, de estimativa da efetiva variação dos preços no mercado.

estará garantida se os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

[...]

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 **houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;**

9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato (Acórdão TCU nº 1.214/2013 – Plenário).

42. Pelo exposto, a repactuação, por ser mais flexível sob o ponto de vista da análise de custos, implicará o cálculo dos custos de mão de

obra por meio da consulta a convenções coletivas, acordos coletivos ou sentenças normativas e também poderá valer-se da incidência de índices setoriais, específicos ou gerais para o **reajustamento dos insumos diversos** por força da orientação do Acórdão TCU nº 1.214/2013 – Plenário e dos permissivos do art. 40, §2º, V, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e da Orientação Normativa AGU nº 23/2009.¹³

43. Por outras palavras, em contratos administrativos de prestação de serviços continuados que tenham parte do objeto prestado com dedicação exclusiva de mão de obra e parte sem dedicação exclusiva, deve ser adotada a repactuação como forma de reajustamento.

44. Pelo exposto, deve-se concluir que:

- a) na repactuação, a Administração Pública deverá investigar se houve diminuição de alguns custos unitários da contratação, de modo a recalculá-los em valor menor;
- b) repactuação e reajuste são institutos distintos. Portanto, a adoção do instituto cabível não é discricionária e deve observar os parâmetros estabelecidos pela Orientação Normativa AGU nº 23/2009;
- c) no planejamento da contratação da prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra, deve-se adotar cláusula de reajuste por índices setoriais ou específicos. Caso inexistam, a Administração Pública deverá adotar o índice geral de preços que melhor esteja correlacionado com os custos do objeto contratual ou, ainda, em caráter subsidiário, verificar se existe, no mercado, algum índice geral de adoção consagrada para o objeto contratado. Não havendo índices com uma dessas características, deve ser adotado o reajustamento pelo IPCA/IBGE, pois é o índice oficial de monitoramento da inflação no Brasil. Qualquer que seja o índice utilizado, a Administração Pública deverá justificar sua escolha tecnicamente;

¹³ A alternativa de adotar o reajuste para contrato no qual haja dedicação exclusiva de mão de obra parece violar a estrita literalidade da Orientação Normativa AGU nº 23/2009. Para a perspectiva do recente Acórdão TCU nº 54/2012 – Plenário, uma solução ou outra poderia ser adotada livremente, reajuste ou repactuação.

- e) a repactuação promovida por apostilamento não exige manifestação obrigatória da Procuradoria, pois não se está diante da alteração de cláusulas contratuais (arts. 38, parágrafo único, e 65, §8º, da Lei nº 8.666/93 e art. 40, §4º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008). Dúvidas jurídicas porventura existentes deverão ser apreciadas pela Procuradoria;
- f) Em contratos administrativos de prestação de serviços continuados que tenham parte do objeto prestado com dedicação exclusiva de mão de obra e parte sem dedicação exclusiva, deve ser adotada a repactuação como forma de reajustamento.

À consideração superior.

Brasília, 5 de junho de 2013.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 38/2013

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS. REPACTUAÇÃO. REAJUSTE.

I. NA REPACTUAÇÃO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ INVESTIGAR SE HOVE DIMINUIÇÃO DE ALGUNS CUSTOS UNITÁRIOS DA CONTRATAÇÃO, DE MODO A RECALCULÁ-LOS EM VALOR MENOR.

II. REPACTUAÇÃO E REAJUSTE SÃO INSTITUTOS DISTINTOS. A ADOÇÃO DO INSTITUTO CABÍVEL NÃO É DISCRICIONÁRIA E DEVE OBSERVAR OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 23/2009.

III. NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, DEVE-SE ADOPTAR CLÁUSULA DE REAJUSTE POR ÍNDICES SETORIAIS OU ESPECÍFICOS. CASO INEXISTAM ÍNDICES SETORIAIS OU ESPECÍFICOS, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ ADOPTAR O ÍNDICE

GERAL DE PREÇOS QUE MELHORE ESTEJA CORRELACIONADO COM OS CUSTOS DO OBJETO CONTRATUAL OU, AINDA, EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO, VERIFICAR SE EXISTE, NO MERCADO, ALGUM ÍNDICE GERAL DE ADOÇÃO CONSAGRADA PARA O OBJETO CONTRATADO. NÃO HAVENDO ÍNDICES COM UMA DESSAS CARACTERÍSTICAS, DEVE SER ADOTADO O REAJUSTAMENTO PELO IPCA/IBGE, POIS É O ÍNDICE OFICIAL DE MONITORAMENTO DA INFLAÇÃO NO BRASIL. QUALQUER QUE SEJA O ÍNDICE UTILIZADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ JUSTIFICAR SUA ESCOLHA TECNICAMENTE.

IV. A REPACTUAÇÃO PROMOVIDA POR APOSTILAMENTO NÃO EXIGE MANIFESTAÇÃO OBRIGATÓRIA DA PROCURADORIA, POIS NÃO SE ESTÁ DIANTE DA ALTERAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS (ARTS. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, E 65, §8º, DA LEI Nº 8.666/93 E ART. 40, §4º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG Nº 02/2008). DÚVIDAS JURÍDICAS PORVENTURA EXISTENTES DEVERÃO SER APRECIADAS PELA PROCURADORIA.

V. EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS QUE TENHAM PARTE DO OBJETO PRESTADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA E PARTE SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA, DEVE SER ADOTADA A REPACTUAÇÃO COMO FORMA DE REAJUSTAMENTO.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER N° 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: vedação de subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes. Orientações de cumprimento.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da repercussão da determinação do acórdão 3.144/2011-Plenário. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – DA MOTIVAÇÃO DA EDIÇÃO DESTA MANIFESTAÇÃO

6 Por ocasião do julgamento do acórdão nº 3.144/2011- Plenário, o Tribunal de Contas da União determinou ao DNIT que não incluísse cláusula que permita subcontratação de parcelas tecnicamente mais complexas e de valor mais significativo do objeto. Abaixo segue excerto da decisão, no ponto pertinente à nossa análise:

9.8. determinar ao Dnit que:

9.8.1. não inclua, em seu edital padrão, cláusula que permita subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes;

7 Por se tratar de determinação que altera o padrão de deliberação até então adotado pelo Tribunal de Contas da União, cumpre destacar a sua aplicação pelas autarquias e fundações assessoradas pelas unidades da Procuradoria-Geral Federal.

II – BREVE EXPLANAÇÃO DO TEMA ABORDADO

8 Dentre os pontos enfrentados pelo TCU neste julgado, destacamos para a presente análise aquele que questionava a entidade representada a respeito da ausência de proibição em edital de subcontratação dos serviços cuja experiência era exigida para fins de habilitação técnica.

9 Como é de conhecimento geral, a Administração pode exigir, dos licitantes, comprovantes de experiência na execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes¹, desde que restritas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado.

10 Busca-se com esta exigência assegurar que o futuro contrato apresente domínio de conhecimentos e habilidade teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado². Assim, discutiu-se naquele julgado se haveria incongruência entre se considerar um item do objeto licitado técnica e materialmente relevante e ao mesmo tempo permitir a sua subcontratação.

11 De início anotamos que em oportunidades anteriores, o Tribunal de Contas da União entendeu suficiente estender aos subcontratados os mesmos requisitos impostos ao licitante vencedor, quando da sua participação no certame. Neste sentido, confira trecho do acórdão n. 1.638/2004-Plenário, constante do Vade-mécum de licitações e contratos, de autoria de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³:

Subcontratação – capacidade técnica

Relator observou: “Ressalto, quanto ao fornecimento, instalação e montagem de escadas rolantes e elevadores, que o edital também possibilitava a subcontratação desses itens, permitindo que o contratado principal utilizasse a qualificação técnica, nestes itens específicos, da subcontratada que indicasse. Esse permissivo editalício propiciou a participação de nove concorrentes, que utilizaram a comprovação de qualificação técnica das duas empresas especializadas atuantes no mercado da localização das obras. Assim, a participação como pretendentes à contratação principal foi ampla, embora o fornecimento dos itens escadas rolantes e elevadores tenha se restringido às empresas atuantes no mercado local, como subcontratadas.”

Fonte: TCU. Processo n. TC-021.174/2003-6. Acórdão n. 1.638/2004-Plenário.

-
- 1 SÚMULA Nº 263/2011 TCU: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.
- 2 JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*.– 12. ed. São Paulo: dialética, 2008. p 405.
- 3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 4. Tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 939.

12 De igual modo, o manual contendo orientações e jurisprudência do TCU em licitações e contratos⁴ apresenta trecho do relatório do ministro relator do acórdão nº 1.312/2008 – Plenário, em que há destaque para a pertinência da transferência da demonstração da capacidade técnica à subcontratada.

Por fim, é oportuno anotar que o edital possibilita a subcontratação de 40% da obra, sendo permitida para qualquer atividade, inclusive para aquelas consideradas relevantes. Ao contrário do que afirma a unidade técnica, existe previsão para a avaliação da capacidade técnica da subcontratada. O item 5.3 exige que a consulta quanto à subcontratação seja acompanhada de qualificação e processo de seleção da sociedade empresária escolhida. Além disso, a Lei nº 8.666/1993, (art. 72) nem mesmo requer essa demonstração de qualificação, uma vez que não isenta a contratada original das responsabilidades contratuais e legais. (Destaque nosso)

Acórdão 1312/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

13 Percebe-se que os integrantes daquela corte debatiam, inclusive, a pertinência de se exigir do subcontratado os requisitos de qualificação técnica exigidos dos licitantes, diante da manutenção da responsabilidade integral do contratado originalmente.

14 Com efeito, por ocasião da instrução do acórdão nº 3.144/2011-Plenário, foram referidas outras decisões que caminhavam no sentido de inclusive isentar a comprovação por parte dos subcontratados de todas obrigações impostas ao contratado, pressupondo, portanto, a possibilidade de subcontratação dos itens que foram objeto de comprovação técnica. Transcrevemos trecho da manifestação do auditor oficiante no feito.

“Citam-se, de início, decisões que confirmam o entendimento de que não há necessidade de se exigir das subcontratadas a mesma qualificação exigida da contratada.

i) trecho do voto condutor do Acórdão 1570/2009-TCU-Plenário, do Ministro Benjamin Zymler:

‘Endosso as providências sugeridas pela Unidade Técnica relacionadas às questões abordadas as este tópico, com exceção da que condiciona a realização de pagamentos por serviços já executados por terceiros não autorizados após a análise da regularidade das empresas subcontratadas, notadamente no que diz respeito à idoneidade, frisando os aspectos de habilitação jurídica,

4 Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU* / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. revista, atualizada, e ampliada, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 795

qualificação técnica (operacional e profissional quanto ao serviço ou obra subcontratado), situação econômico-financeira e regularidade fiscal'. Observo, a esse respeito, que **a Administração, na hipótese de subcontratação, tem assegurada, nos termos do art. 72, a possibilidade responsabilizar a empresa que subcontratou os serviços, por falhas em sua execução. Essa garantia fundamental preserva os interesses da Administração.**

A Lei de Licitações, porém, não estabelece requisitos específicos que devam ser atendidos pela empresa subcontratada para que possa executar os respectivos serviços. Quanto a essa matéria, a despeito da existência do precedente citado pela equipe de auditoria (Acórdão nº 2884/2008), **considero excessiva a extensão à empresa contratada da apresentação de toda documentação relativa à habilitação jurídica e qualificação técnica exigidas da empresa contratada após regular procedimento licitatório. Alinho-me, isto sim, à orientação contida no subitem 9.2.2.3 do Acórdão nº 1529/2006 – Plenário**, no sentido de que se deva exigir das empresas subcontratadas apenas a comprovação de regular situação fiscal e previdenciária. (grifamos)

ii) trecho do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão 2910/2009-TCU-Plenário:

A Lei de Licitações admite a subcontratação e não estabelece requisitos a serem observados pelas subcontratadas. Exige apenas previsão contratual e prévia anuência da Administração (arts. 72 e 78, VI).

De fato, não há dispositivo legal que imponha às subcontratadas a necessidade de comprovar os requisitos de qualificação técnica. Tal exigência recai exclusivamente sobre a contratada, que se responsabiliza, técnica e contratualmente, pelos serviços executados por terceiros (art. 72 da Lei 8.666/1992)

Acolho, pois, a proposta de insubsistência do subitem 9.3.2 do Acórdão 2.884/2008, Plenário. (grifamos)

39. O Acórdão 2910/2009, citado no item (ii) acima, é de significativo relevo na presente controvérsia, na medida em que tornou insubsistente o subitem 9.3.2 do Acórdão 2884/2008:

'9.3. determinar ao DNIT que:

[...]

9.3.2. somente efetue pagamentos relativamente aos serviços e obras subcontratados (mais relevantes), no caso de não ter ocorrido a autorização prévia da Diretoria do DNIT para a subcontratação, **após analisar a regularidade das empresas subcontratadas, notadamente no que diz respeito à idoneidade, frisando os aspectos de habilitação jurídica, qualificação**

técnica (operacional e profissional quanto ao serviço ou obra subcontratado), situação econômico-financeira e regularidade fiscal, conforme exigido no Edital de licitação nº 102/2006-00 – Concorrência Pública; (grifamos)'

40. Ao passo que, no âmbito da decisão inicial, não houve discussão específica quanto ao mérito do assunto ora discutido, num segundo momento, quando da edição do citado Acórdão 2910/2009, a questão foi apreciada e entendeu-se pela inadequação da exigência. Como se verá a seguir, concordamos com este entendimento."

15 Contudo, o secretário substituto do SECOB-2 divergiu do entendimento do auditor entendendo haver ilogicidade entre identificar a fração fundamental do objeto e admitir a subcontratação de tal parcela. Confira trecho da sua manifestação em que recomenda a vedação da subcontratação de itens considerados relevantes do objeto:

10. Mas veja-se: se foram gastos recursos valiosos para, numa fase anterior à etapa de propostas, escolher uma empresa apta a executar essa fração fundamental do objeto (que em consequência, garantirá a execução do todo), **admitir a subcontratação para tal parcela significativa seria tergiversar o mens legis do art. 30 e do art. 72 da Lei de Licitações; e até mesmo do art. 3º, por não garantir a escolha da 'melhor proposta'**. (Grifos nossos)

16 Presente a divergência na área técnica, o Ministro Relator acompanhou a manifestação do secretário substituto nos seguintes termos:

22. Não obstante a argumentação do auditor federal de controle externo, acompanho o posicionamento do secretário substituto.

23. A licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E a proposta mais vantajosa não é apenas a de menor preço, mas igualmente a que contempla a técnica adequada e a execução por empresa apta para tanto. Ou seja, busca-se com o certame licitatório também selecionar o contratado que melhor atenda às necessidades da administração.

24. Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes.

25. Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do

objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação.

26. **Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, consequentemente, esvaziaria de qualquer significado ou finalidade os dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.**

27. Conclui-se, pois, que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica. (grifos nossos)

17 Assim, com a edição do referido acórdão, parece ter ocorrido uma guinada na posição daquela corte de contas. Registre-se que por ocasião do acórdão nº 2.760/2012 da relatoria da Ministra Ana Arraes, a área técnica do Tribunal fez expressa referência ao acórdão nº 3.144/2011-P, anuindo com sua conclusão, o que parece confirmar a posição ora noticiada.

b.Exigência de atestados em itens normalmente subcontratados
O item 7.5.2.1, A) trata da qualificação técnica-operacional. Observando-se os itens listados, observa-se a exigência de serviços normalmente subcontratados, tais como: execução de forro de gesso acartonado, em obras de edificações prediais; fornecimento e instalação de grupo gerador; fornecimento e instalação de elevador tipo social comercial; execução de piso autonivelante epóxi; execução de estação elevatória de esgoto.

Sobre o assunto, o Acórdão 3144/2011-TCU-Plenário traz o seguinte texto, mostrando clara e objetivamente o posicionamento considerado como correto:

“24. Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes.

25. Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação.

26. Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, consequentemente, esvaziaria

de qualquer significado ou finalidade os dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.

27. Conclui-se, pois, que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica.

ACÓRDÃO

9.8. determinar ao Dnit que:

9.8.1. não inclua, em seu edital padrão, cláusula que permita subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes;”

Dessa maneira, mostra-se inadequada a exigência de qualificação técnica das licitantes para a execução da aludida parcela do objeto, já que não há no edital qualquer vedação à subcontratação dessas parcelas, que para os quais, como requisito de habilitação técnico operacional, fora exigida a apresentação de atestados que comprovassem a execução de serviços com características semelhantes.

De outra feita, caso necessária a apresentação de atestados para qualificação técnica na execução de determinados itens, não caberia sua subcontratação. Pensar de maneira diferente levaria à possibilidade de que determinado serviço fosse realizado por empresa sem qualificação. (grifos nossos)

18 Concordando com a área técnica, a ministra relatora Ana Arraes fez constar a seguinte ponderação em seu voto, contando com o acolhimento dos seus pares;

Quanto à exigência de experiência na execução de serviços que são invariavelmente subcontratados, considero que, em regra, tal impositivo desnatura o processo de habilitação técnica. Isso porque não há sentido em requerer expertise para realização de serviço que, muitas vezes, acaba sendo executado por terceiro. Exigida do licitante, como pressuposto para participar da licitação, capacidade para execução de determinada tarefa, a prestação não pode ser transferida. A entidade que realiza a concorrência deve, portanto, avaliar a relevância dos serviços para os quais exige prévia experiência, de forma a não adotar exigências desnecessárias e restritivas.

19 Referido acórdão foi noticiado no informativo nº 127 com a seguinte redação:

3. A exigência para o fim de habilitação de experiência anterior com relação a serviços que serão subcontratados é restritiva à competitividade Auditoria do Tribunal no processo de licitação realizada pelo Estado do Mato Grosso para a construção do novo hospital da Universidade Federal do Mato Grosso – (UFMT), em Cuiabá/MT, indicou diversas falhas, potencialmente restritivas à competitividade do certame. Dentre elas, constou a exigência de experiência anterior na execução de serviços que são invariavelmente subcontratados. Para a relatora, tal impositivo desnaturaria o processo de habilitação técnica, isso porque não haveria sentido em requerer expertise para realização de serviço que, muitas vezes, acaba sendo executado por terceiros. Segundo a relatora, “exigida do licitante, como pressuposto para participar da licitação, capacidade para execução de determinada tarefa, a prestação não pode ser transferida. A entidade que realiza a concorrência deve, portanto, avaliar a relevância dos serviços para os quais exige prévia experiência, de forma a não adotar exigências desnecessárias e restritivas”. Mesmo com a anulação do certame feita pelo Governo Matogrossense, a relatora houve por bem encaminhar alerta a respeito desta e de outras irregularidades observadas, de modo a evitar que venham a se repetir em futuras licitações a serem realizadas por aquela unidade federativa, sem prejuízo de que as obras do novo hospital fossem acompanhadas pelo Tribunal, em face da materialidade e da relevância do empreendimento, o que contou com a anuência do Plenário. **Acórdão n.º 2760/2012-Plenário, TC-014.017/2012-1, rel. Min. Ana Arraes, 10.10.2012.**

20 Destarte, considerando a recente posição firmada pelo Tribunal de Contas da União através do acórdão 3.144/2011-Plenário, acompanhada do acórdão n.º 2.760/2012-Plenário, entendemos pertinente a adoção de medidas que divulguem e uniformizem o cumprimento da nova orientação.

III – DOS ENCAMINHAMENTOS

21 Diante deste quadro, consideramos pertinente recomendar às Procuradorias Federais junto as autarquias e fundações que deem conhecimento do entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União às entendidas assessoradas para que vedem expressamente em seus editais a subcontratação dos itens para os quais foi exigida a qualificação técnica, salvo se se tratar de licitação regida pelo Regime Diferenciado de Contratação – RDC, que possui disciplina específica⁵.

5 BRASIL, Decreto n.º 7.581, de 11 de outubro de 2011, Art. 10. A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório.

IV – DA POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DO NOVO ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO TCU E ASPECTOS TÉCNICOS ESPECÍFICOS

22 A Câmara Permanente de Licitações e Contratos entende que a interpretação esposada pelo Tribunal de Contas da União no acórdão em estudo guarda compatibilidade com regramento jurídico pertinente.

23 Contudo, por envolver a definição de aspectos técnicos, como a seleção das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado bem assim a escolha dos itens ou parcelas do objeto para os quais se eventualmente irá permitir a subcontratação pode existir situação em que o cumprimento da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União implique em fragilidade ou risco para a correta execução do objeto licitado.

24 Caso isto ocorra em determinado caso concreto, recomendamos o encaminhamento de memoriais ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal com as razões técnicas que recomendam a alteração do entendimento daquela Corte de Contas.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

[...]

§ 2º Quando permitida a subcontratação, o contratado deverá apresentar documentação do subcontratado que comprove sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

De acordo, ressaltando, unicamente, no entanto, que concordo em termos com a recomendação constante no item 24, sugerindo, alternativamente, que eventual provocação à Procuradoria-Geral Federal, voltada à reapreciação do presente parecer, somente ocorra na hipótese em que se verifique impacto negativo na rotina das autarquias e fundações federais, em especial no que tange à implementação de suas políticas públicas, que justifique, assim, a atuação perante o Tribunal de Contas da União para a revisão de seu entendimento.

À consideração Superior.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 05/2013/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSUS/PGF/AGU N. 39/2012

POR FORÇA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO N° 3.144/2011-PLENÁRIO DO TCU, E BUSCANDO UNIFORMIZAR O SEU ATENDIMENTO POR PARTE DE TODAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, É RECOMENDÁVEL A VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO, ENTENDIDO ESTE COMO O CONJUNTO DE ITENS PARA OS QUAIS, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, FOI EXIGIDA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVASSEM EXECUÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, SALVO SE TRATAR-SE DE LICITAÇÃO REGIDA PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC, QUE POSSUI DISCIPLINA ESPECÍFICA.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER N° 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. REGRAS LEGAIS E EDITALÍCIAS. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. TAXA DE AGENCIAMENTO. VALOR ZERO OU NEGATIVO. EXAME SOBRE INEXEQUIBILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO LICITADO. REMUNERAÇÃO ADICIONAL PAGA PELAS COMPANHIAS AÉREAS ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO. AUSÊNCIA DE RISCO À EFETIVA VIABILIDADE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO. ADOÇÃO DE DILIGÊNCIAS.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo a seleção de agências de viagens e a definição de critérios de aferição da proposta mais vantajosa. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – DA MOTIVAÇÃO DA EDIÇÃO DESTA MANIFESTAÇÃO

6 Em meados do ano de 2012, as Companhias aéreas deixaram de remunerar as agências de viagens através de comissão paga por bilhete emitido, o que impactou os contratos existentes entre estas e o Poder Público, uma vez que esta comissão, na maior parte das vezes, integrava a fórmula do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

7 Assim, diante da nova conformação do mercado, em que a remuneração das agências de viagens deixou de ser feita pelas companhias áreas e passou a ser feita diretamente pela Administração Pública contratante, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação entendeu por bem editar a Instrução Normativa nº 7, de 24 de agosto de 2012, regulamentando os procedimentos necessários à contratação destes serviços.

8 Contudo, na prática, as agências de turismo têm isentado todo e qualquer pagamento por parte dos órgãos públicos, o que tem desvirtuado o modelo traçado pela Administração na referida Instrução Normativa e dificultado a seleção da proposta mais vantajosa, diante do empate entre as interessadas.

9 Buscando orientar as unidades da PGF, iremos abordar a questão e propor uma solução para a questão.

II – DO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO E DA DECISÃO CAUTELAR DO TCU

10 Como já restou delineado, a realidade tem demonstrado que as agências de turismo, apesar de não mais receberem a comissão das companhias aéreas, pela emissão de bilhetes, ainda encontram

significativa vantagem em contratar com o Poder Público, mesmo sem cobrar os valores referidos no art. 4^o da sobredita IN nº 07/2012, possivelmente auferindo lucro proveniente da diferença entre o valor da passagem aérea divulgado publicamente e o valor mais reduzido obtido em negociação junto à companhia aérea.

11 Estas questões foram pontuadas pelo Ministro Raimundo Carreiro, em decisão cautelar, no bojo da Representação nº TC 003.273/2013-0 formulada por empresa de turismo ao Tribunal de Contas da União, por entender antieconômica a nova forma de remuneração das agências de turismo. Transcrevemos trecho da decisão em que o ministro anuiu com este raciocínio:

10. Causa- me espécie, todavia, o fato de o novo critério de julgamento (“menor valor ofertado pela prestação do serviço de agenciamento”), ao contrário do antigo critério da “taxa DU” (taxa de repasse a terceiros), não incentiva a competição pela concessão e repasse de maiores descontos sobre as tarifas aéreas a serem pagas pela Administração, favorecendo indevidamente as empresas aéreas que, além de já não pagarem comissão às agências, beneficiam-se ainda da desobrigação de repassar parte de seus ganhos de escala a seus maiores clientes: os órgãos e entidades da Administração Pública. **As agências, por sua vez, destituídas dos ganhos propiciados pelas antigas comissões e desestimuladas pela remuneração da taxa fixa de agenciamento, passarão a barganhar em seu próprio benefício tais descontos, arrimadas na importância econômica dos contratos administrativos firmados com elas.**

11. A questão em exame, portanto, está além de uma simples questão algébrica. As antigas comissões das agências, antes pagas pelas empresas aéreas, pela nova sistemática, passam a ser pagas diretamente pela Administração sob a rubrica “taxa de agenciamento”. **Em outras palavras, os órgãos e entidades, além de pagarem diretamente as comissões das agências, antes a elas repassadas pelas empresas aéreas e ainda embutidas no valor corrente das passagens aéreas, também se obrigam a remunerar as companhias de aviação com tarifas “cheias”, sem nenhum desconto.** Isso, a meu ver, é indício suficiente da presença de fumus boni juris, pois constitui afronta ao princípio da economicidade e da

1 Art. 4^o A remuneração total a ser paga à agência de viagens será apurada a partir da soma dos seguintes valores:
I - valor ofertado pela prestação do serviço de Agenciamento de Viagens multiplicado pela quantidade de passagens emitidas no período faturado; e
II - valores decorrentes da incidência dos percentuais sobre o valor de Agenciamento de Viagens definidos para a prestação dos serviços correlatos, multiplicado pela quantidade destes serviços efetivamente realizados.

impessoalidade, pois a IN nº 7/2012 – SLTI, vista sob este aspecto, cria obstáculos à necessária busca pela proposta mais econômica e beneficia um setor específico em detrimento de outros. (grifos nossos)

12 Delineada a celeuma envolvendo a remuneração das agências de turismo, cumpre investigar se é possível apontar uma solução que permita às Autarquias e Fundações assessoradas pelas unidades da Procuradoria-Geral Federal realizarem a contratação destes serviços de maneira adequada neste momento, evitando-se a prática de aquisições antieconômicas.

III – DA OFERTA DE TAXA NEGATIVA

13 De logo destacamos que para outros objetos usualmente contratados mediante a fixação de taxa de administração pela oferta do serviço, como o serviço de fornecimento de vales-alimentação, por exemplo, é largamente aceita a oferta de taxa negativa, ou seja, a oferta por parte do contratado e não do contratante, de valores pela prestação do serviço, como demonstram os excertos do Tribunal de Contas da União abaixo reproduzidos:

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

Ainda no que se refere à representação de licitante que relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, por meio de cartão magnético, para os colaboradores da entidade, também seria irregular, para a representante, a vedação editalícia de que a taxa de administração fosse negativa, uma vez que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração. Em seu voto, o relator destacou a providência do Sebrae/GO de determinar o cancelamento do pregão, com o intuito de adequar a licitação à jurisprudência do TCU que admite a taxa negativa em licitações para a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a representação e expediu determinações corretivas ao Sebrae. *Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010. 523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010. (sublinhado nosso)*

14 E nem há que se falar em inexecutabilidade da proposta que oferte taxa zero ou negativa², conforme ressalta o próprio TCU em acórdão parcialmente reproduzido abaixo, estatuinto que compete à Administração a adoção de diligências para avaliar a compatibilidade da taxa ofertada em cada caso concreto:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação

Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades cometidas pelo Conselho Regional de Nutricionistas do Estado de São Paulo (SESCOOP-SP), na condução do Pregão Presencial nº 04/11, que antecedeu a contratação de empresa para prestar serviços de fornecimento de vale-alimentação, abrangendo o gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios. Após sorteio realizado entre as empresas Planinvesti – Administração e Serviços Ltda. e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comercio S.A., em razão de haverem apresentado propostas de isenção de taxa de administração (0,00 %), o objeto do pregão foi adjudicado à primeira delas. O relator considerou, em face do disposto no comando contido no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002, que o pregoeiro não deveria ter realizado “precocemente” o referido sorteio, mas sim negociado com as citadas empresas, a fim de obter proposta ainda melhor. Rememorou o teor da Decisão nº 38/1996 – Plenário, por meio da qual o Tribunal decidiu: “*deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital*”. A despeito dessa e de outras falhas apuradas, considerou que a anulação do respectivo contrato traria inconvenientes que suplantariam eventuais benefícios dela resultantes. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, quanto ao aspecto acima enfocado, decidiu determinar ao SESCOOP-SP que, em futuras licitações: “*salvo quando houver comprovada e justificada inviabilidade, passe adotar o entendimento firmado na Decisão nº 38/1996-Plenário, no sentido de que a apresentação de ofertas de*

2 Neste tema, confira a decisão nº 38/1996-Plenário - TCU

taxas de administração negativas ou de valor zero não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”. Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012. (sublinhado nosso)

15 Em igual sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho³

Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à **existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular**. Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipótese, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração.

Um exemplo típico envolve os serviços de fornecimento de **passagem aérea**. A Administração desembolsa valores em favor de uma agência de turismo, destinados ao pagamento dos serviços de companhias aéreas. **A agência de turismo é remunerada mediante uma taxa de administração**. Ocorre que a agência de turismo também auferir uma remuneração das companhias aéreas. A dimensão dos serviços prestados em favor da Administração pode assegurar à agência de turismo uma remuneração suficiente e satisfatória em face das companhias aéreas. Então, admite-se que a agência de turismo dispensa a taxa de administração ou, mesmo, desembolse valores em favor da Administração. Não se configurará necessariamente, em tais casos, proposta inexecutável, ainda que o particular ofereça serviços por valor igual a zero ou por valor negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração. (grifos nossos)

IV – CONCLUSÃO

16 Destarte, considerando a questão acima retratada, cumpre recomendar às Autarquias e Fundações que, ao promoverem certames envolvendo a contratação de serviços de aquisição de passagens aéreas,

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 657-658.

passem a admitir ofertas contendo taxas negativas, como forma de obter propostas mais vantajosas ao Poder Público.

17 Cumpre esclarecer que a Administração deve, para tanto, na fase interna do certame, aferir o valor adequado da contratação e estabelecer expressamente no edital o critério de aferição da exequibilidade da proposta. Alerte-se, por oportuno, que o valor do contrato irá refletir o montante dos desembolsos e não a taxa de deságio, não devendo confundir-se o critério de julgamento com o valor do contrato.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Destaco, no entanto, que a orientação expedida neste Parecer somente deve ser observada enquanto inalterada a Instrução Normativa nº 07/2012 SLTI/MPOG e que regule o tema de maneira diversa ou até deliberação conclusiva do Tribunal de Contas da União no bojo do TC 003.273/2013-0.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, com o destaque do Diretor de Departamento de Consultoria, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 12 de Julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 40/2013

1) Nas licitações destinadas à contratação de serviços, prestados por agências de viagens, para aquisição de passagens aéreas nacionais e internacionais e outros correlatos, pode o edital prever a oferta de taxa zero ou negativa.

2) O critério de aferição da exEquilibrabilidade de proposta que eventualmente oferete taxa zero ou negativa deve esta objetivamente fixado no edital.

3) A ORIENTAÇÃO EXPEDIDA NESTE PARECER SOMENTE DEVE SER OBSERVADA ENQUANTO INALTERADA A INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 07/2012/SLTI, NO PONTO, OU ATÉ DELIBERAÇÃO CONCLUSIVA DO TRIBUNAL DE CONSTITUCIONAL DA UNIÃO NO BOJO DO TC 003.273/2013-0.



TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 07/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

CREDENCIAMENTO. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE. CASOS DE APLICAÇÃO E CAUTELAS A SEREM OBSERVADAS.

I. O denominado credenciamento é hipótese de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição enquadrada no caput do art. 25 da Lei 8.666/93.

