

VOLUME

3



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

**CONSOLIDAÇÃO
DE ENTENDIMENTOS
TÉCNICOS**
Decisões em Consultas

**LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

A obra que se apresenta visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem pública administrativas, servindo assim de grande valia aos jurisdicionados, operadores do direito administrativo e escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora contam com esta literatura consultiva.

Em abordagem direcionada, clara e em formato de artigo (texto), o Tribunal de Contas do Amazonas lança esta Consolidação com o escopo de não só apresentar o seu posicionamento a respeito de diversos temas que envolvem o controle administrativo, mas também de facilitar a leitura e compreensão através do formato apresentado.

São 4 exemplares que compreendem a obra, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, através dos processos de Consulta, e são elas: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas. O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

ORGANIZADOR	Érico Xavier Desterro e Silva
PESQUISA, TEXTO E EDIÇÃO GERAL	Harleson dos Santos Arueira Alexandre Costa Dantas de Moura
PESQUISA DE TEXTOS	Lais Regina Lima Paixão e Silva Solange Barrella Mansan Leonardo de Araújo Bezerra Caroline Basilio Klenke Andréia Vilela de Oliveira Cruz
DIAGRAMAÇÃO	Aquarius Publicidade
CAPA E PROJETO VISUAL	Aquarius Publicidade
TIRAGEM	1000 Exemplos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica feita pelo autor

Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

Consolidação de Entendimentos Técnicos: Decisões em Consultas / Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. - Manaus: 2013.

164 p. ; 145x210 mm

1. Entendimentos Técnicos em Consultas. 2. Direito Público: Administrativo e Financeiro. I. Agentes Públicos. II - Aposentadoria. III - Licitações e Contratos Administrativos. IV - Finanças Públicas.

Missão

Exercer o controle da gestão dos recursos públicos, orientando e fiscalizando sua correta e efetiva aplicação em benefício da sociedade amazonsense.

Visão

Ser instituição de excelência no controle e no aprimoramento da gestão pública, garantido a devida visibilidade e credibilidade de suas ações à sociedade amazonense.

Valores

Ética, independência, efetividade, comprometimento, visibilidade e orientação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CORPO DELIBERATIVO INSTITUCIONAL

PRESIDENTE	CONSELHEIRO ÉRICO XAVIER DESTERRO E SILVA
VICE-PRESIDENTE	CONSELHEIRO JOSUÉ CLAUDIO DE SOUZA FILHO
CORREGEDOR	CONSELHEIRO ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA JÚNIOR
OUVIDOR	CONSELHEIRO LUCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE
COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS	CONSELHEIRO JÚLIO ASSIS CORRÊA PINHEIRO
CONSELHEIRO	ANTONIO JULIO BERNARDO CABRAL RAIMUNDO JOSÉ MICHILES
AUDITORES	YARA AMAZÔNIA LINS RODRIGUES DOS SANTOS MÁRIO JOSÉ DE MORAES COSTA FILHO ALIPIO REIS FIRMO FILHO
PROCURADOR GERAL	CARLOS ALBERTO SOUZA DE ALMEIDA
PROCURADORES	FERNANDA CANTANHEDE VEIGA MEDONÇA EVANILDO SANTANA BRAGANÇA ADEMIR CARVALHO PINHEIRO EVELYN FREIRE DE CARVALHO ROBERTO CAVALCANTI KRICHANÁ DA SILVA ELIZANGELA LIMA COSTA MARINHO JOÃO BARROSO DE SOUZA RUI MARCELO ALENCAR DE MEDONÇA ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE
SECRETÁRIOS	FERNANDO ELIAS PRESTES GONÇALVES SECRETÁRIO GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PEDRO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA SECRETÁRIO GERAL DE CONTROLE EXTERNO MIRTYL FERNANDES LIMA JUNIOR SECRETÁRIO DO TRIBUNAL PLENO
ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS TCE-AM	JOSETITO DUTRA LINDOSO DIRETOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS

Palavra do Presidente

À frente da Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, parece-me razoável afirmar que, diante de diversos avanços experimentados, fruto da soma dos talentos, da inteligência e do comprometimento do nosso corpo técnico, esta Corte de Contas tem consolidado o seu papel de órgão de controle em uma sociedade marcada por mudanças.

Nessa senda, visando ao enfrentamento de desafios e à abertura de caminhos, apraz-me apresentar à sociedade amazonense, em especial aos agentes públicos, ordenadores de despesas e operadores do direito administrativo no Estado do Amazonas esta obra, que definimos apenas como as primícias ou o primeiro ensaio desta Corte de Contas de propagar seus entendimentos técnicos, ou seja, seu posicionamento a respeito das questões administrativas consideradas relevantes para o trato com a coisa pública, que por algum motivo jurídico ou prático gerou dúvida no jurisdicionado em relação ao modo de agir.

Assim, confrontados com as inúmeras consultas feitas anualmente por nossos jurisdicionados, oriundos das dúvidas que se fazem constantemente presentes na vida daqueles que lidam no dia a dia com a coisa pública, seja na administração direta ou indireta, no Estado ou nos 62 municípios que o compreendem, constatamos a necessidade de lançar esta obra exatamente para que esses gestores públicos tenham um norte célere e substancial sobre diversos temas administrativos já enfrentados por esta Corte, advindos de questionamentos muitas vezes corriqueiros em toda Administração e já levantados por seu colega de pasta ou município vizinho.

Desta feita, desejo a todos que manusearem as páginas dos 4 volumes desta obra sucesso em sua pesquisa e, principalmente, no resultado, ao aplicar as orientações aqui presentes na gestão da *res* pública.

Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva
PRESIDENTE DO TCE-AM

SUMÁRIO

	Apresentação.....	9
1	Comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública em caso de participante estabelecido em lugar diverso da licitação	11
2	Momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia	23
3	Aplicação do art. 48, da Lei n° 8.666/93 para aferir a inexecuibilidade de propostas quanto à contratação de bens, insumos e serviços comuns	35
4	Dispensa e/ou inexigibilidade de licitação para empenho de valores por conta de pagamento de serviços	47
5	Contratação de serviços artísticos pela Administração Pública	55
6	Possibilidade de a Administração celebrar Termo Aditivo de Prazo, com base no art. 57, II da Lei n° 8666/93, ainda que ultrapassado o limite do valor da modalidade licitatória.....	59
7	Legalidade da alteração de valor contratual referente à prestação de serviços de publicidade de atos institucionais do Poder Legislativo.....	67
8	Serviço de publicidade institucional de órgão da Administração Pública	77

9	Retenção de parcelas de convênio quando constatado que o conveniente não manteve os recursos em conta específica ou pagou em cheques nominativos	83
10	Aplicação de entendimento uniformizado pelo próprio órgão ou entidade em que tramita o processo administrativo, sem necessidade de parecer do órgão jurídico estatal.....	107
11	Aplicação e interpretação da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº. 8.666/93, em relação à limitação prevista nos parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal.....	113
12	Necessidade de republicação dos atos administrativos e normativos das municipalidades, no Diário Oficial do Estado, tendo em vista a publicação no Diário Oficial dos Municípios instituído pela Associação Amazonense dos Municípios - AMM.....	131
13	Efeitos da publicação fora do prazo legal do contrato ou aditivo.....	139
14	Exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal pelo particular nas fases de empenho, liquidação e pagamento, em contratos de fornecimento e prestação de serviços.....	147
15	Possibilidade de prorrogação de contrato celebrado pela Administração Pública com Associação Filantrópica, cuja finalidade é intermediar a contratação de estagiários	153
16	Aplicação da alínea “d” do inciso IV do §1º do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, quando da realização de convênio entre Estado e Município cujo objeto seja obras e serviços de engenharia em prédios de propriedade do Estado	159

Apresentação

A presente obra visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem público-administrativas.

Esse primeiro ensaio de preenchimento de lacunas pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE-AM) pretende alcançar principalmente seus jurisdicionados, que são aqueles que se dedicam à gestão da coisa pública, mas também os operadores do direito administrativo e os escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora podem contar com esta literatura consultiva.

A obra compreende uma Consolidação de Entendimentos Técnicos do TCE-AM, por intermédio de Decisões em Consultas, todavia em formato de artigo. São 4 (quatro) volumes que a compreendem, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, que são: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas.

O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal. Desse modo, a obra não tem por objetivo somente apresentar uma consolidação de decisões, tais como constam na instrução processual, mas a de facilitar a leitura e compreensão de todos que a manuseiam, como um guia prático, onde o leitor irá procurar na obra, o tema: por volume; e no volume, a delimitação desse tema. Ao se deparar com a delimitação do tema, de pronto observa o cerne do questionamento do autor e da decisão, prosseguindo assim com o seu desenvolvimento.

Desse modo, alinhada ainda a uma linguagem clara, simples e objetiva, extraíndo da decisão somente aquilo que se melhor utiliza, busca-se todas as classes de leitores, desde os não versados em direito, e que por dever funcional devem gerir recursos públicos, ordenando despesas, aos que tem *expertise* na área. Eis o que levou o TCE-AM a compilar essas Decisões, da forma em que se apresenta.

Assim, observando uma das funções primordiais das Cortes de Contas, a pedagógica, o TCE-AM desenvolve esta obra buscando a prevenção de impropriedades formais nos processos de sua natureza e responsabilidade, tanto para si quanto para o próprio jurisdicionado, que ao identificar um artigo que busca um prévio posicionamento do

Tribunal sobre determinada questão, pode livra-se da impropriedade, e assim, de uma recomendação ou sanção. Pois, não obstante o Tribunal reconheça certas dificuldades dos gestores públicos, não pode eximir-se nem eximi-los de suas responsabilidades.

Dito isto, vejamos a seguir um breve esboço do que encontraremos em cada volume da obra.

O *volume I* trata do tema *Agentes Públicos*, um dos principais gargalos de dúvidas dos gestores, exatamente porque trata do bem mais precioso da Administração Pública, ou seja, seus agentes ou simplesmente "pessoas". São 17 artigos retirados de consultas reais feitas pelos próprios jurisdicionados, e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: "Vantagens pessoais, parcelas indenizatórias e teto remuneratório constitucional dos servidores públicos" ou ainda o "Alcance das restrições a obrigações e aumento de despesas com pessoal contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal".

O *volume II* já traz o tema *Aposentadoria*, que também atinge diretamente os agentes públicos sob um novo prisma, a sua aposentadoria e seus entornos. São 11 artigos e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: "Reajustes nas aposentadorias quanto às vantagens auferidas pelos servidores" ou ainda "Aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003".

O *volume III*, na sequência, trata do tema *Licitações e Contratos Administrativos*, tema este de grande importância para o controle dos gastos públicos e a preservação do princípio constitucional da impessoalidade, dentre outros não menos importantes. São 16 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos: "Momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia" ou ainda "Contratação de serviços artísticos pela Administração Pública". Ressaltamos apenas os dois últimos artigos do volume, que não tratam especificamente do tema, mas auxiliam ao tratar de atos administrativos gerais.

O *volume IV*, por fim, traz o tema *Finanças Públicas*, tema muito delicado aos gestores públicos, principalmente nos quesitos Lei de Responsabilidade Fiscal, transferências de receitas e princípios que regem as finanças públicas. São 12 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos encontramos: "A integração das contribuições CIDE e COSIP na transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal" ou ainda "Receitas que constituem a base de cálculos para investimento em educação".

Comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública em caso de participante estabelecido em lugar diverso da licitação.

Consulta autuada sob Processo n. 4921/2012
Relator: Conselheiro Julio Cabral.

Consulente:

Considerando a necessidade de comprovação da regularidade fiscal de empresas que pretendem contratar com a Administração Pública, para qual Fazenda deve a empresa comprovar sua regularidade, quando o objeto licitado for estabelecido em lugar diverso ao do licitante?

