

PAULO SÁVIO N. PEIXOTO MAIA

PARECERES DA
PROCURADORIA JURÍDICA

VOLUME II



TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO CEARÁ

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

**PARECERES DA PROCURADORIA JURÍDICA
DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ**

Volume II

**TCE-CE
Fortaleza/CE
2017**

© 2017 by Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização do autor e do editor.

Projeto gráfico: J. Clecio Farias
Diagramação e formatação: Lilyanne Leitão
Capa: Lilyanne Leitão

Dados internacionais de catalogação na Fonte
Biblioteca Ministro Raimundo Girão

M217p Maia, Paulo Sávio N. Peixoto.

Pareceres da Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará: v. 2. / Paulo Sávio N. Peixoto Maia. – Fortaleza: TCE-CE, 2017.

131 p.

ISBN: 978-85-93622-00-7.

1. Tribunal de Contas – Ceará - Parecer. 2. Tribunal de Contas - Ceará - Procuradoria Jurídica. I. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. II. Título.

CDU.: 336.126.55(813.1)(094.7)

Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário: Josimar Batista dos Santos –
CRB3/1455

Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Conselheiro Presidente

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiro Vice-Presidente

Rholden Botelho de Queiroz

Conselheiro Corregedor

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

Conselheiros Substitutos

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Ministério Público Junto ao TCE-CE

Procurador-Geral

José Aécio Vasconcelos Filho

Procuradores

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Eduardo de Sousa Lemos

Procuradoria Jurídica
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Procurador-Geral

Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia

Consultor Jurídico

Geraldo Pinheiro Silva Neto

Consultora Jurídica

Maria de Fátima Siqueira Costa

Agradecimentos

O autor registra seus cumprimentos às equipes das unidades administrativas do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que, direta ou indiretamente, somaram preciosos esforços para que esta publicação tomasse corpo. Nomeadamente: Assessoria de Comunicação, na pessoa da jornalista Kelly de Castro; Biblioteca, na figura do bibliotecário Josimar Batista. Agradecemos também ao apoio administrativo da Procuradoria Jurídica (Lúcia Karyne e Hanielle Fernandes) pelo serviço na organização dos originais. Por último, e de modo mais importante, penhoradamente reconhecemos a gentileza do Presidente do Tribunal, Conselheiro Edilberto Pontes Lima, pelo incentivo a esta coleção.

Sumário

Introdução	13
1- Possibilidade jurídica de utilização de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva: serviço comum de engenharia.	17
2 - Contrato de fornecimento de serviço de mão de obra terceirizada: lista de verificação para recebimento de garantia por parte do gestor do contrato.	29
3 - Renovação de vigência de contrato de serviço de natureza contínua (art. 57, inc. II, Lei 8.666/93): estabelecimento de rotina administrativa mediante uso de lista de verificação (<i>check-list</i>).	40
4 - Da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de Ata de Registro de Preço após expedição de ordem de compra – consequente e necessária aplicação de penalidade.	54
5 - Notificação por edital em sede de processo administrativo de imposição de sanção por inadimplemento contratual: condições.	72
6 - Licenciamento de veículo oficial: obrigação jurídica tributária. Pagamento que não requer declaração de inexigibilidade de licitação. Caso de simples não-incidência da Lei 8.666/93.	80

7- Pagamento de Seguro Obrigatório DPVAT de veículos oficiais. Natureza jurídica de contrato: incidência da Lei 8.666/93. Caso de inexigibilidade de licitação. 90

8 - Administração Pública consensual após a Lei 13.019/2014: acordo de cooperação. 107

9 - Convênio de cooperação técnica com vigência indeterminada: possibilidade, ante a ausência de previsão de repasse de recursos financeiros. 123

Introdução

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

O presente volume dos *Pareceres da Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará* dedica-se a assunto de inquestionável centralidade para o direito administrativo. Trata-se do **contrato administrativo**, bem como do procedimento que usualmente antecede sua celebração, a **licitação**.

Classicamente, por “contrato administrativo” entende-se aquele “celebrado entre uma pessoa jurídica de direito público e outra pessoa, com o objeto de associar esta por certo período mediante retribuição ao desempenho regular de alguma atribuição de interesse público que deva prevalecer na disciplina contratual”¹.

Tal interesse público tanto pode configurar uma *necessidade interna* da Administração (fornecimento de material de consumo, p. ex.), como pode servir de instrumento para uma *descentralização* da atividade administrativa, mediante colaboração². Quanto a estes últimos, têm ocupado um grau cada vez maior de importância (também em termos orçamentários) em administrações públicas de países altamente desenvolvidos, a ponto de ser forjada a expressão “administração pelo contrato”, *government by contract*³. Aqui, entretanto, será ao primeiro tipo de contrato administrativo que os pareceres que compõem esta coletânea se referirão.

1 CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 224.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 384: “Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço.”

3 Por todos, Cf. DAVIES, Anne C. L. **The Public Law of Government Contracts**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

A Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) demarca em no art. 2º seu campo de incidência. Os contratos administrativos devem ser precedidos, em regra, de licitação:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando **contratadas** com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um **acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.**

Surge então a necessidade prévia de se saber se determinado ajuste intentado pela Administração Pública pode ser remetido ao conceito normativo de contrato. Caso a resposta ao questionamento revelar-se negativa, tem-se hipótese de simples não-incidência da Lei 8.666/93. Disso trata o nosso opinativo “Licenciamento de veículo oficial: obrigação jurídica tributária. Pagamento que não requer declaração de inexigibilidade de licitação. Caso de simples não-incidência da Lei 8.666/93”, que bem exemplifica uma não-incidência simples da Lei 8.666/93.

Do contrário, se estivermos a tratar de contrato, ainda que ausente qualquer traço de discricionariedade na liberdade de contratar, o regime licitatório se deixa atrair, nem que seja para se proceder à declaração de inexigibilidade (art. 25, Lei 8.666/93). Bem o exemplifica o estudo “Pagamento de Seguro Obrigatório DPVAT de veículos oficiais. Natureza jurídica de contrato: incidência da Lei 8.666/93. Caso de inexigibilidade de licitação”.

A verificação de que a aquisição de bens ou serviços reclama a regência da Lei 8.666/93 faz necessária a deflagração de

licitação (salvo exceções legais), cujo início se dá com um fase interna. Aqui a atuação do parecerista jurídica revela-se fundamental, tanto que a Lei Geral de Licitações condiciona o início da fase externa à aprovação das minutas de edital e do contrato por parte do órgão de assessoria jurídica (art. 38, Lei 8.666/93).

A padronização dos contratos do órgão público revelar-se-á de grande valia, ao eximir os setores administrativos envolvidos, e comissão de licitação, de ter que se debruçarem sobre cada cláusula ineditamente. No sentido de fornecer elementos para a institucionalização de rotinas, integra esta coletânea modelo de parecer em face de requerimento de abertura de pregão eletrônico⁴.

A normalização de rotinas administrativas também mostra seus ganhos quando da etapa de **fiscalização dos contratos**. Nesse sentido, também trazemos experiências do Tribunal de Contas do Estado na instituição de procedimentos: (i) para recebimento de apólice de seguro⁵; (ii) lista de verificação a ser observada quando da instrução de processos de renovação de vigência de contrato cujo objeto seja serviços contínuos⁶; (iii) condições para que se leve a efeito notificação por edital em sede de processo administrativo de imposição de sanção⁷; (iv) modelo de parecer que propõe aplicação de sanção por inadimplemento obrigacional⁸.

Por seu turno, o último bloco de pareceres dedica-se aos acordos não-onerosos da Administração Pública. Ajustes entre órgãos públicos, usualmente denominados “**convênios**”, “**acordo de**

4 “Possibilidade jurídica de utilização de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva: serviço comum de engenharia.”

5 “Contrato de fornecimento de serviço de mão de obra terceirizada: lista de verificação para recebimento de garantia por parte do gestor do contrato.”

6 “Renovação de vigência de contrato de serviço de natureza contínua (art. 57, inc. II, Lei 8.666/93): estabelecimento de rotina administrativa mediante uso de lista de verificação (*check-list*).”

7 “Notificação por edital em sede de processo administrativo de imposição de sanção por inadimplemento contratual: condições.”

8 “Da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de Ata de Registro de Preço após expedição de ordem de compra – consequente e necessária aplicação de penalidade.”

cooperação”, e temáticas que lhes são correlatas. O tema ganhou importância com a entrada em vigor da Lei 13.019/2014 (prazo de *vacatio legis* consumido em 23 de janeiro de 2016), e trouxe razoável grau de insegurança jurídica aos profissionais do direito que atuam no setor. Assim, oferecemos nossa contribuição para a sedimentação de entendimentos administrativos quanto à utilização, nesse novo marco, do conhecido instituto do “convênio”.

Por fim, reiteramos que a presente publicação não possui encampa pretensão científica. Antes, se contenta com somar esforços no sentido da construção e aperfeiçoamento de rotinas administrativas. Tampouco ostenta, esta publicação, qualquer natureza de “repositório oficial”. Sempre que dados, números e especificações de economia interna revelaram-se excessivos, procedemos à edição dos pareceres – nesta obra –, em benefício da fluidez da leitura. Outrossim, as opiniões os pareceres da Procuradoria Jurídica buscam se situar nos cânones da jurisprudência do TCE/CE, mas o contrário não necessariamente ocorre. Dessa forma, em benefício da clareza advertimos que os pareceres desta coletânea não são equivalentes funcionais dos órgãos de deliberação da Corte de Contas do Estado do Ceará.

1 - Possibilidade jurídica de utilização de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva: serviço comum de engenharia.¹

I

1. Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Jurídica, nos termos do parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/1993, para análise jurídica da minuta do edital de pregão eletrônico que visa a contratação de empresa especializada no ramo de engenharia para a prestação de serviços contínuos de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva com fornecimentos de peças, materiais e mão de obra, bem como a realização de serviços eventuais diversos desde que entendidos como serviços comuns de engenharia.

2. O processo administrativo encontra-se devidamente autuado, protocolado e numerado contendo a solicitação da abertura do procedimento licitatório pela unidade responsável, acompanhada do termo de referência (f. 02/24) e adendos de I a XVI, nos quais encontram-se o detalhamento e rotinas básicas da prestação dos serviços, descrição do material, planilhas de custos e de formação de preços, orçamento anual estimado de custos de mão de obra para os serviços de execução eventuais, quadro resumo do valor global máximo aceito para os serviços e materiais e outros (ff. 25/105). Em prosseguimento, verifica-se nos autos a informação sobre a dotação orçamentária (ff.107/108), portaria de nomeação da Equipe do Pregão (f.111) minuta do edital e seus anexos (ff.112/178), despacho à Procuradoria-Geral para análise da minuta do edital (f. 110) e Nota Explicativa (f. 178)

1 Parecer 299/2016 (Processo 0486/2016-2).

É o breve relatório.

II

II.1. Análise da modalidade de licitação

3. A contratação pública de bens, obras e serviços públicos deve ser realizada mediante processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Não poderia ser diferente, sendo esta a disciplina do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993 – ressalvados apenas os casos especificados na legislação.

4. No caso, a Comissão Permanente de Licitação optou pelo pregão eletrônico para licitar os serviços de engenharia objeto do Edital. Modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o Pregão Eletrônico é de utilização adequada para aquisição de bens e serviços comuns; possui disciplina e procedimentos próprios aplicando-se, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.

5. Veja o que diz a regra-matriz da modalidade, o art. 1º, da Lei 10.520/2005:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

6. No âmbito doutrinário, merece destaque a definição de

bens e serviços comuns entoadada por Marçal Justen Filho:

(...) bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo no mercado próprio.²

7. Com efeito, o conceito de “bens e serviços comuns” abrange aquilo que pode ser entendido como o simples, o rotineiro, o padronizado; passível de ser descritos objetivamente. E os serviços ora licitados, de engenharia, tiveram a sua natureza “comum” bem definida nos autos. Representativo disso, entre outras passagens, é a Nota Explicativa anexada aos autos (f.179) pela área técnica (Gerência de Projetos e Edificações) sobre os serviços que se deseja contratar por meio de pregão eletrônico, que assim reza:

“Esclarecendo os itens 1.1 e 1.2 do Termo de Referência de ff. 02-24, informamos que os serviços contínuos de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva, com fornecimento de materiais e mão-de-obra, bem como os serviços eventuais diversos, objeto do Termo de Referência ora licitado, são entendidos como SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA, uma vez que se tratam de serviços considerados de fácil realização, cujas características, quantidade e qualidades são passíveis de especificações usuais no mercado e, mesmo que exija profissional registrado no CREA para sua execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço.”

8. Dessa forma, entendemos que a natureza comum do serviço licitado encontra-se com motivação suficiente. E no que toca à questão preliminar de se saber se serviços de engenharia podem ser concebidos como serviços comuns, acreditamos que o tema

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29.

encontra-se pacificado na doutrina e jurisprudência.

9. Nos termos do Decreto Federal 5.450/2005, a vedação ao pregão na forma eletrônica ocorre em face de obras de engenharia, mas não serviços:

“Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, **não se aplica às contratações de obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.”

10. Mencionando proibição apenas para obras, é de se entender por sua possibilidade para serviços de engenharia que possam ser havidos por comuns. Com esteio nesse raciocínio o entendimento atual do Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido da “vedação de contratar obras e a permissão de contratar serviços comuns de engenharia mediante pregão”, caracterizando estes últimos, serviços de engenharia, como aquelas atividades em que “emprego de mão de obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica” (Acórdão 2079/2007 – Plenário; e Acórdão 2312/2012 – Plenário).

11. Andou assim, o TCU, na mesma linha da doutrina de Jorge Ulisses Jacoby³, que propugna que o serviço de engenharia pode ser considerado comum observando as condicionantes: “as características, quantidades e qualidades forem passíveis de especificações usuais no mercado”; “mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço”.

12. E em julgado paradigmático, que versou sobre representação cujo objeto fora a contratação de serviços de escavação e

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 371

remanejamentos preparatórios da construção do edifício Anexo III do próprio TCU, a Corte Federal de Contas enfrentou a questão de modo franco:

“Há tanta jurisprudência do TCU que ampara e até recomenda a contratação de serviços comuns de engenharia mediante pregão que bastaria encerrar a questão dizendo que a Administração do Tribunal, ao usar a modalidade para adjudicação dos trabalhos preliminares à construção do edifício Anexo III, andou na mais pura sintonia com o pensamento desta Corte de Contas, manifestado nos julgamentos dos atos dos seus jurisdicionados.”
(Acórdão 2079/2007 – Plenário)

13. Sepultando de vez qualquer dúvida sobre a questão, em 2010 o TCU editou a Súmula 257, cujo teor reproduz-se abaixo:

Súmula 257/TCU: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”

14. Por tudo isso, esta Procuradoria Jurídica entende que se encontra pacificado o cabimento, em tese, do pregão eletrônico para os serviços comuns de engenharia. No que pertine à adequação em concreto, tal deve ser caracterizado nos autos pela área administrativa demandante. E pelo que se verifica dos autos, o objeto definido pela área técnica deste Tribunal (ff. 02/24 do Termo de Referência) guarda compatibilidade – e o dizemos com a consciência de que não podemos substituir a área demandante em seu juízo técnico de valoração – com a escolha da modalidade de licitação escolhida, visto que os serviços de manutenção preventiva, corretiva e preditiva, bem como os serviços eventuais descritos nos autos foram caracterizados serviços comuns de engenharia.

15. Ante o exposto, o certame licitatório pode ser levado a efeito na modalidade escolhida, Pregão Eletrônico, com amparo na Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 5.450/2005, do Decreto Estadual nº

28.089/2006, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993, como corretamente dispôs a parte introdutória da minuta de Edital, à f. 112.

II.2. Análise da Minuta do Edital e de suas partes integrantes

16. Da leitura da minuta do instrumento editalício verifica-se que o mesmo, no geral, encontra-se em consonância com os requisitos estabelecidos no art. 40, *caput*, da Lei nº 8.666/93, e com as disposições da Lei Federal nº 10.520/2002, especificamente nos artigos 3º e 4º, além das demais normas pertinentes à matéria.

17. Nesse sentido, a minuta do edital traz o correto detalhamento da sessão do pregão, destacando que o critério de julgamento que será o do licitante que apresentar o lance de menor valor. Constam na minuta, os seguintes itens: a definição do objeto (item 1.0); do provedor do sistema eletrônico (item 2.0); das datas e horários (item 3.0); da participação (item 4.0); da função do pregoeiro (item 5.0); das responsabilidades do licitante (item 6.0); da proposta item 7.0); do processo e julgamento (item 8.0); da hipótese de desconexão com o pregoeiro (item 9.0); da habilitação (10.0); das impugnações e recursos (item 11.0); do pagamento (item 12.0); dos recursos financeiros (item 13.0); das penalidades (item 14.0); das disposições finais (item 15.0). A seguir, passamos a tecer comentários pontuais sobre a minuta.

a) Tratamento diferenciado (LC 123/2006).

18. No item 8.8. do edital observa-se que está garantida a preferência de contratação para as microempresas ou empresas de pequeno porte, exigência prevista na LC nº 123/2006, arts. 44 e 45, que assim estabelecem:

Art. 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempre-

sas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Como é impertinente a exclusividade da licitação em favor de ME e EPP, uma vez que a despesa projetada ultrapassa em muito a expressão de R\$ 80.000,00 estabelecido no art. 48, I, LC 123/2006, incide no caso tão somente as regras de preferência dispostas nos arts. 44 e 45, LC 123/2006 acima transcritos.

b) Garantia (item 21, Termo de Referência, f. 125v-126).

20. Digno de nota a inovação promovida pela Comissão Permanente de Licitação no tópico em questão. Vê-se que foi incorporada, no Edital em análise, a recomendação de S. Exa. o Presidente do Tribunal de Contas constante no Despacho Decisório que aprovou o Parecer 252/2016 da Procuradoria Jurídica (Processo 08830/2015-1).

21. Na oportunidade, foi asseverado que deveria ser considerada a conveniência e oportunidade de inserção, nos Editais (ou Termo de Referência) deste Tribunal, de cláusulas que contemplassem os seguintes conteúdos (se cabível a depender do objeto):

“CLÁUSULA X – A vigência da garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá abranger um período mínimo de três meses após o término da vigência contratual.”

“CLÁUSULA Y – Após a execução do contrato, será verificado o pagamento das verbas rescisórias decorrentes da contratação, ou a realocação dos empregados da Contratada em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção dos respectivos contratos de trabalho.

PARÁGRAFO ÚNICO – Caso a Contratada não logre efetuar uma das comprovações acima indicadas até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a Contratante poderá utilizar o valor da garantia prestada e dos valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços para realizar o pagamento direto das verbas rescisórias aos trabalhadores alocados na execução contratual.”

“CLÁUSULA Z – Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Contratante, mediante termo circunstanciado, de que a Contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 03 (três) meses após o término da vigência do contrato, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros, quando o prazo será ampliado, nos termos da comunicação”.

22. Uma leitura do item 21 do Termo de Referência (Anexo I do Edital) mostra que a Comissão Permanente de Licitação incorporou os conteúdos acima reproduzidos, em atendimento ao quanto recomendado pela Presidência. Contudo, temos mais sugestões a serem feitas.

23. O item 21 em análise – bem como a Cláusula 19 do Anexo II, Minuta do Contrato – devotam atenção à **devolução da garantia**. Temos como adequado que também o momento do **recebimento da garantia** seja objeto de disciplina. Assim, em simetria com o que faz o Ente Federal, por recomendação da Advocacia-Geral da União, **recomenda-se** a inclusão dos seguintes conteúdos:

“ A.1 A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia previsto⁴ acarretará a aplicação de multa de 0,2% (dois décimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 5% (cinco por cento).”