II. Aplica-se o credenciamento na hipótese específica de inviabilidade de competição pelo fato de quaisquer interessados que preencham os requisitos estarem passíveis de contratação indistintamente.

III. Para enquadrar uma contratação como credenciamento são necessárias algumas cautelas, principalmente com vistas a distinguir o procedimento de uma licitação.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo a contratação mediante credenciamento. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – O CREDENCIAMENTO COMO HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE

6 Conforme lição preliminar em matéria de licitações, a realização de procedimento licitatório é a regra e as contratações por dispensa ou inexigibilidade configuram exceção. Dentre as hipóteses de afastamento da licitação, distinguem-se as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade nos seguintes termos: a dispensa depende de expressa permissão legal, figurando na Lei em rol taxativo, já a inexigibilidade é apresentada em rol exemplificativo e acontece sempre que há inviabilidade de competição.

7 Pois bem, nessa linha de raciocínio, os casos típicos de inexigibilidade ocorrem quando existe um único fornecedor ou prestador de serviço que atende aos requisitos de que a Administração precisa. Comumente, associa-se a figura da inexigibilidade à existência de um só. Por essa razão, o denominado credenciamento tem tratamento específico, pois se trata de situação fática inversa à tradicionalmente estudada, conforme se depreende das definições doutrinárias abaixo mencionadas:

Todos os compêndios clássicos sobre o tema colocavam a idéia de que a inviabilidade de competição caracterizava-se quando só um futuro contratado ou só um objeto vendido por fornecedor exclusivo pudesse satisfazer o interesse da Administração

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação¹.

(sublinhamos)

Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo (...).

Nas hipóteses em que não se verifica a excludência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento [...].

[...]

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

[...].

Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob certo ângulo, verifica-se inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de excludência entre os possíveis interessados².

(sublinhamos)

8 Note-se que a inviabilidade de competição decorre essencialmente da possibilidade de se contratar todos os que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos pela Administração, indistintamente. Nos casos em que o credenciamento faz-se possível, não haverá como avaliar se um

1 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 533-534.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo. Dialética, p. 39.

é melhor ou pior nem mais barato ou mais caro do que outro, porque todos atendem perfeitamente ao interesse da Administração.

9 Diante da impossibilidade de escolher um só, bem como da ausência de possibilidade de selecionar a melhor proposta, permite-se o credenciamento de todos, procedimento em que, a despeito de não se enquadrar como licitação nem buscar a melhor proposta, realiza os princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório etc.. Enquadra-se essa forma de contratação no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93³, isto é, no dispositivo que arrola casos não específicos de inexigibilidade.

10 Assim, em suma, o sistema de credenciamento é um conjunto de procedimentos por meio dos quais a Administração credencia, mediante edital, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinado objeto, quando o interesse público for melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos⁴.

11 O Tribunal de Contas da União (TCU) reconhece o credenciamento como espécie de inexigibilidade, cuidando para não se confundir com instituto semelhante, o de pré-qualificação, previsto no art. 114 da Lei 8.666/93⁵:

[VOTO]

[...]

Como é cediço na doutrina e jurisprudência, o credenciamento tem por base constitucional o artigo 37, inciso XXI, bem como o artigo 25 da Lei 8666/1993, na medida em permite extrair a hipótese de inviabilidade de competição decorrente da possibilidade de a Administração contratar quaisquer empresas ou profissionais de um determinado setor em igualdade de condições, observados os requisitos de qualificação.

[...]

3 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

4 Vale lembrar que a regra é realizar licitação, uma vez que o credenciamento é hipótese de inexigibilidade, cabível somente quanto inviável o certame.

5 Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1o A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2o Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Já o instituto da pré-qualificação, tecnicamente falando, refere-se à possibilidade de a Administração realizar a verificação das condições de habilitação dos licitantes em concorrências cuja relevância e natureza específica do objeto assim o recomendem. É o que dispõe o art. 114 do Estatuto Federal de Licitações e Contratos:

[...]

Vê-se, portanto, que a pré-qualificação prevista no artigo 114 da Lei 8666/1993 aplica-se somente à concorrência, modalidade licitatória de maior complexidade, e se faz necessária quando houver necessidade de aferição mais criteriosa da capacidade técnica, jurídica e econômica dos interessados em contratar com a Administração Pública.

(Acórdão 141/2013-Plenário) – sublinhamos

12 Assim, não se deve confundir pré-qualificação com credenciamento, hipóteses semelhantes, mas de aplicação em situações distintas. Além disso, não se deve conjugar ou utilizar no credenciamento qualquer espécie de seleção, porque essencialmente incompatível, como se disse até aqui. Em outras palavras, o credenciamento é cabível justamente quando não há critério para selecionar, pois todas as propostas que atendam aos requisitos da Administração estarão aptas para, indistintamente, ser contratadas e atender ao interesse almejado.

13 A fim de prezar pelos aspectos essenciais do credenciamento, de modo a não o desnaturar nem o utilizar de forma indevida, é importante atentar para algumas diretrizes, abaixo apresentadas, cuja aplicação dependerá do caso concreto:

- a) haja possibilidade de contratação de quaisquer dos interessados que satisfaçam às condições exigidas;
- b) o preço de mercado seja razoavelmente uniforme e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração, devendo ficar demonstrada nos autos a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação aos preços de mercado;
- c) seja dada ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, sem prejuízo do uso adicional de outros meios que se revelem mais adequados ao caso;

- d) sejam fixados os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se;
- e) seja fixada, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços;
- f) sejam estabelecidas as hipóteses de descredenciamento;
- g) seja prevista a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo;
- h) a possibilidade de credenciar-se fique aberta durante todo o período em que a Administração precisar dos serviços, conforme fixado em Edital, cuja minuta deve ser analisada pela respectiva assessoria jurídica;
- i) a possibilidade de os usuários ou administrados denunciarem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços;
- j) sejam fixados critérios objetivos de distribuição da demanda, por exemplo, sorteio público, excluindo-se os sorteados anteriormente, escolha pelo próprio usuário-interessado etc.

II – CONCLUSÃO

14 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A contratação mediante credenciamento é cabível quando não houver possibilidade de selecionar uma proposta mais vantajosa, pelo fato de quaisquer interessados que atendam aos requisitos pré-fixados estarem aptos para contratação, indistintamente, isto é, sem que haja qualquer diferença entre a prestação do serviço por um ou outro;
- b) O credenciamento é espécie de contratação por inexigibilidade distinta da pré-qualificação e passível de enquadramento no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, por isso sua utilização deverá ser excepcional e devidamente justificada em face da

impossibilidade de contratar o objeto pretendido por meio de seleção de proposta mais vantajosa (licitação);

- c) No caso de contratação mediante credenciamento, não é cabível o estabelecimento de qualquer forma de pontuação, classificação ou critério de seleção distintivos entre aqueles que preencherem os requisitos pré-estabelecidos, devendo estar todos em igual condição de serem contratados e sendo cumpridos os critérios objetivos de distribuição da demanda previamente definidos no edital.

À consideração superior.

Brasília, 29 de agosto de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 17 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 07/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 17 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 49/2013
(CONTRATAÇÃO POR MEIO DE CREDENCIAMENTO)**

- I. A CONTRATAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO É CABÍVEL QUANDO NÃO HOUVER POSSIBILIDADE DE SELECIONAR UMA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, PELO FATO DE QUAISQUER INTERESSADOS QUE ATENDAM AOS REQUISITOS PRÉ-FIXADOS ESTAREM APTOS PARA CONTRATAÇÃO, INDISTINTAMENTE, ISTO É, SEM QUE HAJA QUALQUER DIFE-

RENÇA ENTRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR UM OU OUTRO;

- II. O CREDENCIAMENTO É ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DISTINTA DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO E PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO NO CAPUT DO ART. 25 DA LEI 8.666/93, POR ISSO SUA UTILIZAÇÃO DEVERÁ SER EXCEPCIONAL E DEVIDAMENTE JUSTIFICADA EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAR O OBJETO PRETENDIDO POR MEIO DE SELEÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA (LICITAÇÃO);
- III. NO CASO DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO, NÃO É CABÍVEL O ESTABELECIMENTO DE QUALQUER FORMA DE PONTUAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO OU CRITÉRIO DE SELEÇÃO DISTINTIVOS ENTRE AQUELES QUE PREENCHEREM OS REQUISITOS PRÉ-ESTABELECIDOS, DEVENDO ESTAR TODOS EM IGUAL CONDIÇÃO DE SEREM CONTRATADOS E SENDO CUMPRIDOS OS CRITÉRIOS OBJETIVOS DE DISTRIBUIÇÃO DA DEMANDA PREVIAMENTE DEFINIDOS NO EDITAL.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER Nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93) E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02).

I. Orientação do TCU. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar. Efeitos da penalidade não alcançam toda a Administração Pública Federal; incidem, apenas, sobre as relações jurídicas entre o apenado e o ente que aplicou a penalidade.

II. Inteligência do conceito de Administração no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Semanticamente, no âmbito das autarquias e fundações públicas federais, refere-se ao ente (pessoa jurídica). Aplicação da “teoria do órgão” para solucionar a indeterminação do art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93. Irrelevância da discussão sobre competência da autoridade para fins de delimitação dos efeitos jurídicos da sanção de suspensão temporária ou impedimento.

IV. Impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520/02. A vedação à participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal somente se dá se a penalidade houver sido aplicada por ente federal.

V. Possibilidade de prorrogação contratual com empresa apenada, desde que a ampliação do prazo de vigência decorra da incidência dos arts. 57, §1º, e 79, §5º, da Lei nº 8.666/93.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente

Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

- 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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de enfrentar a discussão sobre a extensão dos efeitos da aplicação das penalidades do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e do art. 7º da Lei nº 10.520/02.

5. É o relatório.

DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR NA LEI Nº 8.666/93

6. A discussão sobre o alcance dos efeitos da aplicação da penalidade de **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar** (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93), doravante denominada simplesmente de **suspensão temporária**, tem sido objeto de controvérsia.

7. O TCU, por muitos anos, teve posição assentada sobre o tema, tendo se manifestado sucessivas vezes por um alcance mais restrito da penalidade, **de sorte que os efeitos da suspensão temporária somente alcançariam as licitações e contratações do próprio órgão ou ente da Administração que aplicou a sanção**. São nesse sentido os precedentes dos Acórdãos TCU nº 3.858/2009 – 2ª Câmara e nº 1.539/2010 – Plenário.

8. Em 2011, contudo, o Acórdão TCU nº 2.218 – 1ª Câmara entendeu que os efeitos da suspensão temporária não deveriam afetar, apenas, as relações jurídicas entre o aplicador da sanção e a pessoa física ou jurídica punida, mas deveriam ser estendidos a toda a Administração Pública. Nos fundamentos do Acórdão, estava a tese de que o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 objetivou a prevenção às fraudes e prejuízos em detrimento da Administração Pública, o que sugeriria a pertinência de uma interpretação mais rigorosa e compatível com a moralidade administrativa. Na comunicação de cautelar do TC 008.674/2012-4, divulgada no Informativo TCU nº 100, das sessões de 3 e 4 de abril de 2012, esse entendimento pareceu ratificado pela Corte de Contas, pois lá figurou que a empresa apenada à luz do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 restaria proibida de firmar contratos e participar de licitações promovidas por qualquer ente administrativo.

9. Vê-se, portanto, que, nos idos de 2011 e 2012, houve certa instabilidade da jurisprudência do TCU. Em fins de 2012, contudo, o Acórdão nº 3.243/2012 – Plenário, julgado definitivamente em 28 de novembro, fixou entendimento definitivo sobre o tema. A partir do voto revisor do Ministro Raimundo Carreiro, o TCU ratificou sua clássica jurisprudência com supedâneo em argumentos bastante conhecidos.

10. Para o Ministro revisor, a penalidade de suspensão temporária somente afeta a relação jurídica da empresa com o órgão ou ente responsável pela aplicação da sanção por força do princípio da proporcionalidade e dos arts. 6º, XI e XII,¹ e 87, III e IV,² da Lei nº 8.666/93:

1 Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

2 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

I II - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

7. Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para “Administração Pública” e para “Administração” são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87.

8. Penso que a jurisprudência majoritária desta Casa acertadamente tem dispensado interpretação restritiva para esse dispositivo, especialmente por se tratar de comando sancionador. Boa parte da doutrina também tem entendido dessa forma. Nesse sentido, podemos citar, entre outros, Jessé Torres Pereira Junior (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar. 7 ed. 2007, p. 886), Carlos Pinto Coelho Motta (in: Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey. 11 ed., 2008, p. 686) e Carlos Ari Sundfeld (in: A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Informativo de Licitações e Contratos. ILC 169. Curitiba: Zênite, mar. 2008, p. 240-243).

9. As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição abstrata da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto.

10. Portanto, se, diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade.

11. Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo.

12. Nessa mesma linha, observo que a Lei nº 8.443/92, ao prever a competência do TCU para aplicar a sanção de inidoneidade, restringiu os seus efeitos à esfera federal. Eis a redação do citado artigo:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

13. Desse modo, não me parece razoável admitir que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87, cuja competência para a sua imposição é do próprio gestor do órgão contratante, tenha um alcance maior do que a sanção de inidoneidade imposta pelo TCU

[...]

18. Quanto à proposta do primeiro revisor, no sentido de se considerar que “a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município”, entendo que encontra óbice na própria redação do inciso XII do art. 6º que, ao definir o conceito de “Administração”, disse ser “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

[...]

20. Por fim, ressalto que a atual jurisprudência majoritária do TCU, que ora sustento que deve ser mantida, em nada desprestigia os princípios da moralidade e da probidade, mas, por outro lado, prestigia os princípios da proporcionalidade da sanção em relação ao grau de culpabilidade, preservando a possibilidade de dosimetria das penas previstas no art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, ao facultar ao gestor a possibilidade de aplicar, com efeitos práticos distintos, ora a sanção mais grave e ora a menos grave, de acordo com o caso concreto, ou seja, permitindo ao gestor aplicar a sanção mais compatível e proporcional com a conduta que se pretende reprimir, o que, antes de tudo, atende ao princípio da igualdade, no sentido de que os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais de

modo desigual, na medida das suas desigualdades (voto revisor de Raimundo Carreiro no Acórdão nº 3.243/2012 – Plenário).

11. Em Acórdão distinto, a jurisprudência clássica foi confirmada mais uma vez, razão pela qual a Corte de Contas entende que “a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012 - Plenário” (Acórdão TCU nº 3.439/2012 - Plenário). Nesse mesmo sentido, confirmam os Acórdãos TCU nº 842/2013-Plenário e nº 1.017/2013-Plenário.

12. No âmbito da CGU/AGU, a questão foi pacificada com a edição do recente Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012. Afora os argumentos do TCU, o referido parecer trouxe à lume razões que reforçam o entendimento da Corte de Contas:

27. Essa diferenciação justifica a **nuance procedimental** prevista pelo legislador, em razão da qual a declaração de inidoneidade deve ser aplicada pelo Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, o que denota a preocupação em transferir a competência para aplicação de tal penalidade (justamente pelos seus efeitos mais amplos) para autoridades de maior hierarquia.

28. Outrossim, **ao percebermos que o artigo 97 do Estatuto Geral de Licitações apenas considera como crime admitir profissional ou empresa declarada inidônea (e não profissional ou empresa suspensa de licitar e de contratar), fica evidente o tratamento mais rigoroso dado pelo legislador à declaração de inidoneidade e a correção técnica da corrente que reputa a suspensão como uma sanção de efeitos restritos às licitações e contratos do órgão sancionador (mais leve, em relação à declaração de inidoneidade).**

29. Ademais, necessário repisar que o assunto aqui tratado envolve a aplicação de uma sanção administrativa restritiva de direitos, motivo pelo qual tal prerrogativa administrativa extraordinária está estritamente vinculada ao princípio da legalidade.

30. Não se trata de uma escolha livre, por parte do aplicador do direito, de acordo com suas convicções morais ou com sua percepção do que será melhor para o Poder Público, mas da escorreita interpretação sobre os ditames legais e constitucionais

estabelecidos pelas instâncias legitimamente competentes, já que a limitação constitucional ao estabelecimento de restrições aos direitos das pessoas (físicas ou jurídicas), pelo Poder Público, é um direito fundamental que se impõe à atividade administrativa.

31. No que pese o respeito às opiniões ou convicções pessoais, parece evidente que o legislador definiu amplitude diversa para os efeitos idênticos das sanções “suspensão temporária de licitar e contratar” e declaração de inidoneidade, estabelecendo para aquela (suspensão de licitar) um alcance subjetivo restrito, enquanto para a sanção declaração de inidoneidade um alcance subjetivo amplo. Tal conclusão **é resultante da interpretação autêntica contextual do diploma legal, uma vez que o próprio legislador estabeleceu limites específicos e diversos para as referidas sanções, ao definir expressamente conceitos diferentes para “Administração” e para “Administração Pública”.**

32. Diante da clara delimitação legal aos efeitos da “suspensão temporária de licitar e contratar”, dos limites constitucionais à restrição de direitos das pessoas pela Administração Pública, da evidente gradação existente entre as sanções estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, da necessidade de utilização da proporcionalidade na aplicação da penalidade, acreditamos que a aplicação de efeitos restritos à sanção de suspensão é a interpretação tecnicamente mais correta e condizente com o estabelecido pela Lei nº 8.666/93 e pela nossa Constituição federal.

[...]

33. Nesse diapasão, sugerimos que o raciocínio externado por esta Consultoria-Geral da União, através do Parecer Nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, seja revisto para, ao final, concluir esse órgão da AGU pela **adoção do entendimento segundo o qual os efeitos impeditivos da sanção “suspensão de licitar e contratar” alcancem apenas a entidade ou órgão sancionador.**

13. Observe-se que o Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, já foi aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 296/2013, razão pela qual o tema resta pacificado no âmbito da CGU/AGU.

14. Por óbvio, **se a sanção afeta, apenas, as relações entre o órgão ou ente e o apenado, autarquias e fundações públicas federais não se submeteriam às suspensões temporárias impostas por outros entes da federação.**

15. Aliás, há muito a doutrina majoritária defende que, em nome do princípio federativo, os efeitos da suspensão temporária não podem ultrapassar a esfera política do órgão que aplicou a sanção.³ Portanto, **sanções de suspensão temporária aplicadas pelos Municípios, pelos Estados Membros ou pelo Distrito Federal não podem afetar licitações e contratações das autarquias e fundações públicas federais.**⁴

DO SIGNIFICADO DE “ÓRGÃO OU ENTE” NO DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPLICAÇÕES PARA A ANÁLISE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA APLICADA POR AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

16. Não obstante o entendimento acima, atenta-se ao fato de que remanesce a possibilidade de discussão sobre quando a suspensão temporária afetaria relações somente com o **órgão** ou com todo o **ente** aplicador da sanção. A rigor, o conceito de órgão refere-se a um centro de competências que pertence a determinada pessoa jurídica, enquanto o ente é a própria pessoa jurídica (art. 1º, §2º, incisos I e II, da Lei nº 9.784/99).⁵

3 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 216, SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Licitações Contratos Administrativos*. Teresópolis: Esplanada, 1999. p. 300, MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133 e GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 773s.. Em sentido contrário: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 213.

4 A despeito do entendimento consolidado da CGU/AGU e do TCU, o STJ entende que a penalidade se estenderia a toda a Administração Pública de todos os entes da federação. Houve, inclusive, decisão recente da 1ª Seção nesse sentido: MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE. [...] 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada (MS 19.657/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013). No presente parecer, concordamos com os argumentos da CGU/AGU e do TCU já evidenciados, razão pela qual entendemos desnecessárias considerações adicionais. Ademais, a posição do STJ parece ser incompatível com o princípio federativo e com a realidade jurídica da descentralização administrativa, a qual motiva o surgimento de diversos entes na Administração Pública com personalidade jurídica própria.

5 Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

17. Por outras palavras, o órgão é uma **parte, unidade ou componente** de uma pessoa jurídica. Há, portanto, uma grande discussão subjacente a esse tema, ainda que se leve em consideração que a pena de suspensão temporária afeta, apenas, as relações entre o apenado e a Administração que a aplicou. O apenado deve, simplesmente, ser afastado de certames e contratações **com o órgão** ou **com o ente** que o puniu?

18. Para Hely Lopes Meirelles, os efeitos da suspensão temporária poderiam ser manipulados pelo gestor com certa discricionariedade, de tal forma que a penalidade poderia restar aplicável somente a determinado contrato, licitação ou órgão.⁶ Poder-se-ia manipular o alcance da norma para fins de dosimetria.

19. Esse tipo de raciocínio, contudo, não encontra amparo legal no art. 87, III, da Lei nº 8.666/97. Em verdade, esse dispositivo somente permite uma discussão de duas ordens: **prazo da suspensão temporária**, que poderá chegar a 2 (dois) anos, e, em razão de uma indeterminação normativa, uma discussão em torno da **extensão do conceito de Administração**, se alcança todo o ente ou somente o órgão sancionador.

20. Quanto ao prazo de suspensão temporária, os parâmetros para sua fixação devem ser baseados no princípio da proporcionalidade: infração leve deve suscitar suspensão temporária por prazo próximo ao mínimo; infração grave deve motivar tempo próximo ao máximo. Assim, embora a doutrina de Hely Lopes Meirelles permita uma **manipulação do alcance** da suspensão temporária com fundamento na gravidade da infração, uma leitura atenta do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 afasta essa interpretação, pois **a única autorização legal expressa, para levarmos em consideração a gravidade da infração no dimensionamento da punição, está centrada na dosimetria do tempo da suspensão**. Quanto maior a gravidade do dano, maior deve ser o tempo; mais tempo deverá, o particular, ser proibido de participar de licitações e de contratar.

21. Assim, a questão acerca do alcance dos efeitos da imposição de suspensão temporária nada tem a ver com a dosimetria: **não se pode manipular o alcance da norma para fins de dosimetria da sanção de suspensão temporária**.

22. Quanto a saber se a suspensão temporária afeta as relações jurídicas entre o ente sancionador e o apenado ou somente entre o órgão e o apenado, é forçoso reconhecer que a resposta a essa pergunta não

6 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 215.

está clara no estatuto licitatório. Como se viu, por expressa disposição legal, o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 alcança, somente, a Administração (art. 6º, XII), e não a Administração Pública (art. 6º, XI e art. 87, IV), mas o conceito de Administração pode referir-se a órgão ou entidade administrativa, ou seja, pode designar tanto uma unidade componente da pessoa jurídica, como a própria pessoa jurídica.

23. As consequências administrativas de tal discussão são imensas. Por exemplo, se entendermos que o art. 87, III, referiu-se, apenas, ao órgão, uma penalidade de suspensão temporária, aplicada por uma unidade de determinada autarquia ou fundação em determinada área territorial, a Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR, somente poderia abranger a vedação à participação em licitações e contratações organizadas e gerenciadas pelo órgão na respectiva área territorial, ou seja, licitações e contratações da própria Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR. Por outro lado, se o dispositivo alcançasse o ente, haveria uma vedação à participação em licitações e contratações realizadas pela pessoa jurídica, isto é, todas as licitações e contratações do INSS no território nacional.

24. Para a empresa apenada, seria melhor que a suspensão temporária somente valesse no âmbito restrito do órgão que a aplicou. Na doutrina, quem melhor defendeu esse ponto de vista foi Toshio Mukai, o qual, em seu livro “Licitações e Contratos Públicos”, esclarece que a distinção entre suspensão temporária e declaração de inidoneidade está estreitamente vinculada à competência da autoridade responsável pela aplicação da penalidade. Se é certo que esta, por força dos arts. 87, IV, e 97, da Lei nº 8.666/93, alcançaria toda a Administração Pública e aquela somente afetaria as relações jurídicas entre a empresa apenada e o órgão que a aplicou, o fundamento para essa diferença, ainda segundo o autor, teria a ver com a competência do agente aplicador da sanção:

A sanção prevista no inciso III valerá para o âmbito do órgão que a decretar, e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa.

[...]

De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova a licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissolivelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela,

à competência do agente que aplica a sanção. Ou seja: **o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção.**⁷

25. A orientação de Mukai, contudo, é problemática, pois, a menos que haja legislação em contrário, **a aplicação da penalidade por um órgão não manifesta a vontade desse órgão em especial, mas a vontade da pessoa jurídica da qual faz parte.** Quando o órgão aplica penalidade, **manifesta, imputa** ou **“presenta”** a vontade do ente, da pessoa jurídica, e não, simplesmente, a vontade pessoal do gestor ou do órgão.

26. Essa conclusão, inclusive, está no cerne da **teoria do órgão**, desenvolvida por Gierke com o intuito de explicar o problema jurídico da atribuição de “vontade” à pessoa jurídica:

Pela teoria do órgão, nascida na Alemanha, a pessoa jurídica opera por si mesma. O órgão é parte dela, não ente autônomo, distinto [...]. Coletividade organizada e órgão apresentam-se como unidade inseparável no mundo jurídico. Por isso é que Jellinek afirmou só poder existir o Estado mediante seus órgãos: se estes fossem eliminados, nada restaria, juridicamente falando.⁸

Enquanto a teoria da representação considera a existência de pessoa jurídica e do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado.⁹

27. Portanto, não se pode justificar o atrelamento dos efeitos jurídicos da suspensão temporária ao âmbito restrito do órgão com supedâneo na competência do agente, pois **o agente, ao expedir atos administrativos, o faz manifestando a vontade da pessoa jurídica, imputando o ato humano à coletividade organizada em pessoa jurídica.**

28. A “competência” do agente, portanto, é irrelevante ao dimensionamento da abrangência dos efeitos jurídicos da suspensão temporária, seja por falta de amparo legal para tanto, seja porque não se sustenta teoricamente.

7 MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 132s..

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: teoria do direito administrativo*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 506.

29. Por fim, o art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93 não pode ser interpretado como se afirmasse que o conceito de Administração significaria o mesmo que órgão, entidade ou unidade administrativa indistintamente. Em verdade, a Lei afirma que, ao mencionar o termo “Administração”, poderá estar a se referir ao “órgão”, à “entidade” ou à “unidade administrativa”, **devendo, o intérprete, a partir do contexto de incidência da norma, deduzir a que objeto a palavra “Administração” se refere.**

30. No ponto em apreço, a interpretação mais adequada sugere que o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, ao mencionar Administração, **referiu-se ao ente que aplica a penalidade**, e não ao órgão. Pensar o contrário seria **esvaziar, completamente, o sentido da punição suspensão temporária**, pois **permitiria que empresas apenas por faltas contratuais graves pudessem continuar a contratar e participar livremente de licitações da pessoa jurídica que, paradoxalmente, acabou de valorar a infração contratual como grave.**

31. No contexto das atividades das autarquias e fundações públicas, isso significa que se a empresa foi apenada com suspensão temporária por órgão do IBAMA, ficará proibida de participar de licitações e contratar com o IBAMA, como pessoa jurídica, em todo o território nacional e em quaisquer circunstâncias, enquanto eficaz a sanção.¹⁰

O IMPEDIMENTO PARA LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02

32. As análises até então levaram à seguinte conclusão: a penalidade de suspensão temporária veda a empresa de participar de licitações e contratações realizadas pela pessoa jurídica aplicadora da sanção. Para os fins das atividades de consultoria e assessoramento da PGF, isso significa que a empresa não poderá participar de licitações e contratações da autarquia ou fundação pública aplicadora da sanção. **Essa interpretação, contudo, é válida apenas para a sanção estabelecida com fundamento no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93.** Na prática administrativa, também é possível que a

¹⁰ Podem ser imaginadas atenuações desse entendimento quando órgãos independentes, com estatura constitucional diferenciada, aplicam essas sanções (ex.: MPU, STF, TCU, TRFs, TREs). Se esse for o caso, sanções aplicadas pelo TCU somente proibiriam a empresa de participar de licitações e contratações do próprio TCU, sanções aplicadas pelo STF implicariam vedações em licitações e contratações do STF e assim por diante. Esse ponto não será enfrentado aqui, pois é desnecessário à realidade da atividade consultiva das autarquias e fundações públicas federais.

empresa tenha sido sancionada com o impedimento de licitar e contratar do art. 7º da Lei nº 10.520/02. Nesse caso, a lógica é diversa, como veremos.

33. O art. 7º da Lei nº 10.520/02, que regula o pregão, estabelece a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, **não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal**, ficará **impedido de licitar e contratar** com a **União**, Estados, Distrito Federal **ou** Municípios **e, será descredenciado no Sicaf, ou** nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

34. Observe-se que as hipóteses jurídicas de aplicação dessa sanção são graves e, de certa forma, poderiam motivar a punição da empresa à luz do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Ocorre que, **em licitações processadas sob a modalidade pregão, a lei específica é a Lei nº 10.520/02, sendo o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 aplicável apenas subsidiariamente para eventuais faltas graves não abrangidas pela descrição do art. 7º** (art. 9º da Lei nº 10.520/02¹¹ c/c arts. 87, III, e 88,¹² da Lei nº 8.666/93).¹³

35. Nesses casos, os efeitos da penalidade também são mais abrangentes, pois **impedem a participação em licitações e contratações de todos os órgãos e entes vinculados ao ente federativo aplicador da sanção**. Dessa forma, se a sanção foi aplicada por unidade do INCRA, a empresa ficará

11 Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

12 Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

13 Este parecer tem por objeto os efeitos das penalidades de suspensão temporária e impedimento de licitar e contratar. Portanto, não trata de como as condutas reputadas ilícitas deveriam se subsumir ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou ao art. 7º da Lei nº 10.520/02.

impedida de participar de licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal (União e entes da Administração Pública Federal Indireta). Nesse sentido, confira-se o Acórdão TCU nº 2.242/2013 – Plenário:

[...] Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem “reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)”. A propósito, lembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: “a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade”. Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que “a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010”. Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que **“a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas**

no âmbito interno do ente federativo que a aplicar”. Acórdão 2242/2013-Plenário, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013 (Informativo de Licitações e Contratos nº 165).

36. Essa, inclusive, é a inteligência do art. 40 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2010:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

[...]

III – **suspensão temporária**, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – **impedimento de licitar e contratar** com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no **inciso III** deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, **no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção**.

[...]

§ 3º A aplicação da sanção prevista no **inciso V** deste artigo **impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção**:

I – **da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União**;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

37. Atente-se, apenas, que quando a norma menciona a “União”, não está a se referir exclusivamente à pessoa jurídica de direito público. Utilizou o termo União em sentido lato e pouco técnico, tal qual o faz o próprio art. 7º da Lei nº 10.520/02. Com esse sentido, fica evidente que os entes da Administração Indireta “compõem” a União em sentido lato. A sanção vale, portanto, para o “âmbito interno” da União, composto pelo conjunto de entes da Administração Pública Indireta Federal e pela própria União.

DOS EFEITOS DAS PENALIDADES SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS CONTRATAÇÕES EM CURSO

38. Questão importante diz respeito aos efeitos das referidas sanções nos contratos administrativos em curso. Uma interpretação precipitada poderia suscitar que, uma vez apenada com a suspensão temporária ou com o impedimento de participar de licitações e contratos, todos os contratos em curso da empresa apenada deveriam ser rescindidos unilateralmente pela Administração Pública com amparo nos arts. 58, II, e 79, I, da Lei nº 8.666/93.¹⁴

39. Essa solução seria açodada e poderia implicar a descontinuidade de serviços públicos relevantes. Por esse motivo, o STJ já reconheceu que mesmo a aplicação da mais grave penalidade, a declaração de inidoneidade, suscitaria efeitos apenas *ex nunc*:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE
DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO -
ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA [...]. 4. **Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento** [...] (MS 13.101/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 09/12/2008).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE
PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC. 1. **O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc** (...) (AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010).

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA –
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE

14 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

– TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – EFEITOS.

[...]

3. A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório.

Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93.

4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para prestar esclarecimentos (EDcl no MS 13.101/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO.

[...]

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (MS 13.964/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009). ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC.

1. **O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc.**

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010).

40. Se esse é o entendimento para penalidade mais grave, não há razão para deixarmos de adotar essa mesma lógica para penalidades menos gravosas. Assim, **a aplicação das referidas penalidades de suspensão temporária e impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não deve gerar a rescisão unilateral automática de contratos administrativos em curso.** Por óbvio, isso não significa que a rescisão unilateral por interesse público não possa ser decretada. **Nada impede que a Administração Pública, motivada pela ponderação de princípios como continuidade do serviço público, economicidade, probidade e moralidade, possa chegar à conclusão de que não deve prosseguir com a relação contratual.** Essa é uma alternativa válida. Contudo, não se pode deixar de considerar que a simples aplicação da suspensão temporária ou do impedimento, **por si só**, não deve motivar a **rescisão unilateral automática**:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. **Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento”** (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8666/93, art. 87), **sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução**, notadamente os celebrados perante

outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). **Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.**

2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.