Tribunal Pleno:

“Responder ao consulente que:

(...)

A comprovação da regularidade fiscal exigida em licitações públicas deve ser aquela relativa à Fazenda Pública do domicílio ou sede do licitante quando este não possuir filial no local em que é realizado o certame, tudo de acordo com a fundamentação expedida.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário Executivo Adjunto de Inteligência – SEAI/SSP/AM, Sr. Thomaz Augusto Corrêa de Vasconcelos Dias, acerca de:

“01 – Para qual Fazenda uma empresa interessada em contratar com a Administração Pública deve comprovar sua regularidade quando o objeto licitado for estabelecido em lugar diverso ao do licitante?”

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se da seguinte forma:

“(…) Inicialmente, cumpre asseverar que a regularidade fiscal para a participação em licitação tem bases constitucional e legal (art. 195 da Constituição Federal, art. 27 e do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993:

Constituição Federal:

“**Art. 195** (...)

(...)

§ 3º *A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.*

Lei nº 8.666/1993:

“**Art. 27** *Para habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

(...)

IV – *regularidade fiscal e trabalhista;*

(...)

Art. 29. *A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:*

(...)

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei”. (g.n.)

Tal exigência tem por finalidade aferir a idoneidade de quem que deseja contratar com a Administração, bem como a possibilidade de cumprimento das obrigações a serem futuramente pactuadas. Conforme leciona Jessé Torres Pereira Júnior, “a Administração deverá formular exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado”.

Portanto, trata-se da necessária observância à diretriz de que a Administração exerce atividade plenamente vinculada, fazendo apenas o que lhe é expressamente permitido por lei, na medida em que verifica a aptidão do candidato para futura contratação. O legislador ordinário, ao inserir tal exigência, buscou garantir à Administração a idoneidade do futuro contratado.

O inciso III do artigo 29, acima transcrito, estabelece que a regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal deve ser comprovada no domicílio ou sede do licitante ou outra equivalente, na forma da lei. Considerando, portanto que no nosso Estado não foi editada nenhuma lei dispondo acerca do tema de forma diversa, prevalece a comprovação no domicílio do licitante.”

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, o Dr. Carlos Alberto Souza de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos:

“

(...)

Com efeito, se o licitante não possui filial no local em que realizado o certame licitatório, a regularidade fiscal a ser comprovada é aquela existente no seu domicílio ou sede. Esse é o sentido normativo que mais se amolda a exigência legal, privilegiando os princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica.

Em abono a tese aqui sustentada, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que assim se manifestou sobre o tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. CERTIDÕES. EMPRESA NÃO OBRIGADA JUNTO AO FISCO DO ESTADO. DECLARAÇÃO DO ÓRGÃO ARRECADADOR OFICIAL. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Inicialmente, observa-se a ausência de debate de todos os dispositivos legais tidos por violados, a despeito da oposição de embargos de declaração. Frise-se que a mera citação dos dispositivos nos aclaratórios não supre o requisito legal do prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. Ademais, nem mesmo foi apontada, no especial, violação ao art. 535 do CPC. 2. Além disso, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, bem como em prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, III e IV, da Lei 8.666/93). As disposições da Lei n. 8.666/93 aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. 3. No entanto, conforme relatado pelo Tribunal a quo, o próprio Fisco Estadual manifestou-se no sentido de que a empresa aqui tratada não é obrigada a inscrever-se no cadastro dos contribuintes

do Estado do Pará. Sendo assim, não há como exigir-se da empresa um cadastro fiscal estadual, se é comprovada que ela não se submete à tributação estadual. 4. A revisão da afirmação proferida pelo Tribunal de origem no sentido de que, “comprovado que o agravante não se submete a tributação estadual, e por óbvio, configurada a impossibilidade de emissão da certidão negativa junto a SEFA, mostra-se razoável, que o documento apresentado”, demandaria revolvimento fático-probatório, inviável em sede de recurso especial pelo óbice da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 2.930/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011).

Com efeito, a exigência de regularidade fiscal prevista nos arts. 27 e 29, da Lei n. 8.666/93, diz respeito ao domicílio ou sede do licitante, quando este, por óbvio não possuir filial no local em que realizado o certame.

(...)

Feitas essas considerações, presentes os requisitos de admissibilidade da consulta formulada, **opino** no sentido de que a comprovação da regularidade fiscal exigida em licitações públicas deve ser aquela relativa à Fazenda Pública do domicílio ou sede do licitante quando este não possuir filial no local em que realizado o certame, tudo de acordo a fundamentação expendida.”

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Julio Cabral, que ao acolher o entendimento do Órgão Técnico e do Ministério Público assim votou:

(...)

1. Diante dos fatos trazidos pela Consultoria Técnica e pelo douto Ministério Público Especial, penso que a presente Consulta deve ser **CONHECIDA** e que o interessado deve ser respondido na forma como segue.

2. A Resolução 04/2002-TCE/AM (Regimento Interno do Tri-

bunal de Contas do Estado do Amazonas e do Ministério Público junto ao TCE-AM), em seu art. 274 e segs. ao tratar da Consulta, dispõe da seguinte forma:

Art. 274. O Tribunal Pleno decidirá sobre consultas, quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

[...]

V - os Secretários de Estado e os Secretários Municipais ou autoridades de nível hierárquico equivalente;

3. Como se pode constatar o Sr. Thomaz Augusto Corrêa de Vasconcelos Dias possui legitimidade para apresentar a presente Consulta e, analisando o Ofício n.º. 063/12-FRAINT/SEAI-SSP/AM, também se verifica que a matéria está inserida na competência desta Corte de Contas.

Feita uma breve análise da preliminar de admissibilidade, passo a analisar o mérito.

1. Primeiramente, é importante mencionar que a lei n.º 8.666/93 traz dispositivo expresso no qual exige a regularidade fiscal e trabalhista:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

[...]

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

[...]