“A.2. O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a Administração a promover o bloqueio dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% (cinco por cento) do valor anual do contrato, a título de garantia; bloqueio que não gera nenhum tipo de compensação financeira à contratada”.

4 10 dias, segundo o item 19.1 do Contrato e 21.1 do Termo de Referência.

“A.3 A contratada poderá, a qualquer tempo, substituir o bloqueio efetuado com base no item 3 desta cláusula por quaisquer das modalidades de garantia, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária”.

“A.4. O quanto disposto no item A.1 deve ser observado também quando da reposição da garantia, sempre que a contratada for notificada para isso”.

24. Não desconhecemos que o TCU tem antigo entendimento de que a prestação de garantia deveria ocorrer antes da assinatura do contrato (ex: Acórdão 2292/2010 – Plenário). Ocorre que em 23.12.1013 a IN 02/2008 do Ministério do Planejamento foi modificada, e seu art. 19 passou a ostentar redação que propugnam pela adoção das medidas de prudência acima descritas. E é bem de ver que o TCU passou a abrigá-las em seus ajustes administrativos (Contrato 50/2015, Cláusula Sete, por exemplo). Como de resto faz a União. Por mais que as Instruções Normativas do Ministério do Planejamento não se apliquem a este TCE/CE, nada impede (em juízo não definitivo sobre o tema) que este Tribunal adote tal obrigação aos licitantes (sendo sabido que não só a lei é fonte das obrigações, mas também a vontade dos contratantes).

25. Ainda sobre a garantia na execução do contrato, **recomenda-se também a aposição de cláusulas – no Edital, Contrato ou Termo de Referência, a depender do caso – que contemplem as seguintes obrigações:**

X.1. “Independentemente da modalidade de garantia escolhida, ela assegurará o pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber”.

X.2. “Se apresentada na modalidade seguro-garantia, tal somente será aceita se a apólice contemplar todos os eventos indicados no item X.2”.

26. **Recomenda-se**, também que fique consignado que, no caso de garantia prestada em dinheiro, para fins de depósito devem ser observadas as mesmas condições de pagamento (item 12, Minuta de Edital). Assim devemos fazer para que a Lei Estadual 15.241/2012 possa ser cumprida (esforço feito no item 12.4 da Minuta de Edital).

c) Penalidades (item 14.0).

27. A título de **medida saneadora**, mas na condição de **recomendação**, opino para que, antes da publicação do Edital, a Comissão Permanente de Licitação verifique a conveniência de circunstanciar, no item 14.0 do Edital e dispositivos correlatos, quais hipóteses darão ensejo à aplicação da sanção de multa. Assim o fazemos em atenção ao consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial que reza que a multa punitiva só é de possível incidência quando sua hipótese de incidência está descrita em concreto (tipificação fechada).

28. Outrossim, no item 6.1, “d” do Edital, **recomenda-se** que o fundamento de direito da sanção lá preconizada seja o art. 32 do Decreto Estadual nº 28.089/2006, e não o art. 28 do Decreto Federal 5.450/2005.

II.3. Outros aspectos dos autos

29. **Dotação orçamentária.** Com respeito à comprovação de dotação orçamentária, à ff. 107/108 consta a informação da Gerência de Contabilidade e Finanças dando ciência da existência, nesta data, da existência de dotação orçamentária que contemple a modalidade de despesa e que se mostra quantitativamente suficiente para realização da despesa objeto deste processo, conforme discriminado em saldo orçamentário, indicado na informação e

comprovado em seu anexo. Assim, foi atendido o art. 7º, §2º, III, Lei 8.666/93.

30. Importante asseverar que esta Procuradoria se ateve, tão somente, às questões relativas à legalidade da minuta do edital do certame licitatório, e seus anexos, constantes neste processo, ressaltando que todo o procedimento deverá observar a legislação supracitada, principalmente no tocante a prazos e atos essenciais, não nos competindo nenhuma consideração acerca do mérito da presente contratação.

III

31. Ante todo o exposto, e para fins do art. 38, da Lei nº 8.666/93, opinamos pela adequação jurídica do procedimento e das minutas ora analisadas, ressalvados aspectos de juízo técnico e os de conveniência e oportunidade quanto à realização do certame.

32. No ensejo, **recomendamos** à Comissão Permanente de Licitação que avalie a pertinência das recomendações realizadas nos pontos **23, 25, 26, 27 e 28**, acima.

É o parecer, salvo melhor juízo.
À consideração superior.

Fortaleza, 30 de junho de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

2 - Contrato de fornecimento de serviço de mão de obra terceirizada: lista de verificação para recebimento de garantia por parte do gestor do contrato¹.

I

1. Foi encaminhado diretamente a esta Procuradoria Jurídica o Processo em tela, que versa sobre o contrato administrativo 32/2015, na qual a Interessada figura como contratada. O objeto da avença é o fornecimento de mão de obra terceirizada (área administrativa, nos termos dos Anexo do Edital de Pregão Eletrônico 11/2015)

2. A providência rogada pela Secretaria de Administração (f. 164) consiste na análise da apólice de seguro do contrato, que fora renovada em decorrência de repactuação, como mostra o extrato do primeiro termo aditivo de f. 147, publicado no DOE-TCE de 11 de maio do corrente ano.

É o que basta relatar.

II

Passo a opinar.

3. De início, insta asseverar que esta Procuradoria Jurídica, órgão de assessoramento superior especializado da Presidência,

1 Parecer 252/2016 (Processo 08830/2015-1).

não pode exercer a atividade material administrativa a qual ela é devotada a exercer controle de legalidade. Isso não só por uma questão de melhores práticas (que já seria, aliás, suficiente), mas até mesmo em cumprimento ao plexo normativo deste Tribunal de Contas pertinente à espécie.

4. Com efeito, a Resolução Administrativa 3163/2007 – com redação estabelecida pela Resolução Administrativa 02/2016 – assim reza:

“Art. 35. A Procuradoria Jurídica, órgão de assessoramento superior especializado da Presidência, chefiada pelo Procurador-Geral, símbolo TCE-01, conta com dois Consultores Jurídicos, símbolo TCE-02, competindo-lhe:

[...]

V – pronunciar-se acerca de elaboração contratos, convênios, acordos ou outros instrumentos congêneres, quando demandado pela Presidência;

[...]

VII – interpretar, quando requerido pela Presidência, dispositivos constitucionais, legais e regimentais referentes às atribuições da Presidência e das demais unidades do Tribunal;”

5. Até onde consegue-se ver, não cabe à Procuradoria Jurídica debruçar-se sobre uma apólice de seguro para, genericamente, dissertar sobre sua juridicidade. Entretanto, na existência de dúvida objetiva acerca de qual norma jurídica é aplicável aos fatos, ou ocorrência de questão controversa, caberia, aí sim, às unidades administrativas do Tribunal remeter a questão à consideração superior da Presidência que, querendo, valer-se-ia de seu órgão de assessoramento jurídico.

6. Este introito não pode levar à desavisada conclusão de que descuidamos acerca da importância do tema ou que de nossa parte há uma desconsideração acerca as implicações jurídicas que podem advir de uma apólice de seguro. Definitivamente, não. O que

estamos a valorizar é a *expertise* do setor administrativo do Tribunal de Contas, que é integrado por funcionários de carreira com décadas de serviço público e cuja opinião técnica inicial – no mínimo para identificar pontos passíveis de controvérsia – não poderia por nós ser descartada.

7. Passando da palavra ao exemplo – para assim tornar expresso nossa intenção em colaborar – procedemos à confecção de uma lista de verificação (“passo a passo”) a ser observada pelo setor administrativo desta Corte de Contas **para o recebimento de garantias em contratos administrativo de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra**²:

“1. Há previsão no edital e no contrato sobre a necessidade de prestação de garantia?

2. Edital e contrato conferem alternativas, à escolha do contratado, a respeito de qual vai ser garantia prestada?

3. Independentemente da modalidade de garantia escolhida pelo particular, houve a apresentação da garantia no prazo previsto no Edital?

3.1. Tratando-se de depósito em dinheiro: foi realizado no Banco Bradesco S/A, em conta específica com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas do Estado?

3.2. Cuidando-se de seguro-garantia: foi realizada pesquisa à SUSEP para fins de certificação de que a seguradora está regularmente autorizada?

3.3. Para fiança bancária: foi realizada pesquisa

2 Nosso agradecimento aos Professores Drs. Joel Niebuhr e Gustavo Schiefler, que no Seminário “80 vícios mais comuns nas licitações e nos contratos”, promovido pela Zenite, em maio de 2016, expuseram o problema de fundo, bem como propuseram competente solução que ora nos inspira.

junto ao Banco Central do Brasil para verificar se a instituição financeira encontra-se em ordem para fazê-lo?

3.4. No caso de títulos da dívida pública: verificar se foram emitidos de modo escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizados pelo Banco Central do Brasil (Lei 11.079/2004)

4. A garantia foi prestada no percentual exigido sobre o valor do contrato?

4.1. Caso se trate de renovação contratual de serviço contínuo: a renovação da garantia levou em conta o valor acrescido em decorrência de acréscimo no objeto, reajuste, repactuação ou qualquer espécie de modificação que acarrete em ajuste na expressão monetária inicial do contrato?

4.2. Para termos aditivos decorrentes de acréscimos no objeto: a renovação da garantia foi calculada considerando como base de cálculo o novo valor do contrato?

5. A garantia assegura o pagamento decorrente de:

5.1. inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, inclusive FGTS?

5.2. prejuízos pelo não cumprimento do objeto?

5.3. prejuízos oriundos de dolo ou culpa na execução do contrato?

5.4. multas moratórias e punitivas aplicadas pelo Tribunal de Contas à contratada por inexecução contratual?

6. Retenção da garantia após o término do contrato: o contrato prevê que a garantia terá vigência durante toda a execução do contrato e pelos três meses que

sucedarem o término da vigência contratual?

7. Há a previsão, no contrato, de que a garantia só será liberada após a comprovação de que a contratada pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas derivadas da contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para quitar tais débitos?"

8. A lista de verificação acima não pode, entretanto, ser implementada sem que tenhamos algumas observações.

9. Primeiro, deve ser esclarecido que da leitura do atual modelo padrão de contrato administrativo para serviços com mão de obra terceirizada as respostas aos itens 6 e 7 serão, invariavelmente, "**não**". Exatamente por isso, é de bom aviso que a Presidência determine à Comissão Permanente de Licitação que, quando da confecção de Editais (ou Termo de Referência) em certames para contratação de mão de obra terceirizada, faça incluir cláusulas que contemplem os seguintes conteúdos³ (aqui expostos a título de exemplo):

"CLÁUSULA X – A vigência da garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá abranger um período mínimo de três meses após o término da vigência contratual."

"CLÁUSULA Y – Após a execução do contrato, será verificado o pagamento das verbas rescisó-

3 Cláusulas semelhantes constam dos contratos da União, o que se dá por força do art. 19-A da IN 02/2008-SLTI/MPOG, que requer a inserção de tais conteúdos nos editais de licitação cujo objeto seja contratação de mão-de-obra terceirizada

rias decorrentes da contratação, ou a realocação dos empregados da Contratada em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção dos respectivos contratos de trabalho.

PARÁGRAFO ÚNICO – Caso a Contratada não logre efetuar uma das comprovações acima indicadas até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a Contratante poderá utilizar o valor da garantia prestada e dos valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços para realizar o pagamento direto das verbas rescisórias aos trabalhadores alocados na execução contratual.”

“CLÁUSULA Z – Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Contratante, mediante termo circunstanciado, de que a Contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 03 (três) meses após o término da vigência do contrato, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros, quando o prazo será ampliado, nos termos da comunicação”.

10. Em segundo lugar, cumpre afirmar que tal panorama será provavelmente modificado quando sobrevier a regulação da Lei Estadual 15.950/2016, que versa sobre o provisionamento de encargos trabalhistas a serem pagos às empresas contratadas para pres-

tar serviços contínuos com utilização de mão de obra, mediante o instituto da conta vinculada. Na eventualidade de ser publicado tal Decreto, pelo Poder Executivo Estadual, esta Procuradoria deve ser provocada para novo pronunciamento.

11. Por fim, de uma rápida leitura de alguns Contratos Administrativos deste Tribunal de Contas inclina-nos a opinar pela necessidade de explicitar que na hipótese de a garantia ofertada consubstanciar fiança bancária, a mesma deve conter cláusula em que o fiador renuncie, expressamente, ao benefício de ordem (art. 827 CC).

12. Calha mencionar que, a exemplo de outras listas de verificação propostas por este Procurador-Geral, sua observância dá-se no que couber, considerando que a complexidade dos casos concretos não se deixam subsumir por inteiro a modelos. Assim, sempre será possível ao setor administrativo pertinente pontuar que determinado passo não se aplica ao caso concreto.

III

13. Por todo o exposto, e com base nos fundamentos acima alinhavados, opinamos, ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado:

a) que determine o retorno dos autos à **Secretaria de Administração**, sem prejuízo da possibilidade de que, caso a referida unidade administrativa vislumbre questão jurídica controversa na apólice em questão, produza Informação (técnica) na qual:

(i) a questão controversa seja exposta;

(ii) a providência solicitada/sugerida – ou à qual

se chegou à conclusão – figure explicitamente;

b) pela **adoção da lista de verificação** (em formato de um “passo a passo”) exposta no item 5 e que segue formalizada, em Anexo a este Parecer;

c) para que se determine o encaminhamento de cópia desta peça à **Comissão Permanente de Licitação** deste Tribunal para que considere a possibilidade de inclusão:

(i) das cláusulas esboçadas no item 9 deste Parecer nos Editais (ou Termos de Referências) que tenham por objeto o fornecimento de serviço de mão de obra terceirizada;

(ii) de cláusula que deixe explícito que na hipótese de a garantia ofertada pelo contratante consistir em fiança bancária, a mesma deve conter cláusula em que o fiador renuncie, expressamente, ao benefício de ordem (art. 827 CC).

Fortaleza/CE, 1º de junho de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

ANEXO

O setor administrativo do Tribunal de Contas do Estado, quando do recebimento de garantias em contratos administrativos de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra, deve observar a seguinte lista de verificação (com as devidas mitigações – em forma de “não se aplica” – a depender do caso concreto):

“1. Há previsão no edital e no contrato sobre a necessidade de prestação de garantia?

2. Edital e contrato conferem alternativas, à escolha do contratado, a respeito de qual vai ser garantia prestada?

3. Independentemente da modalidade de garantia escolhida pelo particular, houve a apresentação da garantia no prazo previsto no Edital?

3.1. Tratando-se de depósito em dinheiro: foi realizado no Banco Bradesco S/A, em conta específica com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas do Estado?

3.2. Cuidando-se de seguro-garantia: foi realizada pesquisa à SUSEP para fins de certificação de que a seguradora está regularmente autorizada?

3.3. Para fiança bancária: foi realizada pesquisa junto ao Banco Central do Brasil para verificar se a instituição financeira encontra-se em ordem para fazê-lo?

3.4. No caso de títulos da dívida pública: verificar se foram emitidos de modo escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizados pelo Banco Central do Brasil (Lei 11.079/2004)

4. A garantia foi prestada no percentual exigido sobre o valor do contrato?

4.1. Caso se trate de renovação contratual de serviço contínuo: a renovação da garantia levou em conta o valor acrescido em decorrência de acréscimo no objeto, reajuste, repactuação ou qualquer espécie de modificação que acarrete em ajuste na expressão monetária inicial do contrato?

4.2. Para termos aditivos decorrentes de acréscimos no objeto: a renovação da garantia foi calculada considerando como base de cálculo o novo valor do contrato?

5. A garantia assegura o pagamento decorrente de:

5.1. inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, inclusive FGTS?

5.2. prejuízos pelo não cumprimento do objeto?

5.3. prejuízos oriundos de dolo ou culpa na execução do contrato?

5.4. multas moratórias e punitivas aplicadas pelo Tribunal de Contas à contratada por inexecução contratual?

6. Retenção da garantia após o término do contrato: o contrato prevê que a garantia terá vigência durante toda a execução do contrato e pelos três meses que sucederem o término da vigência contratual?

7. Há a previsão, no contrato, de que a garantia só será liberada após a comprovação de que a contratada pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas derivadas da contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra

até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para quitar tais débitos?”

3 - Renovação de vigência de contrato de serviço de natureza contínua (art. 57, inc. II, Lei 8.666/93): estabelecimento de rotina administrativa mediante uso de lista de verificação (*check-list*).¹

I

1. Cuida-se de requerimento, advindo do Núcleo de Apoio Logístico, para análise e pronunciamento, sob o aspecto jurídico-formal, da Minuta do Segundo Termo de Aditivo do Contrato nº 11/2014, firmado entre o Tribunal de Contas do Estado do Ceará e a empresa Ticket Serviços S/A. Por ele, busca-se uma renovação contratual do referido ajuste, por mais 12 (doze) meses, a partir do dia 16/05/2016.

2. O referido contrato tem como objeto a prestação de serviço para operação de sistema informatizado e integrado, com utilização de cartões magnéticos microprocessados e/ou chip, para gerenciamento do abastecimento de combustíveis e seus derivados, fornecimento e reposição de peças (pneus, baterias e acessórios em geral) e a manutenção preventiva e corretiva nos veículos que compõe a frota desta Corte de Contas.

3. Há a previsão, na cláusula quarta do Contrato nº 11/2014, de que sua vigência de 12 (doze) meses poderia ser renovada por iguais e sucessivos períodos, respeitado o máximo de 60 (sessenta) meses. Com fulcro nesse permissivo, a minuta do Segundo Termo Aditivo protrai o prazo de vigência por mais 12 (doze) meses. A justificativa para tanto encontra-se na Comunicação Interna (C.I. nº 214/2016, ff. 95/96), do Núcleo de Apoio Logístico

4. Outrossim, constam dos autos, dentre outros, os seguintes documentos:

- Contrato n° 11/2014 (ff. 01/08);
- Comunicação Interna N° 110/2016 do Núcleo de Apoio Logístico informando sobre a expiração do prazo no dia 15/05/2016 (f. 69);
- Manifestação Do Núcleo de Administração da Sede na CI n° 40/2015, sobre seu interesse em continuar os serviços (ff. 70-71);
- Resposta da empresa sobre a Notificação (ff. 72-73);
- Mapa comparativo de preços (f. 74);
- Cópia de outros contratos da empresa com outros órgãos (ff. 75/88);
- Certidões Negativas que atestam a regularidade da empresa (ff. 89-94);
- CI n° 214/2016 do Núcleo de Apoio Logístico solicitando que seja lavrado o 2° Termo Aditivo (ff. 95-96);
- Informação do Núcleo de Finanças atestando existir crédito apropriado para a realização da despesa no exercício de 2016 (ff. 101-102).
- Minuta do 2° Termo Aditivo (ff. 104-105);

É o breve relatório.

II

Passo a opinar.

II.1. Previsão contratual do prolongamento da vigência.

5. Todo contrato administrativo deve, obrigatoriamente, possuir cláusula que indique o prazo de sua vigência (art. 55, inciso IV, Lei 8.666/93). Consectariamente, a possibilidade jurídica de reno-

vação contratual reclama previsão expressa no contrato, porquanto diz com sua vigência. E uma análise da Cláusula Quarta do Contrato 11/2014 mostra claramente que tal prolongamento é admitido.

6. Dessa forma, a demanda do gestor do contrato, no sentido de sua renovação, é juridicamente possível.

II.2. Norma de regência: art. 57, inc. II, Lei 8.666/93

7. De modo ligeiramente atécnico, a Lei nº 8.666/93 menciona a possibilidade de “prorrogação” dos contratos administrativos nas hipóteses elencadas em seu art. 57. Entre elas, tem-se a possibilidade de “prorrogação” (rectius renovação) dos **contratos de prestação de serviços contínuos**, cujos requisitos estão postos no art. 57, II e §2º, *verbis*:

“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”

[...]