3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (MS 14.002/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 06/11/2009).

41. Também para o TCU o único caso em que a rescisão seria mandatória seria o do próprio contrato administrativo inadimplido ou amparado em licitação viciada:

Cabeçalho: A declaração de inidoneidade produz efeitos para o futuro, não alcançando os contratos já celebrados com a empresa sancionada

Extrato:

[...] Com amparo na “moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1”, **o relator concluiu que “a declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas e a administração pública federal.** Isso porque a declaração de inidoneidade apenas **produz efeitos ex nunc**, não autorizando que sejam desfeitos todos os atos pretéritos ao momento de sua proclamação”. Em seu voto, **o relator ponderou que a rescisão de todos os contratos anteriormente celebrados pela empresa declarada inidônea nem sempre se mostra a solução mais adequada, pois, dependendo da natureza dos serviços pactuados, os quais, em algumas situações, não podem sofrer solução de continuidade, “não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório”.** Contudo, **no que concerne aos contratos decorrentes**

de certames impugnados, nos quais se verificam condutas que autorizam a declaração de inidoneidade das empresas participantes, “entendo que devem ser prontamente rescindidos”. Nesse sentido, estaria correta, segundo o relator, a proposta da unidade técnica quanto à alteração do item 9.3.1 do acórdão recorrido, de forma a contemplar determinação para ser prontamente rescindido tão somente o contrato decorrente do Pregão n.º 45/2001 e proibida a renovação dos contratos em vigor com as outras empresas declaradas inidôneas. Considerando, no entanto, que, “segundo pesquisa efetuada ao sítio dos correios”, não estavam em vigor quaisquer contratos celebrados com aquelas empresas, concluiu o relator ser desnecessária alteração no item 9.3.1 do acórdão recorrido, tampouco haveria motivo para torná-lo insubsistente [...]. (Acórdão n.º 3002/2010-Plenário, TC-016.556/2005-5, rel. Min. José Jorge, 10.11.2010) (Informativo de Licitações e Contratos do TCU n.º 42).

Cabeçalho: Contratação de serviços: 2 - A declaração de inidoneidade possui efeito *ex-nunc*, cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente.

Extrato: Ainda na representação em que tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - (DNIT), o Tribunal cuidou da necessidade de rescisão do contrato oriundo do procedimento viciado. Com base na jurisprudência do Tribunal, o ministro-revisor ressaltou os efeitos *ex-nunc* da declaração de inidoneidade, a qual, portanto, não ensejaria a rescisão imediata de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a Administração Pública, pois tal medida nem sempre se mostraria solução mais vantajosa, uma vez que, “dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório”. De outro lado, caberia às próprias entidades contratantes da empresa tida por inidônea avaliar, no âmbito de suas autonomias, a necessidade de adoção de medidas administrativas com vistas a eventuais rescisões, caso julgadas necessárias, cumpridas as formalidades legais para tanto. Diferente, ainda conforme o ministro-revisor, a situação de contrato decorrente de certame impugnado, no qual se verificara a conduta

que autorizaria a declaração de inidoneidade de uma empresa. Em tal caso, o ministro-revisor entendeu que o contrato deveria ser prontamente rescindido, razão pela qual votou por que o Tribunal assinasse prazo para que o DNIT adotasse as providências necessárias à rescisão do contrato firmado com o consórcio vencedor do lote 6 da Concorrência nº 159/2009, com relação ao qual fora detectada a fraude. O , por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos nos 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário (Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011) (Informativo de Licitações e Contratos do TCU nº 64).

42. Em verdade, se a empresa foi apenas com suspensão temporária ou impedimento de licitar e contratar, isso significa que, no mínimo, irregularidades relativamente graves foram praticadas no âmbito de determinado procedimento licitatório ou na execução contratual. Nessa circunstância, a extinção da contratação será mandatória, como um **desdobramento lógico** da **rescisão unilateral por inadimplemento** ou da **declaração de nulidade da licitação/contratação** (arts. 49, §2º, 58, II, 59, 79, I, 80 da Lei nº 8.666/93),¹⁵ e não como uma decorrência propriamente do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou do art. 7º da Lei nº 10.520/02.

43. Feita essa ponderação, deve-se enfrentar questão remanescente concernente aos efeitos da penalidade suspensão temporária e impedimento de licitar e contratar na prorrogação de contratos administrativos. Pergunta-se: a Administração Pública poderá prorrogar contratos administrativos celebrados com particulares punidos com essas sanções? A resposta merece reflexão.

44. Quando a prorrogação decorre de uma ampliação dos prazos de etapas de execução, conclusão e entrega ou da devolução do prazo por força de um impedimento, paralisação ou sustação (arts. 57, §1º, e 79, §5º, da Lei nº

15 Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

[...]

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

8.666/93), é forçoso reconhecer que **não estará havendo nova contratação, mas apenas uma alteração no cronograma da contratação com reflexos jurídicos no prazo de vigência contratual**. Tais prorrogações não restam impedidas pela aplicação das sanções de suspensão temporária ou impedimento de participar de licitações e contratações, pois **nem o objeto da contratação se exauriu, nem há formalização de ajuste equivalente a uma nova contratação**. A prorrogação representa aqui uma **mera extensão de cronograma por força de circunstâncias de interesse da Administração Pública ou estranhas à vontade das partes**. É por essa razão que os casos que motivam essa prorrogação normalmente decorrem de situações que ensejam mutabilidade contratual (alteração unilateral, fato do príncipe, fato da administração e álea econômica), sendo desnecessária a concordância do particular com a **ampliação do prazo**, para que essa seja determinada e surta seus efeitos.¹⁶

45. Por outro lado, quando a prorrogação representa uma verdadeira “**renovação da contratação**”, situação **semelhante** a uma “**nova contratação**”, há de se concluir que estaria vedada pela legislação, sob pena de a Administração estar firmando ato **equivalente** a novo contrato com empresa suspensa ou impedida de participar de licitações.

46. Por exemplo, no caso da prorrogação do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, explica Marçal Justen Filho que não se está diante de uma “prorrogação propriamente dita dos prazos”, como a do art. 57, §1º, mas de uma verdadeira “renovação da contratação”, pois há a **necessária presença do elemento volitivo de ambas as partes** para que a prorrogação se torne juridicamente válida:

Na disciplina original do inc. II do art. 57, não existia problema de alteração do prazo originalmente fixado. Afinal, o dispositivo facultava que a contratação fosse pactuada desde logo por um prazo mais longo, sem qualquer referência à alteração do prazo de sua vigência.

Como visto, alterou-se a disciplina original e determinou-se que o contrato poderia ser pactuado por um certo prazo, o qual poderia ser alterado posteriormente. Mas a nova redação adotada não esclareceu, de modo preciso, a natureza jurídica dessa modificação

16 Verifica-se que a alteração do contrato administrativo se dá por acordo nas seguintes hipóteses: substituição de garantia, alteração do regime de execução, alteração da forma de fornecimento ou alteração de cláusulas econômico-financeiras. É o que estabelece o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93. A alteração do cronograma da contratação, quando presentes as hipóteses do art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93, dá-se ex lege e, de certo modo, dispensaria a concordância do particular, embora seja ela sempre desejável.

do prazo original. Adotou-se a terminologia “prorrogação”, a qual é muito imprecisa.

Em princípio, a prorrogação consiste na pura e simples alteração do prazo original de vigência, fixando-se um período de tempo mais longo para a execução das obrigações contempladas no contrato. Ora, a disciplina do art. 57, inc. II, não consiste propriamente numa prorrogação de prazo. Trata-se, muito mais, de uma renovação contratual. Assim se passa porque a “prorrogação” exige a concordância de ambas as partes, surgindo a alternativa para qualquer uma delas rejeitar a extensão da vigência por outro período de tempo.

Essa orientação se aplica inclusive à hipótese do §4º.¹⁷

47. Não é por outra razão que o art. 30-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 veda a prorrogação do contrato de prestação de serviços continuados com empresa apenas com suspensão temporária ou declaração de inidoneidade:

Art. 30-A Nas contratações de serviço continuado, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual, que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme estabelece o art. 57, inciso II da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)
§ 2º A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)
[...]

II – a contratada tiver sido declarada inidônea ou suspensa no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, enquanto perdurarem os efeitos. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).

48. Há de se concluir então que a suspensão temporária e o impedimento de licitar e contratar não impossibilitam a prorrogação da vigência contratual fundada nos arts. 57, §1, e 79, §5º, da Lei nº 8.666/93, pois a ampliação do prazo de vigência da contratação prevista nesses dispositivos não se qualifica como hipótese equivalente a uma “renovação da contratação”.

49. Pelo exposto, deve-se concluir que:

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 700.

- a) o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas em licitações e contratações do ente responsável pela aplicação da sanção;
- b) o art. 7º da Lei nº 10.520/02 somente veda a participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal se a penalidade houver sido aplicada por ente federal;
- c) ressalvada a necessária extinção do contrato administrativo por força de rescisão por inadimplemento ou declaração de nulidade, a aplicação das penalidades de suspensão temporária do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e o impedimento de licitar e contratar do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não provocam a rescisão unilateral automática de contratos administrativos em curso;
- d) a aplicação da sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não veda a prorrogação dos prazos de contratação amparada exclusivamente nas hipóteses do §1º do art. 57 e do §5º do art. 79 da Lei nº 8.666/93.

À consideração superior.

Brasília, 29 de agosto de 2013.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Bráulio Gomes Mendes Diniz	Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal	Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes	Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procuradora Federal	Procurador Federal

Alessandro Quintanilha Machado	José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal	Procurador Federal

Ana Carolina de Sá Dantas	Douglas Henrique Marins dos Santos
Procuradora Federal	Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de Setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 08/2013/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 23 de Setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSUS/PGF/AGU Nº 50/2013

LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SANÇÕES

I. O ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 PROÍBE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DO ENTE RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.

II. O ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 SÓMENTE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES EM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SE A PENALIDADE HOUVER SIDO APLICADA POR ENTE FEDERAL.

III. RESSALVADA A NECESSÁRIA EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR FORÇA DE RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO OU DECLARAÇÃO DE NULIDADE, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO PROVOCA A RESCISÃO UNILATERAL AUTOMÁTICA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CURSO.

IV. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 OU DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO VEDA A PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE CONTRATAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NAS HIPÓTESES DO §1º DO ART. 57 E DO §5º DO ART. 79 DA LEI Nº 8.666/93.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER N° 09/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

Assunto: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

Ementa: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Meio coercitivo indireto de execução das condenações trabalhistas. Interpretação que amplie sua utilização porquanto se trata de instrumento concretizador de Direitos Fundamentais. Orientações práticas à sua aplicação.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a Licitações e Contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á dos aspectos práticos envolvendo a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas-CNDT. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I - INTRODUÇÃO

6 A Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, introduziu a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista como requisito de habilitação nas licitações públicas, instituindo e regulando a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

7 O referido diploma normativo faz parte de um conjunto de propostas legislativas integrantes do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo — documento assinado pelos presidentes dos três Poderes que contém diretrizes e projetos para ampliar o acesso à Justiça e aumentar sua celeridade.

8 Com efeito, o PLS nº 77/2002, que deu origem à Lei nº 12.440/2011, foi definido como prioritário pelo II Pacto Republicano, tendo por objetivo buscar impedir que o empregador que se recusar a cumprir decisão judicial que determinou o pagamento de débitos trabalhistas possa contratar com a Administração Pública.¹

9 É dizer, o intuito do legislador, ao exigir a apresentação da CNDT, não foi comprovar que os empregados terceirizados alocados à execução dos contratos havidos entre a Administração Pública e o empregador não possuem verbas trabalhistas inadimplidas ou litígios ajuizados perante a Justiça do Trabalho, nem tampouco atestar a inexistência de débitos deste, mas assegurar que empresas que possuam débitos trabalhistas, oriundos de condenações judiciais transitadas em julgado e não garantidas, fiquem

1 CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. Comprovação de regularidade trabalhista para habilitação na licitação: considerações sobre a constitucionalidade e o âmbito de aplicação da Lei nº 12.440/2011. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=78810>>. Acesso em: 4 julho 2012.

impedidas de firmar contratos, convênios e demais ajustes com o Poder Público.

10 A leitura atenta do título VII-A da Consolidação das leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, incluído pela Lei nº 12.440/2011, permite concluir que somente a condenação transitada em julgado ou o descumprimento de obrigações acordadas perante o Ministério Público do Trabalho ou comissão de conciliação prévia constituirão óbice à obtenção da CNDT.

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

11 A opção legislativa em incluir apenas condenações transitadas em julgado, demonstra que a inovação legal volta-se a robustecer a efetividade da execução trabalhista. Neste sentido, transcrevemos fragmento da justificativa apresentada pelo Senador Moreira Mendes, quando da propositura do PLS 77/2002 ao Senado Federal:

“Com efeito, embora seja considerado privilegiadíssimo, o crédito trabalhista não tem sido protegido pelos mecanismos de fiscalização indireta criados para reduzir a inadimplência junto à Fazenda Pública e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Noutras palavras, a ordem jurídica em vigor impõe um maior controle sobre créditos que, embora privilegiados, não ostentam a preferência de pagamento atribuída aos créditos de natureza trabalhistas (art. 186, Código Tributário Nacional), de caráter eminentemente alimentar.

Não é razoável que, por exemplo, contratantes com o Poder Público cuidem, apenas, de regularizar sua situação com a Fazenda Pública e com os órgãos previdenciários, simplesmente relevando a preferência legal de satisfazer as dívidas trabalhistas e majorando, sobremaneira, o número de feitos não solucionados em definitivo pela Justiça do Trabalho.”²

12 Assim, a CNDT nada mais é do que um instrumento coercitivo indireto de execução das condenações trabalhistas, ao tempo em que compele as empresas interessadas em contratar com a Administração pública a manter regularidade perante a justiça do trabalho.³

13 Destarte, tratando-se de instrumento garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores, exigência esta que extrai arrimo do novel objetivo da licitação, desenvolvimento nacional sustentável⁴, deve receber dos operadores do Direito responsáveis pela sua aplicação a interpretação que amplifique seus efeitos⁵.

14 Também porque se constitui em inegável instrumento de avigoramento de aferição da idoneidade das futuras empresas contratadas pela Administração, a CNDT deve ser imposta em todas as hipóteses em que se afigurar possível, especialmente se considerarmos o reforço da necessidade de fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas, por força da nova redação do item V da súmula 331 do TST⁶.

² Trecho do Parecer nº 604-CCJ, que opinou pela aprovação do então Projeto de lei do Senado nº 77 de 2002.

³ CHAVES, Luciano Athayde. Certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT): reflexões sobre a Lei 12.440/11. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, ISSN 0102-8774, ano 37, v. 144, p. 237-289, out./dez. 2011.

⁴ O Desenvolvimento Nacional é indispensável para assegurar a disponibilidade de recursos destinados à realização dos direitos fundamentais, em cujo núcleo se encontra a dignidade humana. Portanto, os direitos e garantias previstos constitucionalmente dependem, em maior ou menos extensão, do desenvolvimento nacional. JUSTEM FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 50, abril de 2011, disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=528&l=pt>>.

⁵ Conforme o Princípio da máxima efetividade. Segundo esse princípio, na aplicação das normas constitucionais, deve-se atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia. Conforme nos elucida Inocêncio Mártires, “o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo”. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997. p. 91

⁶ A) RECURSO DE REVISTA DA 2ª RECLAMADA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com a Súmula nº 331, IV, desta Corte Superior, que tem por fundamento principalmente a

15 Esta foi a posição defendida pelo ministro Luís Inácio Lucena Adams na manifestação encaminhada ao STF em razão da ADI nº 4716, proposta pela Confederação Nacional da Indústria. Reproduzimos o excerto abaixo em que o Ministro reforça a constitucionalidade da CNDT, como instrumento garantidor da execução dos contratos administrativos.

“Quanto ao tema, vale trazer à baila trecho da manifestação da Ministra Cármen Lúcia, externado durante os debates ocorridos no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 173 e 29410 Naquela ocasião, evidenciou-se a conformidade de dispositivos previstos na Lei nº 8.666/93, cujo teor contempla a exigência da regularidade fiscal, com o artigo 37, inciso XXI, da Carta Maior:

“Os artigos 27, inc. IV, e 29, inc. III, da Lei n. 8.666 não restringem a regularidade fiscal exclusivamente a esse tipo de obrigação. Então, causa-se alguma estranheza declarar a inconstitucionalidade quando a própria Constituição, em seu artigo 37, manda que a lei estabeleça quais as condições para quem quer se habilitar para a licitação. Porque o problema que se põe constitucionalmente pela legislação administrativa é a possibilidade de contratar com o Estado alguém que não esteja com a quitação devida e depois façam a licitação de uma compra ou de uma obra, às vezes até urgente, e depois a pessoa não consegue cumprir o contrato em detrimento do interesse público. Daí porque os artigos 27 e 29 explicitam a comprovação das condições de regularidade fiscal -e, aí, é expresse- com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, em termos que a própria legislação também pode alterar.”

16 Contudo, a CNDT não implica na obsolescência das providências de fiscalização do cumprimento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas, devendo ser entendida como mais um instrumento à disposição da Administração para aferir a regularidade trabalhista da empresa contratada.

responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa in vigilando (arts. 186 e 927 do Código Civil). Isso porque os arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo com base na interpretação sistemática, em conjunto com as normas infraconstitucionais citadas acima. Óbice do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. 2. ISONOMIA ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA E TOMADORA DOS SERVIÇOS. OJ 383 DA SBDI-1 DO TST. Decisão regional em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1, no sentido de que, desde que observado o exercício das mesmas funções, são devidos aos empregados da prestadora de serviços os mesmos direitos da empresa tomadora, em face do princípio da isonomia. Recurso de revista não conhecido. B) RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMANTE PREJUDICADO. (grifos nossos)

17 Fixadas estas premissas, passaremos a tratar das questões controvertidas de forma pontual.

II – EXIGÊNCIA DA CNDT NAS DIVERSAS MODALIDADES LICITATÓRIAS

18 Considerando as premissas fixadas neste parecer, e tendo presente a ausência de seguros balizamentos à interpretação da novel legislação em estudo, entende esta Câmara Permanente de Licitações e Contratos que a CNDT deve ser exigida independentemente da modalidade licitatória utilizada, ou do objeto licitado, ainda que o vínculo jurídico estabelecido com o vencedor do certame não preveja a execução de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

19 Ora, considerando a já comentada introdução do desenvolvimento nacional sustentável no art. 3º da lei nº 8.666/93, a contratação pública não é mais pautada pela exclusiva vantagem econômica, voltando-se à efetivação de interesses públicos primários.

20 Neste sentido, recomenda-se a exigência da CNDT em todas as licitações públicas, bem como as contratações diretas (dispensa e inexigibilidade)⁷, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 32, §1º da lei nº 8.666/93⁸, que terão a pertinência de sua cobrança avaliada diante do caso concreto, na fase interna da licitação ou contratação.

21 Por fim, cumpre ressaltar que a aferição deste requisito habilitatório, quando da realização do certame, deve observar as formalidades previstas em lei, especialmente aquela prevista no art. 43, §5º da lei nº 8.666/93⁹

III – MOMENTO PARA AFERIÇÃO DA REGULARIDADE TRABALHISTA

22 Com efeito, existia dúvida, quando da edição da lei nº 12.440/2011, a respeito do momento adequado para exigir a certidão negativa de

7 Neste sentido: BITTENCOURT, Sidney. A exigência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) nos pagamentos referentes aos Contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 12.440/2011. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78832>>. Acesso em: 8 julho 2012.

8 Art. 32. [...] § 1o A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

9 Art. 43. [...] § 5o Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

débitos trabalhistas – CNDT; se apenas em caráter prévio à celebração e prorrogação do contrato, ou, sem prejuízo de realizar a consulta antes de cada pagamento. O Tribunal de Contas da União via acórdão nº 1.054 de 2012, chegou a expedir a seguinte orientação:

Info nº 104 - Os órgãos e entidades da administração pública estão obrigados a exigir das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da certidão negativa de débitos trabalhistas, de modo a dar efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V, e 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440/2011

O Tribunal Superior do Trabalho encaminhou Solicitação no sentido de que o TCU avaliasse a possibilidade de recomendar aos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União que passem a fazer constar dos editais de licitação a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, instituída pela Lei nº 12.440/2011, em vigor desde 4/1/2012. O relator, ao examinar o mérito da matéria, transcreveu os comandos contidos no art. 27, inciso IV, e no art. 29, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, que foram alterados pela Lei nº 12.440/2011: “*Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] IV – regularidade fiscal e trabalhista; [...] Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [...] V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa ...*”. Registrou também a inserção do art. 642-A na CLT, pela Lei nº 12.440/2011, que dispõe sobre o conteúdo material e o procedimento de obtenção da referida CNDT. E que não seria pertinente expedir determinações nem recomendações genéricas à administração para que observe as citadas normas, visto que essa necessidade decorre da lei. Considerou, porém, plausível a preocupação do consulente, “*mormente sob o ponto de vista do exercício do controle externo financeiro, até mesmo porque – não é demais lembrar – a Lei nº 8.666, de 1993, estabelece, ao teor da disposição contida no inciso XIII do seu art. 55, que o contratado deverá manter, durante a execução contratual, todas as condições de habilitação e de qualificação exigidas na licitação*”. Lembrou ainda da responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da administração pública, em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas por eles contratadas, consoante disposto no Enunciado nº 331 da Súmula de Jurisprudência do TST. E arrematou: “*a exigência da certidão negativa de débitos trabalhista (CNDT) ao longo da execução contratual deve contribuir para reduzir ou mesmo afastar eventuais condenações subsidiárias da administração pública federal ...*”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: I) conhecer da Solicitação; II) no mérito, determinar “*a todas as unidades centrais e*

setoriais do Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União que orientem os órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que exijam das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas, de modo a dar efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V, e 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, atentando, em especial, para o salutar efeito do cumprimento desta nova regra sobre o novo Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do TST, sem prejuízo de que a Segecex oriente as unidades técnicas do TCU nesse mesmo sentido". Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 002.741/2012-1, rel. Min. André Luís de Carvalho, 2.5.2012.

23 Considerou-se naquela oportunidade que o artigo 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93 impõe à contratada a manutenção, durante toda a execução contratual, as condições de habilitação exigidas na licitação e considerando que a regularidade trabalhista insere-se no rol habilitatório previsto na lei geral de licitações, entendeu-se que a renovação da certidão comprobatória da exigência da regularidade trabalhista deveria ser realizada tanto na prorrogação, quanto por ocasião de cada pagamento.¹⁰

24 Ocorre que por conta da decisão proferida no bojo do mandado de segurança nº 0025184-55.2012.4.01.3400 – 22ª VARA FEDERAL, cuja força executória foi atestada por meio da nota nº 325/2013 – PRU 1ª região, o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão decidiu uniformizar a questão através da mensagem SIASG nº 078847, de 06 de junho de 2013, em que orientou os órgãos integrantes do SIASG a aceitarem a certidão emitida até o término de sua vigência.

25 Assim, considerando a necessidade de uniformizar a atuação das Autarquias e Fundações, recomendamos atuação conforme orientado pela Mensagem SIASG nº 078847, de forma que a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas apresentada pela interessada seja considerada até o término de sua vigência, a ser consultada antes de cada pagamento e se vencida deve ser renovada.

10 A propósito confira o disposto no art. 3, §1º da IN 02/2010 Art. 3º A habilitação dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no SICAF, desde que os documentos comprobatórios estejam validados e atualizados.

§ 1º Previamente à emissão de nota de empenho, à contratação e a cada pagamento a fornecedor, a Administração realizará consulta ao SICAF para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público e verificar a manutenção das condições de habilitação.

IV – EFEITOS DA EXISTÊNCIA DE CNDT POSITIVA

26 No caso de a Administração identificar, no decorrer da licitação ou do contrato, a existência de CNDT positiva, não será permitida a habilitação, contratação ou prorrogar do ajuste. Nesta última hipótese, caso a constatação da irregularidade ocorrer no transcurso da relação jurídica, será avaliada a necessidade de rescisão unilateral do contrato, obedecendo a lógica do disposto no art. 34-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008¹¹, com base no art. 78, inc. II¹² c/c art. 55, inc. XIII¹³, ambos da Lei nº 8.666/93, e envidar esforços à realização de novo certame apto à seleção de outro interessado que apresente condições regulares à contratação com o ente estatal.

27 Já para os casos em que a Administração estiver contratando serviços executados por empresas que detenham monopólio de Serviço Público e que se encontrem irregulares perante o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, é recomendável utilizar a orientação normativa nº 9¹⁴ da Advocacia-Geral da União, por analogia.

V – ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ATUAIS À NOVA EXIGÊNCIA

28 Para os contratos formalizados anteriormente à entrada em vigor da lei nº 12.440/11, entende-se que a introdução da exigência da CNDT no decurso da relação jurídica somente poderá ocorrer por acordo entre

11 Art. 34-A O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento. (incluído pela instrução normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

12 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

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

[...]

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.

14 ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 9 AGU: A comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora. INDEXAÇÃO: REGULARIDADE FISCAL. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. MONOPÓLIO. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO.

as partes, porquanto se trata de hipótese não subsumível às alterações unilaterais passíveis de serem determinadas pela Administração. Este é o entendimento da Consultoria-Geral da União, através do parecer nº 065/2012/DECOR/CGU/AGU;

26. Ante o exposto, sem discrepar do Parecer n.º 81/2012/ACC/CJU-AL/CGU/AGU, entende-se que:

a) em regra, a exigência de comprovação de regularidade trabalhista para habilitação em licitações públicas imposta pela Lei n.º 12.440/2011 só alcança os contratos celebrados a partir de sua vigência (cento e oitenta dias após 08/07/2011, conforme a *vacatio legis* prevista em seu art. 4.º);

b) a obrigação de a contratada manter a regularidade trabalhista pode ser ajustada nos casos de prorrogação de contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, conforme o art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, celebrados antes da vigência da Lei n.º 12.440/2011;

c) aceitar a prorrogação da vigência de contrato sem a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas não é vantajoso para a Administração, que ficaria vulnerável diante do teor do Enunciado nº 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho;

d) se presentes as condições exigidas para a prorrogação de vigência prevista no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, a Administração tem o dever de buscar a introdução da obrigação de manutenção da regularidade trabalhista no contrato por meio de termo aditivo; e

e) se a contratada não concordar com a inclusão de cláusula que exija sua regularidade trabalhista, haverá necessidade de realização de outro certame Licitatório.

29 Assim, caso não haja acordo entre as partes tendente à inserção da nova exigência até a primeira prorrogação dos contratos de que tratam os incisos II e IV do art. 57 da lei nº 8.666/93, é de todo recomendável que a Administração seja orientada de acordo com as orientações expostas no sobredito parecer.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 09/2013/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 23 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N. 51/2013

I – A CNDT deve ser exigida em todas as licitações públicas independentemente da modalidade licitatória utilizada, bem como as contratações diretas (dispensa e inexigibilidade), ressalvadas as hipóteses previstas no art. 32, §1º da lei nº 8.666/93, que terão a pertinência de sua cobrança avaliada diante do caso concreto, na fase interna da licitação ou contratação;

II – O momento para comprovação da regularidade trabalhista quando da realização do certame deverá observar, estritamente, as formalidades previstas em lei, especialmente aquela prevista no art. 43, § 5º da lei nº 8.666/93;

III – Considerando a necessidade de uniformizar a atuação das Autarquias e Fundações, recomendamos que a Administração atue conforme orientado pela Mensagem SIASG nº 078847, de forma que a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas seja considerada apta a certificar a regularidade da interessada durante todo seu prazo de vigência, que deve ser aferido previamente a cada pagamento;

IV – Constatada a existência de CNDT positiva, a Administração não poderá habilitar, contratar ou prorrogar o ajuste. Nesta última hipótese, caso a constatação da irregularidade ocorra no transcurso da relação jurídica, será avaliada, conforme o caso, a necessidade de rescisão unilateral do contrato e a realização de novo certame, obedecendo ao disposto no art. 34-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 c.c. arts. 78, inc. II c/c art. 55, inc. XIII, ambos da Lei nº 8.666/93;

V – No caso de haver registro no Banco nacional de Devedores Trabalhistas de contratadas prestadoras de Serviços Públicos em regime de monopólio, é recomendável utilizar a orientação normativa nº 9 da Advocacia-Geral da União, por analogia.

VI – Para os contratos formalizados antes do início da vigência da lei nº 12.440/11, a introdução da exigência da CNDT no decurso da relação jurídica somente poderá ocorrer por acordo entre as partes. Caso não haja consenso, deve a Administração observar as orientações contidas no parecer nº 065/2012/DECOR/CGU/AGU, em especial o item 26 do mencionado opinativo.



TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

PARECER N° 10/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA. POSSIBILIDADE. COMPRA CONTINUADA. EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO. TAREFA. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP). PREFERÊNCIA DO SRP. ART. 15, II, DA LEI N° 8.666/1993, C/C O ART. 11, DA LEI N° 10.520/2002. DESVANTAGENS DO SRP. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DAS DEMAIS FORMAS DE CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

- 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.

2 Com o intuito de promover o condão previsto no inciso I do ato normativo acima transcrito, o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (DEPCONSU/PGF) encaminhou aos Procuradores Federais, atuantes na área de licitação e de contrato administrativo, correio eletrônico solicitando temas cujos Advogados Públicos julgassem relevantes para ser apreciado por esta Câmara.

3 Em resposta à solicitação do DEPCONSU/PGF, foi enviada proposta de tema acerca de “*contratação sob demanda*”. Trata-se de um regime de contratação em que o edital fixa uma quantidade máxima e a Administração, ao longo da vigência do contrato, demanda o quanto for suficiente para atender às suas necessidades. Tal modelo de contratação é passível de críticas, pois tem muita semelhança com o Sistema de Registro de Preço (SRP).

4 O tema em questão foi levado à discussão no âmbito da CPLC, oportunidade na qual se concluiu que o cerne da questão cingi-se à preferência da utilização do SRP em casos nos quais estejam presentes as hipóteses de aplicação deste instituto, segundo os termos do art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013.

5 O colegiado entendeu ser o tema merecedor de análise por se tratar de questão relevante e comum aos Órgãos de Execução da PGF.

6 O presente Parecer, então, abordará a questão relativa à existência de discricionariedade do gestor público na adoção do SRP ante situações nas quais se encaixem nas hipóteses previstas no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013.

7 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

8 É o relatório.

I – DOS REGIMES DE EXECUÇÃO CONTRATUAL DOS SERVIÇOS E DAS FORMAS DE FORNECIMENTO

9 A legislação de regência dos contratos administrativos prevê diversas espécies de ajustes que podem ser executados por meio de regimes de execução distintos.

10 Para a análise ora empreendida, o que se apresenta como relevante são os contratos cujo objeto se identifique com as características de serviço e de compra (fornecimento ou aquisição), já que essas são as espécies de avença para as quais a lei expressamente destina o SRP (art. 15, II, da Lei nº 8.666/1993 c/c o art. 11, da Lei nº 10.520/2002).

11 Para os tipos de contrato mencionados no item anterior, a Lei nº 8.666/1993 estabelece regimes de *contratação para execução conforme a demanda*, assim entendidos os ajustes nos quais o quantitativo fixado não pode ser determinado com precisão, razão pela qual se prevê uma estimativa a ser executada conforme surja a necessidade (demanda) da Administração contratante.