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso consistirá em:

[...]

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou

municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

2. A Constituição Federal também veda a contratação da pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social:

Art. 195

[...]

§3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

3. Ciente da obrigatoriedade quanto à exigência de regularidade fiscal do contratado, que é comprovada através das certidões negativas, o Sr. Thomaz Augusto Corrêa de Vasconcelos Dias, Secretário Adjunto de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas – SEAI/SSP-AM, expõe sua dúvida no que tange a comprovação da **regularidade fiscal** de empresas/licitantes perante as fazendas públicas quando forem estabelecidos em lugar diverso ao da licitação.

4. Como se sabe a legislação financeira prevê algumas etapas para a realização da despesa pública: empenho da despesa (art. 58 da Lei 4.320/64), sua liquidação (art. 63 da Lei 4.320/64), ordem de pagamento (art. 64 da Lei 4.320/64) e pagamento (art. 65 da Lei 4.320/64).

5. Assim, antes de ser realizado o pagamento, o contratado terá que comprovar o cumprimento de suas obrigações contratuais,

na fase de liquidação. Tal comprovação está bem detalhada nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64, que assim determina:

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

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

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

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

II - a importância exata a pagar;

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

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

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - **os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.** (*grifos nossos*)

6. Considero relevante fazer esta observação porque verifica-se que no momento do requerimento do pagamento, o credor já cumpriu com suas obrigações contratuais.

7. Certamente não se pode olvidar de que há obrigação do contratado em apresentar novas certidões negativas comprovando sua regularidade fiscal no momento em que solicita o pagamento, caso as anteriormente apresentadas estejam com o prazo de validade expirado, tal conclusão decorre da obrigatoriedade do contratado em manter, durante a execução do contrato, suas condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

8. Inclusive, como bem abordado pela Consultoria Técnica (Relatório Conclusivo nº. 05/2012 – CONSULTEC - fls. 07/11), a Administração Pública, conforme leciona Jessé Torres Pereira Júnior, “...deverá formular exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado”, o que somente poderá ser aferido mediante a apresentação, pelo contratado, das certidões negativas que comprovem a regularidade fiscal durante o cumprimento do contrato com a Administração Pública.

9. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao tema suscitado, se observa na decisão abaixo transcrita:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. CERTIDÕES. EMPRESA NÃO OBRIGADA JUNTO AO FISCO DO ESTADO. DECLARAÇÃO DO ÓRGÃO ARRECADADOR OFICIAL. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Inicialmente observa-se a ausência de debate de todos os dispositivos legais tidos por violados, a despeito da oposição de embargos de declaração. Frise-se que a mera citação do dispositivo nos aclaratórios não supre o requisito legal do prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. Ademais, nem mesmo foi apontada, no especial, violação ao art.535 do CPC. 2. Além disso, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, bem como em prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação re-

gular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, III e IV, da Lei 8666/93). As disposições da Lei n. 8666/93 aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. 3. No entanto, conforme relatado pelo Tribunal a quo, o próprio Fisco Estadual manifestou-se no sentido de que a empresa aqui tratada não é obrigada a inscrever-se no cadastro dos contribuintes do Estado do Pará. Sendo assim, não há como exigir-se da empresa um cadastro fiscal estadual, se é comprovada que ela não se submete à tributação estadual. 4. A revisão da afirmação proferida pelo Tribunal de origem no sentido de que, “comprovado que o agravante não se submete a tributação estadual, e, por óbvio, configurada a impossibilidade de emissão da certidão negativa junto a SEFA, mostra-se razoável, que o documento apresentado”, demandaria revolvimento fático-probatório, inviável em sede de recurso especial pelo óbice da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 2.930/PA, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011).

10. Considerando o posicionamento acima citado, entendo que a exigência de regularidade fiscal prevista nos arts. 27 e 29, da Lei 8666/93, diz respeito ao domicílio ou sede do licitante, quando este, por óbvio, não possuir filial no local em que realizado o certame.

CONCLUSÃO

1. **PORTANTO**, acompanhando parcialmente o entendimento da Consultoria Técnica e, na totalidade o Ministério Público, expresso no Parecer n.º 3668- MPC-PG/2012 (fls. 12/14) e tendo por base os fundamentos acima explanados, **VOTO** no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno:

1.1. **CONHEÇA** esta Consulta, com fulcro no art. 274, da Resolução 04/2002-TCE/AM; e

1.2. **RESPONDA** ao Sr. Thomaz Augusto C de Vasconcelos Dias, Secretário Adjunto de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas – SEAI/SSP-AM, o seguinte:

- “A comprovação da regularidade fiscal exigida em licitações públicas deve ser aquela relativa à Fazenda Pública do domicílio ou sede do licitante quando este não possuir filial no local em que realizado o certame, tudo de acordo com a fundamentação expendida”.

1.3. **ENCAMINHE** cópia do Parecer Ministerial ao consulente.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou-a, e conheceu nos termos do Voto condutor, emitindo PARECER ao Consulente, na Sessão Ordinária de 21 de fevereiro de 2013, presidida pelo Conselheiro Josué Claudio de Souza Filho; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Julio Cabral (Relator) e o representante ministerial, Carlos Alberto Souza de Almeida.

Momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia:

Consulta autuada sob Processo n. 4480/2012.

Relator: Auditor Mário José de Moraes Costa Filho.

Consulente:

Qual o momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia?

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente que: *“as certidões que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista devem estar dentro do prazo de validade no momento em que o contratado protocola seu pedido de pagamento; caso as certidões estejam com o prazo de validade expirado no dia do efetivo pagamento, não é necessária a apresentação de novas certidões, pois ao apresentá-las no momento em que requer o pagamento, comprova que manteve a regularidade fiscal e financeira enquanto cumpria suas obrigações contratuais para com a Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, uma vez que somente é possível requerer o pagamento após a liquidação da despesa; A Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas deve inserir nos Editais de suas licitações, bem como em seus contratos, cláusula exigindo a manutenção da regularidade fiscal e trabalhista do contratado durante todo o período da execução das obrigações contratuais, com previsão*

de possibilidade de rescisão contratual e imposição de uma ou mais penalidades, dentre as previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, conforme determina o art. 55, XIII da Lei 8.666/93."