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

8. Como salienta a doutrina, tal dispositivo não cuida propriamente de prorrogação, mas de renovação contratual. A prorrogação em sentido estrito é conceito que se reserva para os casos de postergação dos prazos de início de execução, de entrega do objeto ou conclusão de obra, e sua aplicação decorre de eventos imprevisíveis para os quais não concorreu o contratado; suas hipóteses estão nos incisos do §1º do art. 57, Lei 8.666/93. Já o §2º, apesar de falar de “prorrogação”, trata na verdade de uma “renovação”,

que consiste em verdadeira repetição do contrato firmado por mais um período². De toda sorte, é comum na doutrina e na jurisprudência abranger pelo significante “prorrogação” tanto a renovação como a prorrogação *stricto sensu*.

9. Na espécie, a minuta do Segundo Termo Aditivo (ff. 104-105) traz como única modificação ao Contrato nº 11/2014, a extensão de sua vigência por mais 12 (doze) meses, sem acréscimo do valor global do contrato e na taxa de administração. O caso, portanto, é de renovação contratual (art. 57, II, c/c §2º, Lei 8.666/93), que quando realizada não admite o acréscimo de outras disposições que não as de cunho temporal e – excepcionalmente e quanto for o caso – aquelas próprias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

10. É o que ensina o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADES NA INSTAURAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA RESPEITADA. LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. INOVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ORIGINAIS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE.

3. Prorrogar contrato é prolongar o prazo original de sua vigência com o mesmo contratado e nas mesmas condições. **Termo aditivo a contrato administrativo que fixa novo período de prestação de serviço mas mediante novas condições, não previstas no contrato original, introduzidas mediante negociação superveniente à licitação, constitui, não uma simples prorrogação de prazo, mas um novo contrato.** Nas circunstâncias do caso, considerada sobretudo a especificidade do objeto contratual (que não é de simples prestação de serviços), o Termo Aditivo representou uma contratação sob condições financeiras inéditas, não enquadrável na exceção prevista

² TORRES, Rony Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 7ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, pp. 561-562.

no pelo art. 57, II da Lei 8.666/93 e por isso mesmo nula por violação às normas do processo licitatório. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ, RMS 24.118/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11/11/2008)

11. Passemos, agora, a verificar se o pressuposto lógico da renovação prevista no art. 57, inc. II, Lei 8.666/93, se faz presente: a natureza contínua do serviço contratado.

II.3. Natureza contínua do serviço.

12. Com Joel de Menezes Niebuhr, devemos convir que para que um serviço seja tido por contínuo faz-se necessário, antes de mais nada, que seu conteúdo jurídico seja uma **obrigação de fazer** (*obligatio faciendi*) e não uma obrigação de dar, como é próprio das aquisições. Assevera ainda ao renomado autor:

“Em abordagem inicial, serviços contínuos, como o próprio nome revela, **são aqueles prestados sem interrupção, sem solução de continuidade**. Portanto, serviços que são prestados eventualmente não são qualificados como contínuos. Todavia, para qualificar serviço como contínuo não é necessário que o prestador do serviço realize algo em favor da contratante diariamente. Por exemplo, serviços de manutenção de bens móveis ou imóveis são qualificados como contínuos, muito embora não seja usual necessitar os préstimos do contratado diariamente. Então, a rigor, **serviços contínuos são aqueles em que o contratado põe-se à disposição da Administração de modo ininterrupto, sem solução de continuidade**. Em vista disso, pode-se dizer que, em regra, **os serviços contínuos correspondem à necessidade permanente da Administração, a algo que ela precisa dispor sempre, ainda que não todos os dias.**”³

3 NIEBURH, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 727-728.

13. Nessa senda, “a identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita”⁴.

14. A rigor, cabe à Administração Pública, diante do caso concreto, caracterizar que o serviço que se busca contratar tem natureza continuada. Dessa forma, e em homenagem ao princípio da segregação de funções – que orienta a atividade de controle –, também não caberia a esta Procuradoria Jurídica definir a “continuidade” do serviço. O que se pode fazer – e nisso nos atemos – é realizar um controle sobre de que modo o setor administrativo deste Tribunal interpreta o conceito de continuidade, mas tão somente para o fim de coibir eventuais excessos ou imprecisões técnicas.

15. Na espécie, pensamos que o traço da continuidade se encontra presente. O objeto contratado é necessário ao Tribunal de Contas de modo perene, e não eventual. Seja no que pertine ao gerenciamento do abastecimento da frota, seja no que diz respeito à sua manutenção.

II.4. Respeito ao limite temporal máximo de 60 meses.

16. Celebrado originariamente em 16/05/2014, e renovado por apenas uma só vez, em 12/05/2015, o presente contrato apenas soma 24 vezes, de modo que pode ser mais uma vez renovado.

II.5. Interesse do contratado na renovação.

17. Foi manifestado, tempestivamente, o interesse do contratado em dar continuidade ao contrato de prestação de serviços (f.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 949.

72). No ensejo, não mencionou, em momento algum, eventual necessidade de reajuste ou repactuação contratual.

II.6. Justificativa, por escrito, da manutenção do ajuste.

18. A CI 20/2016 (ff. 70-71), assinada pelo gestor do contrato, aponta que a contratada tem cumprido suas obrigações contratuais de forma satisfatória. Pressupomos, com isso, que não foram aplicadas sanções por inexecução contratual.

19. Quanto à economicidade dos preços praticados, insta asseverar que a taxa de administração contratada é de 0%. No ponto, o gestor aduziu, no mapa comparativo de preços de f. 74, que outros órgãos públicos também possuem ajustes em termos semelhantes e com taxas de administração iguais, o que consigna a viabilidade da taxa fixada em tais termos.

20. Ratificando tais termos, a CI 214/2016 do Núcleo de Apoio Logístico (f. 95).

21. Não sem antes ressaltar que a emissão deste pronunciamento jurídico restringe-se aos aspectos jurídico-formais, pensamos que a vantajosidade da manutenção do contrato administrativo em tela encontra-se demonstrado, considerando sobretudo os moldes em que entabulado o ajuste.

II.7. Regularidade fiscal e jurídica

22. Com relação à comprovação da regularidade fiscal da contratada, foram acostadas às ff. 89/94 certidões referentes à regularidade fiscal da empresa. Como se sabe, tal condição de regularidade para contratar com ente público é exigência contida na Constituição Federal, em seu art. 195, § 3º, bem como no art. 29, inciso IV, Lei 8.666/93, e deve ser observada não só quando da celebração contratual originária, mas em todo e qualquer aditivo contratual que importe em renovação de vigência.

23. Sobre o ponto, verificamos que a certidão de f. 90 encontra-se vencida quando da emissão deste pronunciamento jurídico. Providenciamos, por isso, o apensamento nos autos de outra, desta vez válida.

24. Outrossim, esta Procuradoria apensou, às ff. 108-109, pesquisa realizada no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), do Ministério do Planejamento. Trata-se de medida preventiva que visa a resguardar a autoridade que assina o contrato, porquanto comprova que, no momento em que fora firmado o presente aditivo, não havia sanção administrativa ou judicial, em desfavor da empresa, que o impedisse.

25. **Preconizamos à Presidência, a propósito, que esta prática integre as rotinas da Secretaria de Administração.**

II.8. Adequação financeira e orçamentária

26. A Informação 50/2016, f. 101, consigna que a despesa pública oriunda do aditivo em tela foi contemplada na Lei Orçamentária Anual de 2016. Assim, reputamos preenchida a exigência inscrita no art. 16, inc. II, da LC 101/2000.

II.9. Ressalva

27. Deve constar na minuta de ff. 104-105, em sua parte introdutória, o fundamento legal do ajuste: “art. 57, inc. II c/c §2º, da Lei 8.666/93”.

III

Exmo. Sr. Presidente,

28. Pelo exposto, sob o aspecto especificamente jurídico-formal, esta Procuradoria Jurídica opina:

1. A solicitação atende aos requisitos legais pertinentes, nada obstando que o presente Termo de Aditivo possa ser assinado pelos contratantes, desde que atendida a ressalva apontada no parágrafo 23 desta Peça.

2. Apresentamos, no Anexo deste Parecer, lista de verificação (“passo a passo”) para fins de padronizar os procedimentos de renovação de contratos de serviço contínuo firmados com base nos incs. II e IV do art. 57 da Lei 8.666/93. Caso Vossa Excelência avalie conveniente e oportuno, entendemos que adoção de tal rotina trará benefícios significativos à Administração deste Tribunal de Contas.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

À consideração superior. Sub censura.

Fortaleza, 18 de abril de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

ANEXO ÚNICO (Parecer 143/2016)

Passo a Passo Termo Aditivo Renovação de Vigência de Contrato Administrativo (Serviço Contínuo, art. 57, incs. II e IV, Lei 8.666/93)

1. Quando lavrados, os termos aditivos são juntados aos autos do processo administrativo referente ao contrato principal (art. 60, Lei 8.666/93). Por isso, as demandas por renovação contratual devem ser deflagradas no âmbito do processo que contém o instrumento principal, para assim evidenciar, documentalmente, a sequência cronológica da contratação.

2. Limites temporais. Todo contrato administrativo, obrigatoriamente, tem um prazo de execução (art. 55, inc. IV, Lei 8.666/93), sendo vedadas a celebração e a renovação de contrato por prazo indeterminado (art. 57, §3º, Lei 8.666/93).

2.1. A extrapolação do prazo de vigência é hipótese de resolução do contrato administrativo, e obriga a deflagração de novo procedimento licitatório. Como contar o prazo de vigência do contrato?

(i) prazo de dias: salvo disposição em sentido contrário, exclui-se o dia de início e é incluído o dia de vencimento (art. 132, caput, CC/2002– aplicado subsidiariamente, art. 54, Lei 8.666/93);

(ii) prazo de meses ou ano: utilizar o método “data-a-data”, uma vez que “os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência” (§3º do art. 132, CC/2002– aplicado subsidiariamente, art. 54, Lei 8.666/93). Exemplo: Contrato de 1 (um) ano de duração, assinado em 17/06/2014, vigerá até 17/06/2015.

(iii) para a determinação do dia de início, considerar a data da assinatura do contrato ou do último termo aditivo, e não a data da publicação do extrato, que é tão somente condição de eficácia do contrato.

2.2. Prazo máximo:

(i) Regra geral (art. 57, inc. II, Lei 8.666/93): O contrato e suas renovações não podem ultrapassar o limite máximo de 60 (sessenta) meses. Exemplo: um contrato firmado por 12 meses pode, se renovado por iguais períodos, ser renovado por até 4 (quatro) vezes – os 48 meses relativos às renovações, somados aos 12 meses iniciais, perfazem 60 meses.

(ii) Aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática (art. 57, inc. IV, Lei 8.666/93): o contrato e suas renovações não podem ultrapassar 48 (quarenta e oito) meses.

2.3. A prorrogação de vigência prevista no §4º do art. 57 da Lei 8.666/93 deve ser reservada para eventos graves e imprevisíveis – evidenciados em fundamentação documentada nos autos – para os quais não tenha contribuído nenhuma das partes: nem a Administração, nem o particular contratado.

3. Checar se o edital e o contrato contêm previsão expressa quanto à possibilidade de renovação.

4. É necessário que exista manifestação do contratado (por escrito e encartada nos autos) demonstrando interesse na renovação contratual.

5. Da análise dos passos 2, 3 e 4 surgiu algum óbice?

Sim: a renovação não pode ocorrer, sendo dever do gestor do contrato comunicar a Secretaria de Administração para que esta providencie a deflagração de procedimento licitatório (a ser realizado no âmbito da Comissão Permanente de Licitação) ou outra solução que se afigure adequada.

Não: a renovação contratual pode ter início.

6. O início formal do procedimento de renovação contratual ocorre com a manifestação, documentada nos autos, do servidor designado para acompanhar o ajuste (art. 67, Lei 8.666/93). Tal peça, endereçada à Secretaria de Administração, deve ser estruturada de modo a contemplar os seguintes itens:

6.1. Relatório. Informar como se deu a execução contratual, especialmente no que toca à existência de eventuais inexecuções registradas (art. 67, §1º, Lei 8.666/93).

6.2. Justificativa Técnica. Conveniência e oportunidade da renovação, bem como de sua necessidade para o Tribunal de Contas do Estado.

6.3. Justificativa de Economicidade. Arrazoado que demonstre a vantajosidade dos preços contratados (mesmo após incidência de índice de reposição inflacionária, nos termos do edital e contrato) permanecem vantajosos para a Administração (art. 57, inc. II, Lei 8.666/93).

6.4. Conclusão. Em termos inequívocos quanto à renovação contratual ou não, do ponto de vista técnico.

7. Envio dos autos à Secretaria de Administração, a quem compete completar a instrução mediante inclusão dos seguintes documentos:

7.1. Pesquisa, junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), no sentido de saber se há algu-

ma sanção que importe em impedimento de contratar em desfavor do Interessado.

7.2. Comprovantes de que o contratado mantém as mesmas condições de habilitação exigidas quando da licitação (art. 55, inc. XIII, Lei 8.666/93).

7.3. Confecção da minuta do termo aditivo.

7.4. Informação do Núcleo de Finanças acerca da existência de crédito, no orçamento do exercício financeiro em que ocorrer a prorrogação, apto a custear com suficiência a despesa decorrente da renovação.

8. Autorização do agente público competente (art. 57, §2º, Lei 8.666/93) que, no caso do Tribunal de Contas do Estado, é o Conselheiro Presidente (art. 78, Lei 12.509/95), salvo delegação. Na oportunidade, a Presidência pode se valer de parecer da Procuradoria Jurídica acerca da legalidade do procedimento e adequação jurídica da minuta de Termo Aditivo.

9. A renovação contratual foi autorizada?

Não: retorno dos autos à Secretaria de Administração para adoção dos procedimentos necessários caso a necessidade do objeto contratual ainda se fizer presente.

Sim: envio das vias contratuais ao Interessado, para aposição de assinatura. Após retorno, colher assinatura do Presidente.

10. Publicação do extrato do contrato. Deve ser providenciada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (DOE-TCE), observado o prazo legal (art. 61, parágrafo único, Lei 8.666/93).

11. Finalização do procedimento pela Secretaria de Administração.

DESPACHO

1. De acordo com o Parecer 143/2016.
2. Proceda-se à renovação contratual.
3. Aprovo, com caráter normativo, o Anexo Único do Parecer 143/2016, que deve ser observado nas futuras renovações de vigência de contratos que versem sobre serviços continuados.

Remeta-se o processo à Secretaria de Administração, para que se leve a efeito as providências finais.

Cumpra-se.

Fortaleza/CE, 19 de abril de 2016

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

4 - Da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de Ata de Registro de Preço após expedição de ordem de compra – consequente e necessária aplicação de penalidade.¹

EMENTA:

I. ATA DE REGISTRO DE PREÇO. NATUREZA JURÍDICA OBRIGACIONAL. INEXECUÇÃO: APLICAÇÃO DE MULTA. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR: NECESSIDADE DE NOVA NOTIFICAÇÃO.

II. PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. EXPEDIÇÃO DE NOTA DE EMPENHO. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. A ata de registro de preço é documento jurídico que impõe, ao beneficiário do preço registrado, a obrigação de fornecimento do bem ou serviço quando requerido pela Administração e nos prazos demarcados no Edital do certame lha antecede.

2. Não pode, a Administração Pública, conhecer de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da Ata de Registro cuja postulação seja posterior à expedição de Nota de Empenho pelo qual se requer o bem registrado em Ata (art. 20, §1º, c/c art. 22, §2º, incs. I, II, do Decreto Estadual 28.087/2006). Preclusão cujo reconhecimento se impõe.

3. Edital que prevê incidência de multa para inexecução obrigacional torna sua aplicação compulsória. Caso dos autos. Sugestão pela emissão de Documento da Arrecadação Estadual (DAE).

4. Necessidade de nova notificação que mencione a inexecução total da obrigação, narrando os fundamentos de fatos contidos nos autos e resumidos no relatório do presente Parecer.

I

1. Tratam os autos da Ata de Registro de Preço 05/2015 (f. 01), derivada do Pregão Eletrônico 05/2015, que em seu lote 02 trouxe dois itens, consoante se observa no quadro descritivo que jaz à f. 01: (i) “impressora multifuncional colorida com tecnologia de impressão jato de tinta para impressão em tamanho A4 (...)” e (ii) kit de cartuchos extras compatíveis com as mesmas.

2. Nos termos da proposta comercial de ff. 09-11, da Interessada vencedora, em 28 de julho de 2015 foram registrados os seguintes itens, preços e quantitativos:

a) Impressora Multifuncional Deskjet de Rede: Marca HP-modelo OFFICEJET PRO 276DW, no valor unitário de R\$ 1.000,00 (f.10) – 15 unidades registradas;

b) kit de cartucho: cada kit contendo especificamente os cartuchos Marca HP-modelos HP 950 Officejet, HP 951 Officejet Ciano, HP 951 Officejet Red, HP 951 Officejet Yellon, no valor unitário de R\$ 250,00 o kit. (f.11) – 40 unidades registradas.

3. Eis a síntese do que, posteriormente, ocorreu e está documentado nos autos:

a. O extrato da Ata foi publicado no DOE-TCE/CE de 19/08/2015 e, tão logo em 26/08/2015, ocorreu a emissão das seguintes notas de empenho:

(i) Nota de Empenho nº 789/2015, no valor de R\$

5.000,00, relativo a 5 impressoras multifuncionais. (f. 14)
(ii) Nota de Empenho nº 790/2015, no valor de R\$ 2.500,00, pertinente a 10 kits de cartuchos. (f. 15)

b. Tais documentos foram enviados à Interessada, por e-mail, em 10 de setembro de 2015 (f. 16). Assim, foi iniciado o prazo de entrega de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme disposto no Edital do Pregão Eletrônico 05/2015, item 6, sub item 6.8 (f. 31).

c. No dia 07/10/15, a empresa solicitou prorrogação de entrega, alegando problemas com os fabricantes e em seus estoques, especificando o dia 20/11/2015 como prazo máximo de entrega. (fl.17).

d. Exaurido, em 25/11/15, o prazo fixado no Edital, o Núcleo de Apoio Logístico informou que os produtos não foram entregues e que tampouco conseguiu contato com a empresa. Sugeriu, outrossim, que a mesma fosse notificada, no que concordou a Secretaria de TI (f. 22).

e. A Secretaria de Administração procedeu à notificação da Interessada (Ofício nº 0632/2015 – SEC. ADM.), por via postal com aviso de recebimento (AR-130376005DG) que fora efetivamente entregue em 04/12/15 (f. 23). No corpo de tal texto, foi claramente disposto que a Interessada estava a ser notificada, em observância ao princípio do contraditório e ampla defesa, para prestar esclarecimentos, em 05 (cinco) dias úteis, sobre a demora na entrega dos equipamentos.

f. Resposta à notificação às ff. 38-39, datada de 07/12/2015. Nela, menciona que o atraso se deve à crise econômica nacional, e outros fatores macroeconômicos. Saliencia que sanará o problema em no máximo 30 dias.

g. Não há manifestação do Tribunal de Contas sobre o ponto, nem controle sobre o prazo, que novamente foi descumprido.

h. Em 29/01/2016 foi apresentado um pedido de readequação de preços. Esteira-se, tal peça, na variação

da cotação do dólar entre a data em que o preço fora registrado na Ata (29 de junho de 2015) e os presentes dias. Pede, então, revisão do preço registrado: majoração de 40%.

i. Em 28/03/2016 o Diretor de Secretaria de TI deste Tribunal, em substituição ao gestor da Ata, que se encontrava de férias, proferiu parecer técnico sobre o caso em questão. Nele, realiza um resumo dos principais pontos do processo.