12 Na situação dos serviços, a forma de execução dos contratos está prevista no art. 10, da Lei nº 8.666/1993, que diz:

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

I - execução direta;

II - execução indireta, nos seguintes regimes:

a) empreitada por preço global;

b) empreitada por preço unitário;

c) (Vetado).

d) tarefa;

e) empreitada integral. (grifo nosso)

13 A execução direta a que se refere o inciso I do dispositivo transcrito não se relaciona com a figura do contrato administrativo, uma vez que ela ocorre quando a Administração, por si mesma, executa os serviços, sem passar para um particular o *mister* do qual necessita. Já a execução indireta (inciso II), em regra, pressupõe um contrato por meio do qual o Poder Público ajusta com outra pessoa a prestação de um serviço para atender às necessidades da Administração Pública (art. 2º, Parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993). Nessas hipóteses de execução indireta a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) determina que os serviços podem ser executados por empreitada ou por tarefa. Essas figuras são conceituadas pelo referido diploma legal da seguinte forma:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) (Vetado).
- d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

14 A empreitada é um regime de execução no qual o contratado fica encarregado de prestar o serviço, responsabilizando-se tanto pela mão de obra como pelo material necessário para a consecução do objeto ajustado¹. Essa é a característica comum às três espécies de empreitada: a por preço global, a integral e a por preço unitário. Nas duas primeiras, o contratado se responsabiliza pela prestação do serviço e como contraprestação recebe um valor correspondente ao todo contratado. Isto é, nessas situações, a execução do contrato não ocorre de acordo com a demanda da Administração. A rigor, a empreitada integral e a empreitada por preço global são vocacionadas para as contratações nas quais a demanda do Poder Público não é variável. Destinam-se esses institutos às ocasiões nas quais o ente contratante pode, ainda na fase do planejamento da contratação, delimitar a quantidade da sua necessidade.

15 Nos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral o valor da remuneração do contratado não depende da necessidade da Administração, pois será um valor certo, que será desembolsado pelo Poder Público conforme o contratado executar o serviço ao tempo previsto no cronograma.

16 Já no caso da empreitada por preço unitário, a que interessa ao tema em análise, é possível que a Administração contrate por uma quantidade determinada e pague os montantes conforme eles forem executados. Nessa hipótese, a principal diferença entre a empreitada por preço

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 126: "Na empreitada, o terceiro executará a prestação (obra ou serviço) com o dever de fornecer os materiais necessários e arcar com as despesas necessárias ao cumprimento da prestação".

unitário e as demais reside na forma como será aferida a remuneração do contratado.

17 Segundo Lucas Rocha Furtado,

A distinção entre as diferentes modalidades de empreitada reside no critério que será utilizado para remunerar o contratado. Na empreitada por preço unitário, são definidas as unidades a serem executadas (em metros quadrados, metros cúbicos, quantidades especificamente identificadas etc.) e a remuneração será feita em função do que for executado. Assim, por exemplo, se a Administração decide construir uma estrada, poderá definir as unidades em quilômetros de asfalto, ou em metros quadrados (é evidente que a qualidade do asfalto desejado deverá estar igualmente especificado no contrato), e à medida que forem sendo executadas as unidades (quilômetros, metros quadrados etc.), conforme definido no cronograma físico da obra, será feita a remuneração da empresa contratada, nos termos do cronograma financeiro. Essa modalidade de empreitada é a que mais convém à Administração, em face de ser a modalidade que melhor identifica o valor a ser pago ao contratado².

18 Todavia, entendemos que a única diferença entre as modalidades de empreitada não está apenas no critério utilizado para remunerar o contratado. É fato que em alguns casos é possível se fazer a empreitada por preço global, por preço unitário e até a empreitada integral. No entanto, em algumas situações só é possível – ou ao menos recomendável – que o Poder Público se valha da empreitada por preço unitário. Essa situação ocorre quando a quantia a ser contratada não pode ser precisada pela Administração na fase de planejamento. Nesse sentido, vale fazer menção ao quanto dito no *Curso de Auditoria de Obras Públicas*, ministrado no âmbito do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União:

A Lei de Licitações conceitua a empreitada por preço unitário como sendo o regime de execução no qual se contrata a execução da obra ou o serviço por preço certo de unidades determinadas. É utilizada sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão³. (grifo nosso)

² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 565-566.

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria de Obras Públicas* / Tribunal de Contas da União; conteudista: André Pachioni Baeta. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012. p. 8.

19 Desse modo, a empreitada por preço unitário pode ser utilizada como *contratação para execução conforme a demanda*, o que não pode ocorrer nas demais modalidades de empreitada. Geralmente, esse regime de medida por preço unitário é utilizado nos ajustes no qual o objeto é um serviço contínuo⁴ (art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993), porém cuja quantidade a ser demandada só pode ser definida na execução do contrato, tal qual acontece nos serviços de correio, passagem aérea, transporte de carga etc..

20 tarefa é um regime de execução contratual destinado aos ajustes de pequena monta. Segundo o art. 6º, VIII, *d*, da LLCA – acima transcrito –, a tarefa ocorre “*quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais*”. Lucas Rocha Furtado tece seus comentários sobre o instituto em análise com as seguintes palavras:

A própria Lei nº 8.666/93 estabelece, em primeiro lugar, o conceito de tarefa. Nos termos da lei, seria adotado esse regime de execução quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais. Normalmente, o tarefeiro é um fornecedor de mão de obra, ficando sob encargo da Administração a aquisição de todo o material necessário à execução da obra ou serviço.

[...]

A Lei nº 8.666/93, no entanto, também admite que o tarefeiro possa fornecer o material. Todas essas condições deverão, é evidente, estar expressamente identificadas no instrumento convocatório da licitação, caso seja esta realizada, e no próprio contrato⁵.

21 De acordo com a definição da tarefa, observamos que a diferença entre ela e a empreitada é que aquela é aplicável nas hipóteses de serviços de menor porte. Como diz a Lei, embora o comum seja que na tarefa o material fica a cargo da Administração, também é possível que o tarefeiro fique com a incumbência de fornecê-lo.

22 Para a análise ora empreendida, o que é relevante é saber se a tarefa é regime de execução adequado para contratação na qual o Poder Público não tenha como precisar qual a quantidade do serviço a ser demandado

4 Anexo I, da IN/SLTI/MP nº 2/2008: “I - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente”.

5 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 565.

pela Administração. Ou seja, serviria a tarefa para as hipóteses do que aqui se convencionou chamar de *contratação para execução conforme a demanda*?

23 Em nossa avaliação, sim. Imaginemos as situações em que a Administração, continuamente (art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993), necessita de pequenos trabalhos. Como exemplo, citamos os serviços de chaveiro. Entendemos ser plausível que, nessa situação, seja realizado um contrato com valor certo para cada tarefa a ser exercida pelo profissional, cuja execução será solicitada e paga na proporção da necessidade da Administração. O fato é que nada impede que na tarefa se tenha um preço por unidades determinadas. Nesse sentido, doutrina Edmir Netto de Araújo:

O regime de execução por *tarefa*, vocábulo empregado na lei (art. 6º, VIII, *d*) em acepção vulgar e não técnica, corresponde à contratação de mão de obra para a realização de pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (geralmente só mão de obra e ferramentas, como parte de obra ou serviço maior), pagamento por medição, e preços unitários ou globais⁶. (grifo nosso)

24 Ou seja, se é possível a contratação de tarefa por preço unitário, é porque o serviço sob o regime de tarefa não precisa se esgotar de imediato na primeira demanda da entidade contratante. Desse modo, entendemos que é possível a utilização do regime de tarefa na *contratação para execução conforme a demanda*.

25 Em relação às compras, a Lei nº 8.666/1993 conceitua-as da seguinte forma:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (grifo nosso)

26 Como diz o texto legal, as compras, então, são as aquisições ou fornecimentos. Trata-se de negócio jurídico cuja obrigação do contratado é de *dar*, e não de *fazer*, como é no caso das obras e dos serviços. A LLCA menciona os fornecimentos “*de uma só vez*” (integral) ou “*parceladamente*” (art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993).

27 Importa à situação em apreço observarmos que, a rigor, a Lei nº 8.666/1993 não conceitua o regime de execução das compras. Na verdade,

6 ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 734.

o referido diploma legal refere-se a outra expressão para designar o modo pelo qual ocorrerá a execução dos contratos de aquisição. O art. 55, II, da LLCA, diz ser cláusula necessária dos contratos administrativos a que determina o “*regime de execução*” ou a “*forma de fornecimento*”⁷. Verificamos, então, que a legislação de regência estatui que os contratos de compra seguem uma modo de fornecimento, ao passo que os de serviço e obra seguem um regime de execução. Nesse ponto, é bem vinda a lição de Marçal Justen Filho:

A indicação do regime de execução ou forma de fornecimento refere-se ao objeto imediato do contrato. Trata-se de definir como as partes executarão as prestações que lhes incumbem. O tema regime de execução tem pertinência a obras ou serviços. As diversas modalidades admitidas estão previstas e definidas no art. 6º.

A questão do fornecimento relaciona-se com compras e serviços, mas pode envolver, ainda, as obras. Inexistem regras específicas na lei acerca de formas de fornecimento. Caberá ao ato convocatório dispor sobre a matéria, de acordo com a conveniência da Administração⁸.

28 De acordo com Lucas Rocha Furtado, as espécies de compras são: a) integral; b) parcelada; c) e contínua⁹. Na primeira hipótese, a execução do contrato se dá em um único momento. Em um só instante a Administração já recebe e remunera toda a quantidade do objeto do contrato. Na compra parcelada, a execução do contrato acontece em diversos momentos. O contrato já estabelece qual a quantidade a ser adquirida e qual será o instante do fornecimento. No caso do fornecimento contínuo, o bem a ser adquirido é constantemente demandado pela Administração conforme surge a sua necessidade. Trata-se de uma hipótese de *contratação para execução conforme a demanda*. Nas compras de caráter contínuo há a fixação no edital e no contrato da quantidade máxima a ser adquirida, mas o Poder Público só demandará aquela quantidade que efetivamente necessitar, bem como só remunerará o contratado pela quantidade

7 O art. 65, II, b, da Lei nº 8.666/1993, refere-se a “modo de fornecimento” como maneira de execução dos contratos de compra (“quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários” – grifo nosso).

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 683.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 568: “No primeiro caso, fornecimento integral, os bens seriam entregues em uma única vez; no fornecimento parcelado, a entrega, como o próprio nome indica, seria feita ao longo de determinado período de tempo preestabelecido em parcelas ou quantidades indicadas no contrato; e o fornecimento contínuo é adotado em situações de constante demanda pela Administração por esse tipo de bens (água, café etc.) e que, portanto, deverão estar sendo entregues continuamente ao órgão ou entidade administrativos”.

executada. Usualmente, esse último regime de execução é utilizado para aquisições de combustível, água etc..

29 Destacamos que a legislação não faz referência às compras contínuas. Como já foi dito, a Lei faz referência aos fornecimentos “*de uma só vez*” (integral) ou “*parceladamente*” (art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993). Aos nossos olhos, em que pese a diferenciação doutrinária, o fornecimento contínuo é uma variação da aquisição parcelada resultante da prática administrativa. Marçal Justen Filho, por exemplo, não chega a fazer tal diferenciação, referindo-se apenas às compras continuadas e instantâneas, quando diz: “*O conceito de ‘compra’ abrange tanto as hipóteses de adimplemento instantâneo como as de execução continuada*”¹⁰. No caso das compras, como bem diz o mesmo autor, “*Inexistem regras específicas na lei acerca de formas de fornecimento. Caberá ao ato convocatório dispor sobre a matéria, de acordo com a conveniência da Administração*”¹¹ (grifo nosso).

30 Esse, inclusive, é o entendimento de Lucas Furtado. São suas palavras:

Não nos preocupa muito a distinção entre compra integral, parcelada, ou contínua pelo fato de que seu regime de fornecimento, assim como a determinação de quando deverão ser efetuados os respectivos pagamentos, deverão estar previstos no contrato de fornecimento. Deverá o contrato, obrigatoriamente, indicar prazos, local de entrega (que normalmente será o da própria repartição que adquire os bens), quantidades a serem entregues etc. Enfim, todas as condições em que se dará a compra deverão estar previstas no contrato¹².

31 A diferença do modo pelo qual será feito o parcelamento, então, dependerá apenas do que vier previsto em contrato. Desse modo, entendemos que, no caso das compras, a Lei nº 8.666/1993 admite a *contratação para execução conforme a demanda* por meio do fornecimento continuado, quando devidamente previsto no contrato.

32 Por todo o exposto, concluímos que é legalmente possível a *contratação para execução conforme a demanda*: a) para serviços, adotando-se como regime de execução a empreitada por preço unitário e a tarefa;

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 123.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 683.

12 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 569.

b) e para compras, ocasião em que se adotará a compra continuada como regime de execução contratual.

II – DO CABIMENTO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP)

33 Antes de entramos no cerne da questão objeto do presente opinativo, devemos observar quais as hipóteses de cabimento do SRP para, assim, concluirmos pela similaridade ou não de tais casos com os relativos à *contratação para execução conforme a demanda*.

34 De acordo com o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, o Sistema de Registro de Preços é um “*conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras*” (art. 2º, I).

35 Pela letra do dispositivo regulamentar, observamos que o SRP se destina à contratação de serviços e de aquisição. Conforme já asseveramos no item 10, deste Parecer, a lei vigente só admite – ao menos expressamente – a utilização do SRP para essas espécies de contrato (art. 15, II, da Lei nº 8.666/1993 c/c o art. 11, da Lei nº 10.520/2002).

36 Outro ponto relevante a ser extraído do art. 2º, I, do Decreto nº 7.892/2013, é que o SRP se presta para “*contratações futuras*”. Daí se extrai que o SRP não se aplica para as situações nas quais haverá uma única contratação. Dele presume-se que sairão duas ou mais *contratações*, o que significa a formalização de dois ou mais contratos ou instrumentos equivalentes (art. 62, da LLCA). Essa é a razão pela qual o Decreto se valeu do plural do substantivo que designa o ato de contratar (*contratações*). Assim é porque a demanda da Administração a ser atendida pelo instituto em estudo não é de todo imediata.

37 Nessa mesma linha, pode se dizer também que o diploma regulamentar menciona que as contratações serão *futuras*. Isto é, os ajustes que resultarão do SRP não dizem respeito a demandas das quais a Administração necessite de imediato. O registro de preço vem para atender futuras necessidades do Poder Público. Tanto é assim que a ata gerada por um certame para registro formal de preços tem vigência pelo prazo máximo de 1 (um) ano (art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 12, do Decreto nº 7.892/2013), autorizando a Administração a contratar com o prestador/fornecedor registrado durante todo esse lapso de vigência. Nesse sentido, vale a lição de Jacoby Fernandes:

Se o SRP é um conjunto de procedimentos, entre os quais está a licitação, inclusive nas modalidades mais amplas quanto à competição: concorrência ou pregão.

É, contudo, um procedimento *sui generis*, porque, ao contrário da licitação convencional, não tem por objetivo a certeza da aquisição, mas apenas o compromisso de contratações futuras e eventuais, que podem até não se realizar¹³ (grifo nosso).

38 Baseado nesses pontos, já salta aos olhos que o SRP é um instituto destinado, dentre outras situações, àquelas hipóteses nas quais a demanda da Administração não é imediata e/ou não pode ser previamente determinada¹⁴. Daí decorre a similaridade do SRP com os regimes de contratação em que o edital fixa uma quantidade máxima e a Administração, ao longo da vigência do contrato, demanda o quanto for suficiente para atender às suas necessidades. Ou seja, há similaridade entre as hipóteses de incidência de SRP e os casos nos quais é adequado o regime de *contratação para execução conforme a demanda* (empregada por preço unitário, tarefa e compra continuada)¹⁵. Vejamos.

39 Segundo o Decreto regulamentar,

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

13 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 271.

14 Acórdão nº 483/2012, TCU, Rel. Min. Augusto Nardes, 2ª Câmara: "1.6.1. recomendar ao reitor da Universidade Federal de Campina Grande que, em situações análogas às destes autos, nas quais, pela natureza do objeto, não seja possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, adote a modalidade pregão - registro de preços, na forma disciplinada pelo Decreto 3931/2001".

15 A análise ora empreendida não tem relação com as demais hipóteses de SRP nas quais inexistam similaridades com os regimes de execução contratual conforme a demanda.

40 Nos termos do diploma transcrito, a primeira hipótese de adequação de registro de preço é quando a contratação for *frequentemente* necessária. Isto é, ocasiões nas quais a Administração não exaure sua demanda de imediato. Nessa hipótese, ainda que o Poder Público possa estimar o quanto deverá ser avençado (o que é de veras raro), é imprescindível ter ao seu dispor um mecanismo de atendimento da demanda em razão da constante necessidade. É o caso das aquisições de papel, grampo, caneta etc.. Nesse sentido, leciona Jacoby Fernandes:

De qualquer modo, é a frequência das contratações que justifica o uso do SRP, como nos casos de aquisição de papel, grampos para grampeadores, borracha, cartucho de tinta para impressoras, fitas para máquinas de escrever, copo descartável, etc¹⁶.

41 Tal hipótese é análoga às compras continuadas. Tanto em uma como em outra a Administração necessita constantemente do bem a ser ajustado, razão pela qual tem carência de uma avença que lhe ofereça suporte jurídico à aquisição. No caso do SRP, as aquisições serão realizadas com base na ata de registro de preço (art. 2º, II, do Decreto nº 7.892/2013). Levando-se em conta um certo lapso temporal, a Administração firmará um contrato – ou outro instrumento cabível, nos termos do art. 62, da Lei nº 8.666/1993 – com o fornecedor cujo preço foi registrado na ata. Já nas hipóteses de compra continuada, haverá um contrato, cuja vigência não poderá ultrapassar o prazo de vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666/1993)¹⁷, e por meio do qual o Poder Público efetuará a sua demanda. Ou seja, neste último, tem-se um único contrato, que fundamenta diversos pedidos.

42 O inciso II traz a hipótese equivalente às compras parceladas. A *aquisição de bens com previsão de entregas parceladas* é a mesma situação das compras parceladas. Na mesma toada, a *contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa* também coincide com as hipóteses de empreitada por preço unitário e com os casos de tarefa.

43 O caso trazido pelo inciso III não se mostra relevante para o tema em análise, uma vez que não se refere às situações nas quais há constante demanda da Administração. Nesse dispositivo, o que fundamenta a

16 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 277.

17 ON/AGU nº 39/2011: “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”.

utilização do SRP é o fato de o certame a ser empreendido servir a mais de um órgão ou entidade. Isto é, as *futuras contratações*, na hipótese desse inciso, não decorrem da constante demanda da Administração. Nessa situação, a necessidade da Administração pode ser imediata, mas ainda assim haverá várias contratações, já que cada órgão ou entidade envolvido no certame fará, ao seu tempo, o contrato desejado com o fornecedor/prestador registrado.

44 Por último, o inciso IV traz ao SRP as circunstâncias nas quais a demanda da Administração não pode ser precisada em termos de quantitativo. Aqui, o que sustenta o uso do SRP é a variação da necessidade do Poder Público. Nesse caso, a Administração terá ao seu dispor uma ata que a atenderá em caso de uma eventual necessidade. Caso essa demanda surja, deverá o órgão ou entidade contratar com o fornecedor/prestador que obteve seu preço registrado na ata.

45 Destacamos também que o Tribunal de Contas da União já decidiu pela regularidade do uso do SRP nos casos de serviços continuados, desde que a situação concreta se encaixe em um dos incisos do regulamento. É digno de nota o fato de essa decisão ter sido tomada ainda sob a égide do regulamento anterior, o Decreto nº 3.931/2001. Em seu voto, a Ministra Ana Arraes, relatora do Acórdão, assim se manifestou:

É fato que os serviços de natureza continuada devem ser objeto de programação tal que permita a definição prévia dos quantitativos a serem contratados e, portanto, em regra não se enquadram na exigência disposta no inciso IV transcrito acima. Entretanto, não vejo óbices para que eventuais contratações atendam a um dos demais incisos do referido dispositivo, pois a subsunção da situação de fato a apenas uma dessas condições pode tornar regular a utilização do sistema de registro de preços.

A proibição apenas em razão de não haver incerteza nos quantitativos a serem contratados resultaria em interpretação tal que condicionaria a adoção do registro de preços aos casos de preenchimento cumulativo de todas as hipóteses elencadas no artigo 2º do Decreto, o que considero limitar o SRP excessivamente e extrapolar os limites legalmente estabelecidos.

Vislumbro a importância da utilização do SRP nos casos enquadrados no inciso III, por exemplo, onde a partir de uma cooperação mútua entre órgãos/entidades diferentes, incluindo aí um planejamento consistente de suas necessidades, a formação de uma ata de registro de preços poderia resultar em benefícios importantes. Também nos casos de contratação de serviços frequentemente demandados, mas

que não sejam necessários ininterruptamente, a ata poderia ser uma solução eficaz e que coaduna com a eficiência e a economicidade almejadas na aplicação de recursos públicos.

46 Por fim, acompanhando o voto da relatora, o Plenário do TCU admitiu a utilização de registro de preço para serviços continuados com o seguinte texto:

1.5.1.1 quando da utilização do SRP, inclusive para contratação de serviços contínuos, fixe, no instrumento convocatório, os quantitativos máximos a serem contratados e controle, enquanto órgão gerenciador da ata a ser formada, as adesões posteriores, para que esses limites não sejam superados;

47 Conforme dito no voto da Relatora do Acórdão transcrito, um dos casos nos quais seria cabível o SRP para serviço contínuo é quando for conveniente para atendimento a mais de um órgão ou entidade (art. 3º, III, do Decreto nº 7.892/2013). Nessa hipótese, como afirmamos no item 43 acima, o que sustentará as contratações futuras são os diversos contratos dos órgãos ou entidades envolvidos. Todavia, devemos observar que a demanda desses órgãos ou entidades poderá não ser futura, incerta e frequente, mas sim certa, contínua e imediata.

48 Por outro lado, acreditamos que o SRP também pode ser utilizado para contratação de serviço contínuo nos casos em que a demanda da Administração surgirá ao longo do tempo de vigência da ata. Imaginemos a situação de um órgão ou entidade cujo espaço físico de atuação está sendo ampliado, com inaugurações frequentes. Nessa situação, poderia o gestor fazer um SRP para, por exemplo, serviço de limpeza, cuja contratação se daria conforme surgisse a necessidade da Administração¹⁸.

49 Julgamos relevante, ainda, observarmos que, com base nos mesmos argumentos expostos nos itens 47 e 48 retro, o SRP também poderia ser utilizado para as compras continuadas, tendo em vista que nestas há as mesmas razões dos serviços continuados.

Constatadas as semelhanças entre as hipóteses de aplicação do SRP e aquelas destinadas à *contratação para execução conforme a demanda*, cabe-nos perquirir acerca da obrigatoriedade do registro de preço nas

18 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 266.

ocasiões em que, nos termos da norma regulamentar (art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013), ele for aplicável.

III – DA PREFERÊNCIA AO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO

51 O Sistema de Registro de Preço foi previsto no art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. O mencionado dispositivo assim dispõe:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (grifo nosso)

52 Atualmente, além do diploma acima transcrito, o art. 11, da Lei nº 10.520/2002, também estabelece o SRP, inclusive ampliando seu campo de incidência para os serviços:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

53 No nível infralegal, a primeira regulamentação do registro de preços veio com o Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998, que estatuiu as hipóteses de aplicação do SRP com o seguinte texto:

Art 4º Será adotada, preferencialmente, a licitação para registro de preços, nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem, houver necessidade de aquisições freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas; ou

III - quando for conveniente a aquisição do bem para atendimento a mais de um órgão ou entidade. (grifo nosso)

54 Referido Decreto foi revogado pelo Decreto nº 3.931/2001, cujo art. 2º previa as situações nas quais seria aplicado o SRP:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. (grifo nosso)

55 Tanto o Decreto nº 2.743/1998, como o de nº 3.931/2001, ao regulamentar os casos de cabimento do SRP deram efetividade à expressão “*sempre que possível*”, contida no *caput* do art. 15, da LLCA, porque estabeleceram expressamente que, ante as situações previstas nos incisos dos respectivos artigos 4º e 2º, o uso do Sistema de Registro de Preço teria preferência.

56 Essa cláusula, entretanto, não se repetiu no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, cujo texto do *caput* pedimos licença para, novamente, transcrever: “*Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:*”.

57 Entendemos que o regulamento não andou bem ao suprimir a tradicional cláusula do ato de regulamentação indicadora de uma preferência pelo Sistema de Registro de Preço. Ao contrário disso, a dicção do art. 3º, do Decreto nº 7.892, parece conferir ao gestor público uma discricionariedade na adoção ou não do SRP. Entretanto, tal conclusão só será possível se o citado dispositivo for interpretado isoladamente, o que não se coaduna com os preceitos da hermenêutica jurídica. Ademais, na situação em análise, estamos diante de um caso em que há hierarquia de normas. Isto é, o Decreto nº 7.892/2013 foi editado pela Presidente da República, com fundamento no art. 84, IV, da Constituição, para conferir fiel execução ao art. 15, II, da LLCA. Nessa linha, não se pode admitir que a interpretação do texto regulamentar venha ferir o dispositivo legal que lhe dá guarida. Assim leciona Sidney Bittencourt:

Atendendo ao determinado no art. 15 da Lei nº 8.666/93, que impõe a adoção sempre que possível do SRP nas compras da Administração (inciso II), este artigo 2º aponta a possibilidade do uso do sistema em situações específicas.

Registre-se que o decreto anterior dispunha pelo uso preferencial. Parece-nos que ocorreu desacerto na tentativa de melhorar o texto regulamentar. A preferência determinava primazia, precedência, anteposição. Logo, amoldava-se com mais segurança ao preconizado

na lei de regência, uma vez que não se trata de recomendação para a adoção, nem de autorização para que discricionariamente possa o agente público responsável pelo uso optar, mas, sim, de imposição. Importa frisar, portanto, que o art. 15 supracitado não sinaliza a aplicação facultativa do SRP nas compras; ao contrário, revela imposição legal no uso da sistemática como regra, adotando-se outras formas somente em situações excepcionais¹⁹.

58 Em relação às palavras do autor, gostaríamos de registrar que a nossa leitura não é a de que a Lei deu preferência à adoção do SRP apenas para as compras, como faz parecer a lição contida no último parágrafo transcrito. Primeiramente, é preciso observar que a utilização do registro de preço para serviços atualmente tem base legal. O art. 11, da Lei nº 10.520/2002, é quem confere sustentação legal para o SRP ser aplicado na contratação de serviços. Referido dispositivo faz expressa menção ao art. 15, da Lei nº 8.666/1993, o que deixa claro que o SRP foi legalmente previsto para serviços com os mesmos contornos jurídicos que o envolve nas compras, inclusive a primazia. Não parece razoável acreditar que o SRP para serviço não esteja vinculado, por exemplo, aos preceitos que determinam a precedência de ampla pesquisa de mercado para a realização do SRP (§ 1º, do art. 15, da LLCA), a publicação trimestral dos preços registrados (§ 2º, do art. 15, da LLCA) e o prazo máximo de 1 (um) ano de vigência da ata (§ 3º, I, do art. 15, da LLCA).

59 A nós, não resta dúvida que a remissão feita pelo art. 11, da Lei nº 10.520/2002, ao art. 15, da Lei nº 8.666/1993, teve o sentido de levar ao SRP de serviços os mesmos contornos jurídicos do registro de preço das aquisições. Como se verá adiante, isso só não ocorrerá nas situações em que reste clara a incompatibilidade dos institutos.

60 Ademais, a utilização do SRP apresenta uma série de vantagens aptas a tornar a Administração mais eficiente. Assim sendo, resta claro que a interpretação desse instituto à luz do princípio constitucional da eficiência (art. 37, da Constituição) só leva à conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio lhe dar precedência em relação às demais formas de contratação a ele similares.

61 Segundo a doutrina, o SRP confere a atuação do Poder Público, dentre outras, as seguintes vantagens: a) redução dos gastos e simplificação administrativa; b) rapidez na contratação e otimização

19 BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de Registro de Preços*: comentários ao Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 49.

dos gastos; c) possibilidade de a contratação servir a mais de um órgão ou entidade (art. 3º, III, do Decreto nº 7.892/2013); d) desnecessidade de dotação orçamentária (art. 7º, § 2º, do Decreto nº 7.892/2013); e) atendimento de demanda imprevisíveis; f) redução do volume de estoque; g) atualidade dos preços das contratações etc.²⁰.

62 Por essa razão, Marçal Justen Filho afirma:

As vantagens propiciadas pelo SRP até autorizam a interpretação de que sua instituição é obrigatória por todos os entes administrativos, não se tratando de uma mera escolha discricionária²¹.

63 Na jurisprudência da Corte de Contas Federal, verificamos que tal órgão de controle já recomendou diversas vezes que órgãos e entidades da Administração Pública Federal adotem o registro de preço em suas contratações:

1.6.1. recomendar ao reitor da Universidade Federal de Campina Grande que, em situações análogas às destes autos, nas quais, pela natureza do objeto, não seja possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, adote a modalidade pregão - registro de preços, na forma disciplinada pelo Decreto 3931/2001²².

1.6.2.2. passe a adotar, quando da necessidade de aquisição de bens e serviços de forma frequente, como ocorre em relação à reposição de estoques de gêneros alimentícios não perecíveis e perecíveis, o Sistema de Registro de Preços, conforme previsto no art. 33, inciso II, da Resolução 1102/2006, que aprovou o Regulamento de Licitações e Contratos do Serviço Social de Comércio, de forma a obter preços mais vantajosos para a administração²³.

9.6. recomendar à Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Paraná que estude a possibilidade de adotar Sistema de Registro de Preços, de acordo com o estabelecido no art. 15, inciso II, da Lei 8.666/1993 e regulamentado pelo Decreto 3.931/2001, nas compras que realizar de forma centralizada, visando o

20 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-98. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 183-185.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 182.

22 Acórdão nº 483/2012, TCU, Rel. Min. Augusto Nardes, 2ª Câmara.

23 Acórdão nº 2210/2009, TCU, Rel. Min. Augusto Nardes, 1ª Câmara.

atendimento das necessidades próprias, de suas subdelegacias e agências²⁴;

64 Apesar de preferencial, o Sistema de Registro de Preço não tem força para excluir a aplicação das demais formas de contratação pelas quais é possível fazer a *execução conforme a demanda*. Entendemos que nas hipóteses em que fique comprovado que esses modos de contratação são mais eficientes para a Administração Pública não haverá preferência pelo SRP. O fato é que a preferência ao SRP decorre das vantagens que ele traz para gestão pública em termos de eficiência (art. 37, da Constituição).

65 Nesse diapasão, numa situação relativa à contratação de um serviço contínuo²⁵, não parece razoável que a Administração opte por fazer um registro de preço, por meio do qual demandará para cada necessidade sua um contrato, ao invés de fazer um único instrumento com o regime de empreitada por preço unitário ou tarefa, para vigorar pelo prazo admitido pelo art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993. Num caso como esse, parece mais eficiente que o Poder Público faça um único contrato, com a possibilidade de vigorar por até 60 (sessenta) meses, contadas as prorrogações admitidas pelo art. 57, II, da LLCA. Se adotar o SRP, aos nossos olhos, não haverá vantagem porque a licitação do qual ele decorrerá só poderá gerar resultados por 12 (doze) meses (art. 15, § 3º, III, da LLCA), além do que cada demanda da Administração ensejará um novo contrato, o que implicará alguns atos – como a publicação (art. 61, P.º, da LLCA) – que poderiam ser eliminados no caso de se optar pelo contrato de serviço contínuo com os regimes de empreitada por preço unitário ou tarefa.

66 Ou seja, o SRP é preferencial no contexto dentro do qual a outra opção do gestor é realizar diversas licitações/contratações para ter o bem ou serviço à disposição da Administração Pública. Se ele tem a possibilidade de fazer uma única licitação/contratação para lhe atender pelo prazo no qual necessita, não resta dúvida que o SRP não terá preferência.

²⁴ Acórdão nº 665/2008, TCU, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário.

²⁵ IN/SLTI nº 2/2008, Anexo I: I - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente”.

67 Conforme já dissemos, o que vai importar para a preferência do Sistema de Registro de Preço é a sua eficiência econômica e gerencial frente às demais opções oferecidas pela legislação ao administrador público.

68 Por tudo quanto foi exposto, entendemos que o Sistema de Registro de Preço goza de preferência legal, quando constatadas uma das hipóteses previstas no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013. Por outro lado, como a sua preferência decorre das vantagens que o instituto traz para a Administração Pública, entendemos que, mesmo nos casos que se encaixem no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, é possível afastar a sua aplicação, nas hipóteses em que reste comprovado nos autos da contratação a ineficiência decorrente da adoção do registro de preço.

IV – CONCLUSÃO

69 Desse modo, ante tudo o que foi exposto acima, concluímos:

- a) o SRP não deve ser adotado em situações que não se enquadrem nas hipóteses permissivas previstas no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, tal como contratação única e imediata;
- b) é legalmente possível a contratação para execução conforme a demanda: a) para serviços, adotando-se como regime de execução a empreitada por preço unitário e a tarefa; e b) para compras, ocasião em que se adotará a compra continuada como regime de execução contratual;
- c) há similaridade entre as hipóteses de *contratação para execução conforme a demanda* e os casos aos quais se aplica o Sistema de Registro de Preço;
- d) o Sistema de Registro de Preço goza de preferência legal, quando constatadas uma das hipóteses previstas no art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013;
- e) poderá ser afastada a preferência do Sistema de Registro de Preço nos casos em que reste comprovada nos autos da contratação a ineficiência econômica ou gerencial decorrente da adoção do registro de preço.