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, Deputado Ricardo Nicolau, acerca do posicionamento do Tribunal de Contas no seguinte caso:

"01 – Considerando a realização de contratos, qual é o momento de validade das certidões negativas? Deverão estar no prazo de validade no momento em que as empresas solicitam o pagamento, dando entrada do Processo no Protocolo da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, ou quando do pagamento do processo estão obrigadas à renovação da emissão das certidões se porventura alguma vencer durante o trâmite do processo internamente neste Poder?"

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se:

"(...)

As causuísticas apresentadas na consulta, muito embora decorram da preocupação administrativa com o cuidado de observância às legislações, merecem importante cuidado quanto à possibilidade de retenção de pagamento, como se demonstrará a seguir.

Não custa lembrar, que o princípio da legalidade (art. 37¹, *caput*, CF) impõe à Administração Pública, incluindo seus agentes o dever de observar a lei atuando dentro de seus limites, fazendo apenas aquilo que está preconizado nas normas. Não cabe à Administração Pública a discricionariedade ou autonomia da

1. Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

vontade, por ser esta última uma faculdade atribuída ao particular. Essa característica de submissão ao princípio da legalidade é uma das faces do modelo burocrático presente em nosso sistema republicano.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro², encontramos a seguinte observação:

“A Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”

Determina o art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que os contratos administrativos *devem conter cláusula de previsão sobre a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*

Essa condição estabelecida pelo legislador visa à preservação da segurança das relações contratuais entre a Administração Pública e o particular, posto que um dos princípios basilares das relações contratuais é o princípio da boa-fé.

A atividade empresarial, muito embora seja de risco, deve manter regularidade quanto às certidões exigidas na fase de habilitação, sendo necessária a adoção de providências para a regularização, antes de expirado o prazo de validade da documentação, não importando se o contrato de prestação de serviços é exercido de forma contínua ou não.

A não observância dessa condição, prevista no inciso do artigo acima citado, implica na tomada de medidas por parte da Administração em caráter sancionatório, conforme previsão nos art. 78, I c/c art. 87, I, II, III e IV da Lei nº 8.666/93).

A aplicação das penalidades elencadas no art. 87 dependem do prévio contraditório e como o dispositivo traz a possibilidade de cumulação de várias sanções para um mesmo ilícito, entendem alguns doutrinadores pela necessidade de se adotar um

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2006

juízo de graduação e proporcionalidade na aplicação de medidas sancionatórias, cabendo referências à brilhante lição de Marçal Justen Filho³:

“A declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de participar da licitação podem ser cumuladas com a multa e a rescisão administrativa. Uma conduta pode ser grave o suficiente para acarretar a rescisão unilateral do contrato pela Administração e para desencadear outras punições. Mas nem toda rescisão contratual acarreta aplicação necessária dessas sanções.

Mas, se for o caso de aplicar a declaração de inidoneidade ou suspensão do direito de participar da licitação, uma interpretação rigorosa da Lei nº 8.666/93 acarretaria a necessidade de rescindir a contratação administrativa de que participe o sujeito. Esse efeito atingiria mesmo a contratos que estivessem sendo regularmente executados pelo particular punido. Tais sanções retiram do particular os requisitos de habilitação. Logo, não pode mais manter contratação alguma com a Administração. Mas a gravidade dos efeitos decorrentes dessa interpretação podem desaconselhar a sua aplicação. O tema ainda está em aberto para uma solução mais precisa.”

No que se refere à ampliação das penalidades, deve se observar como já dito, a devida previsão legal, sendo a Lei nº 8.666/93 silente quanto à possibilidade de retenção de pagamento por irregularidade fiscal na fase de execução do contrato, ou mesmo após. Naquilo que a lei não estabelece, não cabe ao administrador fazer interpretações segundo sua conveniência.

Este é inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, 3º, da CF.

3. FILHO, Justen Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2011.

2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser “obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.”

(RMS 24593/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/3/2008, DJe 17/3/2008)

Dessa decisão pode se perceber que a interpretação se fundou nos princípios da legalidade e especificidade quanto ao procedimento a ser adotado no caso de não manutenção das condições contratuais avençadas.

Constatado o descumprimento de cláusula contratual é dever de ofício da Administração, informar ao contratado, oportunizando-lhe o contraditório para esclarecer a situação e se comprometer a resolvê-la em caráter de urgência, tendo em vista que a negligência implicará na possibilidade de rescisão contratual.

Nem mesmo uma eventual divergência entre a sociedade empresarial e o fisco pode ensejar a retenção de pagamento, caso

a empresa em curso de cobrança executiva tenha sido efetivada em penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa, tendo assim a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, os mesmos efeitos da certidão negativa (art. 206⁴ do Código Tributário Nacional).

A possibilidade de retenção do pagamento poderá, entretanto, ocorrer nas seguintes situações:

a) Na rescisão unilateral do contrato pela Administração, que pode se dar nas hipóteses de infração aos incisos I a XII e XVII do art. 78 da Lei de Licitações, quando se constatar prejuízos à Administração por culpa do contratado.

b) Na hipótese de débitos previdenciários e débitos trabalhistas da contratada relativamente aos empregados alocados diretamente na execução dos serviços.

Com relação a essa segunda hipótese, mesmo que inexistir cláusula contratual estipulando o pagamento condicionado à verificação de ausência de débitos trabalhistas, a função fiscalizatória inerente à Administração sobressai como uma ação preventiva a autorizar possível retenção. Essa medida se constitui necessária a fim de afastar reconhecimento de responsabilidade subsidiária/solidária da Administração em virtude de dívidas trabalhistas, como estabelece a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados

4. Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (g.n)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Infere-se disto, que não deve a Administração manter-se em inércia, constatada a inadimplência da contratada quanto aos débitos previdenciários e trabalhistas, pois poderá incorrer em responsabilidade subsidiária na Justiça do Trabalho.