4. Autos remetidos à Presidência do Tribunal, que nos honra com a colheita de nossa *opinio*.

É o relatório.

II

Passo a opinar.

1. Natureza jurídica obrigacional da ata de registro de preços.

5. O Tribunal de Contas – sempre, aqui, no exercício de função administrativa derivada de sua prerrogativa constitucional de autogoverno, art. 74, CE/1989 – levou a efeito regular procedimento licitatório que, homologado, gerou uma ata de registro de preços em favor da Interessada, a KTEC do Brasil Distribuidora de Produtos de Informática – EIRELI. Cuida-se da Ata 05/2015.

6. Ter, o particular, uma ata de preços registrada em seu nome é fato jurígeno; dela exsurtem obrigações para o particular que a assina, entre elas o de fornecer o bem da vida ou o serviço quando requerido pelo órgão público e no prazo lá estipulado. É que, consoante normativamente definido, a ata de registro de preço é um

documento jurídico obrigacional.

7. Nesse sentido, o Decreto Federal 7.892/2013:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

(...)

II – ata de registro de preços – **documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação**, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

8. Disso não destoa o Decreto Estadual 28.087/2006, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no Estado do Ceará e que fora mencionado do Edital 05/2015 como seu fundamento de direito. Donde a adequação do que segue transcrito:

Art. 1º Para fins deste Decreto, considera-se:

(...)

II – Ata de Registro de Preços: **documento de caráter obrigatório e vinculativo** em que são registrados o Órgão Gestor, os Órgãos Participantes, a descrição dos bens, dos produtos ou dos serviços, os preços unitários, a unidade de medida, as quantidades, a marca, os fornecedores detentores do registro e as condições a serem observadas nas possíveis contratações, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

9. A propósito, é de se aduzir que essa obrigação jurídica é de cunho marcadamente unilateral:

“A ata de registro de preços é documento que produz obrigações de modo unilateral, somente para o vencedor da licitação. A Administração, por sua vez, não assume obrigação nenhuma por ocasião da assinatura da ata de registro de preços. A obrigação do vencedor da licitação, signatário da ata

de registro de preços, é a de fornecer o bem ou prestar o serviço objeto da ata para a Administração, de acordo com as especificações da sua proposta e com o preço apresentado por ocasião do certame, dentro do prazo de vigência, que é de, no máximo, um ano.² (grifamos)

10. Com efeito, o vencedor da licitação (no caso, um Pregão Eletrônico) tem obrigações para com a Administração. O que é visualizado quando se percebe a natureza intermediária da ata de registro de preços.

11. Nos procedimentos licitatórios ordinários, à adjudicação do objeto segue um contrato administrativo. Neste são fixadas de modo bilateral direitos e obrigações entre contratante e contratado. Já no caso do Sistema de Registro de Preços (SRP), há uma peculiaridade: após a conclusão do certame licitatório, segue-se uma ata de registro de preço que funcionalmente se assemelha a um pré-contrato de adesão³, porquanto delimitará o conteúdo de eventual contrato administrativo. Contrato que, como se sabe, não é de consecução obrigatória. Somente existirá se a Administração entender pela necessidade do bem ou serviço registrado em nome do vencedor e, ainda assim, nos estritos termos já fixados na ata de registro de preços.

12. Consignada a natureza jurídica obrigacional da ata de registro de preços, é fácil deduzir que do seu descumprimento devem ser esperadas consequências.

2. Do descumprimento da obrigação de fornecimento dos bens registrados na Ata de Registro de Preços 05/2015.

13. O item 6.8 do Anexo I do Edital 05/2015 (Termo de Refe-

2 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp. 614-615.

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 282.

rência) é claro ao prescrever:

“6.8. Os produtos, rigorosamente de acordo com o ofertado nas propostas, serão entregues ao Núcleo de Apoio Logístico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, à Rua Sena Madureira, nº 1047 – Centro – Fortaleza – CE – CEP 60.055-080 – Fone: 3488-5955, no horário das 8:00 às 11:00 ou das 14:00 às 17:00 horas, **no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias após a emissão da Nota de Empenho/Ordem de Compra.**”

2.1. Definição do início do prazo.

14. A primeira questão a ser enfrentada é quanto à definição do dies a quo do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias que, por vários motivos oriundos da forma pela qual foi instruído o processo, não se revela autoevidente.

15. Pelo item 6.8 do Termo de Referência – acima transcrito e parte integrante do Edital – o prazo deveria ter como início a data da emissão da nota de empenho, que no caso seria 26/08/2015, oportunidade em que foram emitidas as Notas de Empenho 789 e 790 (ff. 14-15). Ocorre que é princípio geral do direito o de que um prazo assinado a um sujeito processual não pode ter como data de início um marco anterior à sua ciência (máxima que pode ser justificada também por razões de bom senso), à exceção, claro, das modalidades fictas de citação (que não é o caso).

16. Nessa senda, **o dia de 10/09/2015 se candidata como termo inicial:** consiste na data em que foi enviado *e-mail* à Interessada com o pedido e respectivas Notas de Empenho. À f. 16, consta prova documental de tal comunicação, uma impressão, datada do mesmo dia 10/09/2015. E à f. 17 há comprovação de que a Interessada teve ciência do correio eletrônico, uma vez que, por ofício de 07/10/2015, **solicita que o Tribunal autorize que a entrega se dê até 20/11/2015.**

2.2. Modo de contagem do prazo.

17. Na contagem do prazo, deve ser excluído o dia de início e ser incluso o dia do vencimento. Os dias serão contados de forma consecutiva, sendo indiferente se o dia é útil ou não, o que significa que a contagem não é suspensa, por exemplo, nos fins de semana. Entretanto, os prazos só se iniciam ou se vencem em dia em que houver expediente no Tribunal de Contas do Estado (art. 110, Lei 8.666/93).

2.3. Definição da data final para execução da obrigação.

18. Dessa forma, considerando que 10/09/2015 foi uma quinta-feira, o prazo de 45 dias iniciou-se na sexta-feira, dia 11/09/2015 e correu até o dia 25/10/2015, que entretanto foi um dia de domingo, o que faz com que o marco final seja o dia útil imediatamente subsequente, o dia 26/10/2016.

19. Ocorre que o Diretor de TI do Tribunal, Sr. Fernando Câncio **anuiu com o pedido de dilação para a entrega**, consoante mostra a f. 18. Como o item 6.9 do Termo de Referência anexo ao Edital 05/2015 contempla a possibilidade de que o atraso seja justificado, por razões de força maior ou caso fortuito, é de rigor considerar o dia 20/11/2015 (sexta-feira) como prazo final para adimplemento da obrigação.

20. Assim, desde 23/11/2015 que a obrigação consubstanciada na Ata 05/2015 foi integralmente descumprida.

2.4. Intempestividade das demais solicitações da Interessada.

21. Fundamental asseverar que a “Resposta à Notificação” de f. 38, datada de 07/12/2015, a “Solicitação de Prorrogação de Prazo de Entrega”, de f. 39, datada de 27/11/2015 e, não por último, o “Pedido de Readequação de Preços”, de 29/01/2016, f. 40, não podem sequer ser conhecidos.

22. O **primeiro** e o **segundo** porque todo e qualquer atraso no fornecimento será considerado injustificado caso não o seja comunicado tempestivamente (item 16.5, Edital 05/2015). E o Termo de Referência do Edital 05/2015, no item 6.8, foi preciso ao delimitar o modo pelo qual se pode aferir essa tempestividade: até 24 horas após o término do prazo de fornecimento e desde que as justificativas apresentadas sejam pelo Tribunal aceitas.

23. O **terceiro**, nominado de “readequação de preços” – mas que materialmente consiste em pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da Ata – também não pode ser conhecido, por intempestivo.

24. Mesmo nos casos em que o preço de mercado se torna superior aos registrados na ata, a Administração somente pode rever o preço registrado ou, indeferindo a revisão, liberar o fornecedor apenas se o requerimento do particular ocorrer antes da Ordem de Compra ou de Serviço (art. 22, §2º, incs. I, II, do Decreto Estadual 28.087/2006). Uma vez que a própria legislação equipara a Nota de Empenho ao contrato ou Ordem de Compra ou de Serviço (art. 20, §1º, Decreto Estadual 28.087/2006), é bem de ver que **desde a data de expedição das Notas de Empenho 789 e 790 (26/08/2015, ff. 14 e 15) que ocorrerá a preclusão temporal da faculdade processual de se requerer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato** – pedido que, ademais, tem seu acolhimento reservado para hipóteses de álea extraordinária, nos termos do art. 65, inc. II, “d”, Lei 8.666/93, mas cuja análise de fundo resta prejudicada ante a intempestividade do requerimento.

25. Ante todo o exposto, em 23/11/2015 ocorreu, de pleno direito, a inexecução obrigacional total da Interessada.

3. Penalidades cabíveis em decorrência do inadimplemento.

26. O ponto 16 do Edital 05/2015 previu penalidades para a eventualidade de descumprimento das obrigações fixadas na Ata. Vejamos:

“16.1 – Por ilícitos cometidos, este Tribunal poderá, garantida a prévia defesa, aplicar as seguintes sanções:

I – **multa** de:

a) 0,33% ao dia sobre o valor total do fornecimento não realizado, no caso de atraso injustificado no prazo de entrega de qualquer produto, limitada a incidência de 30 (trinta) dias;

b) até 10,0% sobre o valor total da proposta, no caso de atraso injustificado no prazo de entrega de qualquer produto por período superior ao previsto no item anterior, ou de inexecução da obrigação assumida;

II – ficar **impedido de licitar e contratar** com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos (art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02), enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade;”

16.2 – O descumprimento total da obrigação, acarretará a rescisão unilateral do compromisso e aplicação das sanções previstas no inciso II.

16.3 – As sanções previstas nos incisos I e II poderão ser aplicadas cumulativamente, facultada a defesa prévia do interessado no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.”

3.1. Multa.

27. Um dos normativos referidos no Edital 05/2015 como fundamento de direito do Pregão Eletrônico em tela, a Lei Federal 10.520/2002 é expressa ao cominar a pena de multa em caso de inexecução obrigacional. A única condição, para tanto, é que a espécie sancionatória esteja expressamente prevista em Edital: “(...) sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”, reza o art. 7º da Lei Federal 10.520/2002.

28. Tal requisito, como se vê no item 16.1 *supra* citado, foi atendido. Assim o fez o Edital porque de todas as sanções previstas no microsistema normativo licitatório, aquela de multa é a única que se orienta pela técnica da tipificação fechada (ou estrita): só pode ser imputada “na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato” (inc. II do art. 87, Lei 8.666/93). O que significa dizer que estes instrumentos devem trazer, também, as hipóteses de incidência da multa bem como os parâmetros para quantificação de seu valor. Sem essas especificações, a cobrança é juridicamente indevida⁴.

29. **(a) Do cabimento da multa.** Cumprindo esse mister, o Edital 05/2015 esboçou duas hipóteses de incidência. Na primeira, a mora (parcial) é de até 30 dias (16.1, I, “a”). Na segunda, a inexecução superou 30 (trinta) dias (16.1, I, “b”). Como até a data de confecção deste Parecer – 08/04/2016 – a obrigação ainda não foi satisfeita, o caso atrai a incidência da segunda espécie:

“16.1 – Por ilícitos cometidos, este Tribunal poderá, garantida a prévia defesa, aplicar as seguintes sanções:

I – multa de:

b) até 10,0% sobre o valor total da proposta, no caso de atraso injustificado no prazo de entrega de qualquer produto por período superior ao previsto no item anterior, ou de inexecução da obrigação assumida;

30. **(b) Dosimetria.** O texto transcrito menciona que o quantum punitivo é de até 10,0% sobre o valor total da proposta. Disso já exsurge a necessidade de que a proporcionalidade seja a mediana entre a causa (inexecução) e o efeito (a sanção). **Ocorre que,**

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1140-1141.

no caso em apreço, temos uma inexecução total da obrigação assumida, o que diminui o ônus argumentativo para fins de fixar no limite máximo a reprimenda. Nenhuma mora parcial pode ser mais grave do que a mora total (inadimplemento total). **Dessa forma, é obrigatório que a multa seja fixada no seu quantum máximo, de 10,0% sobre o valor da proposta**, que foi apresentada na importância de R\$ 25.000,00, consoante atesta as cópias de ff. 9-11 e o Extrato de Ata de Registro de Preços 05/2015 (DOE-TCE/CE, Ano 2, nº 145, de 18/08/2015), à f. 04.

31. Por tudo isso, incidindo 10,0% sobre R\$ 25.000,00, propõe-se, à autoridade competente, que a multa punitiva prevista no item 16.1, I, “b” do Edital 05/2015 seja fixada no **valor de R\$ 2.500,00**, em desfavor da Interessada.

32. (c) **Operacionalização da cobrança.** Na hipótese de esse encaminhamento ser adotado, a notificação da decisão administrativa deve ser formalizada mediante confecção de Ofício (por via postal com Aviso de Recebimento) firmado pela Presidência do Tribunal. No mesmo ensejo, deve ser providenciada a emissão de Documento de Arrecadação Estadual (DAE), com prazo para pagamento segundo os normativos utilizados pela SEFAZ/CE para a dívida ativa não tributária (art. 39, Lei 4.320/64).

3.2. Impedimento de Licitar e Contratar.

33. Sendo caso de descumprimento total da obrigação, cabível também a providência de rescindir unilateralmente a Ata e aplicar a sanção de impedimento de licitar e contratar. É o que diz o item 16.2 do Edital 05/2015, que tem fundamento no art. 7º da Lei 10.520/2002. Adicionalmente, o art. 32 do Decreto Estadual 28.089/2006 reserva a penalidade de descredenciamento do cadastro de fornecedores do Estado do Ceará.

34. O Edital aduz (16.3) que a aplicação da multa pode se dar cumulativamente com o impedimento de licitar e contratar com a

Administração Pública – faculdade deferida pelo art. 7º da Lei Federal 10.520/2002. Entretanto, é de bom grado que este Tribunal não o faça de imediato.

35. É que o Ofício 0632/2015 da Secretaria de Administração deste TCE (f. 23) requereu esclarecimentos da Interessada nos seguintes termos:

“O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por intermédio da Secretaria de Administração, NOTIFICA a empresa KTEC DO BRASIL – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA EIRELI, **para que preste os devidos esclarecimentos sobre a demora na entrega dos itens abaixo relacionados:** 05 UNID – IMPRESSORAS MULTIFUNCIONAL COLORIDA HP E 10 UNID – KIT DE CARTUCHOS HP. Sendo assim, fica V. Sa. devidamente notificada, com direito ao contraditório e ampla defesa, para no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento da presente notificação, prestar os devidos esclarecimentos”.

36. Como se pode facilmente perceber, a comunicação se reduz a mencionar que há uma mora na entrega (um mora parcial, portanto), não ressalta a possibilidade de resolução unilateral da obrigação jurídica encartada na Ata de Registro de Preço bem como a possibilidade de se aplicar a sanção do art. 7º, Lei 10.520/2002.

37. Esse cenário não torna impossível que, de pronto, este Tribunal de Contas declare a obrigação extinta, unilateralmente, e ato contínuo proceda à aplicação do impedimento de licitar e contratar com o poder público pelo prazo de até 5 (cinco) anos. Entretanto, não seria improvável que a Interessada ajuizasse demanda em face do Estado do Ceará questionando a sanção, processo que se arrastaria por considerável tempo até conhecer decisão definitiva.

38. Exatamente por isso exsurge mais proveitoso, do ponto de vista do princípio da eficiência, homenagear o princípio do con-

traditório e notificar mais uma vez a Interessada, para que ela se defenda dos fatos narrados no relatório deste Parecer. No ensejo, deve ser explicitamente mencionado que no prazo de 5 (cinco) dias a mesma deve se defender do inadimplemento obrigacional total aqui narrado, alertando-a que o prolongamento de seu estado de inércia implicará na aplicação da penalidade prevista no art. 7º, Lei 10.520/2002.

III

39. Ante todo o exposto, oferecemos o presente Parecer à Presidência deste Tribunal com as seguintes considerações e encaminhamentos:

a) A **Interessada encontra-se em mora**, sendo possível fixar, com segurança, a data de 23/11/2015 como aquela em que o inadimplemento da obrigação consubstanciada na Ata 05/2015 constituiu-se de pleno direito.

b) O pedido nominado como “readequação de preços” – mas que materialmente consiste em pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da Ata – **não pode ser conhecido, porquanto intempestivo**. Apresentado após a expedição das Notas de Empenho 789 e 790, operou-se a preclusão temporal da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 22, §2º, incs. I, II, do Decreto Estadual 28.087/2006).

c) Deve ser aplicada **multa** no importe de **R\$ 2.500,00** em desfavor da Interessada, com fundamento item 16.1, I, “b” do Edital 05/2015 e de acordo com os fundamentos expendidos no item 3.1. deste Parecer. A Secretaria de Administração deve proceder ao envio de DAE ao domicílio da

Interessada.

d) Faz-se necessária a expedição de notificação, com aviso de recebimento, para que a Interessada se defenda, caso queira, dos fatos narrados no relatório deste Parecer. No ensejo, deve ser explicitamente mencionado que no prazo de 5 (cinco) dias a mesma deve se defender do inadimplemento obrigacional total, alertando-a que o prolongamento de seu estado de inércia e/ou o desacolhimento de suas justificativas acarretará na aplicação da penalidade prevista no art. 7º, Lei 10.520/2002 c/c art. 32 do Decreto Estadual 28.089/2006.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.
Para a elevada consideração superior.

Fortaleza/CE, 11 de abril de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

DESPACHO DECISÓRIO

O Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará:

CONSIDERANDO os seguintes fundamentos de fato subjacentes aos autos do Processo 06288/2015-9, contidos no Parecer 139/206 da Procuradoria Jurídica deste Tribunal:

“Tratam os autos da Ata de Registro de Preço 05/2015 (f. 01), derivada do Pregão Eletrônico 05/2015, que em seu lote 02 trouxe dois itens, consoante se observa no quadro descritivo que jaz à f. 01: (i) “impressora multifuncional colorida com tecnologia de impressão jato de tinta para impressão em tamanho A4 (...)” e (ii) kit de cartuchos extras compatíveis com as mesmas.

Nos termos da proposta comercial de ff. 09-11, da Interessada vencedora, em 28 de julho de 2015 foram registrados os seguintes itens, preços e quantitativos: 1) Impressora Multifuncional Deskjet de Rede: Marca HP- modelo OFFICEJET PRO 276DW, no valor unitário de R\$ 1.000,00 (f.10) – 15 unidades registradas; 2) kit de cartucho: cada kit contendo especificamente os cartuchos Marca HP-modelos HP 950 Officejet, HP 951 Officejet Ciano, HP 951 Officejet Red, HP 951 Officejet Yellon, no valor unitário de R\$ 250,00 o kit. (f.11) – 40 unidades registradas.

Eis a síntese do que, posteriormente, ocorreu e está documentado nos autos:

1. O extrato da Ata foi publicado no DOE-TCE/CE de 19/08/2015 e, tão logo em 26/08/2015, ocorreu a emissão das seguintes notas de empenho:

- (i) Nota de Empenho nº 789/2015, no valor de R\$ 5.000,00, relativo a 5 impressoras multifuncionais. (f. 14)
- (ii) Nota de Empenho nº 790/2015, no valor de R\$

2.500,00, pertinente a 10 kits de cartuchos. (f. 15)

2. Tais documentos foram enviados à Interessada, por e-mail, em 10 de setembro de 2015 (f. 16). Assim, foi iniciado o prazo de entrega de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme disposto no Edital do Pregão Eletrônico 05/2015, item 6, sub item 6.8 (f. 31).