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábيا Moreira Lopes
Procuradora Federal

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 10/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 55/2013
PREFERÊNCIA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO**

I. O SRP NÃO DEVE SER ADOTADO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SE ENQUADREM NAS HIPÓTESES PERMISSIVAS PREVISTAS NO ART. 3º, DO DECRETO Nº 7.892/2013, TAL COMO CONTRATAÇÃO ÚNICA E IMEDIATA.

II. É LEGAL A CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA: A) PARA SERVIÇOS, ADOTANDO-SE COMO REGIME DE EXECUÇÃO A EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO E A TAREFA; E B) PARA COMPRAS, OCASIÃO EM QUE SE ADOTARÁ A COMPRA CONTINUADA COMO REGIME DE EXECUÇÃO CONTRATUAL.

III. HÁ SIMILARIDADE ENTRE AS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA E OS CASOS AOS QUAIS SE APLICA O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO.

IV. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO GOZA DE PREFERÊNCIA LEGAL, QUANDO CONSTATADAS UMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 3º, DO DECRETO Nº 7.892/2013.

V. PODERÁ SER AFASTADA A PREFERÊNCIA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO NOS CASOS EM QUE RESTE COMPROVADO NOS AUTOS DA CONTRATAÇÃO A INEFICIÊNCIA ECONÔMICA OU GERENCIAL DECORRENTE DA ADOÇÃO DO REGISTRO DE PREÇO.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 11/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE. REVISTAS E PERIÓDICOS. FORMAS JURIDICAMENTE ADMISSÍVEIS DE CONTRATAÇÃO.

I. Dentre as formas mais comuns de contratação de jornais, revistas e periódicos destacam-se duas: sistema de assinatura (diretamente com a editora) e sistema de desconto sobre o preço de capa (com distribuidores).

II. A contratação direta com a editora que detenha direitos de exclusividade configura hipótese de inexigibilidade, cabendo algumas observações sobre a utilização dessa forma de contratação.

III. A contratação com distribuidores submete-se em regra à prévia realização de licitação.

IV. Em qualquer hipótese, é necessário esclarecer as justificativas acerca da escolha dos objetos (jornais, revistas e periódicos) selecionados para contratação.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á das formas juridicamente admissíveis para contratação de jornais, revistas e periódicos. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – A RESTRIÇÃO NORMATIVA REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS

6 Diferentemente dos demais objetos contratados pela Administração, a aquisição ou assinatura de jornais, revistas e periódicos encontra restrição normativa que limita o âmbito da contratação. Trata-se do Decreto nº 99.188, de 17 de março de 1990, que dispõe sobre a contenção de despesas na Administração Pública Federal. Em seu art. 22, determina que:

Art. 22. A partir da data da publicação deste decreto, é vedada a realização de despesas com recursos provenientes de dotações orçamentárias, inclusive suprimento de fundos, para atendimento de gastos com aquisição ou assinaturas de revistas, jornais e periódicos, salvo os de natureza estritamente técnica e os considerados necessários, para o serviço, bem assim como cartões, brindes, convites e outros dispêndios congêneres, de natureza pessoal. (Redação dada pelo Decreto nº 99.214, de 19 de abril de 1990)

Parágrafo único. A Secretaria da Administração Federal baixará as normas complementares para o cumprimento do disposto neste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 99.214, de 19 de abril de 1990) (destacamos)

7 Consta-se, portanto, uma vedação como regra, ficando excepcionados os casos de jornais, revistas e periódicos “de natureza estritamente técnica” e aqueles “considerados necessários para o serviço”. Compete à Administração, portanto, evidenciar que a contratação se enquadra em uma das hipóteses de exceção.

8 No que toca à norma complementar a que se refere o parágrafo único, ao menos no que se refere à aquisição ou assinatura de jornais, revistas e periódicos, vinha-se mencionando a IN/MARE nº 02, 17 de abril de 1998, que regulamentava de maneira mais específica a matéria, inserindo mais restrições à contratação, a saber:

[...]

2. Deverá ser evitada a duplicidade das aquisições e assinaturas, restringindo-se sua quantidade ao estritamente necessário e prevendo-se a utilização compartilhada ou a consulta por intermédio de bibliotecas, sempre que possível e condizente com o andamento dos serviços.

3. Caberá à autoridade máxima do órgão ou entidade ou ao responsável por ela designado determinar as necessidades e autorizar a aquisição.

4. Na aquisição de periódicos nacionais ou estrangeiros a contratação direta é admitida desde que realizada diretamente com a editora tendo por limite o preço de assinatura.

4.1. Na aquisição de livros estrangeiros o limite será o preço de capa.

5. A contratação direta é também admitida para a compra de livros nacionais, devendo ser exigido desconto mínimo de 20% (vinte por cento) sobre o preço de capa.

(sublinhamos)

9 Consta-se que a própria IN previa a contratação direta no caso de aquisição diretamente da editora, observando-se como limite o preço da assinatura.

10 Ocorre que, recentemente, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) editou a Instrução Normativa nº 09, de 03 de outubro de 2012, a qual se propõe a regulamentar o art. 22 do Decreto 99.188/90, sem abordar especificamente a questão dos jornais, revistas periódicos, mas trazendo em seu bojo o seguinte dispositivo:

Art. 2º É vedada a realização de despesas com recursos provenientes de dotações orçamentárias, inclusive suprimimento de fundos, para atendimento de gastos com aquisição ou assinaturas de revistas,

jornais e periódicos, salvo os de natureza estritamente técnica e os considerados necessários, para o serviço, bem assim como cartões, brindes, convites e outros dispêndios congêneres, de natureza pessoal.

11 Trata-se de redação bastante semelhante à do Decreto, sem a regulamentação específica da IN/MARE nº 02, 17 de abril de 1998, que dispõe especificamente sobre os casos de livros, jornais, revistas e periódicos. A nova norma parece ter vindo mais para disciplinar a contratação dos chamados cartões de visita, tanto que não trouxe revogação expressa de qualquer norma anterior.

12 Assim, entende-se que a nova IN/SLTI/MPOG nº 09/2012 deve ser lida em conjunto com a IN/MARE nº 02/98, aplicando-se ambas no que não conflitam; elas parecem, na verdade, complementares. Tal conclusão baseia-se nas regras gerais de direito intertemporal previstas no art. 2º e parágrafos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, da qual cabe destacar seu §2º: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

II – AS FORMAS DE CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS

13 A praxe administrativa permite constatar duas formas mais comuns de contratação de jornais, revistas e periódicos¹: (a) diretamente da editora ou (b) por meio de distribuidores. Cabe aqui, para melhor delimitar a questão, tomar emprestado da Lei nº 10.753/2003 as definições de “editor”, “distribuidor” e “livreiro”. Essa Lei, embora trate da Política Nacional do Livro e ofereça definições para os fins específicos da Lei, podem ser tomadas de empréstimo no caso em apreço:

Art. 5º Para efeitos desta Lei, é considerado:

I - autor: a pessoa física criadora de livros;

II - editor: a pessoa física ou jurídica que adquire o direito de reprodução de livros, dando a eles tratamento adequado à leitura;

III - distribuidor: a pessoa jurídica que opera no ramo de compra e venda de livros por atacado;

1 Cf. Acórdão nº 149/1996-Plenário, especialmente Voto do Ministro-Relator.

IV - livreiro: a pessoa jurídica ou representante comercial autônomo que se dedica à venda de livros.
(sublinhamos)

14 Ao lado da Lei acima, a Lei nº 9.610/98, em seu art. 5º, X, define como “editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição” (sublinhamos).

15 As definições acima permitem entender o porquê de a IN/MARE nº 02/98, a par de disciplinar a contratação em apreço, ter permitido o contrato diretamente com a editora.

16 Deve-se salientar que preço de assinatura e preço de capa são coisas distintas, cabendo firmar os aspectos distintivos, pois dizem diretamente com as formas de contratação objeto deste tópico. Enquanto o preço de assinatura relaciona-se com o lapso de tempo durante o qual o bem será recebido (semestral, anual, bianual etc.) na periodicidade normal de circulação do veículo de comunicação (diário, semanal, quinzenal, mensal etc.), o preço de capa refere-se à edição avulsa, adquirida junto a distribuidores ou jornaleiros.

17 Da diferenciação acima, permite-se desde já verificar que a aquisição junto aos editores, com base em preço de assinatura, revela-se, no mais das vezes, economicamente mais vantajosa do que a contratação junto a distribuidores ou jornaleiros, que se baseia no(s) preço(s) de capa. No entanto, a contratação por uma ou outra forma dependerá dos interesses e necessidades da Administração, a serem apurados no caso concreto. Pode a Administração, por exemplo, necessitar de uma só revista ou jornal, sendo-lhe possível, assim, a contratação diretamente com a editora; ao revés, pode ser que precise concentrar a entrega de variados exemplares de revistas ou jornais, caso em que se revelará mais adequada a contratação por meio de um distribuidor.

18 A depender da forma escolhida, varia também o enquadramento e o procedimento aplicável, conforme se depreende do que se desenvolveu até então. Caso se contrate com a editora, será muito provavelmente aplicável a inexigibilidade, uma vez que esta detém direitos exclusivos sobre a obra, mas somente será possível contratar dela a assinatura do jornal, revista ou periódico sobre o qual subsiste a exclusividade. Já no caso de necessidade de fornecimento conjunto de exemplares variados, com diversidade de editoras, a contratação pode

ser feita junto a distribuidores, com critério de julgamento baseado no valor de capa (maior desconto, por exemplo), sendo a contratação, em regra, precedida de procedimento licitatório. Fala-se “em regra”, porque é inerente às contratações pública a realização de licitação, o que não afasta a apuração caso a caso sobre a ocorrência de hipótese de dispensa ou inexigibilidade.

19 Em suma, sem prejuízo de outras hipóteses que a praxe venha revelar, têm-se como duas as possibilidades atuais de contratação de jornais, revistas e periódicos, distinguindo-se em relação ao procedimento aplicável e a outras variáveis da contratação:

- a) No caso de contratação da assinatura (sistema de assinatura), o contrato pode ser firmado diretamente com a editora, por inexigibilidade, tendo por limite o valor de assinatura para o período desejado (trimestre, semestre, ano etc.). Esses contratos são, em regra, mais econômicos e recomendados para o caso de poucos exemplares, cuja contratação direta junto às editoras faz-se sem prejuízo aos interesses da Administração;
- b) No caso de contratação com distribuidores, o contrato deve, em regra, ser precedido de licitação, cuja competição levará em conta o menor preço (maior desconto) sobre valor de capa dos exemplares (sistema de desconto sobre preço de capa). Esses contratos revelam-se mais adequados quando a Administração demonstra a imprescindibilidade de reunião dos vários exemplares de que necessita para fornecimento por uma só empresa contratada.

20 Estabelecidas as premissas para a contratação, cumpre destacar algumas orientações aplicáveis a essa espécie de licitação ou contrato, conforme a sistemática adotada.

III – PRECAUÇÕES NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

21 Embora haja entendimento pacífico de que jornais, revistas e periódicos, como produtos de obras intelectuais individualizadas, possuem uma natureza de tal modo singular que inviabiliza uma

competição (licitação) entre as diversas opções no mercado², é necessário que a Administração deixe claro nos autos as razões que a levaram a escolher aqueles veículos para serem contratados.

22 Essa exigência decorre não só da disciplina restritiva mencionada no início deste Parecer (Tópico I), mas da própria necessidade de fundamentação (justificativas) da contratação. Convém deixar claro nos autos requisitos como “a natureza estritamente técnica” da publicação ou sua “necessidade para o serviço”, bem como os motivos que levam a Administração a optar por aquele(s) veículo(s) em específico. Melhor explicitando a situação, cite-se arrazoadado de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Considerando que o princípio basilar da licitação e da contratação direta sem licitação é a isonomia, quando indicar as características que singularizam um objeto ou, simplesmente, que o diferenciam no mercado, deve o administrador público consignar nos autos o motivo da sua escolha. Há, sem laivo de dúvida, razoável margem de subjetivismo na escolha do objeto, mas é preciso que o gestor público esclareça por que prefere esse, ao invés daquele outro periódico, posto que todos têm valor intrínseco a opção depende, nesse caso, do comprador. Ainda que seja ato discricionário, exige motivação. Não se trata aqui de elaborar uma substanciosa justificativa técnica, mas de dispor nos autos de uma sintética manifestação que permita ser contrastada, oportunamente, pelas áreas de controle, nos termos exigidos em lei. Sintética, porque seria impensável obrigar o gestor a gastar tempo, justificando sua longa tramitação, a ponto de igualar os valores despendidos com a remuneração dos envolvidos na burocracia administrativa, com o valor da própria assinatura. É princípio elementar da Administração Pública que a economicidade e a racionalidade das ações pautem a conduta do bom gestor público³.

2 Cf. Voto do Min.-Relator, Raimundo Carreiro, no Acórdão 1492/2009-TCU-Plenário: “17.No tocante às matérias produzidas pela mídia, sublinho que as opiniões, tanto de jornalistas como de profissionais de vários setores da sociedade, e a abordagem dos assuntos em cada meio de comunicação são, por definição, individualizadas. Considero, portanto, que os editoriais, as colunas, as análises conjunturais, dentre outros, por serem de natureza intelectual e especializada, não são passíveis de avaliação objetiva, o que é suficiente para inviabilizar o certame previsto na Lei 8.666/93. 18. Tanto é assim que a aquisição de livros, revistas e periódicos, nacionais estrangeiros, pela Administração Federal foi disciplinada na Instrução Normativa do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE - 2/1998, nos seguintes termos: [...]”.

3 Contratação de periódicos: jornais e revistas. Fórum de Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009 Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital Contratação e Gestão Pública — FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62591>>. Acesso em: 20 junho 2012. No mesmo

23 A ausência dessas justificativas já foi utilizada como causa de penalização de gestores⁴, por não se constatar motivo apto à inexigibilidade, imputação bastante grave, mas de fácil saneamento pela Administração no caso em tela.

24 Demais disso, na contratação diretamente com a editora, por inexigibilidade, cabe chamar a atenção para a comprovação da razoabilidade do preço, conforme exige o art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93⁵ e a ON/AGU nº 17/2009⁶. Nesses casos em específico, a Administração deve diligenciar para que lhe sejam praticados os descontos aplicáveis aos demais assinantes, cujo percentual costuma aumentar proporcionalmente ao prazo da assinatura. Assim, na fase de planejamento, a Administração deve estimar o prazo de assinatura de modo a conseguir o preço mais vantajoso.

25 Ainda na contratação pelo sistema de assinatura, cumpre destacar a possibilidade de pagamento antecipado, pois esta é a forma mais usual no mercado, cabendo à Administração, ao adotar esse procedimento, atentar para os demais requisitos arrolados na ON/AGU 37/2011⁷. Registram-se essas linhas apenas para evidenciar essa possibilidade, comum na contratação pelo sistema de assinatura.

26 Ao adotar o sistema de contratação via distribuidor (desconto sobre o preço de capa), concentrando certas publicações para entrega conjunta

sentido, manifestação na análise técnica feita no Acórdão 3897/2009-Primeira Câmara: “15. Com efeito, havendo outras empresas que atuam no mercado, cada uma produzindo noticiário próprio a partir de fonte primária, cabe ao órgão público decidir, com base em seu poder discricionário, qual será contratada diretamente, haja vista a impossibilidade de se estabelecer critérios de comparação entre elas, tal qual ocorre na contratação de jornais”.

4 Cf. Acórdão 3291/2009- TCU - Segunda Câmara e o julgamento de seus embargos de declaração (Acórdão 5525/2009 - TCU - Segunda Câmara).

5 Art. 26. [...] Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: [...]; III - justificativa do preço;

6 A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.

7 A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

por meio de empresa a ser contratada, no planejamento da licitação a Administração deve atentar especialmente para o art. 23, §1º, da Lei 8.666/93⁸, dividindo a contratação em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, de forma a melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado sem perda da economia de escala.

27 Em outros termos, ao agrupar jornais, revistas e periódicos para serem prestados por um mesmo distribuidor, a Administração deverá reunir grupo(s) compatível(is) entre si, evitando juntar publicações de tal modo específicas que dificilmente possam ser exigidas de um mesmo fornecedor.

28 As recomendações deste tópico decorrem de algumas decisões do TCU que trataram do tema de forma mais específica, tecendo várias orientações de ordem prática. Dentre os julgados destacam-se os seguintes: Decisão nº 359/1995-Plenário; Acórdão nº 90/1995-Plenário; Acórdão nº 149/1996-Plenário.

IV – CONCLUSÃO

29 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) a contratação de jornais, revistas e periódicos pode ser feita pelo sistema de assinatura (com as editoras) ou pelo sistema de desconto sobre o preço de capa (com distribuidores), sem prejuízo de outras formas que se revelem mais adequadas conforme as peculiaridades do caso concreto;
- b) no caso de contratação pelo sistema de assinatura (com as editoras), deve a administração atentar para as seguintes orientações: (a) deve preferir tal modalidade sempre que a quantidade de publicações a ser contratada afaste a necessidade de fornecimento por meio de distribuidor; (b) o limite da contratação deve ser o valor de assinatura, cabendo à administração exigir os preços normalmente aplicáveis aos assinantes privados; (c) nesses casos, como o pagamento, em regra, é antecipado, deve a administração observar a ON/

8 § 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

AGU nº 37/2011; (d) dar-se-á por inexigibilidade quando o editor tiver direitos de exclusividade;

- c) no caso de contratação pelo sistema de desconto sobre o preço de capa (com distribuidores), a administração deve, em regra, realizar licitação, cabendo-lhe ainda: (a) justificar a não utilização do sistema de assinatura, demonstrando a imprescindibilidade de reunião dos vários exemplares de que necessita para fornecimento por uma só empresa contratada; (b) a competição deve ocorrer com base no valor de capa, podendo ser utilizado o critério de maior desconto para aferir a proposta mais vantajosa; (c) é recomendável a divisão em itens e/ou lotes, de modo a ampliar a competitividade, justificando-se eventual ausência de parcelamento;
- d) em qualquer dos sistemas de contratação, a administração deverá sempre justificar as razões de escolha de cada uma das publicações a serem contratadas.

À consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Douglas Henrique Marin dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 11/2013/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 56/2013
(CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS)**

I A CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS PODE SER FEITA PELO SISTEMA DE ASSINATURA (COM AS EDITORAS) OU PELO SISTEMA DE DESCONTO SOBRE O PREÇO DE CAPA (COM DISTRIBUIDORES), SEM PREJUÍZO DE OUTRAS FORMAS QUE SE REVELEM MAIS ADEQUADAS CONFORME AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO;

II NO CASO DE CONTRATAÇÃO PELO SISTEMA DE ASSINATURA (COM AS EDITORAS), DEVE A ADMINISTRAÇÃO ATENTAR PARA AS SEGUINTE ORIENTAÇÕES: (A) DEVE PREFERIR TAL MODALIDADE SEMPRE QUE A QUANTIDADE DE PUBLICAÇÕES A SER CONTRATADA AFASTE A NECESSIDADE DE FORNECIMENTO POR MEIO DE DISTRIBUIDOR; (B) O LIMITE DA CONTRATAÇÃO DEVE SER O VALOR DE ASSINATURA, CABENDO À ADMINISTRAÇÃO EXIGIR OS PREÇOS NORMALMENTE APLICÁVEIS AOS ASSINANTES PRIVADOS; (C) NESSES CASOS, COMO O PAGAMENTO, EM REGRA, É ANTECIPADO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO OBSERVAR A ON/AGU Nº 37/2011; (D) DAR-SE-Á POR INEXIGIBILIDADE QUANDO O EDITOR TIVER DIREITOS DE EXCLUSIVIDADE;

III NO CASO DE CONTRATAÇÃO PELO SISTEMA DE DESCONTO SOBRE O PREÇO DE CAPA (COM DISTRIBUIDORES), A ADMINISTRAÇÃO DEVE, EM REGRA, REALIZAR LICITAÇÃO, CABENDO-LHE AINDA: (A) JUSTIFICAR A NÃO UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE ASSINATURA, DEMONSTRANDO A IMPRESCINDIBILIDADE DE REUNIÃO DOS VÁRIOS EXEMPLARES DE QUE NECESSITA PARA FORNECIMENTO POR UMA SÓ EMPRESA CONTRATADA; (B) A COMPETIÇÃO DEVE OCORRER COM BASE NO VALOR DE CAPA, PODENDO SER UTILIZADO O CRITÉRIO DE MAIOR DESCONTO PARA AFERIR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA; (C) É RECOMENDÁVEL A DIVISÃO EM ITENS E/OU LOTES, DE MODO A AMPLIAR

A COMPETITIVIDADE, JUSTIFICANDO-SE EVENTUAL AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO;

IV EM QUALQUER DOS SISTEMAS DE CONTRATAÇÃO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ SEMPRE JUSTIFICAR AS RAZÕES DE ESCOLHA DE CADA UMA DAS PUBLICAÇÕES A SEREM CONTRATADAS.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TERCEIRIZAÇÃO APOIO À FISCALIZAÇÃO.

I. A terceirização do apoio à fiscalização é possível ainda quando haja coincidência com atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, pois o art. 67, *caput*, da Lei 8.666/93 contém a ressalva exigida pelo Decreto n° 2.271/97.

II. Quando da licitação, é imprescindível distinguir as atividades de fiscalização em si, impossível de ser repassadas ao terceiro contratado, do mero apoio, consistente nas atividades acessórias que possibilitam a realização dos atos inerentes à fiscalização, os quais competem única e exclusivamente ao contratante, por meio de fiscal do contrato, servidor especificamente designado.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da contratação de apoio à fiscalização e seus limites. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – A DÚVIDA SUSCITADA PELO DECRETO Nº 2.271/97

6 Grande parte das dúvidas sobre a possibilidade de contratação de apoio à fiscalização passa pelos questionamentos acerca da terceirização da atividade fim de determinado órgão ou entidade ou da transferência de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos desse órgão ou entidade.

7 A vedação está inserida no Decreto nº 2.271/97, nos seguintes termos:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º **Não poderão ser objeto de execução indireta** as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

(destacamos)

8 Atenta-se muito para a vedação, mas, por vezes, esquece-se de que o dispositivo traz uma exceção: “salvo expressa disposição legal em contrário”, que aqui tem grande relevância.

9 A Lei nº 8.666/93 trouxe a previsão de um *iter* procedimental a ser obedecido, desde o planejamento de uma licitação até o recebimento de objeto contratual. Os condutores desse *iter* são os servidores dos órgãos ou entidades, os quais participam da comissão de licitação (art. 51¹), fiscalizam a execução do contrato (art. 67) e emitem atestados comprobatórios do recebimento do objeto contratual (art. 73²). Presume-se daí que existem atividades procedimentais da Lei de Licitações que são inerentes às atividades de servidores do órgão ou entidade.

10 Em algumas dessas atividades procedimentais previstas na Lei nº 8.666/93, a norma admite que a Administração possa utilizar-se do apoio de terceiros, de particulares. Os exemplos vão desde a realização de projetos básicos ao apoio à fiscalização até o apoio à fiscalização dos contratos administrativos. Observe-se a clareza dos seguintes dispositivos:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

1 Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

2 Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

[...]

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

[...]

(sublinhamos)

[...]

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

(sublinhamos)

11 Parece evidente que a intenção da Lei de Licitações foi, quando necessário, permitir a terceirização da elaboração dos projetos básico e executivo, não sendo a fase de planejamento uma atribuição exclusiva da Administração ou de seus servidores.

12 No que toca ao apoio à fiscalização, objeto deste Parecer, a Lei de Licitações é ainda mais clara, a saber:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

(sublinhamos)

13 A locução “permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo [o fiscal do contrato] de informações pertinentes a essa atribuição [a de fiscalizar o contrato]” enquadra-se perfeitamente na exceção (“salvo expressa disposição legal em contrário”) de que trata o Decreto nº 2.271/97, citando no início.

14 Por óbvio que os próprios verbos “assistir” e “subsidiar” induzem uma contratação de “apoio” à fiscalização, não da fiscalização em si, sendo esta uma atribuição exclusiva da Administração.

15 Para encerrar o tópico, vale registrar que, no curso procedimental das licitações e contratos, a maioria das atividades críticas estará a cargo de servidores da Administração Pública, por vezes coincidindo com as atribuições inerentes às categorias funcionais, como fala o Decreto nº 2.271/97. Porém, a Lei nº 8.666/93 traz, em seu art. 67, *caput*, claro permissivo para a terceirização das atividades de apoio à fiscalização. O enunciado normativo veicula, portanto, a “expressa disposição legal em contrário” que o próprio Decreto nº 2.271/97 admite como exceção à vedação posta em seu art. 1º, §2º. Não se vislumbra antinomia entre os normativos nem óbice legal a esse tipo de contratação, ainda que a atividade (apoio à fiscalização) seja inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

II – FISCALIZAÇÃO X “APOIO” À FISCALIZAÇÃO

16 Esclarecido que não há ilegalidade na terceirização do apoio à fiscalização, cumpre agora pontuar que a fiscalização em si é atividade de que a Administração, por meio de seus servidores, não pode se desincumbir. Ao elaborar a licitação, a Administração deverá deixar a cargo da empresa e seus empregados (terceirizados) apenas atividades acessórias, sendo vedada a tomada de decisões por empresas e empregados terceirizados.

17 Para fazer um paralelo com a fase de licitação, dar ao contratado poderes como aplicar penalidade, sustar a execução, solicitar correções etc., seria semelhante a deferir a um terceirizado poderes para julgar uma proposta ou inabilitar um licitante. A figura do fiscal do contrato de que fala o art. 67, *caput*, da Lei de Licitações (“representante da Administração especialmente designado”, para utilizar a exata expressão legal) tem papel de tal modo relevante que deve ser servidor, como bem colocam inúmeros Acórdãos do TCU³.

3 9.2.2. não atendimento do que estabelece o artigo 67 da Lei nº 8.666/1993, que determina a designação formal de servidor como Fiscal para todo o qualquer contrato firmado entre a Prefeitura e terceiros; (Acórdão 900/2012-Plenário); “9.4.3. a ausência de servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, conforme observado no Contrato 20090120, decorrente do processo licitatório TP2009.01.07.01, afronta ao disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993” (Acórdão 6.438/2011-1ª Câmara); “12. [...] quanto às [...] conclusões da Equipe, não foi apontado dano ao erário, razão pela qual sugeriu-se tão somente a emissão de alertas, especialmente quanto à necessidade de [...] de se nomear servidor para acompanhamento da execução dos Contratos objeto da análise em questão, na forma determinada pelo art. 67 da Lei 8.666/1993, art. 51 da Portaria Interministerial nº 127/2008 e cláusula quinta dos referidos contratos [...]” (Acórdão 2.270/2011-2ª Câmara).

18 Essa distinção entre o que é a fiscalização e o que é apoio somente pode ser verificável no caso concreto, conforme atribuições que serão previstas no documento de planejamento da contratação (termo de referência ou projeto básico). Como norte interpretativo para se distinguir o apoio da fiscalização em si, podem-se mencionar as vedações constantes do art. 9º, inciso III, da IN/ SLTI/MPOG nº 02/2008, *in verbis*:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

[...]

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.
(sublinhamos)

19 Assim, do contexto normativo e jurisprudencial até então mencionado, as recomendações que podem ser feitas de antemão são duas: as atividades de apoio à fiscalização, por serem acessórias, devem sempre reportar-se à figura central do fiscal do contrato, representante da Administração especialmente designado, necessariamente servidor; a realização de atividades críticas, como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços etc., não deve ser transferida a particulares no bojo do contrato de apoio à fiscalização, devendo remanescer em poder da Administração a realização desses atos administrativos, para os quais a contratada poderá subsidiar o fiscal de informações como relatórios, estudos, sugestões etc.

III – CONCLUSÃO

20 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A contratação de apoio à fiscalização prevista no art. 67, *caput*, da Lei nº 8.666/93 não encontra óbice no §2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, pois constitui uma das expressas disposições legais em contrário a que se refere o dispositivo

do Decreto, podendo ser contratada ainda que as atividades sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade;

- b) Na análise da contratação, deve-se zelar para que sejam previstas apenas atividades acessórias à fiscalização, cuidando-se para que a fiscalização e os atos que lhe são inerentes, tais como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços, remanesçam na figura do fiscal ou gestor do contrato, representante servidor a ser especialmente designado pela Administração.

À consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábila Moreira Lopes
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 57/2013
(CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO)**

- I A CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93 NÃO ENCONTRA ÓBICE NO §2º DO ART. 1º DO DECRETO Nº 2.271/97, POIS CONSTITUI UMA DAS EXPRESSAS DISPOSIÇÕES LEGAIS EM CONTRÁRIO A QUE SE REFERE O DISPOSITIVO DO DECRETO, PODENDO SER CONTRATADA AINDA QUE AS ATIVIDADES SEJAM INERENTES ÀS CATEGORIAS FUNCIONAIS ABRANGIDAS PELO PLANO DE CARGOS DO ÓRGÃO OU ENTIDADE;
- II NA ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO, DEVE-SE ZELAR PARA QUE SEJAM PREVISTAS APENAS ATIVIDADES ACESSÓRIAS À FISCALIZAÇÃO, CUIDANDO-SE PARA QUE A FISCALIZAÇÃO E OS ATOS QUE LHE SÃO INERENTES, TAIS COMO DECISÕES, ATESTOS, APLICAÇÃO DE PENALIDADES, RECEBIMENTO DE SERVIÇOS, REMANESÇAM NA FIGURA DO FISCAL OU GESTOR DO CONTRATO, REPRESENTANTE SERVIDOR A SER ESPECIALMENTE DESIGNADO PELA ADMINISTRAÇÃO.

TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

PARECER N° 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N°: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE ESCOPO. ENCERRAMENTO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS.

I. Os contratos administrativos classificados como “de escopo” sujeitam-se a prazos determinados de vigência assim como todo e qualquer contrato administrativo.

II. Ultrapassado o prazo de vigência de um contrato administrativo sem a tempestiva prorrogação, extingue-se o contrato formal, inaugurando uma situação de existência (pendência) de obrigações lastreadas em mero contrato verbal e com prazo indeterminado, irregularidade a ser sanada por meios juridicamente admissíveis.

III. Não se admite a prorrogação de contrato administrativo depois de encerrada sua vigência, ainda que se trate de contrato de escopo.

IV. É inadmissível a rescisão de um contrato administrativo depois de findo o prazo de vigência.

V. As soluções juridicamente admissíveis para conclusão do objeto (escopo) de um contrato administrativo podem variar conforme o caso; vão desde o dever de indenizar eventual execução depois de vencido o prazo, apuradas as devidas responsabilidades, até a realização de uma nova licitação ou sua dispensa.

VI. Diante do caso concreto, cabe à consultoria jurídica do órgão orientar sobre as possibilidades juridicamente admissíveis, dentre as quais não está a prorrogação nem a rescisão do contrato vencido, e ao gestor optar por aquela que entenda mais adequada.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n° 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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.

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 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo o prazo de vigência dos contratos administrativos tidos como “de escopo” ou “por escopo” e das providências cabíveis em caso de eventual encerramento do prazo de vigência sem conclusão do objeto. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ESCOPO

6 A classificação do contrato administrativo como de escopo é utilizada para distingui-los dos denominados contratos de execução continuada. Segundo essa distinção, de escopo seriam aqueles contratos que “impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure [...]”¹. Nos contratos de execução continuada, as obrigações se renovam no tempo,

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 195.

não havendo uma só obrigação específica e definida, a ser cumprida em determinado prazo e depois de cujo adimplemento ficaria o devedor liberado do contrato. Nos contratos de execução continuada, o serviço é prestado enquanto contrato existir, já nos contratos de escopo o que interessa é a conclusão do objeto, sendo o prazo elemento acessório, condicionado ao objeto. São exemplos mais comuns de contrato de execução continuada os de limpeza e de vigilância; como típico contrato de escopo está o de obra pública.