Neste sentido, confirmas as seguintes jurisprudências:

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-

meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido”.(TST, Ag-AIRR - 153040-61.2007.5.15.0083 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/01/2011)

“Assuntos: PAGAMENTO e REGULARIDADE FISCAL. DOU de 07.07.2010, S. 1, p. 100. Ementa: alerta ao NEMS/PE sobre a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social (INSS e contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Federal), para com o FGTS (CEF) e para com a Fazenda Federal (SRF e PGFN), em observância à Constituição Federal (art. 195, § 3º), à Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII), à Lei nº 8.036/1990 (art. 27, “a”), à Lei nº 9.012/1995 (art. 2º), à Lei nº 8.212/1991 (art. 47), ao Decreto nº 612/1992 (art. 16 e parágrafo único, art. 84, inc. I, alínea “a” e § 10, alíneas “a” e “b”) e ao Decreto-lei nº 147/1967, de modo a afastar, inclusive, a possibilidade de, por força do Enunciado/TST nº 331, vir a responder subsidiariamente pelo inadimplemento de encargos trabalhistas” (item 9.6.2, TCU-015.726/2005-2, Acórdão nº 3.961/2010-1ª Câmara).

Ainda no mesmo sentido, manifestou-se o STJ:

Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. Recurso especial provido.” (REsp 1241862/RS, Rel. MIN.

MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

Conclui-se assim pelo entendimento de que a possibilidade de retenção do pagamento pela Administração decorre do dever de fiscalizar os contratos firmados com particulares, verificando o inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias em conformidade com o art. 71 da Lei nº 8.666/93. Essa medida, em que pese, deve ser utilizada com cuidado para não causar locupletamento ilícito por parte da Administração e não causar prejuízos à contratada.

Assim, constatada a irregularidade trabalhista ou previdenciária, a Administração deve abrir prazo à contratada para apresentar defesa, ou regularizar sua situação, sob pena de rescisão contratual e paralelamente, deve ainda comunicar aos órgãos competentes, das irregularidades constatadas.”

O Ilmo. Procurador, ao constatar que **assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica**, assim fundamentou seu parecer acrescentando:

“(…)

- a) é indispensável a manutenção das condições de habilitação e qualificação na forma no inc. XIII do art. 55 da Lei n. 8666/93, impondo-se a exigência de certidões negativas previstas em lei, ainda que se esteja na fase de execução do contrato, de solicitação de pagamento ou durante o curso da liquidação para pagamento do valor devido;
- b) se os prazos de validade das certidões vencerem durante o processo administrativo de pagamento, impõe-se a abertura de prazo para que a irregularidade seja sanada pelo interessado;
- c) persistindo a irregularidade, deve o Administrador iniciar processo de rescisão contratual, respeitado o interesse público, abrindo-se a via do devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao interessado; e, ainda, reter valores no pagamento, caso a contratante possa vir a ser

responsabilizada subsidiária ou solidariamente por débitos da contratada.

(...)"

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo auditor Mário José de Moraes Costa Filho, que ao acolher o entendimento do Ministério Público assim votou:

"(...)

Considerando os posicionamentos acima citados, entendo que a retenção dos pagamentos pela Administração Pública configuram inobservância do princípio da legalidade.

Ademais, como bem esclarecido nos posicionamentos acima transcritos, a Administração Pública possui instrumentos legítimos para coibir o inadimplemento das obrigações trabalhistas e fiscais de seus contratados.

Desta forma, o mais adequado é inserir cláusula nos contratos a serem firmados pelo ente administrativo, prevendo a possibilidade de rescisão contratual com a consequente imposição de uma das penalidades enumeradas no art. 87 da Lei 8.666/93, caso o contratado não mantenha e comprove sua regularidade fiscal e trabalhista durante o cumprimento de suas obrigações contratuais.

(...)

Portanto, acompanhando parcialmente o entendimento da Consultoria Técnica e do Ministério Público, tendo por base os fundamentos acima explanados, apresento **PROPOSTA DE VOTO** no sentido de que o Tribunal Pleno:

1. **Conheça** esta Consulta, com fulcro no art. 274, da Resolução 04/2002-TCE/AM;
2. **Responda** ao Sr. Deputado Ricardo Nicolau, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, o seguinte:

- As certidões que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista devem estar dentro do prazo de validade no momento em que o contratado protocola seu pedido de pagamento;
- Caso as certidões estejam com o prazo de validade expirado no dia do efetivo pagamento, não é necessária a apresentação de novas certidões, pois ao apresentá-las no momento em que requer o pagamento, comprova que manteve a regularidade fiscal e financeira enquanto cumpria suas obrigações contratuais para com a Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, uma vez que somente é possível requerer o pagamento após a realização da liquidação da despesa;
- A Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas deve inserir nos Editais de suas licitações, bem como em seus contratos, cláusula exigindo a manutenção da regularidade fiscal e trabalhista do contratado durante todo o período da execução das obrigações contratuais, com previsão de possibilidade rescisão contratual e imposição de uma ou mais penalidades, dentre as previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, conforme determina o art. 55, XIII da Lei 8.666/93.

É a proposta de voto.”

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 6 de dezembro de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Dsterro e Silva; presentes os Conselheiros

Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, Julio Cabral, Júlio Assis Correa Pinheiro, Josué Filho, Ari Moutinho Júnior, Mário José de Moraes Costa Filho (Auditor Relator) e Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos (Conselheira Convocada), bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Aplicação do art. 48, da Lei nº 8.666/93 para aferir a inexequibilidade de propostas quanto à contratação de bens, insumos e serviços comuns:

Consulta autuada sob Processo n. 3452/2012.

Relatora: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Consulente:

Qual o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da possibilidade de aplicação do art. 48 da Lei nº 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos) à contratação de bens e insumos comuns e serviços comuns, que não se refiram à obras e serviços de engenharia.