3. No dia 07/10/15, a empresa solicitou prorrogação de entrega, alegando problemas com os fabricantes e em seus estoques, especificando o dia 20/11/2015 como prazo máximo de entrega. (fl.17).

4. Exaurido, em 25/11/15, o prazo fixado no Edital, o Núcleo de Apoio Logístico informou que os produtos não foram entregues e que tampouco conseguiu contato com a empresa. Sugeriu, outrossim, que a mesma fosse notificada, no que concordou a Secretaria de TI (f. 22).

5. A Secretaria de Administração procedeu à notificação da Interessada (Ofício nº 0632/2015 – SEC. ADM.), por via postal com aviso de recebimento (AR130376005DG) que fora efetivamente entregue em 04/12/15 (f. 23). No corpo de tal texto, foi claramente disposto que a Interessada estava a ser notificada, em observância ao princípio do contraditório e ampla defesa, para prestar esclarecimentos, em 05 (cinco) dias úteis, sobre a demora na entrega dos equipamentos.

6. Resposta à notificação às ff. 38-39, datada de 07/12/2015. Nela, menciona que o atraso se deve à crise econômica nacional, e outros fatores macroeconômicos. Salienta que sanará o problema em no máximo 30 dias.

7. Não há manifestação do Tribunal de Contas sobre o ponto, nem controle sobre o prazo, que novamente foi descumprido.

8. Em 29/01/2016 foi apresentado um pedido de readequação de preços. Esteira-se, tal peça, na variação da cotação do dólar entre a data em que o preço fora registrado na Ata (29 de junho de 2015) e os presentes dias. Pede, então, revisão do preço registrado: majoração de 40%."

CONSIDERANDO os fundamentos de direito aduzidos no Parecer 139/2016 da Procuradoria Jurídica, os quais adotamos na íntegra como razão de decidir;

CONSIDERANDO o art. 74, da Constituição Estadual do Ceará; o art. 78, inc. I, da Lei 12.509/95 e demais dispositivos pertinentes, **DECIDO**:

1. Pela aplicação de **multa pecuniária** no importe de **R\$ 2.500,00** em desfavor da Interessada, com fundamento item 16.1, I, “b” do Edital 05/2015 e de acordo com os fundamentos expendidos no item 3.1. do Parecer 139/2016 da Procuradoria Jurídica deste Tribunal de Contas. A Secretaria de Administração deve proceder ao envio de DAE ao domicílio da Interessada.

2. **Notifique-se** a Interessada, por **via postal, com aviso de recebimento**, para que, caso queira, oferte defesa, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, acerca do inadimplemento obrigacional do qual ela é acusada e que, na eventualidade de serem desacolhidas suas justificativas, poderá lhe render a **aplicação da penalidade prevista no art. 7º, Lei 10.520/2002 c/c art. 32 do Decreto Estadual 28.089/2006**, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

Cumpra-se. Notifique-se.
Expedientes necessários.

Fortaleza/CE, 12 de abril de 2016

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

5 - Notificação por edital em sede de processo administrativo de imposição de sanção por inadimplemento contratual: condições.¹

I

1. Cuida-se de expediente originário da Secretaria de Administração, circunstanciado o fato de ter tentado notificar a empresa interessada do despacho decisório de fls. 99/101. Neste afirma o Sr. Secretário que *“a Secretaria de Administração, através do Ofício nº 336/2016 SEC.ADM enviou notificação a referida empresa, entretanto fora informado pelos Correios, através do AR, que a empresa mudou-se”*.

2. Acrescenta ainda o gestor que a empresa já tinha mudado de endereço, não sendo mais o constante na Ata de Registro de Preços nº 5/2015-TCE/CE, conforme documento acostado à fl. 80.

É o breve relatório.

II

Passo a opinar.

3. Compulsando os autos, verifica-se que a Secretaria de Administração informa haver tentado, por vezes, notificar a parte interessada do ato decisório exarado pelo Exmo. Sr. Presidente do TCE, lançado às fls. 99/101.

4. No entanto, o que se constata da informação dos correios (fl. 111) é que a pessoa jurídica beneficiária da Ata de Registro mudou de endereço e não cuidou de informar ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará seu novo domicílio. Além do mais, ignorou o e-mail (fl. 113) que lhe fora endereçado, em 26 de julho de 2016, no qual a Secretaria de Administração, por seu diligente servidor, requereu a informação de novo endereço.

5. Cumpre asseverar que, de modo geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o aperfeiçoamento da notificação ou citação por via postal com Aviso de Recebimento não depende de uma comunicação pessoal do interessado, exurgindo válida a mera confirmação de que a carta registrada foi entregue no endereço correto, mesmo se assinado, o AR, por terceiro.

6. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. **DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 179 DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. INTIMAÇÃO DO ATO IMPUGNADO POR CARTA REGISTRADA**, INICIADO O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51 DA DATA CONSTANTE DO AVISO DE RECEBIMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

2. **O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.**

3. O prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança conta-se da data constante do aviso de recebimento e não admite suspensão ou interrupção.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 25.816 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 4/8/2006)

7. Tal entendimento goza de atualidade entre a composição da E. Corte Suprema, como evidenciam os julgamentos dos MS 31.648 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/12/2013) e MS 27.427 – AgRg (Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 08/09/2015).

8. **Embora possível, a notificação por AR apenas requer certa segurança quanto à correção do endereço do destinatário.** Bem o explica o excerto abaixo colacionado, oriundo do Acórdão 501/2015 – Plenário, Rel. André Luís Carvalho, Sessão de 11/03/2015, de lavra do C. Tribunal de Contas da União:

“Nota-se que o recebimento do ofício citatório foi demonstrado por meio de AR assinado por terceiro, identificado como José Alberto dos Santos, não tendo sido consignada nenhuma indicação de que a responsável não residiria mais naquele endereço (Peça nº 8), condição apta a fundamentar a validade da citação, mesmo porque a jurisprudência do TCU considera suficiente para se efetivar a citação a sua entrega no endereço do destinatário, mediante AR, inexistindo exigência de que a citação seja feita pessoalmente ao responsável (v.g.: Acórdão 1.946/2014-Plenário), conforme disposto no art. 179, inciso II, do Regimento Interno do TCU, o qual, aliás, já teve a sua legalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do MS 25.816/DF.

Sabe-se, contudo, que o ato processual de citação original deve ser considerado nulo, quando o ofício não for entregue no endereço correto do responsável (v.g.: Acórdão 5.821/2013-TCU-2ª Câmara)."

9. A questão que se coloca, então, é de como se certificar de que o endereço está correto. Se estivéssemos na seara de um contrato administrativo, inequivocamente a notificação deveria ser considerada como feita, dada a obrigação legal a que o contratado-particular se sujeita em face da Administração.

10. Ocorre que a Ata de Registro de Preço, conquanto possua

conteúdo vinculativo quanto aos termos da proposta, não pode ser considerada como um ajuste bilateral equiparado a contrato. Em casos que tais, cumpre à Secretaria de Administração adotar cautelas adicionais para que a Interessada *supra* qualificada não venha, posteriormente, arguir em seu favor nulidade da notificação.

11. Tais cautelas podem ser livremente inspiradas na Resolução 170/2004 do TCU, na ausência de norma expressa a esse respeito no âmbito deste Tribunal. Não se trata sequer de “aplicação por analogia”, mas de algo anterior: aquilo que se convencionou chamar de “observação de melhores práticas administrativas”. Vejamos a solução sugerida pela Resolução 170/2004, do TCU:

Art. 6º Na hipótese de os Correios informarem que o destinatário:

(...)

II - **mudou-se**, é desconhecido ou que o endereço é insuficiente, caberá à unidade remetente adotar uma ou mais das seguintes providências:

- a) consulta a outros cadastros mantidos por instituições públicas ou privadas que possam oferecer subsídios à obtenção do endereço do destinatário, fazendo juntar aos autos documentação ou informação comprobatória do resultado da consulta;
- b) solicitação de auxílio à unidade jurisdicionada ou órgão de controle interno ao qual esteja vinculado o destinatário ou o processo;
- c) solicitação de colaboração à secretaria do Tribunal na unidade da federação em que se supõe residir o destinatário;
- d) solicitação de colaboração dos órgãos de controle externo estaduais.

Art. 7º Esgotadas as medidas previstas nos artigos 5º e 6º, conforme o caso, a unidade remetente:

I - renovará a comunicação quando identificado o inventariante, ou os sucessores, ou o novo endereço do responsável;

II - **aplicará, desde logo, o disposto no inciso IV do artigo 3º, caso não seja possível confirmar a entrega da comunicação no endereço do destinatário.**

[o inc. IV trata da notificação por edital]

12. Considerado o nosso contexto institucional, e o fato de o AR não ter sido recebido sequer por terceiro, pensamos que uma prática juridicamente segura, para o caso em questão – inspirado pelos dispositivos acima transcritos – seria o seguinte:

1) proceder a uma pesquisa nos sistemas do Tribunal – ou de órgãos com os quais o Tribunal tenha convênio – com fins de localização da pessoa jurídica;

2) o resultado dessa pesquisa deve ser impresso e acostado aos autos;

3) enviar correspondência com AR para o endereço, caso não se já o tenha tentado em vezes pretéritas;

4) caso a pesquisa não tenha revelado endereço novo, e considerando a inércia da pessoa jurídica beneficiária da ata, que adota comportamento que não parece condizente com a boa-fé objetiva, a Secretaria de Administração deve proceder à notificação por edital, a ser publicado no DOE-TCE.

13. Assim, devemos consignar que é plenamente possível a notificação por edital, em situações como a que temos em tela, em que a pessoa jurídica interessada ao que parece encontra-se domiciliada em local incerto e não sabido.

14. Sobre o ponto, a possibilidade da notificação por Edital já fora admitida pelo Supremo Tribunal Federal, quando frustrada a tentativa de comunicação pela via posta, como bem se observa no arresto a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital

depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).

2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 3. Ordem denegada.

(MS 30.788 MINAS GERAIS, Relator MIN. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento 21/05/2015)

15. Tanto mais é pertinente todos os entendimentos acima colacionados quando se sabe que a LOTCE e o RITCE têm dispositivos em tudo idênticos àqueles da Lei 8.443/92 e do RITCU, citados nos julgados acima, do Supremo Tribunal Federal.

III

16. Ante todo o exposto, opinamos que a Secretaria de Administração adote o seguinte rotina administrativa:

- 1) proceda-se a uma pesquisa nos sistemas do Tribunal – ou de órgãos com os quais o Tribunal tenha convênio – com fins de localização da pessoa jurídica Interessada;
- 2) o resultado dessa pesquisa deve ser impresso e acostado aos autos;
- 3) enviar correspondência com AR para o endereço, caso não se já o tenha tentado em vezes pretéritas;
- 4) na hipótese da pesquisa não ter revelado endereço novo, a Secretaria de Administração deve proceder à notificação por edital, a ser publicado no DOE-TCE;
- 5) na publicação no DOE-TCE, deve ser indicado, como

fundamentação, o art. 21, inc. III, LOTCE e este Parecer.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.
Para a elevada consideração superior.

Fortaleza/CE, 11 de agosto de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

DESPACHO

1. De acordo com o Parecer 409/2016.
2. À Secretaria de Administração, para as providências cabíveis.
3. Remeta-se cópia do Parecer 409/2016 ao Sr. Secretário-Geral, para que este avalie a conveniência técnica de se adotar, no âmbito deste TCE/CE, um normativo que regulamente, com maior grau de precisão, nossas comunicações processuais e administrativas (a exemplo do que faz o TCU, por meio da Resolução 170/2004).

Fortaleza, 11 de agosto de 2016

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

6 - Licenciamento de veículo oficial: obrigação jurídica tributária. Pagamento que não requer declaração de inexigibilidade de licitação. Caso de simples não-incidência da Lei 8.666/93.

I

1. O presente processo administrativo é encaminhado a esta Procuradoria Jurídica para fins de emissão¹ de pronunciamento, acerca da solicitação oriunda do Núcleo de Apoio Logístico para empenho no valor de R\$ 4.155,69 (quatro mil, cento e cinquenta e cinco reais e sessenta e nove centavos) em nome do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, referente ao pagamento das taxas de licenciamento do ano de 2016 dos veículos pertencentes a este Tribunal.

2. Do que consta ainda nos autos calha mencionar a existência dos seguintes documentos:

- CI nº 148/2016 do Núcleo de Apoio Logístico (f. 1);
- CI nº 6/2016 do Núcleo de Administração da Sede;
- Planilha discriminando todos os valores (f. 3);
- Boletos referentes a cada veículo (ff. 4-33);
- Documentação atestando a regularidade fiscal do DETRAN, (ff. 34-39);
- Informação do Núcleo de Finanças afirmando existir recurso orçamentário previsto na Proposta de Lei Orçamentária para o exercício de 2016 (ff. 40-41);
- Despachos à Presidência e à Procuradoria Jurídica (f. 42).

É o breve relatório.

II

3. A solicitação em apreço fundamenta-se na exigência legal de que “todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semirreboque, para transitar na via, deverá ser **licenciado** anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo” (art. 130 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB). Com a frota deste Tribunal ocorre de modo idêntico aos demais veículos, quanto ao ponto, uma vez que o referido licenciamento é formalizado por **Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo – CRLV**, documento de porte obrigatório, e cuja expedição depende da prévia quitação da taxa de licenciamento anual – objeto do presente processo.

4. Era costume do setor administrativo deste Tribunal pagar a referida obrigação compulsória mediante prévio processo de declaração de inexigibilidade de licitação, ao argumento de inviabilidade de competição. Entendemos, com a melhor doutrina e jurisprudência, que tal não se faz necessário e adequado.

5. O regime jurídico licitatório tem razão de ser em mandamento constitucional; muito antes de ser um fim em si mesmo, é funcionalmente orientado. Aplica-se de ordem a conferir a todos isonômica possibilidade de contratar com a Administração Pública, em homenagem e concreção ao princípio da igualdade. Vejamos a regra-matriz constitucional pertinente:

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.

6. Seguindo tal senda, a Lei nº 8.666/93 demarcou o campo de incidência da imposição do regime licitatório:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando **contratadas** com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um **acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.**

7. Do quanto transcrito, é possível vislumbrar sem maiores esforços que a aplicação do regime licitatório se dá em sede de contratos *stricto sensu* (*caput*) ou contratos por equiparação (parágrafo único).

8. **Contrato** é definido, no âmbito da teoria geral do direito privado, como um acordo de vontades celebrado entre duas ou mais partes com o objetivo de constituir, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica².

9. Com os **contratos administrativos** também assim ocorre. Há um ajuste de vontades, que consubstanciam interesses contrapostos: de um lado o fornecimento do bem ou serviço, de outro o pagamento de contraprestação pecuniária. Por mais que haja a

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

incidência de um regime jurídico exorbitante, que confere à Administração Pública um poder de instabilizar o vínculo jurídico-obrigacional em hipóteses legalmente previstas, é irredutível o caráter consensual dos contratos administrativos³.

10. Prova disso é que mesmo no caso dos **contratos administrativos por equiparação** (parágrafo único do art. 2º, da Lei 8.666/93) a sua identificação se dá não pela forma, o *nomen juris* “contrato”, mas sim por sua substância, qual seja a existência de “um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”.

11. Dessa maneira, *a contrario sensu*, o que não é ajuste de vontades não é contrato para fins da Lei 8.666/93. Assim, nem todas as despesas administrativas requerem prévio procedimento licitatório. E não estamos a falar de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de procedimento licitatório, exceções ao princípio da obrigatoriedade. Estamos a tratar, aqui, de caso de **não incidência da Lei 8.666/93**:

“Ao mencionar expressamente a característica consensual do contrato administrativo, o estatuto expurga qualquer possibilidade de que determinados atos praticados pela Administração, em que inexistente o elemento de acordo de vontades, possam assim ser considerados. Nesse sentido, não se caracterizam como contratos administrativos a desapropriação, a fiscalização, a tributação entre outros”⁴.

12. Com efeito. Obrigações as quais a Administração Pública se submete sem prévia escolha volitiva não podem se submeter a

3 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 352.

4 CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 7ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 60.

regime licitatório.

13. Tal é bem exemplificado pelo PARECER/CONJUR/MTE Nº 060/2011, da Advocacia-Geral da União (AGU). No caso, órgão público intentava mover procedimento de inexigibilidade de licitação para que, assim, pudesse pagar taxa de condomínio. Em resposta, a AGU consignou que tal despesa era derivada não de contrato ou instrumento congênere, mas sim de obrigação *propter rem*, de cunho legal, derivada do só fato de o órgão público ostentar a posição de proprietária de bem imóvel em condomínio edilício (art. 1.315 CC). Configurada tal situação, assim se pronunciou a AGU:

“Ademais, por não se vislumbrar espaço para manifestação de vontade da Administração Pública, não há que se falar em contratação e, por conseguinte, em inexigibilidade de licitação, de maneira que se tornam inaplicáveis as disposições da Lei nº 8.666/93”.

14. Fundamental perceber: não é porque uma despesa administrativa não pode se submeter à disputa entre particulares interessados que ela, necessariamente, será objeto de prévia dispensa de licitação (art. 24, Lei 8666/93) ou de inexigibilidade (art. 25, Lei 8666/93). Pode simplesmente não ser o caso de incidência da Lei de Licitações, como ilustra o exemplo do pagamento de despesa de condomínio, acima citado, e também outro, que diz respeito ao objeto dos autos: o **pagamento de tributos**.

15. Por expressa dicção legal, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º, CTN). Sendo gênero, comporta cinco espécies, segundo o Supremo Tribunal Federal (RE 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso): imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições.

16. A despesa objeto dos autos em tela, o licenciamento anual, é pacificamente enquadrada, pela doutrina e jurisprudência, como tributo da espécie taxa (art. 77, CTN). Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. NATUREZA JURÍDICA. TAXA PÚBLICA. OFENSA AO PRIMADO DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O SERVIÇO DE RENOVAÇÃO DE LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, POR SER ATO INERENTE AO PODER DE POLÍCIA ATRIBUÍDO AO DETRAN-DF, **TEM NATUREZA JURÍDICA DE TAXA PÚBLICA**, A SER INSTITUÍDA POR MEIO DE LEI ESPECÍFICA, SENDO ILEGAL A EXIGÊNCIA DE SEU PAGAMENTO, FEITA POR MEIO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA”

(TJ-DF. Apelação: 1050240420078070001/DF, Relator: Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA. 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 10/02/2010. Data de Publicação: 22/02/2010)

17. O art. 130 do Código de Trânsito confere a órgãos de trânsito dos Estados-Membros a atribuição da tarefa administrativa material de licenciar, anualmente, os veículos automotores. Em contraprestação ao exercício desse poder de polícia é possível a instituição de taxa (art. 77 CTN). Assim, resta inequívoco que a obrigação deste Tribunal de Contas de proceder ao pagamento da taxa de licenciamento anual é tudo menos um ajuste de vontades. O Tribunal de Contas não celebra um acordo de vontades com o DETRAN-CE para fins de negociar as taxas de licenciamento. Ao contrário, e pelo próprio conceito de tributo oriundo do art. 3º do CTN, o pagamento de tributo configura obrigação *ex lege* informada pela **compulsoriedade**. Em tudo antípoda, portanto, a um contrato.

18. Se o caso não é de ajuste de vontades, a ser formalizado por contrato administrativo *stricto sensu* ou por equiparação, o empenho da despesa preconizada pelo gestor não pode ser realizado por

uma contratação direta por inexigibilidade de certame licitatório.