7 O principal efeito da distinção supracitada é na questão do prazo contratual para adimplemento e na sua prorrogação, tanto que a Lei nº 8.666/93 dá tratamento distinto às formas de prorrogação de cada um dos tipos de contratos. Basta comparar o inciso II com o §1º, ambos do art. 57², quanto aos requisitos para que se possa autorizar uma prorrogação. Enquanto no contrato de escopo “o prazo de vigência se destina a delimitar o período de tempo para a execução da prestação pela parte”, nos de execução continuada “o prazo de vigência destina-se a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos”³.

8 Note-se que, num tipo de contrato (o de escopo), o prazo depende do objeto. Assim, um contrato para execução de obra terá “X” dias a depender da dimensão da obra; o objeto (a obra) é que determina o prazo.

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

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...]

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

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

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

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

3 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 696.

Já no contrato de execução continuada, o serviço será prestado por tanto tempo quanto seja o prazo de vigência do contrato; no caso, o prazo de vigência é que determina o objeto (a prestação do serviço). Num caso (contrato de escopo), o objeto está no centro da contratação e o prazo é quem o rodeia; o prazo de vigência é estabelecido em função do objeto a ser executado. No outro caso (execução continuada), o prazo é que condiciona o objeto, uma vez que o serviço é prestado enquanto vigente o contrato. No contrato de escopo, o prazo é acessório e o objeto o que mais importa (principal), já no caso de execução continuada, o prazo durante o qual o serviço será prestado é primordial, condicionando a própria prestação do serviço.

9 Essa distinção leva uma parte da doutrina a afirmar que os contratos administrativos de escopo não se extinguem pelo mero esgotamento do prazo, subsistindo enquanto não concluído o objeto, pois a conclusão do objeto é mais importante e o prazo de vigência teria relevância secundária, natureza meramente formal:

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se **extinguem pela conclusão de seu objeto** e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público, ou na simples locação de coisa por tempo determinado. **Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato. [...] Nos demais contratos, como no de empreitada de obra pública, não se exige, nem se justifica cláusula de prorrogação, porque o contrato não se extingue pela fluência do prazo fixado, mas sim pela conclusão da obra. Nestes contratos o prazo é apenas limitativo do cronograma físico, e será prorrogado (com ou sem mora das partes) tantas vezes quantas sejam necessárias para a conclusão da obra independentemente de previsão contratual**⁴. (Destaques nossos)

10 Em razão da natureza do objeto, sustenta-se a não extinção do contrato administrativo de escopo pelo mero encerramento do prazo. Não

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 230.

se desconhece que referida tese tenha certa aceitação doutrinária⁵ nem que tenha tido, há algum tempo, ressonância em decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), como será visto mais adiante. Há de se reconhecer também o benfazejo efeito prático da aceitação da referida teoria, dada a possibilidade de conclusão de obras e serviços contratados cujos contratos acabaram por não ter sido prorrogados tempestivamente.

11 No entanto, uma análise mais acurada da questão permitirá visualizar algumas incompatibilidades da referida tese com o sistema de contratações públicas estabelecido na Lei nº 8.666/93. Além disso, serão reproduzidas decisões recentes do TCU condenando a prática de prorrogar (ou mesmo rescindir) contratos depois de expirado seu prazo de vigência. Por fim, serão propostas soluções que se vislumbra compatíveis com o ordenamento e que, igualmente, possibilitam a conclusão do objeto previsto em contrato que tenha, de modo inadvertido, encerrado seu prazo de vigência sem prorrogação tempestiva.

II – ASPECTOS FORMAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E FORMALIDADES ESSENCIAIS

12 Todo contrato, privado ou da Administração, traz em si um plexo de obrigações. A função do contrato, em certo aspecto, é conjugar certas obrigações num acordo de vontades, que pode ser escrito ou verbal, ter obrigações recíprocas ou de uma só parte dentre outras peculiaridades. Para a presente análise importa ter em mente que o contrato é um instrumento que contém certas obrigações. “Na sua significação atual a expressão ‘contrato’ corresponde a uma ‘roupagem’, uma estrutura jurídica, apta a receber as mais variadas formas de operações econômicas como conteúdo”⁶ (sublinhamos). Essas “variadas forma de operações econômicas” que configuram o conteúdo do contrato nada mais são do que as obrigações consignadas no instrumento.

13 Os contratos administrativos, diferentemente dos contratos privados, devem ser necessariamente formais e escritos, o que significa dizer que as obrigações (operações econômicas) citadas acima precisam estar reduzidas a termo num documento escrito. Além disso, por se tratar de contrato da Administração Pública, a assinatura desse documento (contrato) deve, em

5 Cf., além do autor supracitado, ainda: ATOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 190, e NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 723-724.

6 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

regra, submeter-se a um prévio procedimento denominado licitação, sendo essa uma das formalidades essenciais a que se referiu no título deste tópico.

14 Utilizando-se da classificação civilista o contrato administrativo enquadra-se como “*consensual* [bilateral], em regra, *formal*, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*. [...]”; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; [...]”⁷. Destarte, “exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita”⁸ (sublinhamos).

15 As formalidades ora citadas, inclusive a forma escrita, não são formalismos descabidos ou mero rigorismo, pois

[...] Isso ocorre para possibilitar maior publicidade e segurança jurídica aos contratos dessa natureza. Os contratos privados, em sua maioria, sequer se revestem sob a forma escrita, apresentando-se na maioria das vezes como contratos verbais; os contratos administrativos exigem uma série de formalidades, entre elas a adoção da forma escrita⁹.
(sublinhamos)

16 Todas essas características aplicam-se também aos contratos administrativos classificados como “de escopo”, cuja única peculiaridade é ter um objeto certo e determinado a ser entregue num prazo definido, o que não o afasta do regime de direito público de que trata a Lei nº 8.666/93. Ainda que por escopo, o contrato administrativo não pode ser equiparado a um contrato privado, pois algumas formalidades são imprescindíveis para resguardar a publicidade (e assim o controle interno, externo e social) e a segurança jurídica da Administração contratante. Uma dessas formalidades é a necessidade da forma escrita dos contratos e respectivos aditivos, inclusive as prorrogações de prazo.

17 Para o objeto deste Parecer, cabe destacar três peculiaridades formais do contrato administrativo: (a) a necessidade, em regra, de prévia licitação; (b) a obrigatoriedade de formalização escrita do contrato e dos seus termos aditivos e (c) a impossibilidade de celebração de contrato com prazo indeterminado. Como restará demonstrado, admitir a prorrogação intempestiva ou defender a inexistência de prazo de vigência nos contratos por escopo viola, no mínimo, essas três salvaguardas formais dos contratos administrativos. Fala-se

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 214.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 262.

9 SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 605-606.

aqui em “salvaguardas formais” porque essas exigências configuram mais do que meras formalidades, tendo por objetivo resguardar bens maiores do que a própria forma, tais como publicidade, transparência, economicidade e segurança jurídica.

18 A fim de demonstrar a especial atenção dispensada pelo ordenamento jurídico às questões formais até então mencionadas, convém reproduzir alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93:

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.

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

[...]

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

[...]

Art. 57. [...]

[...]

§ 3º É **vedado** o contrato com prazo de vigência indeterminado.

[...]

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É **nulo** e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

(destacamos)

19 A situação-tipo objeto deste Parecer será analisada basicamente à luz das regras acima transcritas, as quais serão frequentemente mencionadas daqui em diante. Para tanto, convém exemplificar a situação hipotética controversa para a qual se busca uma solução compatível com a legislação: imagine-se um contrato administrativo por escopo, como uma obra pública, cujo prazo de vigência tenha expirado sem que o objeto (a obra) tenha sido concluído. Pela tese ora ventilada, seria possível continuar a execução do contrato, fazer prorrogação, acréscimo

ou decréscimo ou rescindi-lo, ainda que expirado o prazo de vigência, uma vez que o fim do prazo não teria o condão de extinguir o contrato, que pereceria tão somente depois da conclusão do objeto.

20 Observe-se que a questão controversa está na ocorrência capaz de pôr fim ao contrato administrativo: o alcance do termo final do prazo de vigência ou a entrega do objeto? Ocorrido o primeiro (prazo de vigência) antes do segundo fato (conclusão e entrega do objeto), como ficariam as relações entre os contratados? Pela tese do contrato de escopo, as relações continuariam como antes, sem que o prazo de vigência tenha qualquer efeito sobre as relações constituídas ou pendentes.

21 Pois bem, é preciso desde já adiantar que a solução acima vislumbrada (continuidade do contrato depois do prazo de vigência) não possui respaldo na sistemática de contratações públicas, principalmente pela clareza da Lei nº 8.666/93 ao vedar o contrato administrativo por prazo indeterminado (art. 57, §3º). Essa vedação implica a exigência de previsão expressa de um prazo final bem definido, atingido o qual o contrato considera-se extinto.

22 Não se admite, em sede de contratação pública, a lógica corrente no direito privado segundo a qual “o meio usual de extinção do contrato é a sua execução”¹⁰, pois os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 “regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público” aplicando-se apenas “supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”, como fica claro no art. 54, *caput*.

23 No aspecto do prazo indeterminado não há dúvida quanto a sua vedação, dada a clareza da Lei, por isso não há que se recorrer à teoria geral dos contratos ou às disposições de direito privado pois a norma de direito público instaurou uma diretriz: todo contrato administrativo deve ter não só um prazo, mas um prazo determinado, o que implica a existência de um termo final pré-definido, fixo, fatal.

24 Como já se falou nesta oportunidade, todo contrato encerra obrigações. No caso dos contratos administrativos, essas obrigações devem estar previstas em instrumento escrito, com cláusulas obrigatórias, dentre elas o prazo de execução e de duração do contrato (prazo de vigência). Essa foi a “roupagem” que a Lei nº 8.666/93 previu como adequada para que se possa qualificar um contrato administrativo como regular. Por isso a Lei

10 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

prevê casos em que, por motivos vários, permite-se a dilatação do prazo de execução (e de vigência, por conseguinte), de modo que se possa concluir o objeto ainda dentro da “roupagem” (forma) estabelecida em Lei. Fora dessa “roupagem”, o contrato deixa de ser administrativo e passa a ter natureza outra, como será visto mais adiante. Se a legislação tivesse admitido o contrato de escopo, não precisaria estipular os casos em que os prazos seriam prorrogáveis, pois estaria implícita a possibilidade de prorrogação *ad eternum*, até que concluído o objeto.

25 Assim, o procedimento legal para uma situação em que o prazo de vigência se avizinha sem conclusão do objeto é a prorrogação do contrato com base em um dos motivos previstos no art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93¹¹. Se o prazo de vigência é atingido sem prorrogação tempestiva, impõe-se reconhecer a extinção do contrato administrativo, assim entendido o instrumento formal e escrito celebrado mediante prévia licitação. Não resta dúvida de que remanesça uma situação fática que em termos jurídicos poderia ser assim definida: em razão da expiração do prazo de vigência, sobejam obrigações com suporte, no máximo, em contrato verbal. Como o contrato verbal é considerado nulo pela Lei nº 8.666/93 (art. 60, parágrafo único, acima transcrito), não se pode admitir esteja respaldada na Lei essa situação de transmutação do contrato formal em verbal.

26 Se fosse um contrato privado, a situação fática ora retratada até teria algum amparo jurídico, dada a liberdade de forma que rege esse tipo de relação, mas diante de um contrato administrativo, parece natural equiparar o contrato administrativo com prazo expirado ao contrato verbal, ambos taxados de nulo. Isso decorre naturalmente da combinação do art. 54, *caput*, com o art. 57, §3º, ambos da Lei nº 8.666/93.

27 Juridicamente, não se pode entender que o contrato administrativo permanece em vigor até a entrega do objeto, como pretendem os que advogam a tese de que “o prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para Administração o objeto contratado”¹² e que “[...] até que ele [o contratado] execute e até que a Administração, depois de executado, pague o que é devido, o contrato é vigente”¹³.

28 A situação acima implica admitir que um contrato administrativo tenha prazo final sujeito a um evento futuro e incerto, a uma condição, nos

11 Art. 57. [...]. § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: [...].

12 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 723.

13 Idem, *ibidem*, p. 724.

termos do art. 121 do Código Civil¹⁴. A conclusão do objeto contratual pode acontecer ou não, portanto a incerteza não é só acerca do prazo, mas do próprio fato, qual seja, do adimplemento (ou não) da obrigação. Ora, não se vislumbra diferença entre essa situação e aquela vedada pelo art. 57, §3º, da Lei nº 8.666/93, transcrito mais acima, pois sujeitar o fim de um contrato a um evento futuro e incerto é reconhecer que o contrato possui prazo indeterminado, situação não amparada por Lei.

29 Das três salvaguardas formais destacadas no início deste tópico, comprovou-se exaustivamente que a tese do contrato por escopo viola duas delas: a obrigatoriedade de formalização escrita do contrato administrativo e dos seus termos aditivos, vedando-se o contrato verbal, e a impossibilidade de celebração de contrato com prazo indeterminado. No entanto, a continuidade de execução e pagamento de contrato expirado viola ainda a terceira das salvaguardas, a prévia necessidade de licitação, pois a irregularidade implica reconstrução sem prévia licitação. Esse entendimento não exige maiores fundamentos, porque já resta consignado no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), como será visto em tópico específico. Uma vez expirado o prazo de vigência, tem-se por extinto o contrato e qualquer ato ulterior a isso equivale a uma reconstrução, a qual deve ser precedida de licitação ou se enquadrar em alguma hipótese de dispensa ou inexigibilidade.

III – A (FALSA) IDEIA DE QUE A TESE TEM AMPARO NO TCU

30 Não se desconhecem algumas decisões do TCU minimizando o problema da perda de prazo contratual nos contratos de escopo. Em alguns julgados, o Tribunal até admitiu fosse realizado um aditivo fora do prazo, como se constata de notícia veiculada no Informativo de Licitações e Contratos nº 44, referente ao Acórdão nº 3.131/2010-Plenário:

Ao apreciar pedido de reexame interposto por dirigente da [...] contra o Acórdão n.º 2.538/2007-Plenário, por meio do qual o recorrente fora multado em razão da “*celebração de termos aditivos a contratos expirados e com vigência retroativa, sem previsão legal*”, a unidade técnica propôs a manutenção da penalidade, sob o argumento de que a prática era generalizada naquela entidade. Para o relator, no entanto, a irregularidade revestia-se de caráter formal e, além disso, a inferência de

14 Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

que a prática era comum na entidade poderia ser questionada, isso porque os dois aditivos assinados após o final do prazo contratual envolveram apenas um contrato, de baixíssimo valor, sem qualquer consequência mais grave para quaisquer das partes. A principal tese da defesa foi no sentido de que o aditamento de prazo não é necessário nos chamados contratos de escopo, em que o objeto é a aquisição de determinado bem ou benfeitoria, a exemplo de uma obra, como no caso concreto. Ainda que “chancelada pela doutrina”, o relator não concordou com a tese, não só por contradizer a jurisprudência do TCU, mas também por ser contrária à Lei n.º 8.666/93, cuja disciplina acerca do assunto, prevista no art. 57, veda a duração indeterminada do contrato administrativo, permitindo prorrogação apenas nos casos ali relacionados. Nesse sentido, “*considera-se extinto o contrato que atingiu o termo final do prazo de duração nele fixado. Daí a necessidade de prorrogá-lo, por um dos motivos previstos em lei, ainda durante sua vigência*”. No entanto, consoante o relator, não se poderia deixar de admitir que, de fato, “*para os contratos visando obra certa, essas exigências legais têm apenas o objetivo de evitar a prorrogação indefinida ou abusiva dos contratos, sem responsabilização de alguma das partes*”. Para ele, o episódio poderia ser atribuído à negligência administrativa na gestão de contratos se realmente ocorresse de forma generalizada em todos os ajustes, mas esse “*não é o caso em pauta, sem dúvida*”. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu dar provimento ao recurso.

(sublinhamos)

31 A notícia acima é um excelente paradigma para demonstrar a posição adotada pelo TCU; ao tempo em que consigna o não acolhimento da tese pelo Tribunal, reconhece, de forma casuística, tratar-se de erro meramente formal. Não se pode deixar de observar que o Tribunal, no caso, fez o controle *a posteriori*. Ao contrário, as consultorias jurídicas, destinatárias deste opinativo com natureza de orientação, fazem análise prévia dos atos dos gestores. Assim, nem todos os atos que foram posteriormente admitidos pelo órgão de controle podem ser previamente autorizados, mormente quando o órgão de controle externo deixa clara a não aceitação da tese pelo Tribunal, ainda quando admite a eventual regularidade do ato.

32 Em julgados mais antigos, o TCU era mais claro em admitir a tese. Cita-se, por todos, trecho do Voto proferido no Acórdão nº 1.980/2004 – Primeira Câmara:

33. Nessa linha, a jurisprudência do Tribunal tem-se manifestado no sentido de permitir a retomada ou o prosseguimento de contratos quando sua inexecução é provocada pela Administração, como no

presente caso, decorrente da descontinuidade de liberação de recursos orçamentários. Pode-se aplicar a interpretação de que a contratada adquiriu o direito de executar o objeto pactuado, tendo sido impedida por motivos aos quais não deu causa. Analisando o aspecto da vigência do contrato, deve-se entender que o prazo está vinculado também à conclusão do objeto, e não somente ao decurso do tempo.

34. Citem-se decisões do Tribunal em que a questão formal do prazo de vigência dos contratos foi suplantada em virtude de circunstâncias materiais:

TC 925.214/1998-1 - Decisão 732/1999 - Plenário

- Voto do Relator, Ministro Bento Bugarin:

“No entanto, ao meu ver, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção de contrato pelo término de seu prazo somente se opera nos ajustes celebrados por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado, o que não é o caso do contrato firmado pelo DER/MG, no qual a execução da obra é o seu objetivo principal. Dessa forma, não havendo motivos para a cessação prévia do ajuste, a extinção do contrato firmado com o DER/MG operar-se-ia apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração, o que ainda não ocorreu.”

TC 005.296/2002-1 - Acórdão 1740/2003 - Plenário

- Relatório do Ministro Marcos Vinícius Vilaça:

“d) O Contrato PG-022/93-00 foi objeto de 15 (quinze) Termos Aditivos, verificando-se que, destes, 11 referem-se a Suspensão de Prazo Contratual / Devolução de Prazo Contratual; todos causados por descontinuidade de liberação de recursos orçamentários/financeiros; 1 refere-se à conversão de padrão monetário; 2 referem-se à prorrogação de prazo contratual e 1 refere-se a aumento de valor contratual, com inclusão de novos preços unitários, para serviços não constantes na planilha contratual.”

TC 008.151/94 - Decisão 606/1996 - Plenário- Voto do

Relator, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira:

“A bem da verdade, impende frisar que a questão do prazo máximo de duração dos contratos previsto nas normas atinentes à licitação e contratos sempre se operou, no que diz respeito à construção de obras e serviços de engenharia, computando-se, para efeito de contagem do tempo, as devoluções das interrupções de responsabilidade da Administração, que via de regra patrocina as tão conhecidas e combatidas ‘obras paralisadas ou inacabadas’, muitas vezes fruto da insuficiência de dotação orçamentária gerada pelos constantes contingenciamentos de recursos feitos pelo Governo Federal.”

35. Por fim, há que se considerar que as decisões de retomar os contratos originariamente firmados quando da continuidade às obras, tanto para alteração do projeto arquitetônico quanto para construção da cobertura espacial, não visaram obtenção de vantagens injustificadas, foram

acompanhados de pesquisa de preço e buscaram fundamento legal junto ao setor jurídico da Companhia, demonstrando a boa-fé dos responsáveis. Ante todo o exposto, considero justificadas as ocorrências. (sublinhamos)

33 Mais uma vez constata-se a chancela, *a posteriori*, da tese, consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, porém, como já foi dito, os julgados são bastante antigos, divergindo da atual posição do Tribunal acerca do tema, conforme abaixo consignado:

- Assunto: CONTRATOS. DOU de 05.06.2013, S. 1, p. 88. Ementa: notificação ao [...] no sentido de que foi identificada irregularidade (nas obras e serviços de adequação e reforma de armazém) caracterizada pela celebração de termo aditivo de prorrogação de prazo contratual com a vigência do contrato já expirada e execução de serviços sem amparo contratual, constituindo infração ao art. 60, “caput”, da Lei nº 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU

(Item 9.1.4, TC-000.660/2013-2, Acórdão nº 1.302/2013-Plenário - destacamos).

- Assuntos: CONVÊNIOS e LICITAÇÕES. DOU de 10.06.2011, S. 1, p. 142. Ementa: determinação à [...] para a adoção das seguintes medidas, ao participar de convênios e contratos, com emprego de recursos públicos federais: a) [...]; c) não celebre termo aditivo a contrato cujo prazo de vigência tenha expirado, por ausência de previsão legal, observando-se o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/1993

(Itens 9.8.1 a 9.8.3, TC-013.727/2005-0, Acórdão nº 3.863/2011-2ª Câmara - destacamos).

34 Na quadra atual, pode-se afirmar que a tese da vigência do contrato de escopo enquanto pendente e até que seja concluído o objeto **não é** albergada pelo TCU. Pelo histórico das decisões do Tribunal e pelo amparo que tem na doutrina, contudo, pode-se especular a possibilidade de, pontualmente, a Corte de Contas vir a afastar a responsabilidade do gestor pela prática do ato irregular, mas em matéria de consultoria jurídica deve-se trabalhar com pressupostos de certeza e segurança jurídica, ou o mais próximo disso que se consiga alcançar.

35 Nesse passo, há de se ter em mente que o TCU em regra faz o controle repressivo (*a posteriori*) dos atos administrativos, com grau de conhecimento bem mais amplo a seu respeito, inclusive com possibilidade de ver o resultado desses atos que, regular ou irregularmente, foram praticados. A análise da Procuradoria, no entanto, é prévia, sem qualquer juízo de previsibilidade sobre o que venha a ocorrer; são conhecidos

apenas os fatos postos e se toma como baliza as normas que regem a situação. No controle posterior e à luz do art. 70, CF¹⁵, pode o Tribunal mitigar a prática de ato ilegal e deixar de punir o gestor, considerando pressupostos de legitimidade e de economicidade, o que não afasta a irregularidade da conduta, por isso não se recomenda seja dada orientação jurídica para prática de ato tido como irregular com base em frágil perspectiva de isenção de punição por órgãos de controle.

36 Por esses motivos, à luz da legalidade, a tese de sobrevivência do contrato de escopo ainda que ultrapassado o prazo de vigência e até que se conclua o objeto não tem amparo legal, não sendo possível admiti-la na atividade de consultoria jurídica. Segundo entendimento atualmente consolidado no TCU, a referida tese também não é chancelada pela Corte, o que não a tem impedido de, eventualmente, deixar de aplicar penalidades aos gestores pela prática do ato mesmo o considerando irregular.

IV – A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

37 A ilegalidade da tese da vigência indefinida do contrato de escopo parece já ter sido reconhecida pela Orientação Normativa nº 03 da Advocacia-Geral da União (AGU), de 1º de abril de 2009, o que dificulta inovações em relação ao tema sem alteração da referida ON. A ON nº 03/2009 assim dispõe:

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.

38 A ON não faz qualquer distinção entre contratos de escopo ou de execução continuada, não restringindo sua aplicabilidade a tal ou qual espécie de contrato. Para não deixar dúvida quanto a sua aplicação irrestrita, a todo contrato administrativo, cumpre recorrer aos fundamentos que balizaram a orientação, cuja fonte principal é a Nota DECOR nº 57/2004-MMV, aprovada pelo Advogado-Geral da União. Transcreve-se parte do trecho da Nota veiculado na fundamentação da ON:

15 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder

14. Ninguém discrepa que o contrato exaure-se pela expiração do prazo não prorrogado em tempo hábil, sendo ilícito qualquer aditivo assinado após a extinção da vigência do contrato, por configurar recontração sem licitação com infringência aos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 8.666, de 1993, devendo, portanto, o administrador precaver-se em tomar as providências necessárias à prorrogação do contrato a tempo, eis que, a formalização de aditivo ao contrato visando sua prorrogação, antes da data prevista para sua extinção, é forma essencial ao ato, não sendo, pois, passível de convalidação quando praticado com o vício.

15. Assim, uma vez expirado o prazo de vigência do contrato, sem a tempestiva prorrogação, deve o administrador, obrigatoriamente, providenciar nova licitação. Caso haja comprovado prejuízo do interesse público com a imediata paralisação dos serviços, devidamente justificado, o administrador pode até valer-se da contratação emergencial com dispensa de licitação, por prazo suficiente à realização da nova licitação, o que não me parece ser o caso em comento, uma vez que a Administração poderia suportar perfeitamente a suspensão das atividades realizadas até a finalização de nova licitação.

(sublinhamos)

39 Não há, portanto, qualquer distinção de tratamento em relação aos contratos de escopo, o que se confirma na leitura do trecho da fundamentação da ON que reproduz as conclusões da referida Nota:

O opinativo conclui, portanto, que “relativamente aos processos que versem sobre aditamento de contratos, convênios ou instrumentos congêneres, com a finalidade de prorrogar o prazo de vigência, deverá ser levado em conta a data de expiração do prazo assinalado, rejeitando-se, de plano, os contratos com vigência expirada, devendo ser exigido, para a compleição do exame prévio, que o processo esteja devidamente instruído com cópia completa do edital, do contrato original e dos termos aditivos anteriormente celebrados”.

40 No âmbito da Procuradoria-Geral Federal, a tese da vigência do contrato de escopo enquanto não concluído o objeto não foi admitida para os convênios. É o que se constata no Parecer nº 06/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal e de onde se originou a Conclusão DEP CONSU/PGF/AGU nº 34/2013, parcialmente transcrita abaixo:

[...]

II) A prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar

de vício sanável. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar a possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

III) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar a impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extrapolação de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores.

IV) Avulta notar ainda que, tendo em vista o interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso Vil do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.

(sublinhamos)

41 Em relação a prazos de execução e vigência, a dinâmica dos convênios é bastante semelhante à de um contrato de escopo: o prazo é estipulado em função do objeto, pois, em regra, mais importante do que este prazo em si é que o objeto para o qual os convenientes uniram esforços e aportaram recursos seja entregue, se possível no tempo estimado.

42 Desta feita, resta patente o não acolhimento pela AGU da tese de que o contrato de escopo tem vigência até que seja entregue o objeto, menosprezando-se a importância da cláusula contratual de vigência e da necessidade de celebração tempestiva dos aditivos de prazo. Pode-se afirmar, então, que para a AGU o prazo de vigência do contrato administrativo é formalidade essencial, devendo ser cumprido e tempestivamente aditado se for o caso. Em outras palavras, independentemente do tipo de contrato administrativo (de escopo ou de execução continuada), considera-se extinto aquele que atingiu seu prazo de vigência sem tempestiva prorrogação.

V – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA UM CONTRATO DE ESCOPO COM PRAZO EXPIRADO E SEM OBJETO CONCLUÍDO

43 Insiste-se no que vem sendo dito, dada a importância da lição para o caso em apreço: o contrato é um repositório de obrigações. Findo o contrato administrativo pela expiração do prazo de vigência sem que o objeto tenha sido entregue, é inequívoco que restam obrigações por serem cumpridas, aqui chamadas de obrigações pendentes ou remanescentes. A fim de albergar essas obrigações pendentes ou remanescentes, necessárias à conclusão do objeto tal qual inicialmente planejado, num instrumento jurídico válido, é imprescindível

que a Administração celebre um novo contrato administrativo, o que implica, em regra, a prévia realização de uma licitação.

44 Em termos práticos, uma forma de inserir as obrigações não executadas a tempo, aqui tidas como pendentes ou remanescentes, seria, a partir da verificação do fim do prazo contratual, apurar o que foi executado e fazer um projeto com o que não o fora a fim de licitar novamente essa parte remanescente, obedecida à legislação aplicável ao objeto a ser licitado. O decurso do tempo entre a extinção do contrato e a nova contratação pode trazer algum prejuízo à obra ou serviço parcialmente executado, o que abre a possibilidade de contratação emergencial.

45 Caso se verifique alguma hipótese de dispensa de licitação, poderá a Administração deixar de realizá-la e fazer uma contratação direta. Cita-se a possibilidade, a depender do caso concreto, de invocar o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93¹⁶, que dispõe sobre a contratação direta, sem licitação, “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”.

46 A interpretação que hoje se dá ao dispositivo permite sua aplicação inclusive aos casos em que verificada desídia da Administração. Assim, não importa mais se a situação calamitosa ou de emergência teve origem em fato ou ato da Administração, pois a intenção do dispositivo é preservar a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados. Caso esses bens tenham sido colocados em risco por desídia da Administração, cabe a responsabilização do gestor desidioso não o alargamento do prejuízo iminente, mas evitável.

47 Essa mudança de paradigma em relação à aplicação da dispensa do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 está bem resumida no seguinte Acórdão do TCU:

Assunto: DISPENSA DE LICITAÇÃO. DOU de 06.07.2012, S. 1, p. 153. Ementa: o TCU deu ciência à [...] no sentido de que a situação

16 Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, só que, na segunda hipótese, será responsabilizado o agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis (Item 1.6.1.2, TC-020.065/2010-8, Acórdão nº 4.488/2012-2ª Câmara - sublinhamos)

48 Esse entendimento também é adotado na ON/AGU nº 11/2009, embora não se depreenda tão facilmente de sua redação, a saber:

A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

49 A postura consagrada na ON fica mais clara nas suas fundamentações, onde se afirma que o “diploma de Licitações não excepciona a circunstância da emergência decorrente de desídia ou de falta de planejamento”. Assim, quando houver motivo para a prorrogação, mas a Administração deixar de celebrar o aditivo por desídia ou falta de planejamento, será lícito proceder a uma contratação emergencial, por dispensa de licitação, desde que preenchidos todos os requisitos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, dentre os quais se destaca o limite de prazo de 180 (cento e oitenta) dias do contrato emergencial para debelar ou regularizar a situação.

50 A própria Nota DECOR nº 57/2004-MMV, que serviu de fundamento à ON/AGU nº 03/2009, vislumbra a possibilidade de contratação emergencial até que seja realizada uma nova licitação. Se o objeto puder ser concluído em até 180 (cento e oitenta) dias, é o caso de avaliar a possibilidade de já celebrar o contrato para a conclusão do objeto, se isso for imprescindível à “segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”, como exige a hipótese legal de dispensa.

51 No procedimento de apuração de preços para eventual celebração de contratação emergencial, sem licitação, convém averiguar se o executor do contrato extinto por perda de prazo propõe-se a realizar os serviços emergenciais – quiçá concluir o objeto – nas mesmas condições e preços anteriormente contratados, caso mais vantajosos. Essa medida, além de evitar os custos com desmobilização e nova mobilização, por exemplo, permite manter os preços anteriormente contratados por meio licitação, caso seja essa a proposta mais econômica dentre aquelas recebidas para celebração do contrato emergencial.

52 Não há que se cogitar de eventual ilegalidade no procedimento acima vislumbrado, pois se o executor do contrato expirado poderá apresentar uma proposta para celebração do contrato emergencial, por que não facultá-lo continuar a executar – ou preservar a obra ou serviço até nova licitação – pelo preço anteriormente contratado, possivelmente até mais vantajoso? Trata-se, aqui, de regularizar a situação crítica já mencionada, qual seja, a pendência de obrigações por cumprir sem contrato formal e escrito que as ampare. No caso, as obrigações restariam reduzidas a termo num contrato formal celebrado licitamente, sem realização de licitação mas com fundamento para a dispensa, e com preços que foram anteriormente licitados e mais vantajosos. Por óbvio, para fazer uso desse dispositivo legal de dispensa de licitação, seria imprescindível que fossem preenchidos todos os requisitos legais e que o prazo contratual não se tenha esvaído por culpa do contratado, o que desaconselharia sua recontração.

53 Ademais, no caso ora vislumbrado, a recontração do anterior executor dar-se-ia sem licitação, mas com amparo na legislação, no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, afastando a ilegalidade vislumbrada pelo TCU e pela AGU quando condena a execução de contrato vencido. Não permitir a recontração do atual executor implicaria violar o princípio da isonomia, impondo-lhe uma vedação não aplicável aos demais interessados em executar o contrato emergencial. Como a legislação faculta a contratação de terceiro para realização dos serviços emergenciais – possivelmente até a conclusão da obra ou serviço, do objeto contratado –, não se vislumbra motivo para não permitir também a contratação do anterior executor que não concorreu para a situação de emergência ou calamidade, de culpa exclusiva da Administração, que deixara de celebrar o aditivo de prazo a tempo e modo.