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente que: realize a licitação de contratação de bens, insumos e serviços comuns na forma do art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, e que exclua as propostas inexequíveis com base no art. 48, §1º e §2º, da Lei de Licitações, desde que observada a redação da Súmula nº 262/TCU, a qual assevera uma presunção relativa de inexequibilidade, vez que se o licitante conseguir comprovar a exequibilidade de sua proposta, não há que se falar em exclusão do participante da licitação.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor-Presidente do Instituto Municipal de Ordem Social e Planejamento

Urbano-IMPLURB, Sr. Manoel Henrique Ribeiro, acerca do posicionamento do Tribunal de Contas no seguinte caso:

“01 – É possível a aplicação do art. 48 da Lei nº 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos) à contratação de bens e insumos comuns e serviços comuns, que não se refiram à obras e serviços de engenharia?”

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se:

“A Consulta diz respeito a dúvidas na aplicação do art. 48, II da Lei de Licitações, especificamente, no que tange à inexequibilidade de proposta, a saber : “O referido dispositivo se refere à desclassificação de licitantes que apresentam propostas patentemente inexequíveis, e por tal motivo são excluídas do certame licitatório, entretanto, o referido dispositivo se refere à aplicação deste, tão-somente aos casos de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia. Tal especificidade traz a lume dúvida acerca de que instituto ou parâmetro mais adequado para aferir a inexequibilidade de propostas na contratação de bens e insumos comuns que não sejam referentes a obras e serviços de engenharia, posto que não há norma alguma que regulamente a matéria” (g.n).

Antes de adentrarmos o exame das regras relativas à apuração da inexequibilidade, cumpre-nos apresentar alguns conceitos acerca do tema abordado.

1. Licitação:

É procedimento administrativo vinculado, destinado a selecionar a melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública, com a finalidade de viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, em abono aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

2 . Inexequibilidade:

No que concerne ao exame da inexequibilidade, é importante retomar a afirmação de que a licitação visa ao alcance da melhor proposta. Ora, não há dúvidas de que o procedimento licitatório procura dar à administração as condições de contratar com aquele que apresente a proposta mais vantajosa. O que nos interessa, para efeito de reconhecimento da inexequibilidade, é exatamente o modo como deve proceder o administrador para determinar com precisão a linha que separa a melhor proposta daquela que se revele inexequível.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹,

“O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o quê não poderão ser tomadas em consideração. Devem ser desclassificadas.

Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame.

Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta nela permitidas. Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.

As propostas inexequíveis não são sérias, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

1. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª Ed. Malheiros Editores. Rio de Janeiro: 2003, p. 546

3 . Legislação:

Segundo a Lei 8.666/93, com redação dada pelas Leis 8.883/94 e 9648/98:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648 , de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração ou

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648 , de 1998.”(g,n).

Dos excertos acima colacionados, extrai-se a importante conclusão de que é indispensável a descrição exaustiva do objeto licitado, no ato convocatório. A falta de critérios do Edital dá margem a que o licitante apresente uma proposta irrisória, vença a licitação e não consiga cumprir o pretendido pela administração.

É de se ressaltar que o § 1º do art. 48, conquanto refira-se a licitações de menor preço pra obras e serviços de engenharia, poderá ser aplicado subsidiariamente às compras de bens e insumos comuns, nos termos dos Acórdãos 697/2006 e 549/2011 – Plenário do TCU, que recomendam utilizar o artigo 48, II, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 para aferição da exe-

qüibilidade de preços em certames que não sejam para obras e serviços de engenharia.

Por fim, insta salientar que a Lei de Licitações prevê uma presunção relativa de inexequibilidade, devendo a administração permitir que o licitante demonstre a exequibilidade de sua proposta, conforme entendimento do TCU e do STJ:

“Resenha TCU – PRESSUPOSTOS DO ART. 48 DA LEI 8.666/93 TRATAM, APENAS, DE PRESUNÇÃO DE INEXQUIBILIDADE. O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas a e b, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta” (g.n)

STJ – Recurso Especial nº 965.839. Reatora : Ministra Denise Arruda; Data 15.12.2009; RECUSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PROPOSTA INEXEQUÍVEL – ART 48, I e IIº 1º, DA LEI 8.666/93 – PRESUNÇÃO RELATIVA- POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA – RECURSO DESPROVIDO” (g.n).

Nesse sentido, entende Marçal Justen Filho que: *Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do § 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto”*²

O art. 40, X da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 9.648/98, embora não se refira expressamente à análise da exequibilidade das propostas, permite verificar a intenção do legislador em assegurar a viabilidade de execução do objeto licitado, por meio dos critérios da aceitabilidade, que deverão estar em sintonia com os preços praticados no mercado. Para Fernando A. B. Normando, em artigo sobre a aceitabilidade de preços³: *“Observe-se que o valor orçado pela Administração representa um valor*

2. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5ª Ed. Dialética, p 435
3. Revista Jus Vigilantibus – <http://jusvi.com/artigos/1051>

de referência para que os licitantes possam elaborar suas propostas:"

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

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;" (g.n).

Acerca do tema, assim leciona Lucas Rocha Furtado⁴:

"Com vistas a propiciar parâmetros objetivos que deverão ser seguidos pela Comissão na avaliação que fizer quanto à viabilidade das propostas cumpre observar que o art. 40, inciso X, prevê que o edital deverá indicar obrigatoriamente 'o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso'.

A comissão de licitação deve dispor, portanto, de estimativa de custos antes das licitações, com o maior nível de detalhamento possível. Ainda que se trate de licitação por preço global, no qual apenas este irá interferir na definição da classificação das propostas, convém que todos os custos unitários do objeto licitado estejam previamente definidos. Esta medida permite à comissão de licitação pautar sua atuação, no que concerne ao julgamento das propostas, com a objetividade que a lei exige."