19. A inexigibilidade é um regime de contratação sem licitação; seu traço distintivo reside tão somente na ausência de possibilidade de competição entre atores privados. Assim, insista-se, a despeito de não ser precedida de disputa, a inexigibilidade é ato-condição de uma contratação pública⁵.

20. Por tudo isso, o pagamento da despesa em tela não requer procedimento licitatório. Mas disso não se pode concluir que se trata de caso de dispensa ou inexigibilidade. O caso é de simples não-incidência da Lei 8.666/93, que somente se aplica a contratos, e não a obrigações legais compulsórias.

21. Em razão da similitude do caso vertente com aquele outro abordado no já citado PARECER/CONJUR/MTE N° 060/2011, da Advocacia-Geral da União (AGU), entendemos que o encaminhamento lá cristalizado é de transcrição pertinente:

“16. Desta feita, entende-se que o procedimento para pagamentos de despesas desse jaez deve ser feito por autorização, devidamente fundamentada, da autoridade competente.

17. Além disso, o processo deve ser instruído com documentos que comprovem o encargo e o valor a ser pago, ou seja, faz-se necessária a juntada da cópia da convenção de condomínio, das atas que fixam as contribuições de cada unidade, bem como o boleto de cobrança da taxa de condomínio.

18. Por fim, a autoridade competente deve dar publicidade, por meio da imprensa oficial, do ato de autorização do pagamento da despesa com a taxa de condomínio.

5 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 455.

22. A adoção da maneira pela qual o assunto é tratado na esfera administrativa da União parece-nos de juridicidade superior, e acarretará em ganhos no que toca à eficácia, eficiência e economicidade. Donde afiançamos seu traslado para este Tribunal de Contas.

III

23. Ante todo o exposto, esta Procuradoria Jurídica opina:

a) despesas deste Tribunal de Contas com tributos da espécie “taxa”, assim como outras oriundas de obrigação legal, e não contratual, não precisam, e não devem, ser precedidas de procedimento que declare inexigibilidade de licitação, ante a absoluta inexistência de contratualização vazada por ajuste de vontades, o que afasta a incidência da Lei 8.666/93;

b) para que seja lavrado Ato da Presidência autorizando o pagamento do tributo, devendo o mesmo ser publicado no Diário Oficial do Tribunal de Contas do Estado, e que o mesmo conste como fundamento da nota de empenho respectiva à despesa descrita na CI 128/2016 (f. 01), qual seja R\$ 4.155,69;

c) que a este entendimento seja dado caráter normativo, de observação obrigatória, doravante, no âmbito deste Tribunal.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

Para a elevada consideração superior. Sub censura.

Fortaleza, 02 de março de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

DESPACHO

1. De acordo com o Parecer 85/2016, da Procuradoria Jurídica.
2. Determino à Secretaria de Administração que proceda à distinção trazida no corpo do opinativo citado: nos casos de obrigações ex lege não há falar em contratação, mas em mero pagamento, donde ser inadequada uma declaração de inexigibilidade de licitação, eis que esta é realizada para fins de uma contratação.
3. Proceda-se à confecção de minuta de Ato da Presidência, que após assinado e publicado fundamentará o empenho da quantia discriminada na CI 148/2016, qual seja R\$ 4.155,69.

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

7 - Pagamento de Seguro Obrigatório DPVAT de veículos oficiais. Natureza jurídica de contrato: incidência da Lei 8.666/93. Caso de inexigibilidade de licitação¹.

EMENTA: Pagamento de seguro obrigatório DPVAT, exercício de 2016, dos veículos automotores pertencentes a este Tribunal. Natureza jurídica de direito privado: contrato da espécie “contrato imposto”. Ausência de espaço para autonomia da vontade: irrelevância. Incidência do regime jurídico da Lei 8.666/93, ante a presença de contrato. Impossibilidade de concorrência: caso de inexigibilidade (art. 25, *caput*, Lie 8.666/93). Obrigações futuras: inexistência; termo contratual suficientemente substituído pelo bilhete de seguro, emitido após recolhimento do prêmio à Seguradora Líder S/A. Inteligência do art. 62, §4º da Lei 8.666/93. Parecer pela emissão do empenho, após prévia declaração de inexigibilidade.

I

1. O presente processo administrativo é encaminhado a esta Procuradoria Jurídica para fins de emissão de pronunciamento, acerca da solicitação oriunda do Núcleo de Apoio Logístico para empenho no valor de R\$ 3.883,94 (três mil, oitocentos e oitenta e três reais e noventa e quatro centavos) em nome da SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT, referente ao pagamento do seguro obrigatório DPVAT dos veículos pertencentes a este Tribunal.

2. Do que consta ainda nos autos calha mencionar a existência dos seguintes documentos:

- CI nº 6/2016 do Chefe do Núcleo de Administração da Sede, solicitando a emissão de Nota de Empenho para pagamento do seguro ora analisado, bem como a relação dos veículos pertencentes a este Tribunal (ff. 2-3);
- Boletos referentes a cada veículo (ff. 4-33);
- Documentação atestando a regularidade fiscal da seguradora (ff. 35-39);
- Informação do Núcleo de Finanças afirmando existir recurso orçamentário previsto na Proposta de Lei Orçamentária para o exercício de 2016 (ff. 40-41);
- Despachos à Presidência e à Procuradoria Jurídica (f. 42).

É o breve relato.

II

3. Inicialmente, cumpre esclarecer que a legislação brasileira instituiu o seguro obrigatório, devido pelos proprietários de veículos automotores, destinado a cobrir indenizações às vítimas de acidentes relacionados com veículos automotores.

4. No tocante ao pleito, o seguro obrigatório (de recolhimento compulsório), encontra-se previsto no art. 20, "I", do DL 73/66, na redação dada pela Lei nº 8.374/91, que determinou a obrigatoriedade da realização de seguro para cobertura de *"danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não"*.

5. Assim, para fins de cumprimento da legislação de trânsito, o Conselho Nacional de Seguros Privados, vinculado ao Ministério

da Fazenda da União Federal, editou a Resolução CNSP 154/2006, para veicular as normas disciplinadoras do seguro DPVAT, cujo art. 1º dispõe que *“nos termos da Lei n. 6194, de 19 de dezembro de 1974, estão obrigados a contratar o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – Seguro DPVAT, os proprietários de veículos sujeitos a registro e licenciamento, na forma do Código Nacional de Trânsito”*.

6. A natureza jurídica do seguro DPVAT não se mostra pacífica na doutrina. Muito embora não se questione que o seguro consiste em negócio jurídico de direito privado (contrato, portanto), pondera-se que o seguro obrigatório DPVAT afasta-se do modelo clássico de contrato, tanto pelas diversas peculiaridades decorrentes da intervenção estatal, quanto em função da inexistência de qualquer espaço para atuação do princípio da autonomia das vontades de modo a propiciar qualquer modificação no ajuste. A isso se some o traço fundamental de cogência derivado do fato de não haver qualquer margem de escolha do segurado quanto à escolha da seguradora no âmbito do DPVAT, tendo em vista que a Portaria 2.797, de 04.12.2007, da SUSEP, coloca a SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A como o sujeito contratual constante de tal acordo.

7. Em razão disso, foi comum aventar uma suposta natureza tributária ao DPVAT. Tal posição, contudo, não se sustenta. Por mais que seja intrínseco ao conceito de tributo extraído do art. 3º do CTN o traço da compulsoriedade, é bem de ver que só isso não basta consignar ao seguro obrigatório uma natureza jurídica de exação tributária.

8. Nesse sentido, ao julgar o REsp 1.071.861/SP (sob o rito dos recursos repetitivos art. 543-C, CPC), o Superior Tribunal de Justiça pacificou que o seguro em questão tem natureza jurídica de seguro de responsabilidade civil obrigatório (e não de tributo), o que leva à conclusão de que a ação de cobrança intentada pelo beneficiário prescreve em 3 anos, em aplicação ao inc. IX do § 3º

do art. 206 do CC/2002² - e não no prazo quinquenal do CTN, eis que não se trata de tributo. A *ratio decidendi* de tal julgado foi, inclusive, reduzido a enunciado sumular:

Súmula 405 – “A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos”.

9. Muito mais que um debate de consequências meramente acadêmicas, a correta compreensão acerca da natureza jurídica do DPVAT é fundamental para que se defina se o regime licitatório instituído pela Lei 8.666/93 é aplicável ou não.

10. A propósito, no Parecer 85/2016 desta Procuradoria Jurídica o tema foi ventilado em ordem de se saber se a declaração de inexigibilidade seria condição prévia para o pagamento de taxa de licenciamento de veículos, oportunidade em que opinamos pela não submissão ao regime licitatório, donde a desnecessidade de se instruir procedimento de inexigibilidade:

“1.O regime jurídico licitatório tem razão de ser em mandamento constitucional; muito antes de ser um fim em si mesmo, é funcionalmente orientado. Aplica-se de ordem a conferir a todos isonômica possibilidade de contratar com a Administração Pública, em homenagem e concreção ao princípio da igualdade. Vejamos a regra-matriz constitucional pertinente:

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

² Norma cujo inteiro teor transcrevemos: “IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.”

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.

Seguindo tal senda, a Lei nº 8.666/93 demarcou o campo de incidência da imposição do regime licitatório:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando **contratadas** com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um **acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.**

Do quanto transcrito, é possível vislumbrar sem maiores esforços que a aplicação do regime licitatório se dá em sede de contratos *stricto sensu (caput)* ou contratos por equiparação (parágrafo único).

Contrato é definido, no âmbito da teoria geral do direito privado, como um acordo de vontades celebrado entre duas ou mais partes com o objetivo de constituir, regular, modificar ou extinguir uma rela-

ção jurídica³.

Com os **contratos administrativos** também assim ocorre. Há um ajuste de vontades, que consubstanciam interesses contrapostos: de um lado o fornecimento do bem ou serviço, de outro o pagamento de contraprestação pecuniária. Por mais que haja a incidência de um regime jurídico exorbitante, que confere à Administração Pública um poder de instabilizar o vínculo jurídico-obrigacional em hipóteses legalmente previstas, é irreduzível o caráter consensual dos contratos administrativos⁴.

Prova disso é que mesmo no caso dos **contratos administrativos por equiparação** (parágrafo único do art. 2º, da Lei 8.666/93) a sua identificação se dá não pela **forma**, o *nomen juris* “contrato”, mas sim por sua substância, qual seja a existência de “um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”.

Dessa maneira, a *contrario sensu*, o que não é ajuste de vontades não é contrato para fins da Lei 8.666/93. Assim, nem todas as despesas administrativas requerem prévio procedimento licitatório. E não estamos a falar de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de procedimento licitatório, exceções ao princípio da obrigatoriedade. Estamos a tratar, aqui, de caso de **não incidência da Lei 8.666/93**:

“Ao mencionar expressamente a característica consensual do contrato administrativo, o estatuto expurga qualquer possibilidade de que determinados atos praticados pela Administração, em

3 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

4 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 352.

que inexistente o elemento de acordo de vontades, possam assim ser considerados. Nesse sentido, não se caracterizam como contratos administrativos a desapropriação, a fiscalização, a tributação entre outros”⁵.

Com efeito. Obrigações as quais a Administração Pública se submete sem prévia escolha volitiva não podem se submeter a regime licitatório.

Tal é bem exemplificado pelo PARECER/CONJUR/MTE Nº 060/2011, da Advocacia-Geral da União (AGU). No caso, órgão público intentava mover procedimento de inexigibilidade de licitação para que, assim, pudesse pagar taxa de condomínio. Em resposta, a AGU consignou que tal despesa era derivada não de contrato ou instrumento congêneres, mas sim de obrigação *propter rem*, de cunho legal, derivada do só fato de o órgão público ostentar a posição de proprietária de bem imóvel em condomínio edilício (art. 1.315 CC). Configurada tal situação, assim se pronunciou a AGU:

“Ademais, por não se vislumbrar espaço para manifestação de vontade da Administração Pública, não há que se falar em contratação e, por conseguinte, em inexigibilidade de licitação, de maneira que se tornam inaplicáveis as disposições da Lei nº 8.666/93”.

Fundamental perceber: não é porque uma despesa administrativa não pode se submeter à disputa entre particulares interessados que ela, necessariamente, será objeto de prévia dispensa de licitação (art. 24, Lei

⁵ CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 7ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 60.

8666/93) ou de inexigibilidade (art. 25, Lei 8666/93). Pode simplesmente não ser o caso de incidência da Lei de Licitações, como ilustra o exemplo do pagamento de despesa de condomínio, acima citado, e também outro, que diz respeito ao objeto dos autos: o **pagamento de tributos**.

2. Por expressa dicção legal, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º, CTN). Sendo gênero, comporta cinco espécies, segundo o Supremo Tribunal Federal (RE 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso): imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições.

A despesa objeto dos autos em tela, o licenciamento anual, é pacificamente enquadrada, pela doutrina e jurisprudência, como tributo da espécie taxa (art. 77, CTN). Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. NATUREZA JURÍDICA. TAXA PÚBLICA. OFENSA AO PRIMADO DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O SERVIÇO DE RENOVAÇÃO DE LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, POR SER ATO INERENTE AO PODER DE POLÍCIA ATRIBUÍDO AO DETRAN-DF, **TEM NATUREZA JURÍDICA DE TAXA PÚBLICA**, A SER INSTITUÍDA POR MEIO DE LEI ESPECÍFICA, SENDO ILEGAL A EXIGÊNCIA DE SEU PAGAMENTO, FEITA POR MEIO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA”

(TJ-DF. Apelação: 1050240420078070001/DF,

Relator: Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA. 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 10/02/2010. Data de Publicação: 22/02/2010)

3. O art. 130 do Código de Trânsito confere a órgãos de trânsito dos Estados-Membros a atribuição da tarefa administrativa material de licenciar, anualmente, os veículos automotores. Em contraprestação ao exercício desse poder de polícia é possível a instituição de taxa (art. 77 CTN). Assim, resta inequívoco que a obrigação deste Tribunal de Contas de proceder ao pagamento da taxa de licenciamento anual é tudo menos um ajuste de vontades. O Tribunal de Contas não celebra um acordo de vontades com o DETRAN-CE para fins de negociar as taxas de licenciamento. Ao contrário, e pelo próprio conceito de tributo oriundo do art. 3º do CTN, o pagamento de tributo configura obrigação *ex lege* informada por **compulsoriedade**. Em tudo antípoda, portanto, a um contrato.

4. Se o caso não é de ajuste de vontades, a ser formalizado por contrato administrativo *stricto sensu* ou por equiparação, o empenho da despesa preconizada pelo gestor não pode ser realizado por uma contratação direta por inexigibilidade de certame licitatório.

A inexigibilidade é um regime de contratação sem licitação; seu traço distintivo reside tão somente na ausência de possibilidade de competição entre atores privados. Assim, insista-se, a despeito de não ser precedida de disputa, a inexigibilidade é ato-condição de uma contratação pública⁶.

Por tudo isso, o pagamento da despesa em tela não

6 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 455.

requer procedimento licitatório. Mas disso não se pode concluir que se trata de caso de dispensa ou inexigibilidade. O caso é de simples não-incidência da Lei 8.666/93, que somente se aplica a contratos, e não a obrigações legais compulsórias.

5. Em razão da similitude do caso vertente com aquele outro abordado no já citado PARECER/CONJUR/MTE Nº 060/2011, da Advocacia-Geral da União (AGU), entendemos que o encaminhamento lá cristalizado é de transcrição pertinente:

“16. Desta feita, entende-se que o procedimento para pagamentos de despesas desse jaez deve ser feito por autorização, devidamente fundamentada, da autoridade competente.

17. Além disso, o processo deve ser instruído com documentos que comprovem o encargo e o valor a ser pago, ou seja, faz-se necessária a juntada da cópia da convenção de condomínio, das atas que fixam as contribuições de cada unidade, bem como o boleto de cobrança da taxa de condomínio.

18. Por fim, a autoridade competente deve dar publicidade, por meio da imprensa oficial, do ato de autorização do pagamento da despesa com a taxa de condomínio.”

A adoção da maneira pela qual o assunto é tratado na esfera administrativa da União parece-nos de juridicidade superior, e acarretará em ganhos no que toca à eficácia, eficiência e economicidade. Donde afiançamos seu traslado para este Tribunal de Contas.

que o caso ora examinado dele difere. Como já adiantado acima, resta pacificado que o Seguro DPVAT tem natureza de contrato de seguro de responsabilização civil. Não se trata de tributo. A princípio temos contrato. Mas de imediato advém a dificuldade de saber se uma prestação compulsória como a que temos em exame pode ser tida por contrato.

12. O fato de ser obrigatório retira, é verdade, o traço de acordo livre de vontades, mas não desnatura o instituto do contrato. Trata-se do assim chamado “**contrato imposto**”. Nesse sentido se pronunciou, normativamente, a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais sobre o assunto, no Parecer 15.072/2011:

Porém, como destaca um dos grandes e atuais doutrinadores italianos a respeito do contrato, Vincenzo Roppo, a sociedade evoluiu, as relações contratuais se alteraram e a doutrina jurídica deve se atualizar para contextualizar as novas figuras que surgem, razão pela qual, ao tratar do tema, aponta que o ocaso da vontade na sociedade moderna leva à substituição dessa mesma vontade como o motor contratual pela realidade que denomina “contato social”, pois, muitas vezes, na sociedade moderna, o contrato surge não de declarações de vontade, mas de situações de contato social. Confiram-se suas lições:

“O elemento comum a todas estas hipóteses, embora em muitos aspectos assaz diversas entre si, encontra-se no facto de a relação contratual nascer e produzir os seus efeitos, não já sobre a base de declarações de vontade válidas (as quais, em linha de princípio, seriam necessárias para que existisse um contrato), mas sim com base no contacto social que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. Por contacto social entende-se, aqui, o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típicos – através dos quais se

realizam, de facto, operações econômicas e transferências de riquezas entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação (...)

Mas é, por outro lado, legítimo partir da premissa de que o contrato não se forma com o evento psíquico da ‘fusão de vontades’, mas sim com correspondência objectiva dos comportamentos humanos, ao modelo de procedimento definido pelo ‘arbitrio’ do legislador, e na sequência desta, concluir que nada impede de reconhecer justamente nos comportamentos que integrem o ‘contacto social’, uma tal correspondência, e, portanto, verdadeiros e próprios contratos” (O Contrato, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Ed. Almedina, 2009, p. 303/304).

Essa nova realidade parece ter sido encarada pelo legislador brasileiro quando, em 2002, ao editar o novo Código Civil, lançou, como primeira disposição preliminar na regulamentação do contrato, o art. 421, em que se dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Percebe-se a nítida mudança de direção legislativa na configuração do contrato: não mais a vontade pura e simples como motora do contrato, mas o condicionamento da liberdade contratual, ou da autonomia da vontade, à função social do contrato.

Dá a possibilidade, nesse novo direito dos contratos, de se admitir a figura contratual mesmo em hipóteses que Vincenzo Roppo denomina de “**contrato imposto**”, ou seja, em que o legisla-

dor, em situações especiais e em normas de ordem pública, obriga a contratação:

“Algumas restrições públicas da liberdade contratual são particularmente duras. Veremos mais adiante o mecanismo da substituição automática dos conteúdos contratuais desconformes daqueles queridos pela lei: se, por exemplo, as partes fazem o contrato ao preço de 120, em presença de uma norma da autoridade pública competente que fixa o preço máximo de 100, o contrato das partes não é anulado, mas resta em pé pelo preço de 100.

Ainda mais duro é o mecanismo de obrigação legal de contratar. Quem exercita uma empresa em condição de monopólio legal ‘tem a obrigação de contratar com qualquer um que requeira as prestações que forma o objeto da empresa’ (art. 2597), portanto também com sujeitos com os quais – pelas razões as mais variadas – o empreendedor desejaria não contratar (...)