54 É importante consignar que, ainda que seja celebrado contrato emergencial, não se deve olvidar a ocorrência de uma situação irregular: a perda do prazo contratual. Independentemente da solução a ser dada para viabilizar a conclusão do objeto contratual, impõe-se a apuração de responsabilidade de quem deu causa à situação excepcional (contratação emergencial ou nova licitação).

55 Por fim, vale registrar que eventual continuidade da execução após expirado o prazo de vigência representa situação equivalente à de um contrato verbal, haja vista a extinção do contrato escrito. Consequência lógica é a incidência da ON/AGU nº 04/2009: “A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe der causa”.

56 Essa equiparação entre contrato extinto e contrato verbal é feita também na Nota DECOR nº 57/2004-MMV, que serviu de fundamento à ON/AGU nº 03/2009. Assim, o gestor que, ciente da extinção do prazo de vigência, continuar autorizando e realizando atos de execução no contrato de escopo de modo a receber seu objeto mesmo com contrato expirado, ao invés de tomar as medidas necessárias à regularização, incide na irregularidade de dar execução a contrato verbal, tido como nulo pela legislação.

57 Quando a Procuradoria deparar-se com essa situação, por mais que se tenha revelado eventualmente a mais adequada à preservação da finalidade do contrato (o recebimento do objeto), deverá recomendar a apuração de responsabilidade de quem deu causa à perda de prazo e eventualmente de quem continuou a executar contrato de que tinha ciência não mais ser vigente. Essa apuração de responsabilidade, vale lembrar, não implica necessária aplicação de penalidade, devendo ser consideradas as circunstâncias do caso concreto para avaliar a punibilidade ou não da conduta.

58 Um último ponto que decorre naturalmente de tudo o que foi dito, mas que importa deixar consignado, é a impossibilidade de realização de qualquer ato em relação ao contrato que foi extinto. Por essa linha de raciocínio, afigura-se expediente ilícito, depois de extinto o contrato administrativo por ter atingido seu prazo de vigência, proceder à eventual rescisão para a partir daí realizar-se uma contratação direta, sem licitação, com base no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93¹⁷.

59 Esclarecendo: não é que seja vedada a contratação de remanescente de contrato de escopo rescindido. No caso supracitado, a conduta não admitida é a rescisão de contrato já expirado, impossibilitando, por conseguinte, a utilização do dispositivo legal que autoriza a contratação direta do remanescente. A aplicação deste dispositivo restringe-se aos casos em que o contrato original tenha sido extinto por meio de rescisão, não porque alcançado o prazo de vigência, hipóteses de extinção do contrato administrativo que são formal e essencialmente distintas¹⁸.

17 Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

18 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 486-492. Além disso, as hipóteses legais de rescisão do contrato administrativo são aquelas tratadas nos arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93. Por isso nem na legislação esses casos de extinção do contrato se confundem.

VI – CONCLUSÃO

60 Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) Considera-se extinto o contrato administrativo que atinge seu prazo final de vigência, ainda que seja classificado como contrato “de escopo”;
- b) Expirado o prazo de vigência e pendente a conclusão do objeto almejado no contrato de escopo, deve-se providenciar a inserção da parte remanescente em novo contrato administrativo, o qual deverá ser precedido de licitação ou enquadrado em alguma hipótese de dispensa ou inexigibilidade;
- c) A dispensa de licitação do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 pode ser utilizada mesmo nos casos em que o prazo de vigência do contrato de escopo tenha expirado por desídia da Administração, desde que cumpridos os requisitos do dispositivo legal e recomendada a apuração de responsabilidade de quem deu causa à situação emergencial;
- d) A execução de contrato extinto, seja ele de escopo ou de execução continuada, configura contrato verbal, aplicando-se a ON/AGU nº 04/2009, que determina o pagamento por meio de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93;
- e) É vedada a realização de outros atos contratuais, tais como prorrogação ou rescisão, de contrato administrativo extinto por decurso do prazo de vigência.

À consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2013.

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Douglas Henrique Marin dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 03 de Dezembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 58/2013
(VIGÊNCIA DO CONTRATO DE ESCOPO)**

- I. CONSIDERA-SE EXTINTO O CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE ATINGE SEU PRAZO FINAL DE VIGÊNCIA, AINDA QUE SEJA CLASSIFICADO COMO CONTRATO “DE ESCOPO”;
- II. EXPIRADO O PRAZO DE VIGÊNCIA E PENDENTE A CONCLUSÃO DO OBJETO ALMEJADO NO CONTRATO DE ESCOPO, DEVE-SE PROVIDENCIAR A INSERÇÃO DA PARTE REMANESCENTE EM NOVO CONTRATO ADMINISTRATIVO, O QUAL DEVERÁ SER PRECEDIDO DE LICITAÇÃO OU ENQUADRADO EM ALGUMA HIPÓTESE DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE;
- III. A DISPENSA DE LICITAÇÃO DO ART. 24, IV, DA LEI Nº 8.666/93 PODE SER UTILIZADA MESMO NOS CASOS EM QUE O PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE ESCOPO TENHA EXPIRADO POR DESÍDIA DA ADMINISTRAÇÃO, DESDE QUE CUMPRIDOS OS REQUISITOS DO DISPOSITIVO LEGAL E RECOMENDADA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE QUEM DEU CAUSA À SITUAÇÃO EMERGENCIAL;
- IV. A EXECUÇÃO DE CONTRATO EXTINTO, SEJA ELE DE ESCOPO OU DE EXECUÇÃO CONTINUADA, CONFIGURA CONTRATO VERBAL, APLICANDO-SE A ON/AGU Nº 04/2009, QUE DETERMINA O PAGAMENTO POR MEIO DE RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NOS TERMOS DO ART. 59 DA LEI Nº 8.666/93;
- V. É VEDADA A REALIZAÇÃO DE OUTROS ATOS CONTRATUAIS, TAIS COMO PRORROGAÇÃO OU RESCISÃO, DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EXTINTO POR DECURSO DO PRAZO DE VIGÊNCIA.

PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE TEMAS RELATIVOS
A LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
TRATADOS NO ÂMBITO DA CÂMARA PERMANENTE
DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
INSTITUÍDA PELA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE
FEVEREIRO DE 2013

PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA PORTARIA/PGF N.º 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

REGISTRO DE PREÇOS

SUBTEMAS: SERVIÇOS CONTINUADOS: TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

QUESTÃO: É possível a utilização do sistema de registro de preços em casos de serviços continuados envolvendo especificamente terceirização de mão de obra?

RESPOSTA: A questão envolve uma outra questão com ela associada. A possibilidade de utilização do SRP para serviços terceirizados envolvendo terceirização de mão de obra não parece guardar grandes desafios, considerando as disposições do Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, bem como por conta do Acórdão nº 1.737-24/12-P do Tribunal de Contas da União, em especial o item 20 do Voto da Ministra Relatora Ana Arraes e item 1.5.1.1 da parte dispositiva do Acórdão.

Contudo, alertamos que, por conta dos Acórdãos nº 113/2012 e 2.241/2012, ambos do Plenário do TCU, o SRP não pode ser utilizado para uma única contratação.

Assim, a Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da PGF entende que é possível a contratação via SRP de serviços contínuos, inclusive envolvendo terceirização de mão de obra, desde que seja possível enquadrá-la nos incisos I, II e III do art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 e que não se destine a uma única contratação.

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 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.

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 RESPECTIVA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS, O ENQUADRAMENTO DO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO AO PROGRAMA/AÇÃO ORÇAMENTÁRIOS, PREVISTOS NO PLANO PLURIANUAL, QUE COMPREENDE UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE ELEGIBILIDADE E DE PRIORIDADE DEFINIDOS NO ART. 4º DA PORTARIA INTERMINISTERIAL CGU/MF/MP Nº 507/2011, ENTRE OUTROS ATOS NORMATIVOS APLICÁVEIS.

II - NO TOCANTE ÀS CONDIÇÕES E AOS REQUISITOS TÉCNICOS PARA CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO, O CONTROLE DE LEGALIDADE PRÉVIO EXERCIDO PELOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA PGF SE RESTRINGIRÁ A UMA ANÁLISE QUANTO À PRESENÇA DE MANIFESTAÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA QUE RESPALDE A CELEBRAÇÃO DO INSTRUMENTO PELO CONCEDENTE, MORMENTE NO QUE SE REFERE À ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO DO CONVÊNIO, AO SEU CUSTO, BEM COMO AOS DEMAIS DOCUMENTOS ESSENCIAIS APRESENTADOS APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO.

III - NA SITUAÇÃO EM QUE UTILIZADA A CLÁUSULA CONDICIONANTE DE EFICÁCIA NA MINUTA DE CONVÊNIO, É RECOMENDÁVEL QUE OS AUTOS SEJAM REMETIDOS NOVAMENTE AO RESPECTIVO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DA PGF, APÓS MANIFESTAÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA, PARA ANÁLISE QUANTO À COMPATIBILIDADE ENTRE O ATO CELEBRADO E A JUSTIFICATIVA TÉCNICA APRESENTADA.

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 Nº 07/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

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.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 08/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 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 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.

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 Nº 5/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 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 Nº 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI Nº 8.666/93).

II. 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.

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 Nº 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 20/2012

I. O ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ACÓRDÃO TCU Nº 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 Nº 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 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.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 07/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 21/2012

OS BENS DE PROPRIEDADE DO UCUJA POSSEJAM 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 DESTES ÚLTIMO EM NÃO REALIZAR O RATEIO DAS REFERIDAS DESPESAS COM O CESSIONÁRIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 11/2012/GT467/DEPCONSU/PGF/AGU.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 22/2013 (AQUISIÇÃO E LOCAÇÃO. BENS IMÓVEIS)

I. O ART. 24, X, DA LEI 8.666/93 PODE SER APLICADO QUANDO HOUVER MAIS DE UM IMÓVEL DISPONÍVEL, DESDE QUE ATENDIDOS OS REQUISITOS ESPECÍFICOS DO DISPOSITIVO, A SEREM AFERIDOS NO CASO CONCRETO;

II. HAVENDO APENAS UM IMÓVEL DISPONÍVEL, A CONTRATAÇÃO DÁ-SE POR INEXIGIBILIDADE, DADA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO;

III. NA FASE DE PLANEJAMENTO DA AQUISIÇÃO OU LOCAÇÃO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO ADOTAR OS SEGUINTE PROCEDIMENTOS: (A) ESTABELECEER CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DO IMÓVEL DEMANDADO, DE ACORDO COM AS NECESSIDADES DO CASO CONCRETO E OBEDECIDAS ÀS PREMISSAS DO DECRETO 7.689/2012; (B) CONSULTAR OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS, ESPECIALMENTE A SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO (SPU), SOBRE A EXISTÊNCIA DE IMÓVEL COM AS CARACTERÍSTICAS PRETENDIDAS, PARA FINS DE GRATUITAMENTE ADQUIRIR OU OPCUPAR; (C) NÃO HAVENDO A POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO OU OCUPAÇÃO GRATUITA, DAR PUBLICIDADE À DEMANDA DE MODO A AVERIGUAR AS OPÇÕES DISPONÍVEIS NO MERCADO, POR MEIO DE UMA ESPÉCIE DE AVISO

DE PROCURA DE IMÓVEL, A SER PUBLICADO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO NA LOCALIDADE, OU OUTRO MEIO DE PUBLICIDADE QUE SE REVELE MAIS EFETIVO, ESTABELECENDO PRAZO RAZOÁVEL PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS DE IMÓVEIS; (D) DE POSSE DAS PROPOSTAS, DELIBERAR SOBRE A FORMA DE CONTRATAÇÃO CABÍVEL (LICITAÇÃO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE); (E) PROCEDER NA FORMA DA LEI 8.666/93, OBSERVANDO-SE ESPECIALMENTE A NECESSIDADE DE REALIZAR AVALIAÇÃO PRÉVIA E DE FAZER UMA PESQUISA DE MERCADO; (F) NOS CASOS DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE, FAZER CONSTAR DOS AUTOS OS ELEMENTOS MENCIONADOS NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 26 DA LEI DE LICITAÇÕES, SENDO IMPRESCINDÍVEL, NA DEFINIÇÃO DA RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR, DEIXAR EXPRESSOS OS MOTIVOS DA RECUSA DOS IMÓVEIS NÃO SELECIONADOS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 29.04.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 23/2013
(LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE GERENCIAMENTO DE FROTA)**

I. A ADOÇÃO DO DENOMINADO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DE FROTA, POR SE TRATAR DE INTERMEDIACÃO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS, EXIGE JUSTIFICATIVA ESPECÍFICA, ELABORADA COM BASE EM ESTUDOS TÉCNICOS, OS QUAIS DEMONSTREM ASPECTOS COMO A ADEQUAÇÃO, A EFICIÊNCIA E A ECONOMICIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MODELO, TUDO A SER DEVIDAMENTE CONSIGNADO NO DOCUMENTO DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO (TERMO DE REFERÊNCIA, PROJETO BÁSICO ETC.)

II. NA CONTRATAÇÃO DO GERENCIAMENTO DE FROTA, DEVE A ADMINISTRAÇÃO ADOPTAR AS SEGUINTE RECOMENDAÇÕES, A FIM DE RESGUARDAR A COMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: (A) UTILIZAR CRITÉRIO DE JULGAMENTO NÃO SÓ EM RELAÇÃO AO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO, MAS TAMBÉM EM RELAÇÃO AOS BENS E SERVIÇOS DECORRENTES DO CONTRATO; (B) EVITAR QUE A PESQUISA OU COTAÇÃO DE PREÇOS DE MERCADO QUE SE FAÇA NECESSÁRIA NO CURSO DO CONTRATO FIQUE A CRITÉRIO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE DA EMPRESA CONTRATADA, OBSERVANDO, NESSA PESQUISA, OS TERMOS DO PARECER Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU; (C) NÃO EXIGIR A APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA NA FASE DE HABILITAÇÃO, MAS SIM FIXAR NO EDITAL PRAZO HÁBIL À VENCEDORA PARA QUE APRESENTE A RELAÇÃO CONFORME EXIGÊNCIAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 29.04.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 24/2013

APLICAM-SE AOS TERMOS DE PARCERIA OS MESMOS INSTITUTOS ESTRUTURANTES APLICÁVEIS AOS CONVÊNIOS, INCLUINDO, NO QUE COUBER, OS MESMOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS; DIFERENCIANDO-SE OS MESMOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELA AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO NAQUELES E A PRESENÇA NESTES ÚLTIMOS. COMO RESSALVA, DEVE-SE TER O AJUSTE ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA QUE, MESMO HAVENDO CONTRAPRESTAÇÃO DIRETA ENTRE AS PARTES, DEVERÁ SER CELEBRADO O TERMO DE COOPERAÇÃO, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE O ENTE POLÍTICO FIGURAR, NA MESMA RELAÇÃO, COMO CONTRATANTE E CONTRATADO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 01/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 16.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 25/2013:

O INSTRUMENTO JURÍDICO ADEQUADO PARA REGULAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR ESTAGIÁRIOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É O CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O ENTE PÚBLICO E A INSTITUIÇÃO DE ENSINO. CONTUDO, O EDUCANDO SOMENTE ESTARÁ AUTORIZADO A INICIAR SUAS ATIVIDADES APÓS CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO QUE CONTENHA AS CLÁUSULAS TIDAS COMO OBRIGATÓRIAS PELO ARTIGO 22 DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA SRH/MP 07/2008.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 09.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 26/2013:

O ADMINISTRADOR PÚBLICO PODERÁ CELEBRAR CONTRATO COM AGENTES DE INTEGRAÇÃO, DESDE QUE PRECEDIDO DO RESPECTIVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ENTRETANTO, TAL INSTRUMENTO NÃO AFASTA A NECESSIDADE DE SE FIRMAR TERMO DE COMPROMISSO ENTRE A INSTITUIÇÃO DE ENSINO, O ENTE CONCEDENTE E O EDUCANDO, VEDADA A PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES DE INTEGRAÇÃO COMO REPRESENTANTES DE QUALQUER DAS PARTES, NA FORMA DO ART. 16 DA LEI 11.788/2008.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 09.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 27/2013:

NÃO SE DEVE PERMITIR A ACUMULAÇÃO DE BOLSAS DE ESTÁGIO PARA ESTUDANTES EM FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA, EXCETO QUANDO HOUVER EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL. ACRESCENTE-SE QUE O ACÚMULO DE DUAS BOLSAS DE ESTÁGIO TENDE A SER INCOMPATÍVEL COM O LIMITE MÁXIMO DE CARGA HORÁRIA PREVISTO NOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI 11.788/2008.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 09.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 28/2013:

É POSSÍVEL QUE O CONCEDENTE DE VAGAS DE ESTÁGIO RESERVE UM DETERMINADO PERCENTUAL DE VAGAS A ALUNOS COTISTAS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 09.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 29/2013:

É VEDADO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO SE UTILIZAR DA CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES, POIS ESTA GERA VÍNCULO EMPREGATÍCIO E PRESSUPÕE ANOTAÇÃO NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL - CTPS, EM DESACORDO COM O ARTIGO 37 *CAPUT* E INCISO II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 02/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 09.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 30/2013:

O OBJETO DO CONVÊNIO DEVERÁ SER EXECUTADO DENTRO DO PRAZO PREVISTO INICIALMENTE. CONTUDO, PODERÁ OCORRER QUE ESSE PRAZO, POR QUESTÕES SUPERVENIENTES, REVELE-SE INSUFICIENTE, HIPÓTESE EM QUE SERÁ POSSÍVEL A PRORROGAÇÃO

DO PRAZO DE VIGÊNCIA, COM BASE NO ART. 50 DA PI Nº 507/2011. CONSIDERANDO O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONVÊNIOS, AS LIMITAÇÕES DE PRAZO PREVISTAS NOS INCISOS DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/93 NÃO PODEM SER TIDAS COMO ABSOLUTAS, SENDO POSSÍVEL A PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONVÊNIO EM HIPÓTESES DIVERSAS DAQUELAS PREVISTAS NO MENCIONADO ARTIGO, INCLUSIVE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, ALÉM DO PRAZO DE 60 (SESENTA) MESES, DESDE QUE O CASO CONCRETO JUSTIFIQUE TAL EXCEPCIONALIDADE E SEJAM APRESENTADAS AS DEVIDAS JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS SUFICIENTEMENTE APTAS A DETERMINAR A PRORROGAÇÃO DO PRAZO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 13.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 31/2013:

A PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL DO PRAZO DE VIGÊNCIA, INCLUSIVE NO CASO DE EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO DE 5 ANOS, NÃO DESNATURA A CARACTERÍSTICA DO CONVÊNIO COMO UM “AJUSTE POR ESCOPO”, NA MEDIDA EM QUE O CONVÊNIO NÃO É INSTRUMENTO IDÔNEO PARA FINANCIAR SERVIÇOS DE CARÁTER CONTINUADO, DEVENDO O PRODUTO/OBJETO CONVENIADO ESTAR, DE FORMA OBRIGATÓRIA, DETALHADAMENTE ESPECIFICADO NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO, DE MODO A EVITAR A INCLUSÃO POSTERIOR DE METAS QUE NÃO TENHAM RELAÇÃO COM O OBJETO INICIALMENTE CONVENIADO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 13.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 32/2013:

A PUBLICIDADE É CONDIÇÃO DE EFICÁCIA (DE CARÁTER DECLARATÓRIO, POIS), ENÃO DE VALIDADE (CONSTITUTIVO), DOS ATOS ADMINISTRATIVOS BEM COMO DOS DEMAIS AJUSTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DEVENDO A FORMA SE DAR, NOS AJUSTES CONVENIAIS, PELA INSERÇÃO NO PORTAL DOS CONVÊNIOS, E, NOS CASOS RESTRITIVAMENTE ELENCADOS NO ART. 46 DA PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 507, DE 2011, TAMBÉM PELA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. NESSE SENTIDO, É REQUISITO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE PODE SER CONVALIDADO INDEPENDENTEMENTE DE CABÍVEL APURAÇÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 04/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 24.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 33/2013:

I - VERIFICA-SE A POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DE APOIO TÉCNICO DE TERCEIROS NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES, COM FUNDAMENTO NO ART. 116, CUMULADO COM O ART. 67 DA LEI Nº 8.666/93, E AINDA EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO ARTIGO 67, §22, I DA PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 507/2011;

II - EXCEPCIONALMENTE, FUNDAMENTADO EM INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AINDA DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE CONTAS NACIONAL AO VALORIZAR NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO CIRCUNSTÂNCIAS COMO OS VALORES DOS RECURSOS PÚBLICOS ENVOLVIDOS E A FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E ELENANDO COMO REQUISITO PARA A PERMISSÃO A AUSÊNCIA DE CARÁTER ROTINEIRO NA ATIVIDADE CONTRATADA E ATIVIDADE FINALÍSTICA DO CONCEDENTE, ADMITE-SE QUE ESSA CONTRATAÇÃO POSSA ENVOLVER ATIVIDADES DE APOIO ÀS CATEGORIAS FUNCIONAIS ABRANGIDAS PELO SEU PLANO DE CARGOS, EXIGINDO A APROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO MATERIAL DAS TAREFAS EXECUTIVAS POR PARTE DO QUADRO DE SERVIDORES DO CONCEDENTE, NOS TERMOS DO DECRETO-LEI Nº 200/67, RAZÃO PELA QUAL SE DEVE VERIFICAR A COMPATIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO A SER REALIZADA COMO QUANTITATIVO DE SERVIDORES RESPONSÁVEIS PELA SUPERVISÃO DOS ATOS PRATICADOS PELO APOIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 24.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 34/2013:

I. A VIGÊNCIA DOS CONVÊNIOS DEVE SER FIXADA NO SEU INSTRUMENTO E SUA EVENTUAL PRORROGAÇÃO, QUE NÃO SEJA “DE OFÍCIO” DECORRENTE DO ATRASO NA LIBERAÇÃO DOS RECURSOS PELO CONCEDENTE, É UMA FORMA DE ALTERAÇÃO QUE DEVE SER SOLICITADA PELO CONVENIENTE EM TEMPO HÁBIL.

II. A PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA APÓS SUA EXPIRAÇÃO, MESMO QUE POR CULPA DO CONCEDENTE, NÃO PODE SER OBJETO DE

CONVALIDAÇÃO, HAJA VISTA NÃO SE TRATAR DE VÍCIO SANÁVEL. DEVERÁ O CONCEDENTE ANALISAR EVENTUAL RECONHECIMENTO DE DÍVIDA PELA UNIÃO, BEM COMO VERIFICAR A POSSIBILIDADE DE APROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS COM RESSALVAS, SE O OBJETO TIVER SIDO CONCLUÍDO. ALÉM DISSO, CABE APURAÇÃO NOS CASOS ACIMA DA RESPONSABILIDADE DE QUEM DEU CAUSA À EXPIRAÇÃO DA VIGÊNCIA.

III. COM BASE NA ON AGU Nº 03, O PARECERISTA DEVE APONTAR A IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO INSTRUMENTO QUE TEVE EXTRAPOLAÇÃO DE VIGÊNCIA E SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS ANTERIORES.

IV. AVULTA NOTAR AINDA QUE, TENDO EM VISTA O INTERESSE PÚBLICO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ, COMO SOLUÇÃO JURÍDICA MAIS VIÁVEL NO CASO EM ANÁLISE, VERIFICAR A POSSIBILIDADE DE ASSINATURA DE UM NOVO CONVÊNIO COM O CONVENIENTE PARA CONTINUIDADE DO OBJETO, OU AINDA, VALER-SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DA PRERROGATIVA TRAZIDA NO INCISO VII DO ART. 43 DA PORTARIA Nº 507/2011.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 06/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 24.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 35/2013:

I. A SIMPLES DECLARAÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DO ENTE CONVENIENTE ATESTANDO QUE O IMÓVEL SE ENQUADRA NA CLASSIFICAÇÃO CONSTANTE DO ART. 99 DO CÓDIGO CIVIL NÃO É SUFICIENTE PARA A COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PLENOS PODERES SOBRE A PROPRIEDADE DO IMÓVEL EM QUE SE REALIZARÁ A OBRA OU BENFEITORIA COM RECURSOS PÚBLICOS.

II. NOS CASOS EM QUE A ÁREA DE INTERVENÇÃO SE TRATAR DE RODOVIAS, ESTARÁ DISPENSADA A APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO EMITIDA PELO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS, BASTANDO, PARA FINS DE ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 39, IV, DA PORTARIA INTERMINISTERIAL MP/MF/CGU Nº 507/2011, A COMPROVAÇÃO DE QUE A RESPECTIVA RODOVIA OBJETO DO CONVÊNIO INTEGRA O SISTEMA NACIONAL DE VIAÇÃO DE QUE TRATA A LEI Nº 12.379/2011.

III. NOS CASOS EM QUE A ÁREA DE INTERVENÇÃO SE TRATAR DE LOGRADOUROS PÚBLICOS, DEVERÁ SER EXIGIDA DO ENTE CONVENIENTE

CERTIDÃO EMITIDA PELO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS COMPETENTE, SALVO SE APRESENTADA PELO CONVENIENTE JUSTIFICATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E APROVADA PELA ÁREA TÉCNICA DA ENTIDADE CONCEDENTE, SITUAÇÃO EM QUE SE DARÁ POR CUMPRIDO O REQUISITO MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE MAPA GEORREFERENCIADO QUE CONTENHA, AO MENOS, O TRAÇADO DOS LOTES, DO SISTEMA VIÁRIO E DAS ÁREAS LIVRES DE USO PÚBLICO, PERMITINDO A CORRETA IDENTIFICAÇÃO DO LOCAL EM QUE SERÁ REALIZADA A OBRA OU BENFEITORIA, E DE CERTIDÃO NEGATIVA COMPROBATÓRIA DA INEXISTÊNCIA DE DOMÍNIO PARTICULAR, EXPEDIDA PELO OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA LOCALIDADE DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL.

IV. A PAR DO QUE DISCIPLINA A ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 30/2010, DEVE-SE RECOMENDAR AO GESTOR PÚBLICO QUE SEJA REGISTRADO NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A DOMINIALIDADE PÚBLICA, MANTENDO-SE A COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTRUÇÃO FÍSICA E AS INFORMAÇÕES CONSTANTES NO SISTEMA DE GESTÃO DE CONVÊNIOS E CONTRATOS DE REPASSE (SICONV), A FIM DE POSSIBILITAR O CONTROLE DO CUMPRIMENTO TEMPESTIVO DA CLÁUSULA CONDICIONANTE, CASO TENHA SIDO FIXADA NO INSTRUMENTO DE CONVÊNIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 07/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 24.05.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 36/2013:

I - OS RESTOS A PAGAR INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSADOS E NÃO LIQUIDADOS POSTERIORMENTE TEM VALIDADE ATÉ 30 DE JUNHO DO SEGUNDO ANO SUBSEQUENTE AO DE SUA INSCRIÇÃO, CONFORME REGRA GERAL INSCULPIDA NO ART. 68, §2º, DO DECRETO Nº 93.872/1986, RESSALVADAS AS HIPÓTESES ELENCADAS NO PARÁGRAFO 3º DO MESMO DISPOSITIVO.

II - OS RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS E NÃO LIQUIDADOS DOS EXERCÍCIOS FINANCEIROS DE 2007, 2008 E 2009, RELATIVOS ÀS DESPESAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO PERMANECEM VÁLIDOS, TENDO EM VISTA O PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.418/2010, NÃO SE LHES APLICANDO QUALQUER DISPOSIÇÃO DO DECRETO Nº 7.468/2011.

III - NAS DESPESAS RELATIVAS AO MINISTÉRIO DA SAÚDE, DE QUE TRATA O ART. 1º DO DECRETO Nº 7.418/2010, INCLUEM-SE AQUELAS REALIZADAS POR TODAS AS UNIDADES ORÇAMENTÁRIAS QUE COMPÕEM O REFERIDO ÓRGÃO ORÇAMENTÁRIO.

IV - AOS RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS E NÃO LIQUIDADOS DO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2010 APLICA-SE A EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 68, §3º, DO DECRETO Nº 93.872/1986, HAJA VISTA O QUANTO CONSIGNADO NO ART. 3º DO DECRETO Nº 7.654/2011.

V - A DESPEITO DE NÃO EXISTIR RESTRIÇÃO TEMPORAL À VALIDADE DOS RESTOS A PAGAR INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSADOS E NÃO LIQUIDADOS POSTERIORMENTE ABRANGIDOS PELO DISPOSTO NO ART. 1º DO DECRETO 7.418/2010 E NO ART. 68, §3º, DO DECRETO Nº 93.872/1986, DEVE-SE OBSERVAR SE PERSISTE UMA DAS SITUAÇÕES ELENCADAS NO ITEM 3.2 DO CAPÍTULO 020000, DA SEÇÃO 020300, DO ASSUNTO 020317, DO MANUAL SIAFI, E, EM CASO NEGATIVO, PROCEDER-SE AO CANCELAMENTO DA RESPECTIVA INSCRIÇÃO, A FIM DE EVITAR O COMPROMETIMENTO DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA PROJETOS QUE SEJAM MAIS VIÁVEIS TECNICAMENTE.

VI - A AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO TEMPORAL PARA A VALIDADE DOS RESTOS A PAGAR INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSADOS E NÃO LIQUIDADOS POSTERIORMENTE, ABRANGIDOS PELO DISPOSTO NO ART. 1º DO DECRETO 7.418/2010 E NO ART. 68, §3º, DO DECRETO Nº 93.872/1986, NÃO JUSTIFICA A PRORROGAÇÃO PERENE DOS INSTRUMENTOS QUE AMPARAM A SUA MANUTENÇÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 08/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 01.07.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 37/2013:

A ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009 NÃO OBSTA A CONTRATAÇÃO DIRETA POR

INEXIGIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA PARA MINISTRAR CURSO FECHADO PARA A

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DO ART. 25, II, §1º,

DA LEI Nº 8.666/93.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10 DE JULHO DE 2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 38/2013:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS. REPACTUAÇÃO. REAJUSTE.

I. NA REPACTUAÇÃO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ INVESTIGAR SE HOVE DIMINUIÇÃO DE ALGUNS CUSTOS UNITÁRIOS DA CONTRATAÇÃO, DE MODO A RECALCULÁ-LOS EM VALOR MENOR.

II. REPACTUAÇÃO E REAJUSTE SÃO INSTITUTOS DISTINTOS. A ADOÇÃO DO INSTITUTO CABÍVEL NÃO É DISCRICIONÁRIA E DEVE OBSERVAR OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 23/2009.

III. NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, DEVE-SE ADOPTAR CLÁUSULA DE REAJUSTE POR ÍNDICES SETORIAIS OU ESPECÍFICOS. CASO INEXISTAM ÍNDICES SETORIAIS OU ESPECÍFICOS, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ ADOPTAR O ÍNDICE GERAL DE PREÇOS QUE MELHOR ESTEJA CORRELACIONADO COM OS CUSTOS DO OBJETO CONTRATUAL OU, AINDA, EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO, VERIFICAR SE EXISTE, NO MERCADO, ALGUM ÍNDICE GERAL DE ADOÇÃO CONSAGRADA PARA O OBJETO CONTRATADO. NÃO HAVENDO ÍNDICES COM UMA DESSAS CARACTERÍSTICAS, DEVE SER ADOPTADO O REAJUSTAMENTO PELO IPCA/IBGE, POIS É O ÍNDICE OFICIAL DE MONITORAMENTO DA INFLAÇÃO NO BRASIL. QUALQUER QUE SEJA O ÍNDICE UTILIZADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ JUSTIFICAR SUA ESCOLHA TÉCNICAMENTE.

IV. A REPACTUAÇÃO PROMOVIDA POR APOSTILAMENTO NÃO EXIGE MANIFESTAÇÃO OBRIGATÓRIA DA PROCURADORIA, POIS NÃO SE ESTÁ DIANTE DA ALTERAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS (ARTS. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, E 65, §8º, DA LEI Nº 8.666/93 E ART. 40, §4º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG Nº 02/2008). DÚVIDAS JURÍDICAS PORVENTURA EXISTENTES DEVERÃO SER APRECIADAS PELA PROCURADORIA.

V. EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS QUE TENHAM PARTE DO OBJETO PRESTADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA E PARTE SEM DEDICAÇÃO

EXCLUSIVA, DEVE SER ADOTADA A REPACTUAÇÃO COMO FORMA DE REAJUSTAMENTO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10 DE JULHO DE 2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013:

POR FORÇA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO Nº 3.144/2011-PLÊNARIO DO TCU, E BUSCANDO UNIFORMIZAR O SEU ATENDIMENTO POR PARTE DE TODAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, É RECOMENDÁVEL A VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO, ENTENDIDO ESTE COMO O CONJUNTO DE ITENS PARA OS QUAIS, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, FOI EXIGIDA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVASSEM EXECUÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, SALVO SE TRATAR-SE DE LICITAÇÃO REGIDA PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO - RDC, QUE POSSUI DISCIPLINA ESPECÍFICA.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 40/2013:

1. NAS LICITAÇÕES DESTINADAS À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR AGÊNCIAS DE VIAGENS, PARA A AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS, PODE O EDITAL PREVER A POSSIBILIDADE DE OFERTA DE TAXA ZERO OU NEGATIVA.

2. O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA DE TAXA ZERO OU NEGATIVA DEVE ESTAR OBJETIVAMENTE FIXADO NO EDITAL.

3. A ORIENTAÇÃO EXPEDIDA NESTE PARECER SOMENTE DEVE SER OBSERVADA ENQUANTO INALTERADA A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 07/2012/SLTI, NO PONTO, OU ATÉ DELIBERAÇÃO CONCLUSIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO BOJO DO TC 003.273/2013-0.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 12.07.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 41/2013:

I - O DESTAQUE ORÇAMENTÁRIO VIABILIZADO POR MEIO DE TERMO DE COOPERAÇÃO É UMATO DE GESTÃO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, O QUE NÃO IMPEDE, CONTUDO, QUE GERE CONSEQUÊNCIAS NA ESFERA JURÍDICA;

II - O TERMO DE COOPERAÇÃO É O ÚNICO INSTRUMENTO JURÍDICO HÁBIL PARA A FORMALIZAÇÃO DA DESCENTRALIZAÇÃO EXTERNA DE CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DO DECRETO Nº 825/1993, E, EM DECORRÊNCIA DE SUA NATUREZA E DAS OBRIGAÇÕES QUE DELE IRÃO ADVIR PARA AS ENTIDADES E/OU ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL ENVOLVIDOS, DEVE NECESSARIAMENTE SER SUBMETIDO À PRÉVIA ANÁLISE DO RESPECTIVO ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO.

III - A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COOPERAÇÃO DEVE SER PRECEDIDA DE ADEQUADA INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM, AO MENOS, PLANO DE TRABALHO; TERMO DE REFERÊNCIA CONTENDO ORÇAMENTO DETALHADO (CONSIDERANDO OS PREÇOS PRATICADOS NO MERCADO, A DEFINIÇÃO DOS MÉTODOS E O PRAZO PARA EXECUÇÃO DO OBJETO); ANÁLISE TÉCNICA PRÉVIA E CONSISTENTE, DEMONSTRANDO A COMPATIBILIDADE DO OBJETO COM A MISSÃO INSTITUCIONAL DOS ÓRGÃOS E/OU ENTIDADES ENVOLVIDOS, BEM COMO O SEU ENQUADRAMENTO NO RESPECTIVO PROGRAMA E AÇÃO ORÇAMENTÁRIOS DOS QUAIS DECORREM OS RECURSOS QUE SERÃO DESCENTRALIZADOS; E DEMONSTRAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA DO ÓRGÃO OU ENTIDADE FEDERAL RECEBEDORA DO RECURSO PARA A EXECUÇÃO DIRETA DO OBJETO, RESSALVADAS AS ATIVIDADES ACESSÓRIAS QUE PODEM SER CONFERIDAS A TERCEIROS DESDE QUE OBSERVADA A LEI Nº 8.666/1993 NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO.

IV-ASEXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS PELA PORTARIA INTERMINISTERIAL MP/MF/CGU Nº 507/2011 PARA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS APLICAM-SE, NO QUE COUBER, AOS TERMOS DE COOPERAÇÃO.

V - É POSSÍVEL A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COOPERAÇÃO QUANDO SE TRATAR DE AJUSTE ENTRE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, COM ENTIDADES PÚBLICAS LEGALMENTE INCUMBIDAS DO DESEMPENHO DE ATIVIDADES VOLTADAS PARA A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL OU, AINDA, ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E VICE VERSA, DESDE QUE COM VISTAS À EXECUÇÃO DE AÇÕES QUE ESTEJAM NA ÁREA DE COMPETÊNCIA DAQUELES E, AO MESMO TEMPO, REPRESENTEM FORMA DE DAR CUMPRIMENTO À MISSÃO INSTITUCIONAL DESTAS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 09/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 06.09.2013.

CONCLUSÃO DEP CONSU/PGF/AGU Nº 42/2013:

I - O RECONHECIMENTO DA ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS, NÃO ENVOLVENDO CARÁTER COMPETITIVO NO RESPECTIVO CASO CONCRETO, TORNA POSSÍVEL A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO CREDENCIAMENTO.

II - NO ÂMBITO DA CULTURA, É POSSÍVEL QUE UMA DETERMINADA ENTIDADE SE RELACIONE COM ASSOCIAÇÕES DE AMIGOS NA ÁREA DA CULTURA EM PROJETOS DESSA NATUREZA, MESMO QUE A LEI DE REGÊNCIA NÃO PREVEJA EXPRESSAMENTE, SENDO QUE OS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS PODEM SER OS MESMOS QUE OS EXIGIDOS PELO IBRAM, ESPECIALMENTE QUANTO AO OBJETIVO EXCLUSIVO DA ASSOCIAÇÃO, VOLTADO PARA O AUXÍLIO DA ENTIDADE, EXCETO EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DA ASSOCIAÇÃO RESERVAR ATÉ DEZ POR CENTO DA TOTALIDADE DOS RECURSOS POR ELA RECEBIDOS PARA A SUA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO E MANUTENÇÃO.

III - APÓS O RECONHECIMENTO, DEVE SER FIRMADO INSTRUMENTO ENTRE AS ENTIDADES QUE PODE SER ASSINADO CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO *SUI GENERIS* ENTRE A ENTIDADE E A ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS, PREVENDO DESDE LOGO, OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES, DENTRE OUTROS REGRAMENTOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 116 DA LEI 8.666/93 E SEUS PARÁGRAFOS.

IV - DA MESMA FORMA QUE EXIGIDO NA LEGISLAÇÃO DO IBRAM, A ASSOCIAÇÃO DEVE PROCEDER À PUBLICAÇÃO DOS BALANCETES E SUBMISSÃO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE.

V - O PERCENTUAL DE ATÉ 10% DE QUE TRATA A LEI DEVE SER ENTENDIDO COMO UMA FORMA DE RESSARCIMENTO. PORTANTO, A DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DEVE SER OBJETO DE JUSTIFICATIVA E DE COMPROVAÇÃO ESPECÍFICA QUANTO ÀS DESPESAS EFETIVAMENTE REALIZADAS PARA A ADMINISTRAÇÃO E MANUTENÇÃO A SER DEFINIDO, OBSERVADO O LIMITE LEGAL. A EXISTÊNCIA OU MESMO A DEFINIÇÃO DE PERCENTUAL QUE PODE SER RESERVADO PELAS ASSOCIAÇÕES DE AMIGOS, QUE SE RELACIONAM COM OUTRAS ENTIDADES QUE NÃO SEJAM O IBRAM, DEVE ESTAR EXPRESSAMENTE AUTORIZADO POR DIPLOMA LEGAL ESPECÍFICO.

VI - POR FIM, DA MESMA FORMA COMO OCORRE NO IBRAM, A ASSOCIAÇÃO NÃO DEVE GOZAR DE NENHUM PRIVILÉGIO JUNTO À ADMINISTRAÇÃO, VEDANDO-SE EXPRESSAMENTE QUE: (A) ELA PARTICIPE DO DESENVOLVIMENTO OU EM QUAISQUER ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE COMPETÊNCIA DAS ENTIDADES PÚBLICAS; (B) NÃO PODERÃO REALIZAR AÇÕES E PROJETOS DE DURAÇÃO INDETERMINADA; (C) A ENTIDADE NÃO PODERÁ CEDER, PERMITIR O USO OU AUTORIZAR, POR MAIS PRECÁRIO QUE SEJA, O ESPAÇO FÍSICO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE COMÉRCIO PELAS ASSOCIAÇÕES DE AMIGOS, SEM QUE HAJA O DEVIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO; (D) A ENTIDADE NÃO PODERÁ CEDER, PERMITIR O USO OU AUTORIZAR, POR MAIS PRECÁRIO QUE SEJA, O ESPAÇO FÍSICO PARA A UTILIZAÇÃO COMO SEDE, DOMICÍLIO OU INSTALAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE ASSOCIAÇÕES DE AMIGOS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 10/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 06.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 45/2013:

OS ÓRGÃOS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL DEVEM OBSERVAR EM SUAS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS A DIFERENÇA ENTRE RECEITAS PÚBLICAS (EX. RESSARCIMENTO DO ART. 6º DA LEI Nº 8.958/94 E DEMAIS RECEITAS AUFERIDAS A PARTIR DOS PROJETOS) E DESPESAS REFERENTES À EXECUÇÃO DOS PROJETOS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 46/2013:

AS RECEITAS PÚBLICAS DEVEM SER, OBRIGATORIAMENTE, RECOLHIDAS À CONTA ÚNICA DO TESOUREIRO. AS DESPESAS DO PROJETO, POR SUA VEZ, NÃO SÃO RECEITAS PÚBLICAS, E OS RECURSOS CORRESPONDENTES, DESDE QUE DEVIDAMENTE CONSIGNADOS EM PLANO DE TRABALHO (NO § 1º DO ART. 6º DO DECRETO Nº 7.423/2010) PODEM SER DEPOSITADAS DIRETAMENTE EM CONTA ESPECÍFICA DO PROJETO DE TITULARIDADE DA FUNDAÇÃO DE APOIO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 47/2013:

NOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS NOS QUAIS SEJA PREVISTA A CAPTAÇÃO DIRETA DE RECURSO PELAS FUNDAÇÕES DE APOIO, ESTAS NÃO DEVERÃO FIGURAR COMO MEROS INTERVENIENTES, DEVENDO HAVER INSTRUMENTO TRIPARTITE, COM A ANUÊNCIA EXPRESSA DAS INSTITUIÇÕES APOIADAS, PRÉVIO EXAME PELA SUA RESPECTIVA ASSESSORIA JURÍDICA (ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 8.666/93) E O CONTROLE INDIVIDUALIZADO NO ÂMBITO DA IFE DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS, PARA FINS DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE NA GESTÃO DOS RECURSOS, INCLUINDO A DEVOLUÇÃO, QUANDO FOR O CASO, DE EVENTUAL SALDO DE RECURSOS E RENDIMENTOS FINANCEIROS, CONFORME DEFINIDO NO RESPECTIVO AJUSTE.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 12/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 48/2013:
(CONTRATAÇÃO POR MEIO DE CREDENCIAMENTO)**

I. A CONTRATAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO É CABÍVEL QUANDO NÃO HOUVER POSSIBILIDADE DE SELECIONAR UMA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, PELO FATO DE QUAISQUER INTERESSADOS QUE ATENDAM AOS REQUISITOS PRÉ-FIXADOS ESTAREM APTOS PARA CONTRATAÇÃO, INDISTINTAMENTE, ISTO É, SEM QUE HAJA QUALQUER DIFERENÇA ENTRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR UM OU OUTRO;

II. O CREDENCIAMENTO É ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DISTINTA DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO E PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO NO CAPUT DO ART. 25 DA LEI 8.666/93, POR ISSO SUA UTILIZAÇÃO DEVERÁ SER EXCEPCIONAL E DEVIDAMENTE JUSTIFICADA EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAR O OBJETO PRETENDIDO POR MEIO DE SELEÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA (LICITAÇÃO);

III. NO CASO DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO, NÃO É CABÍVEL O ESTABELECIMENTO DE QUALQUER FORMA DE PONTUAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO OU CRITÉRIO DE SELEÇÃO DISTINTIVOS ENTRE AQUELES QUE PREENCHEREM OS REQUISITOS PRÉ-ESTABELECIDOS, DEVENDO ESTAR TODOS EM IGUAL CONDIÇÃO DE SEREM CONTRATADOS E SENDO CUMPRIDOS OS CRITÉRIOS OBJETIVOS DE DISTRIBUIÇÃO DA DEMANDA PREVIAMENTE DEFINIDOS NO EDITAL.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 07/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 17.09.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 49/2013:
(LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SANÇÕES)**

I. O ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 PROÍBE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DO ENTE RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.

II. O ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 SOMENTE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES EM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SE A PENALIDADE HOUVER SIDO APLICADA POR ENTE FEDERAL.

III. RESSALVADA A NECESSÁRIA EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR FORÇA DE RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO OU DECLARAÇÃO DE NULIDADE, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO PROVOCA A RESCISÃO UNILATERAL AUTOMÁTICA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CURSO.

IV. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 OU DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO VEDA A PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE CONTRATAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NAS HIPÓTESES DO §1º DO ART. 57 E DO §5º DO ART. 79 DA LEI Nº 8.666/93.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 50/2013:

I - A CNDT DEVE SER EXIGIDA EM TODOS OS OBJETOS E LICITAÇÕES PÚBLICAS INDEPENDENTEMENTE DA MODALIDADE LICITATÓRIA UTILIZADA, BEM COMO AS CONTRATAÇÕES DIRETAS (DISPENSA E INEXIGIBILIDADE), RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 32, §1º DA LEI Nº 8.666/93, QUE TERÃO A PERTINÊNCIA DE SUA EXIGÊNCIA AVALIADA DIANTE DO CASO CONCRETO, NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO OU CONTRATAÇÃO;

II - O MOMENTO PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE TRABALHISTA QUANDO DA REALIZAÇÃO DO CERTAME DEVERÁ

OBSERVAR, ESTRITAMENTE, AS FORMALIDADES PREVISTAS EM LEI, ESPECIALMENTE AQUELA PREVISTA NO ART. 43, § 5º DA LEI Nº 8.666/93;

III - CONSIDERANDO A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, RECOMENDAMOS QUE A ADMINISTRAÇÃO ATUE CONFORME ORIENTADO PELA MENSAGEM SIASG Nº 078847, DE FORMA QUE A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS SEJA CONSIDERADA APTA A CERTIFICAR A REGULARIDADE DA INTERESSADA DURANTE TODO SEU PRAZO DE VIGÊNCIA, QUE DEVE SER AFERIDO PREVIAMENTE A CADA PAGAMENTO;

IV - CONSTATADA A EXISTÊNCIA DE CNDT POSITIVA, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ HABILITAR, CONTRATAR OU PRORROGAR O AJUSTE. NESTA ÚLTIMA HIPÓTESE, CASO A CONSTATAÇÃO DA IRREGULARIDADE OCORRA NO TRANSCURSO DA RELAÇÃO JURÍDICA, SERÁ AVALIADA, CONFORME O CASO, A NECESSIDADE DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO E A REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME, OBEDECENDO AO DISPOSTO NO ART. 34-A DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLT1/MPOG Nº 02/2008 C.C. ARTS. 78, INC. II E 55, INC. XIII, AMBOS DA LEI Nº 8.666, DE 1993;

V - NO CASO DE HAVER REGISTRO NO BANCO NACIONAL DE DEVEDORES TRABALHISTAS DE CONTRATADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE MONOPÓLIO, É RECOMENDÁVEL UTILIZAR A ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 9 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, POR ANALOGIA;

VI - PARA OS CONTRATOS FORMALIZADOS ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.440/11, A INTRODUÇÃO DA EXIGÊNCIA DA CNDT NO DECURSO DA RELAÇÃO JURÍDICA SOMENTE PODERÁ OCORRER POR ACORDO ENTRE AS PARTES. CASO NÃO HAJA CONSENSO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO OBSERVAR AS ORIENTAÇÕES CONTIDAS NO PARECER Nº 065/2012/DECOR/CGU/AGU, EM ESPECIAL O ITEM 26 DO MENCIONADO OPINATIVO,

REFERÊNCIA: PARECER Nº 09/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 51/2013:

I - NA HIPÓTESE DE ALTERAÇÕES RELACIONADAS COM O INDICADOR FÍSICO (QUANTIDADE) DO PLANO DE TRABALHO DO CONVÊNIO, QUE REPERCUTEM APENAS EM TAL AJUSTE, NÃO INCIDE O LIMITE DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº

8.666/93, TENDO EM VISTA A APLICAÇÃO SELETIVA AUTORIZADA PELO ART. 116 DA MESMA LEI, AS PECULIARIDADES E A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

II - NA HIPÓTESE DE ALTERAÇÃO QUANTITATIVA QUE REPERCUTE TANTO NO CONVÊNIO COMO NO CONTRATO CELEBRADO PELO CONVENIENTE PARA VIABILIZAR A EXECUÇÃO DO OBJETO, É PLENAMENTE APLICÁVEL O LIMITE DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO), EM VIRTUDE DE O LIAME JURÍDICO TRAVADO ENTRE O CONVENIENTE E A EMPRESA CONTRATADA REVELAR-SE COMO VERDADEIRA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL A ATRAIR A APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI Nº 8.666/93.

III - NOS CONVÊNIOS CELEBRADOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS, SELECIONADAS POR MEIO DE CHAMAMENTO PÚBLICO, O LIMITE DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO), PREVISTO NO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93, É PLENAMENTE APLICÁVEL ÀS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 30.09.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 52/2013:

O ART. 3º, §1º, DA LEI Nº 8.958/94 DEVE RECEBER UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE SORTE QUE A FACULDADE DA CAPACITAÇÃO DIRETA DE RECURSOS, SEM INGRESSO NA CONTA ÚNICA DO TESOURO NACIONAL, NÃO SE RESTRINJA A PROJETOS DE PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO, TAMBÉM SE APLICANDO AOS DE MAIS PROJETOS DE QUE TRATA O ART. 1º, CAPUT, DA LEI Nº 8.958/94, A EXEMPLO DE PROJETOS DE ENSINO E EXTENSÃO, EM CONSONÂNCIA, AINDA, COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, ALÉM DO POSTULADO DA INDISSOCIABILIDADE ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 14/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 19.11.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 53/2013:

A INTERPRETAÇÃO DO ART. 4-D, DA LEI Nº 8.958/94 DEVE PAUTAR-SE PELA JURISPRUDÊNCIA DO TCU ATINENTE À MATÉRIA, GARANTINDO,

SEMPRE, O CONTROLE E A TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO DOS RECURSOS, A OLADO DA EFETIVIDADE DOS PROJETOS, DE FORMA QUE, OS RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIOS, CONTRATOS, ACORDOS E DEMAIS AJUSTES GERENCIADOS PELAS FUNDAÇÕES DE APOIO DEVERÃO SER MANTIDOS EM CONTAS ESPECÍFICAS ABERTAS PARA CADA PROJETO, AFORA O DEVER DA FUNDAÇÃO DE APOIO DE GARANTIR O CONTROLE CONTÁBIL ESPECÍFICO DOS RECURSOS APORTADOS E UTILIZADOS EM CADA PROJETO, DE FORMA A GARANTIR O RESSARCIMENTO ÀS IFES, PREVISTO NO ART. 6º DA LEI Nº 8.958/94 (RESSARCIMENTO ESTE CONSIDERADO RECEITA PÚBLICA), PARA O QUAL A LEI APENAS PREVÊ A HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE DISPENSA PREVISTA NO §2º DO ART. 6º SUPRACITADO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 14/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 19.11.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 54/2013:

I - O ACORDO DE COOPERAÇÃO É O INSTRUMENTO JURÍDICO HÁBIL PARA A FORMALIZAÇÃO, ENTRE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU ENTRE ESTES E ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS, DE INTERESSE NA MÚTUA COOPERAÇÃO TÉCNICA, VISANDO À EXECUÇÃO DE PROGRAMAS DE TRABALHO, PROJETO/ATIVIDADE OU EVENTO DE INTERESSE RECÍPROCO, DA QUAL NÃO DECORRA OBRIGAÇÃO DE REPASSE DE RECURSOS ENTRE OS PARTÍCIPES.

II - A DISCIPLINA DO DECRETO Nº 6.170/2007 E DA PORTARIA INTERMINISTERIAL MP/MF/CGU Nº 507/2011 NÃO SE APLICA AO ACORDO DE COOPERAÇÃO, INCIDINDO APENAS, NO QUE COUBER, O DISPOSTO NO ART. 116, CAPUT E §1º, DA LEI Nº 8.666/1993.

III - A CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVE SER PRECEDIDA DE ADEQUADA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, QUE DEVE NECESSARIAMENTE CONTER PLANO DE TRABALHO QUE CONTEMPLE AS INFORMAÇÕES ELENCADAS NOS INCISOS I, II, III E VI DO PARÁGRAFO 1º DO ART. 116 DA LEI 8.666/1993 E ANÁLISE TÉCNICA PRÉVIA E CONSISTENTE, REFERENTE ÀS RAZÕES DE SUA PROPOSITURA, DE SEUS OBJETIVOS E DE SUA ADEQUAÇÃO À MISSÃO INSTITUCIONAL DOS ÓRGÃOS E/OU ENTIDADES ENVOLVIDOS, ALÉM DA PERTINÊNCIA DAS SUAS OBRIGAÇÕES, ESCLARECENDO, INCLUSIVE, O MOTIVO PELO QUAL A ADMINISTRAÇÃO DEIXOU DE ATENDER A ALGUM DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART. 116, §1º, DA LEI Nº 8.666/1993, SE FOR O CASO.

IV - A ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS QUE VENHA A CELEBRAR ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVERÁ COMPROVAR: A) O EXERCÍCIO, EM ANOS ANTERIORES, DE ATIVIDADES REFERENTES AO OBJETO DA PARCERIA; E B) A SUA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E/OU CAPACIDADE OPERACIONAL PARA GESTÃO DO INSTRUMENTO;

V - EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, NÃO SE RECOMENDA A CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS QUE: A) TENHAM COMO DIRIGENTE AGENTE POLÍTICO DE PODER PÚBLICO OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ASSIM COMO DIRIGENTE DE ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE QUALQUER ESFERA GOVERNAMENTAL, OU RESPECTIVO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO, BEM COMO PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O SEGUNDO GRAU; E/OU B) TENHAM, EM SUAS RELAÇÕES ANTERIORES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA OU INDIRETA, INCORRIDO EM PELO MENOS UMA DAS SEGUINTE CONDUTAS: 1) OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS; 2) DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DO OBJETO DE CONVÊNIOS, CONTRATOS DE REPASSE OU TERMOS DE PARCERIA; 3) DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS; 4) DANO AO ERÁRIO; E 5) PRÁTICA DE OUTROS ATOS ILÍCITOS NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIOS, CONTRATOS DE REPASSE OU TERMOS DE PARCERIA.

VI - NAS SITUAÇÕES EM QUE SE VERIFIQUE A POSSIBILIDADE DE QUE MAIS DE UMA ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS POSSA EXECUTAR O OBJETO DO ACORDO DE COOPERAÇÃO QUE A ADMINISTRAÇÃO PRETENDA CELEBRAR, É RECOMENDÁVEL QUE SEJA REALIZADO PRÉVIO CHAMAMENTO PÚBLICO OU CREDENCIAMENTO.

VII - O ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVERÁ SER SUBMETIDO À PRÉVIA APRECIÇÃO DOS ÓRGÃOS JURÍDICOS QUE ATUAM JUNTO ÀS ENTIDADES E/OU ÓRGÃOS ENVOLVIDOS, CONFORME PREVISTO NO ART. 11, V, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 73/1993 C/C O ART. 10, §1º, DA LEI Nº 10.480/2002 E NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 38 C/C O CAPUT DO ART. 116, AMBOS DA LEI Nº 8.666/1993.

VIII - OBSERVADA A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, O PRAZO DE VIGÊNCIA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVERÁ SER ESTIPULADO CONFORME A NATUREZA E A COMPLEXIDADE DO OBJETO, AS METAS ESTABELECIDAS E O TEMPO NECESSÁRIO PARA SUA EXECUÇÃO, NÃO SE ADMITINDO A FIXAÇÃO DE PRAZOS DESPROPORCIONAIS OU IRRAZOÁVEIS.

IX - É POSSÍVEL A PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO ALÉM DOS LIMITES TEMPORAIS ESTABELECIDOS NOS INCISOS DO ALUDIDO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/1993, DESDE QUE HAJA PRÉVIA ANÁLISE DA EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DO OBJETO DO ACORDO DE COOPERAÇÃO, BEM COMO DO CUMPRIMENTO DAS METAS ESTABELECIDAS NO PLANO DE TRABALHO.

X - CASO VENHA A SER VERIFICADA A NECESSIDADE DE REPASSE DE RECURSOS ENTRE OS PARTÍCIPES, COMO FORMA DE CONFERIR EFETIVIDADE AO ACORDO DE COOPERAÇÃO ANTERIORMENTE FIRMADO, DEVERÁ SER CELEBRADO INSTRUMENTO ESPECÍFICO PARA TANTO, OBSERVANDO-SE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 02.12.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 55/2013
(PREFERÊNCIA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO)**

I. O SRP NÃO DEVE SER ADOTADO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SE ENQUADREM NAS HIPÓTESES PERMISSIVAS PREVISTAS NO ART. 30, DO DECRETO Nº 7.892/2013, TAL COMO CONTRATAÇÃO ÚNICA E IMEDIATA.

II. É LEGAL A CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA:
A) PARA SERVIÇOS, ADOTANDO-SE COMO REGIME DE EXECUÇÃO A EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO E A TAREFA; E B) PARA COMPRAS, OCASIÃO EM QUE SE ADOTARÁ A COMPRA CONTINUADA COMO REGIME DE EXECUÇÃO CONTRATUAL.

III. HÁ SIMILARIDADE ENTRE AS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO PARA EXECUÇÃO CONFORME A DEMANDA E OS CASOS AOS QUAIS SE APLICA O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO.

IV. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO GOZA DE PREFERÊNCIA LEGAL, QUANDO CONSTATADAS UMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 3º, DO DECRETO Nº 7.892/2013.

V. PODERÁ SER AFASTADA A PREFERÊNCIA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO NOS CASOS EM QUE RESTE COMPROVADO NOS AUTOS DA CONTRATAÇÃO A INEFICIÊNCIA ECONÔMICA OU GERENCIAL DECORRENTE DA ADOÇÃO DO REGISTRO DE PREÇO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 10/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 03.12.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 56/2013:
(CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS)**

I. A CONTRATAÇÃO DE JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS PODE SER FEITA PELO SISTEMA DE ASSINATURA (COM AS EDITORAS) OU PELO SISTEMA DE DESCONTO SOBRE O PREÇO DE CAPA (COM DISTRIBUIDORES), SEM PREJUÍZO DE OUTRAS FORMAS QUE SE REVELEM MAIS ADEQUADAS, CONFORME AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO;

II. NO CASO DE CONTRATAÇÃO PELO SISTEMA DE ASSINATURA (COM AS EDITORAS), DEVE A ADMINISTRAÇÃO ATENTAR PARA AS SEGUINTE ORIENTAÇÕES: (A) DEVE PREFERIR TAL MODALIDADE SEMPRE QUE A QUANTIDADE DE PUBLICAÇÕES A SER CONTRATADA AFASTE A NECESSIDADE DE FORNECIMENTO POR MEIO DE DISTRIBUIDOR; (B) O LIMITE DA CONTRATAÇÃO DEVE SER O VALOR DE ASSINATURA, CABENDO À ADMINISTRAÇÃO EXIGIR OS PREÇOS NORMALMENTE APLICÁVEIS AOS ASSINANTES PRIVADOS; (C) NESSES CASOS, COMO O PAGAMENTO, EM REGRA, É ANTECIPADO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO OBSERVAR A ON/AGU Nº 37/2011; (D) DAR-SE-Á POR INEXIGIBILIDADE QUANDO O EDITOR TIVER DIREITOS DE EXCLUSIVIDADE;

III. NO CASO DE CONTRATAÇÃO PELO SISTEMA DE DESCONTO SOBRE O PREÇO DE CAPA (COM DISTRIBUIDORES), A ADMINISTRAÇÃO DEVE, EM REGRA, REALIZAR LICITAÇÃO, CABENDO-LHE AINDA: (A) JUSTIFICAR A NÃO UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE ASSINATURA, DEMONSTRANDO A IMPRESCINDIBILIDADE DE REUNIÃO DOS VÁRIOS EXEMPLARES DE QUE NECESSITA PARA FORNECIMENTO POR UMA SÓ EMPRESA CONTRATADA; (B) A COMPETIÇÃO DEVE OCORRER COM BASE NO VALOR DE CAPA, PODENDO SER UTILIZADO O CRITÉRIO DE MAIOR DESCONTO PARA AFERIR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA; (C) É RECOMENDÁVEL A DIVISÃO EM ITENS E/OU LOTES, DE MODO A AMPLIAR A COMPETITIVIDADE, JUSTIFICANDO-SE EVENTUAL AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO;

IV. EM QUALQUER DOS SISTEMAS DE CONTRATAÇÃO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ SEMPRE JUSTIFICAR AS RAZÕES DE ESCOLHA DE CADA UMA DAS PUBLICAÇÕES A SEREM CONTRATADAS.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 11/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 03.12.2013.

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 57/2013:
(CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO)**

I. A CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93 NÃO ENCONTRA ÓBICE NO §2º DO ART. 1º DO DECRETO Nº 2.271/97, POIS CONSTITUI UMA DAS EXPRESSAS DISPOSIÇÕES LEGAIS EM CONTRÁRIO A QUE SE REFERE O DISPOSITIVO DO DECRETO, PODENDO SER CONTRATADA AINDA QUE AS ATIVIDADES SEJAM INERENTES ÀS CATEGORIAS FUNCIONAIS ABRANGIDAS PELO PLANO DE CARGOS DO ÓRGÃO OU ENTIDADE;

II. NA ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO, DEVE-SE ZELAR PARA QUE SEJAM PREVISTAS APENAS ATIVIDADES ACESSÓRIAS À FISCALIZAÇÃO, CUIDANDO-SE PARA QUE A FISCALIZAÇÃO E OS ATOS QUE LHE SÃO INERENTES, TAIS COMO DECISÕES, ATESTOS, APLICAÇÃO DE PENALIDADES, RECEBIMENTO DE SERVIÇOS, REMANESÇAM NA FIGURA DO FISCAL OU GESTOR DO CONTRATO, REPRESENTANTE SERVIDOR A SER ESPECIALMENTE DESIGNADO PELA ADMINISTRAÇÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 03.12.2013.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 58/2013

(VIGÊNCIA DO CONTRATO DE ESCOPO)

I. CONSIDERA-SE EXTINTO O CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE ATINGE SEU PRAZO FINAL DE VIGÊNCIA, AINDA QUE SEJA CLASSIFICADO COMO CONTRATO “DE ESCOPO”;

II. EXPIRADO O PRAZO DE VIGÊNCIA E PENDENTE A CONCLUSÃO DO OBJETO ALMEJADO NO CONTRATO DE ESCOPO, DEVE-SE PROVIDENCIAR A INSERÇÃO DA PARTE REMANESCENTE EM NOVO CONTRATO ADMINISTRATIVO, O QUAL DEVERÁ SER PRECEDIDO DE LICITAÇÃO OU ENQUADRADO EM ALGUMA HIPÓTESE DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE;

III. A DISPENSA DE LICITAÇÃO DO ART. 24, IV, DA LEI Nº 8.666/93 PODE SER UTILIZADA MESMO NOS CASOS EM QUE O PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE ESCOPO TENHA EXPIRADO POR DESÍDIA DA ADMINISTRAÇÃO, DESDE QUE CUMPRIDOS OS REQUISITOS DO DISPOSITIVO LEGAL E RECOMENDADA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE QUEM DEU CAUSA À SITUAÇÃO EMERGENCIAL;

IV. A EXECUÇÃO DE CONTRATO EXTINTO, SEJA ELE DE ESCOPO OU DE EXECUÇÃO CONTINUADA, CONFIGURA CONTRATO VERBAL, APLICANDO-SE A ON/AGU Nº 04/2009, QUE DETERMINA O PAGAMENTO POR MEIO DE RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NOS TERMOS DO ART. 59 DA LEI Nº 8.666/93;

V. É VEDADA A REALIZAÇÃO DE OUTROS ATOS CONTRATUAIS, TAIS COMO PRORROGAÇÃO OU RESCISÃO, DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EXTINTO POR DECURSO DO PRAZO DE VIGÊNCIA.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 03.12.2013.

- O PARECER Nº 11/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013., REFERENTE À CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 43/2013 E CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 44/2013, TEVE SUSPENSÃO DETERMINADA PELO EXMO. PROCURADOR-GERAL FEDERAL, ESTANDO SOB REANÁLISE DA CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS DA PGF.