Para os casos do gênero se fala de contrato ‘imposto’ (se entenda: pela lei). E si coloca uma questão: o contrato é acordo de vontade das partes; que o contrato pode não ter a sua base a vontade de uma das partes, obrigada a contratar pela lei mesmo que contra a sua vontade (o amarrada a um contrato diverso daquele querido, por exemplo em relação ao preço); e então, estaremos de frente a um verdadeiro contrato? O a falta de autonomia da parte impede de vislumbrar um contrato?

Alguns negam que aqui haja um verdadeiro contrato. Mas a tese não convence e é preferível pensar que também o contrato imposto seja um contrato”. (Il Contratto, Trattato di Diritto Privato, Casa Editrice Giuffrè, 2001, p. 48/49).

13. Razões que fizeram o órgão de consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais concluir:

“Por essas razões, entende-se que a figura do seguro DPVAT pode ser enquadrada na perspectiva contratual, sem embargo da atuação qua-

se mínima da vontade, uma vez que o legislador – diante da necessidade social de reparação geral dos danos causados por veículos automotores, inclusive diante do aumento assustador da quantidade de veículos nas ruas e estradas, seguida do aumento de acidentes – entendeu impor, obrigar, a contratação do seguro obrigatório.

(...)

Todavia, mesmo com todas essas imposições de ordem pública, de modo que não sobra quase nada para a vontade (a não se adquirir veículo automotor), ainda assim não se pode subtrair a situação do âmbito contratual, de acordo com a nova e moderna visão jurídica do instituto, baseada, como visto, na realidade social e na reconfiguração do instituto contratual sob o prisma da ingerência estatal ou invasão das normas de ordem pública.

Em sendo contrato, a perspectiva é passível de enquadramento na Lei 8.666/93, tanto em relação ao procedimento prévio para a contratação como para a efetivação do contrato em si. Todavia, a peculiaridade da contratação, destacada tanto pela Auditoria Setorial como pela Procuradoria do DER, em razão justamente da invasão das normas de ordem pública, implica em inexigibilidade de licitação e na dispensa formal da lavratura do instrumento contratual.”

(Advocacia-Geral de Minas Gerais, Parecer 15.072/2011).

14. Por todo o exposto, entendemos que o Seguro DPVAT não

consubstancia exação de natureza público-tributária, mas sim contrato de responsabilidade civil cuja obrigatoriedade de sua celebração por quem detém veículo automotor não é suficiente para afastar sua natureza jurídica.

15. Assim, incide, *in casu*, e ao contrário com o que sucede com o licenciamento obrigatório (que tem natureza tributária), o art. 2º da Lei nº 8.666/93, eis que se trata de contrato (ainda que da espécie “contrato imposto”). Ausente a possibilidade de concorrência, ante a obrigatoriedade *ex lege* de se recolher o preço do bilhete à Seguradora Líder S/A, fica patente a inviabilidade de competição, o que consubstancia hipótese de inexigibilidade de licitação, art. 25, *caput*, da Lei 8.666/93.

16. Não por último, não será necessário lavrar instrumento contratual, pois não será juridicamente adequado falar, também, de obrigações futuras: eventual sinistro gerará indenização à vítima, e não ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Dessarte, para os fins do art. 62, §4º, Lei 8.666/93, o bilhete de seguro é instrumento apto a dispensar o instrumento do contrato.

III

17. Ante todo o exposto, e firmes nos fundamentos de fato e de direito acima alinhavados, opinamos no seguinte sentido:

a) o pagamento de seguro DPVAT consubstancia obrigação jurídica civil de natureza contratual, inobstante a ausência de espaço de conformação da autonomia da vontade das partes celebrantes, o que torna pertinente a sua regência pelo regime licitatório (art. 2º, Lei 8.666/93);

b) ante a implausibilidade de se falar em competição para a satisfa-

ção de obrigação compulsória cuja destinatária é, exclusivamente, a Seguradora Líder S/A, o pagamento deve se dar por declaração de inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput*, Lei 8.666/93);

c) em observância ao art. 62, §4º, Lei 8.666/93, não se faz necessário lavrar instrumento contratual, ante a ausência de obrigação futura entre o Tribunal de Contas e a contratada, de modo que a avença pode ser suficientemente formalizada pelo bilhete de seguro que segue ao pagamento do prêmio do seguro;

d) para que seja autorizado o empenho em nome da SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT, no valor de R\$ 3.883,94 (três mil, oitocentos e oitenta e três reais e noventa e quatro centavos).

É o que nos parece, salvo melhor juízo.
Para a elevada consideração superior. *Sub censura*.

Fortaleza/CE, 10 de março de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

DESPACHO

1. Aprovo o Parecer 94/2016 da Procuradoria Jurídica.
2. Proceda-se à contratação por inexigibilidade (art. 25, Lei 8.666/93)
3. Após – e finalmente – proceda-se ao empenho e pagamento, eis que o direito da credora independe de liquidação.

Fortaleza/CE, 10 de março de 2016

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

8 - Administração Pública consensual após a Lei 13.019/2014: acordo de cooperação¹.

I

1. Vem ao exame desta Procuradoria Jurídica o processo em epígrafe oriundo da Presidência deste Tribunal de Contas que traz em seu bojo minuta de termo de Acordo de Cooperação a ser firmado entre este Tribunal de Contas e a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Ceará.

2. A minuta de Acordo de Cooperação se encontra às ff. 02-05.

3. Objetiva mencionado acordo a cooperação para o desenvolvimento de ações, projetos, campanhas e atividades complementares, de interesse comuns de modo a aperfeiçoar a cultura técnico-científica, o intercâmbio de conhecimentos, a especialização técnica dos recursos humanos, bem como o desenvolvimento institucional. Não há registro no instrumento de transferência de recursos públicos de qualquer natureza – financeira, patrimonial ou serviços.

É o que basta relatar.

II

Passo a opinar.

1 Parecer 169/2016 (Processo 03092/2016-6).

II.1. Administração Pública consensual² após a Lei 13.019/2014.

4. A seara das colaborações e parcerias firmadas pela Administração Pública – seja com outros órgãos e entidades públicos, seja com o terceiro setor – passa por um período de significativa indefinição normativa. Para isso, muito contribuiu o aparecimento da Lei 13.019/2014. Por vários motivos.

5. Tal normativo pretende ser aplicável a todos os entes federativos (art. 1º c/c art. 2º, inc. II, Lei 13.019/2014), muito embora não exista – até onde se sabe – norma de competência constitucional que autorize o Poder Legislativo da União a estabelecer “normas gerais sobre convênios e parcerias da Administração Pública”. Um mero exame dos róis dos arts. 22 a 24 da CF/88 bem o confirma.

6. Outrossim, ainda que à União pertencesse tal competência legislativa, o grau de minudência dos 88 artigos da Lei 13.019/2014, próprias a um decreto ou instrução normativa ministerial, desencorajaria qualquer defesa de que se teria, *in casu*, normas tão somente gerais, aquelas que se prestam a firmar diretrizes, mas não uma codificação exauriente³. Por muito menos o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 927/RS – MC, reduziu o programa normativo do art. 17 da Lei 8.666/93, quando pontificou que a constitucionalidade de tal norma condicionar-se-ia à restrição de sua incidência ao âmbito da União:

Ementa: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n.

2 Grosso modo, trata-se dos meios e procedimentos de exercício da função administrativa mais fundados no diálogo entre Administração e Sociedade do que na imperatividade que caracteriza o ato administrativo – muito embora o advento da consensualidade não implique na eliminação da superioridade do interesse público, que funda o regime exorbitante administrativo: só o funcionaliza (GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.)

3 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131.

8.666 de 21.06.93.

I – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, b (doação de bem imóvel) e art. 17, II, b (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, c e par.1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte.

II – Cautelar deferida, em parte.

(Supremo Tribunal Federal, ADI 927/RS – Medida Cautelar, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 03/11/1993, Tribunal Pleno).

7. Há mais traços que contribuem para o grau de incerteza jurídica instaurado. Embora seu texto contenha cláusula de vigência que decretou *vacatio legis* de 540 dias, pouco antes do término desse prazo, em 15 de dezembro de 2015, sobreveio a Lei 13.204/2015 que, derivada da conversão de uma Medida Provisória, procedeu a mais de 100 modificações do texto legal. Dessa forma, o que se tem, a rigor, é uma Lei inteiramente nova, de significativos impactos e consequências quanto ao seu descumprimento – basta mencionar que entre seus dispositivos constam alguns que acrescentaram novas hipóteses de improbidade administrativa na Lei 8.429/92. Difícil perquirir por exemplo mais perfeito de descumprimento substantivo do art. 8º da LC 95/1998⁴.

II.2. Definição do instrumento jurídico pertinente ao ajuste.

8. Acerca de seu âmbito de incidência material, a Lei 13.019/2014 pretende disciplinar o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade ci-

4 “Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.”

vil. Nisso coloca-se em linha de continuidade com a Reforma do Estado (1995), que iniciou o processo de redução do tamanho do Estado⁵; incentiva a cooperação com o assim chamado “terceiro setor”, ao prestigiar o fomento, que configura uma atuação indireta do Estado, em detrimento da intervenção direta, movimento conceituado por “publicização”⁶.

9. Ocorre que, por outro lado, a *occasio legis* insere-se no contexto do atual enfrentamento ao conhecido problema de malversação de recursos públicos por entidades do terceiro setor. Para tanto, adotou a (questionável) opção de “contratualizar” as parcerias, inserindo ritos característicos da Lei 8.666/93 por mimetização (dispensa, inexigibilidade, a regra geral da convocação por edital – cognominados “chamamento público”).

10. De toda sorte, dessa grande gama de procedimentos e dispositivos inspirados na Lei Geral de Licitações e Contratos, quase todos são exclusivamente devotados a **dois instrumentos jurídicos que formalizam parcerias em que há repasse de recursos do orçamento público: o termo de colaboração e o termo de fomento**. Assim definidos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VII – termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública **que envolvam a transferência**

5 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Burocracia pública e reforma gerencial”. **Revista do Serviço Público**. V. 47, n. 1. Brasília: ENAP, 1996, pp. 7 e ss.

6 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. **Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 20 e ss.

de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII – termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

11. Consoante verificamos de um exame da minuta a nós submetida, o ajuste em apreço não envolverá transferência de recursos financeiros (e nem patrimonial ou “transação onerosa” de serviços entre os partícipes). De logo, portanto, é possível afirmar com considerável grau de precisão que o ajuste não configura nem termo de colaboração e nem termo de fomento (art. 2º, incs. VII e VIII da Lei 13.019/2014).

12. Sendo assim, não se faz necessário proceder a Chamamento Público, voltado a selecionar organizações da sociedade civil que se mostrem interessadas na execução do objeto (art. 24, Lei 13.019/2014). Tampouco será preciso deflagrar procedimento de dispensa (art. 30) ou de inexigibilidade (art. 31) do chamamento público para se levar a efeito o ajuste: todos esses institutos – *permissa venia* em repetir – são afetos aos instrumentos *termo de colaboração* e *termo de fomento*, que não se revelam cabíveis no caso em questão, porquanto ausente qualquer espécie de transferência de recursos financeiros.

13. Por envolver uma conjugação de interesses comuns – e não contrapostos – na consecução do objeto delineado, afigurar-se-ia tentador consignar a natureza de **convênio** ao ajuste, no trilho da tradicional definição de Hely Lopes Meirelles⁷.

14. Como se sabe, o instrumento jurídico “convênio” tem aplicação corriqueira em situações nas quais seja necessário formalizar juridicamente ajustes entre a Administração Pública e outras entidades públicas ou organizações particulares cuja execução se dê sob regime de mútua cooperação.

15. Tal uso conceitual – muito difundido por influência o art. 48 do Decreto Federal nº 93.872, de 23.12.1986⁸ – facilmente denota que sua definição foi gestada de modo relacional, em contraposição a outro conceito, o de contrato administrativo. Lucas Rocha Furtado bem demarca a diferença entre essas duas modalidades de ajuste, a um só tempo que evidencia a íntima correlação existente entre ambas:

“Faz-se nítida a distinção entre convênio e contrato pelo fato de se reconhecer que este último objetiva realizar interesses diversos e opostos entre os participantes: de um lado o objeto do contrato (o serviço, obra ou fornecimento a serem executados) e, de outro, a contraprestação correspondente, ou seja, o preço a ser pago.

No convênio, presume-se regime de mútua cooperação. O executor tem interesse em prestar o serviço que lhe compete realizar em razão da afinidade de objetivos entre as partes convenientes. Assim, como condição para a existência do convênio tem-se que seu objeto deve representar objetivo comum das partes, o qual, uma vez atingido, possa ser usufruído por ambas”⁹

16. Por mais que se afigure palpável, no caso concreto, a existência de interesses comuns, e não contrapostos, tal não deve levar

Malheiros, 2010, p.432.

8 Cf. TCU 278/96, Ata 19/96, Processo TC 020.069/93-6, Rel. Min. Iram Saraiva (DOU de 17.6.1996).

9 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 353.

à conclusão que, só por isso, deva o ajuste ser regido por Convênio, com base no art. 116 da Lei 8.666/93, como consta da “Cláusula Nona – Da Fundamentação Legal” da Minuta. Essa opção pode ser fonte de insegurança jurídica, tendo em conta o início de vigência da Lei 13.019/2014. É que por força de dispositivo inserido pela Lei 13.204/2015, em 15 de dezembro de 2015, foi estabelecida a seguinte restrição:

“Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)”

17. E o parágrafo único do art. 84 da Lei 13.019/2014 pontifica:

“Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
Parágrafo único. **São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:** (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - **entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;** (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
II - **decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.**¹⁰ (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)”

18. Facilmente se verifica que o parágrafo único do art. 84 da Lei 13.019/2014 fala, por um lado, o óbvio; por outro lado, fala de menos. Com efeito, um convênio entre entes federados jamais poderia ser regido pela Lei 13.019/2014, já que seu âmbito de incidência circunscreve-se às parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil.

10 “IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)”. Trata-se dos convênios relativos ao Sistema Único de Saúde.

19. Semelhantemente, um convênio entre uma Instituição de Ensino Superior e um órgão público, para fins de concessão de estágio profissional, também não poderá ser regido pela Lei 13.019/2014 – independentemente de tal exceção não ter sido contemplada no art. 3º da mesma Lei. Primeiro porque, seja privada, seja pública, não podem ser reconduzidas tais Instituições ao conceito “Organização da Sociedade Civil”. Segundo, porquanto definitivamente não estamos na seara da concretização de políticas públicas¹¹. Assim, e nos termos do art. 8º da Lei 11.788/2005, continuará sendo o **convênio** o instrumento adequado para formalizar juridicamente a parceria, entre instituição de ensino superior e ente público ou privado, na seara do estágio profissional de estudantes¹².

20. Apesar de, a nosso ver, ser implausível uma interpretação do novo marco de parcerias que tenha por efeito levar a um âmbito de aplicação material irrestrito (= todo e qualquer ajuste), convém, preventivamente, adotar uma exegese mais restritiva do art. 84, parágrafo único, inc. I, da Lei 13.019/2014, de modo a não adotar o *nomen juris* “convênio”, muito embora o que se tenha em tela sejam interesses comuns na consecução do objeto.

21. É que no caso que se tem em tela, a Ordem dos Advogados do Brasil figura em um dos polos do ajuste. A despeito de ser serviço público e possuir personalidade jurídica (art. 44, *caput*, Lei 8.906/94), a Ordem não pode ser considerada órgão ou entidade público; não integra a Administração Pública e nem possui, com as

11 Significativo que o art. 19, III c/c art. 22, I, da Lei 13019/2014 alçam à condição de elemento constitutivo da parceria entre Administração Pública e Organização da Sociedade Civil uma precisa individualização da “realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver”.

12 “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.”

unidades orgânicas desta, qualquer vínculo funcional ou hierárquico (art. 44, §1º, Lei 8.906/94).

22. Nesse sentido também o magistério do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corpo-

rativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

(STF, ADI 3026/DF, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ de 29/09/2006)

23. Por não integrar a Administração Pública Federal, a Ordem, convém não nominar o ajuste em apreço de “convênio”, não obstante ter uma mera leitura das cláusulas da minuta em exame evidenciar essa natureza. Buscando uma solução na própria Lei 13.019/2014, pertinente o enquadramento na categoria “**acordo de cooperação**”, instrumento previsto na referida norma e que é de

aplicação reservada a ajustes que não importem em trespasse de recursos financeiros, como é o caso:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII-A – **acordo de cooperação**: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

24. Jessé Torres Pereira Júnior define o **acordo de cooperação técnica** nos seguintes cânones:

“Consiste em ajuste exclusivamente de cooperação técnica, firmado entre entes públicos ou entre estes e entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, visando à troca de conhecimentos e expertises, sem envolver a transferência de recursos públicos de qualquer natureza (financeira, patrimonial ou serviços). Sua celebração é precedida de Plano de Trabalho, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei 13.019/2014.”¹³

25. Por todo o exposto, correto o *nomen juris* constante na Minuta: Acordo de Cooperação Técnica. **Por outro lado, merece reparo o fundamento legal constante na Cláusula Nona**: não poderá ser o art. 116 da Lei 8.666/93, pelos motivos acima expostos; nem o Decreto 6.170/2007, que se reporta a “convênios” que disciplinam a transferência de recursos financeiros do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social da União para outras entida-

13 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do Século XXI**. 3º ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 46.

des públicas ou privadas¹⁴. **Deve figurar, em tal cláusula, o art. 2º, VIII-A, da Lei 13.019/2014.**

II.3. Procedimentos a serem adotados.

26. Cuidando-se de acordo de cooperação, a escolha da entidade proponente do ajuste não precisa ser precedida de chamamento público, uma vez que tal procedimento editalício apenas se faz necessário quando da celebração de **termo de colaboração** ou de **termo de fomento** (art. 24, Lei 13.019/2014). Por maior razão, não faria o menor sentido em declarar uma inexigibilidade de chamamento público, porquanto tal excepcionalidade situa-se no campo dos termos de colaboração e de fomento.

27. Outrossim, algumas disposições da Lei 13.019/2014 aplicam-se, por expressa previsão, aos acordos de cooperação. Entre eles a necessidade de publicação do extrato do ajuste:

“Art. 38. O termo de fomento, o termo de colaboração e o acordo de cooperação somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da administração pública.”

28. Publicação cuja ocorrência fora prevista na Cláusula Sexta, a propósito, no que se encontra em ordem a minuta.

29. Em acréscimo, as cláusulas essenciais aos instrumentos de parcerias devem ser observadas, **conforme o caso**, aos acordos de

14 Art. 1º, §1º, inc. I, Decreto 6.170/2007: “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”.

cooperação. Do extenso rol do art. 42, Lei 13.019/2014, afigura-se pertinente a observância apenas dos incisos que seguirem, abaixo, transcritos:

Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, **conforme o caso**, que terá como cláusulas essenciais:

I - a **descrição do objeto pactuado**;

II - as **obrigações** das partes;

VI - a **vigência** e as hipóteses de prorrogação;

XVII - a **indicação do foro** para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública;

XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

Parágrafo único. Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação o **plano de trabalho**, que deles será parte integrante e indissociável.

30. Do exame da minuta, percebe-se que as **obrigações** das partes e a **vigência** encontram-se postas, e não merecem reparo.

31. Quanto ao **foro**, há a previsão de que as questões oriundas do Acordo de Cooperação deverão ser dirimidas, em sede prévia, no âmbito extrajudicial (administrativo), sendo que apenas em um segundo momento serão processadas e julgadas na Seção Judiciária do Ceará, da Justiça Federal, por força do art. 109, CF. Tal entendi-

mento é pacífico na jurisprudência, em razão de o foro da OAB ser o da Justiça Federal. Regra geral que foi, entretanto, excetuada na minuta para os “casos previstos no art. 102, inc. I, “d”, da Constituição Federal”. Tal competência é a originária do Excelso Supremo Tribunal Federal, que se mostra de citação impertinente ao caso. **No seu lugar deve figurar a competência originária do Colendo TJ/CE para processar e julgar mandado de segurança face a atos do Tribunal de Contas do Estado (art. 108, VII, “b”), o que inspira, portanto, pequena retificação.**

32. No que pertine à questão da **responsabilidade**, a Cláusula Quinta também atende ao requisito legal, não sem antes sublinhar, o dispositivo, que o presente instrumento se dá a título gratuito.

33. De se ressaltar que o prazo mínimo de antecedência para a rescisão do instrumento, de 60 dias, previsto no inc. XVI do art. 42, da Lei 13.019/2014, não é de aplicação necessária ao presente Acordo de Cooperação. A ausência de inversões financeiras torna desarrazoado semelhante lapso. Assim, não merece reparo a Cláusula Oitava do instrumento.

34. Por último, insta asseverar que **o parágrafo único do art. 42, da Lei 13.019/2014 reputa obrigatório que conste Plano de Trabalho como anexo ao Acordo de Cooperação. Sua confecção deve ser, por isso, providenciada.**

III

35. Ante todo o exposto, é de parecer que a minuta de ff. 02-05 encontra-se em ordem para ser assinada, desde que observadas as ressalvas manifestadas nos pontos 25, 31, 34.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

Fortaleza, 05 de maio de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

9 - Convênio de cooperação técnica com vigência indeterminada: possibilidade, ante a ausência de previsão de repasse de recursos financeiros¹.

I

1. Vem a esta Procuradoria Jurídica o processo em epígrafe, oriundo da Secretaria de Controle Externo (SECEX) desta Corte de Contas, que trata da possibilidade legal da celebração de acordo de cooperação técnica entre o Tribunal de Contas do Estado do Ceará e a Junta Comercial do Estado do Ceará (JUCEC) que objetiva a disponibilidade de acesso pelo TCE-CE à base de dados dos Sistema Integrado de Automação do Registro de Comércio (SIARCO).

2. Do que consta nos autos calha mencionar a existência dos seguintes documentos:

- Comunicação Interna nº 82/2016 da Secretaria de Controle Externo (f. 01);
- Minuta do Acordo de Cooperação Técnica (f. 02-04);
- Despacho do Secretário-Geral ao Presidente do TCE-CE (f. 05);

É o breve relatório.

II

Passo a opinar.

1 Parecer 508/2016 (Processo 07153/2016-9)

II.1 Da adequação jurídica do ajuste.

3. Por envolver uma conjugação de interesses comuns – e não contrapostos – na consecução do objeto delineado, premente se faz consignar a **natureza jurídica de convênio** ao ajuste que ora se intenta celebrar.

No trilho da tradicional definição de Hely Lopes Meirelles², o instrumento jurídico “convênio” tem aplicação corriqueira em situações nas quais seja necessário formalizar juridicamente ajustes entre a Administração Pública e outras entidades públicas ou organizações particulares cuja execução se dê sob regime de mútua cooperação.

4. Tal uso conceitual – muito difundido por influência o art. 48 do Decreto Federal nº 93.872, de 23.12.1986³ – facilmente denota que sua definição foi gestada de modo relacional, em contraposição a outro conceito, o de contrato administrativo. Lucas Rocha Furtado bem demarca a diferença entre essas duas modalidades de ajuste, a um só tempo que evidencia a íntima correlação existente entre ambas:

“Faz-se nítida a distinção entre convênio e contrato pelo fato de se reconhecer que este último objetiva realizar interesses diversos e opostos entre os participantes: de um lado o objeto do contrato (o serviço, obra ou fornecimento a serem executados) e, de outro, a contraprestação correspondente, ou seja, o preço a ser pago.

No convênio, presume-se regime de mútua cooperação. O executor tem interesse em prestar o serviço que lhe compete realizar em razão da afinidade de objetivos entre as partes convenientes. As-

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª Ed., São Paulo, Malheiros. 2010, p. 432.

3 Cf. TCU 278/96, Ata 19/96, Processo TC 020.069/93-6, Rel. Min. Iram Saraiva (DOU de 17.6.1996).

sim, como condição para a existência do convênio tem-se que seu objeto deve representar objetivo comum das partes, o qual, uma vez atingido, possa ser usufruído por ambas”⁴

5. O interesse comum, sublinhado pela cooperação, nos parece evidenciado na Cláusula Segunda da Minuta do Acordo de Cooperação Técnica, f. 02-03, que anuncia o objetivo do ajuste como sendo “conferir maior eficiência, eficácia e efetividade à gestão pública e contribuir para a melhoria da Administração Pública por meio do acesso à base de dados do Sistema Integrado de Automação do Registro de Comércio (SIARCO), a cargo da Junta Comercial do Estado do Ceará” (*litteris*). Nessa senda, a Corte de Contas do Ceará tem acesso aos assentamentos do registro do comércio que auxiliam suas atividades de controle externo preventivo, ao tempo em que a Junta Comercial favorece a fiscalização da regularidade das empresas mercantis e atividades fins e sua incolumidade, permitindo que a Administração Pública funcione em sua plenitude, em conformidade com os princípios constitucionais e administrativos que norteiam o sistema de controle financeiro e orçamentário dos recursos públicos no país.

6. Importante destacar, pelo que se verifica na Cláusula Sexta à f. 03, **não haverá transferência de recursos financeiros entre os partícipes** do ajuste, evidenciando a gratuidade e ausência de interesses contrapostos, como sói acontecer nos contratos administrativos.

7. Consignado que o caso é de convênio, e não de contrato administrativo, a aplicação da Lei nº 8.666/93, se faz apenas de modo episódico, e no que couber:

“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, os acordos, ajustes e ou-

4 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 353.

tros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.” (destaquei)

8. Em julgado clássico – e nunca suficientemente citado – o Colendo Tribunal de Contas da União (TCU) explicitou a extensão dessa utilização residual do Estatuto Licitatório aos convênios:

“7. Entendemos que o mencionado dispositivo do Estatuto das Licitações é aplicável tão-somente nas hipóteses em que não seja possível a utilização do convênio, ou seja, quando inexistem interesses recíprocos entre as partes envolvidas, que podem ser alcançados em regime de mútua cooperação. Presentes estas circunstâncias, que viabilizam a assinatura de convênio, pensamos estar descartada a necessidade de licitação, mesmo porque não existe qualquer dispositivo legal que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao estabelecimento de convênios”⁵

9. Também o Acórdão 1848/2006 – Plenário, do Egrégio TCU reafirma a inteligência dessa distinção, ao ensinar que até mesmo o conteúdo mínimo preconizado nos §§ do art. 116 da Lei de Licitações não é de aplicação obrigatória em convênios, acordos e outros instrumentos congêneres mas tão somente de forma subsidiária. Assim, definitivamente implausível falar de instauração de certame licitatório ou mesmo de autuar processo de inexigibilidade: não se tem, aqui, contrato.

10. Não por último, importa **asseverar que o ajuste em tela não se porta no campo de incidência material da Lei 13.019/2014**. Tal normativo pretende reger as colaborações e parcerias firmadas pela Administração Pública com as assim chamadas Organizações da Sociedade Civil (art. 1º), que consistem em entidades privadas sem fins lucrativos (inclusive sob a forma de cooperativa ou associação

⁵ Cf. TCU 278/96, Ata 19/96, Processo TC 020.069/93-6, Rel. Min. Iram Saraiva (DOU de 17.6.1996).

religiosa – art. 2º, inc. I), que atuam na concretização de políticas públicas. Por meio da implementação dos instrumentos jurídicos, termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação, operou-se uma espécie de proibição do uso dos convênios por parte de todos os entes federados (e não só a União, de modo que daí se deixa evidenciar sua nódoa de inconstitucionalidade).

11. Seja como for, resta incontestado que, quando a parceria é travada entre entidades e órgãos públicos, ainda se faz possível o uso de convênio, por força de exceção trazida pela própria Lei 13.019/2014:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. **São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:** (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - **entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;** (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - **decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.**⁶ (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

12. Assim, esta Procuradoria, em casos similares, tem entendido que o *nomen juris* adequado que deveria figurar em epígrafe seria “convênio”. Entendimento que calha à espécie, que traz de um lado o Tribunal de Contas do Estado do Ceará e, de outro lado, a Junta Comercial do Estado do Ceará, celebrando um ajuste cujo objetivo é conceder a oportunidade ao TCE-CE de acessar as bases de dados da JUCEC no que toca ao sistema de automação do registro de comércio e exercitar sua função de controle externo em harmonia aos princípios constitucionais e os demais que defluem

6 “IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)”. Trata-se dos convênios relativos ao Sistema Único de Saúde.

deste, **a título gratuito**, como se vê na cláusula sexta do instrumento (f. 03).

13. Esse traço fundamental do ajuste em liça nos leva também ao entendimento de que, ante a ausência de previsão de repasse de recursos, o acordo em tela está dispensado do rigorismo que envolve os convênios de repasse de numerário, para os quais é indispensável o Plano de Trabalho com todos os elementos indicados no artigo 116 da Lei 8666/93. Nesse sentido, cumpre transcrever a orientação do Excelentíssimo Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, exarada em seminário sobre licitações e contratos realizado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em 26 de outubro de 2006,:

“São denominados convênios as avenças que são celebradas visando à consecução de objetivos comuns. Dentro desse gênero, há duas espécies principais: os convênios de cooperação técnica e aqueles celebrados visando à execução descentralizada de programas governamentais. No caso do convênio de cooperação técnica, não existem as transferências voluntárias de recursos financeiros que caracterizam a segunda espécie de convênios. Ressalto que as Instruções Normativas da STN fazem menção expressa apenas aos convênios vocacionados para a transferência de recursos financeiros. **Os dispositivos da Lei nº 8.666/1993, em especial, seu art. 116, aplicam-se apenas aos convênios direcionados à transferência de recursos financeiros** (grifamos).⁷

14. Assim, no termo de convênio que ora se pretende, em razão de seu objeto, devem ser contemplados os elementos necessários a sua consecução, tais como: a identificação do objeto; as obrigações dos partícipes; a execução; os recursos humanos e financeiros

⁷ SOUZA, Clayton Ribeiro. “Aplicabilidade do 1º do Art. 65 da Lei nº 8.666/93 aos Convênios da Administração Pública”. *Revista da AGU*. Vol. 12. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2007, pp. 5-6.

(quando for o caso); as alterações; a vigência, rescisão e o foro.

II.2. Da vigência indeterminada de convênio de cooperação técnica: possibilidade.

15. Por fim, insta comentar acerca do prazo de vigência indeterminado, estabelecido na Cláusula Nona da Minuta do Termo de Acordo de Cooperação Técnica. Na mesma oportunidade acima mencionada, o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, manifestou-se a favor do prazo indeterminado nos seguintes termos:

“Assim sendo, entendo que aos convênios de cooperação técnica não se aplicam os prazos de vigência contratual fixados no art. 57 da Lei de Licitações e Contratos. O art. 82 do Decreto-Lei nº 2.300/1986 estipulava que as disposições contidas nesse normativo aplicavam-se aos convênios. Esse normativo também não se aplica aos convênios de cooperação técnica. Afinal, a Lei de Licitações e o Decreto-Lei nº 2.300/1986 fixaram limites para a vigência dos convênios com fulcro no Direito Financeiro, especialmente no conceito de exercício orçamentário. Esses conceitos não se aplicam aos convênios em tela, que não se prestam a transferências financeiras”⁸.

16. Com efeito, o ordenamento jurídico não proíbe a existência de convênios com prazo indeterminado. Assim também o art. 57 da Lei 8.666/93, cujo âmbito de incidência material cinge-se aos contratos administrativos, mas não aos convênios e instrumentos jurídicos equiparados que se dão a título de cooperação técnica, sem repasse de numerário. Conclusão a que se chega quando considerado o aspecto finalístico da norma em tela: que a despesa

8 SOUZA, Clayton Ribeiro. “Aplicabilidade do 1º do Art. 65 da Lei nº 8.666/93 aos Convênios da Administração Pública”. *Revista da AGU*. Vol. 12. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2007, pp. 5-6.

gerada pela assunção de um ajuste contratual não ultrapasse a vigência do crédito orçamentário que a suporta.

17. Exatamente por isso, a assessoria jurídica da União Federal entende pela possibilidade da celebração de convênios (e instrumentos congêneres) de vigência indeterminada, desde que tais ajustes sejam da espécie “convênio de cooperação técnica”, aqueles em cujo campo eficaz não consta a inversão de recursos financeiros.

18. Nesse sentido o Parecer PGFN/CJU/COJLC/nº 2019/2012:

“5. De fato, as disposições previstas no artigo 57 da Lei de Licitações sobre os prazos dos contratos administrativos se fundamentam na necessidade de disponibilidade orçamentária para a execução da avença, conforme demonstra Marçal Justen Filho:

A regra geral para os contratos administrativos é de que não podem ultrapassar os limites de vigência dos créditos orçamentários correspondentes. A regra é consentânea com outras disposições da Lei. Não se admite a licitação ou a contratação sem previsão de recursos orçamentários para seu custeio. Se fosse possível uma contratação com longo prazo de vigência, estar-se-ia frustrando esse princípio, pois a contratação far-se-ia sem previsão de recursos orçamentários. Surgiria uma situação de difícil equação se o orçamento do exercício posterior não consignasse recursos para custeio das despesas derivadas daquele contrato.⁹

6. Mesmo nos casos em que se excepciona a regra geral, admitindo-se a duração do contrato independentemente da vigência dos créditos orçamentários, como ocorre nos casos de serviços de execução continuada (art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993), a *previsibilidade* orçamentária é um dos fundamentos para a definição da vigência

contratual, conforme demonstra Marçal em comentário sobre este dispositivo legal:

A regra da prorrogabilidade não se vincula à importância do serviço, mas à previsibilidade da existência de recursos orçamentários para seu futuro custeio. Lembre-se que o dispositivo do art. 57 vincula-se à disciplina orçamentária. Um serviço contínuo, relacionado com uma necessidade permanente e renovada, poderá ser contratada com previsão de prorrogação porque se presume que sempre haverá inclusão de verbas para sua remuneração no futuro. (...)

6.4) *Fundamento lógico da norma*

A adoção da regra relaciona-se com dois motivos preponderantes. O primeiro consiste na inconveniência da suspensão das atividades de atendimento ao interesse coletivo. (...)

O segundo motivo é o da previsibilidade de recursos orçamentários. A Lei presume a disponibilidade de recursos para custeio dos encargos contratuais. Tanto mais porque os contratos de prestação de serviços não usam montantes que possam afetar as disponibilidades orçamentárias. Em princípio, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente existirão recursos para pagamento dos serviços.¹⁰

7. Assim, acordos de cooperação técnica, em que não haja previsão de recursos orçamentários, não estão submetidos aos prazos de vigência previstos no artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

8. Reforça este entendimento, a previsão contida no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 1993, no sentido de que se aplicam as disposições desta lei aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por entidades da Adminis-

10 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. 2005. p. 504/505.

tração, “no que couber”.

9. Esta disposição ressalta que os convênios e ajustes congêneres não tem natureza contratual, conforme aponta Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isso resulta da própria Lei no 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.¹¹

10. Observe-se, neste passo, que o artigo 57 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos regula a duração dos “contratos” regidos por esta Lei, não abrangendo, portanto, os convênios sem repasse de recursos e ajustes similares.

11. O segundo ponto que fundamenta a possibilidade de prazo de vigência indeterminado em ajustes deste naipe, em que não haja repasse de recursos e que possam ser denunciados a qualquer momento pelos partícipes, é a própria impossibilidade intrínseca do objeto da avença ser executado por outros partícipes. Ora, se o convênio (sem repasse de recursos), ajuste ou acordo têm por objeto a colaboração mútua entre duas entidades com o escopo de atingir um fim de interesse público, que somente se dará pela conjunção dos esforços destes partícipes em especial, não haveria razão para limitar a vigência deste instrumento, o que apenas acarretaria, em última análise, maiores dificuldades, com a celebração do mesmo ajuste por diversas vezes, sempre que esgotado o prazo pactuado, o que vai de encontro ao princípio constitucional da eficiência na gestão da coisa pública.

12. Além disso, a estipulação de prazo de vigência indeterminado somente será possível se realmente propiciar maior vantajosidade e eficiência na gestão da avença e das atividades da Administração Pública, ou seja, se não acarretar outros problemas ou conseqüências negativas como, por exemplo, uma eventual dificuldade de controle dos Acordos existentes, o que deverá ser avaliado pelo gestor em cada caso concreto.”

19. A propósito, e nem se diga que a ON 44/2014 – AGU militar em sentido contrário. Tal enunciado assim prescreve:

“I - A VIGÊNCIA DO CONVÊNIO DEVERÁ SER DIMENSIONADA SEGUNDO O PRAZO PREVISTO PARA O ALCANCE DAS METAS TRAÇADAS NO PLANO DE TRABALHO, NÃO SE APLICANDO O INCISO II DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.
II - RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI, **NÃO É ADMITIDA A VIGÊNCIA POR PRAZO INDETERMINADO**, DEVENDO CONSTAR NO PLANO DE TRABALHO O RESPECTIVO CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO.
III - É VEDADA A INCLUSÃO POSTERIOR DE METAS QUE NÃO TENHAM RELAÇÃO COM O OBJETO INICIALMENTE PACTUADO.”

20. Ocorre que o verbete não pode ser retirado dos fundamentos de fato e de direito que motivam sua redação. Com efeito, no mesmo ato administrativo que o publicou, a Portaria AGU 57, de 26 de fevereiro de 2014 (DOU I, de 27/02/2014), consta sua referência:

“REFERÊNCIA: Art. 43, V, e art. 1º, § 2º, XXIII, **da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507, de 2011**, e art. 57, § 3º, c/c art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993. Parecer nº 03/2012, aprovado pelo Procurador-Geral Federal em 13.5.2013.” (grifos nosso)

21. Assim, o fundamento da ON 44/2014 – AGU torna indisputado que a mesma tem por objeto os convênios financeiros,

aqueles que implicam no repasse de numerário à custa do orçamento público: convênios financeiros estes que, a diferença dos convênios de cooperação técnica, são regidos pela Portaria Interministerial 507/2011.

22. Não sendo o caso de repasse de recursos, consignada que está a natureza jurídica de convênio de cooperação técnica ao acordo em questão, a possibilidade jurídica de cláusula de vigência desprovida de termo *ad quem* é de reconhecimento premente.

III

23. Ante o exposto, não havendo contraposição de interesses nem obrigações financeiras entre os partícipes e considerando que a cooperação se destina à realização de atividades de interesse da Administração Pública, não vislumbramos nenhum óbice à sua concretização por meio do instrumento de Convênio, fundamentado no art. 116 da Lei 8.666/93.

24. Recomenda-se, por isso, a adequação da minuta, trocando-se o *nomen juris* “acordo de cooperação técnica” por “convênio”. É o que nos parece, salvo melhor juízo.
À consideração superior. *Sub censura.*

Fortaleza, 20 de setembro de 2016

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE

Processo nº 07153/2016-9

DESPACHO

1. Aprovo o Parecer nº 508/2016 de lavra da Procuradoria Jurídica.
2. Autorizo a formalização do Convênio.

À Secretaria de Administração para as providências cabíveis.

Cumpra-se.

Fortaleza, de setembro de 2016.

Conselheiro **Edilberto Carlos Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará

LICITAÇÕES E CONTRATOS

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ

Rua Sena Madureira, 1047 - Centro
Fortaleza - Ceará | CEP: 60-055-080