E continua advertindo os gestores públicos sobre a postura *intransigente* adotada pelo TCU em relação a não previsão, nos editais de licitação, de critérios de aceitabilidade. Senão vejamos:

4. FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos Administrativos, 2ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte: 2009, p. 258

“A postura intransigente adotada pelo TCU é plenamente correta, do ponto de vista da legalidade, e absolutamente necessária para evitar manipulações nas planilhas de custos dos licitantes. A necessidade de previsão de custos globais e unitários é essencial para o sucesso da licitação e execução do contrato.”

Ainda sobre a obrigatoriedade de previsão no edital de critérios de aceitabilidade de preço, Jessé Torres Pereira Junior, assim se manifesta⁵:

“A solução do preço máximo, como critério de aceitabilidade de preço cotado pelos licitantes, acabou consagrada pela Lei nº 9.648/98, que a enxertou na redação do art. 40. Embora de cabal objetividade, aconselha-se o critério nas licitações de compras, obras ou serviços cujo valor estimado possa ser apurado com elevado grau de certeza em relação ao que se pratica no mercado. A redação original do inciso X, ao demandar a definição, no edital, de critério de aceitabilidade de preço, sugeria a ilação de que a Lei nº 8.666/93 afastava o preço-base como tipo de licitação, mas o mantinha como critério aferidor da hipótese de desclassificação de propostas a que alude o art. 48,II. A Lei 8.883/94, complementou a redação do inciso X vedando a fixação de preços mínimos. Ou seja, é viável que o edital estabeleça preço de referência, porém não poderá exigir que os preços cotados situem-se entre limites máximos e mínimos em torno dele.”

Nesse sentido, colacionamos as Deliberações do TCU abaixo:

Acórdão 1837/2009 – Plenário. *Estabelecer critérios de aceitabilidade de preços unitários em suas licitações, mesmo naquelas que tratem de empreitada de preço global, de forma a evitar a existência de itens com sobrepreço ou preços extremamente baixos.*

5. PEREIRA Junior, Jessé Torres . Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública – 6. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 433

Acórdão 1748/2004 – Plenário. Deve constar do edital a indicação do critério de aceitabilidade de preços unitários e global com fixação de preços máximos, em referência aos preços de mercado indicado e às especificidades, devidamente justificadas do objeto a ser licitado, de acordo com o disposto no art. 40, inciso X da Lei nº 8666/93.

Ora, a aceitabilidade da proposta, independentemente da modalidade licitatória, envolve não somente a verificação do cumprimento das condições do edital como também a capacidade de execução do objeto licitado, ou seja, a exequibilidade da proposta. A *contrario sensu*, proposta que não tenha condições de satisfazer as necessidades do poder contratante é proposta inexecutável e não pode ser aceita pela administração.

III – Conclusão

Pelo exposto, percebe-se a importância cada vez maior de a administração buscar mecanismos de exclusão de propostas inexecutáveis dos certames licitatórios, seja para garantir o serviço de qualidade, seja para possibilitar a contratação de empresas sérias.

No que concerne às compras de bens e insumos comuns, objeto da presente Consulta, muito embora o dispositivo legal apontado pelo Consultante, art. 48, II da Lei 8.666/93, deixe de traçar critérios para tal espécie de compra, podemos afirmar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, e até mesmo a Lei de Licitações, apontam no sentido de que os critérios sejam estabelecidos no EDITAL, que deverá indicar obrigatoriamente o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, em referência aos preços de mercado, conforme o caso (art. 40, X), de forma a assegurar a viabilidade de execução do objeto licitado.

Não há empecilho, portanto, a que o edital, fazendo as adaptações necessárias, preveja a desclassificação de propostas manifestamente inexecutáveis segundo o critério que pretender adotar. E aqui é preciso atentar para a necessidade de fixação de critérios que respeitem os preços de mercado, a competição entre os licitantes e, ao mesmo tempo, possibilitem a escolha da proposta mais vantajosa para a administração.

Assim, à semelhança do que fez o legislador no § 1º do art. 48, deve-se considerar como parâmetro o valor orçado pela administração no instrumento convocatório e as propostas apresentadas pelos licitantes.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida, emitiu seu Parecer nos autos, em fundamentação parcialmente distinta da Consultoria Técnica, sustentando que:

“O Tribunal de Contas da União, quando emanou seu julgamento através dos acórdãos 697/2006 e 594/2011 – Plenário do TCU. Manifestou-se no sentido da possibilidade de aplicação do dispositivo em comento de maneira extravagante, visto que se trata de norma geral do processo licitatório, sendo cabível sua aplicação em todas as formas licitatórias previstas pela legislação brasileira.

Salienta-se, entretanto, que a exclusão do licitante deve ser feita com cautela, em razão de haver a possibilidade de cumprimento do contrato, mesmo que o preço se apresente inexequível quando comparado com o preço de mercado. Esse parece ser o entendimento emanado por Hely Lopes Meireles⁶ quando afirma:

Também as Cortes de Contas têm firmado entendimento no sentido de que o excesso de rigor no processo licitatório tende a limitar o número de correntes, prejudicando a celebração do melhor contrato para a Administração.

Pode-se auferir duas opiniões distintas do trecho citado, primeira delas é a de que o formalismo excessivo gerará dificuldade à Administração, vez que terá diminuído o rol dos interessados em participar do processo licitatório. Segundo ponto se assenta como decorrência lógica da falta de participantes, vez que, em assim ocorrendo, a Administração estaria limitando a ela mesma, já que diminuindo a possibilidade de participação, não lograria efetuar o contrato que melhor lhe aprobevesse.

6. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed., pg.287, Malheiros Editores;2011.

Ressalta-se ainda que a responsabilidade pelas propostas deficitárias realizadas à Administração pertence à empresa licitante, assim sendo, em se observando a possibilidade do cumprimento do contrato licitatório com a qualidade esperada pelo mercado, não há que se falar em exclusão da participante do certame, vez que a contratação traria benefícios ao Estado, que nessa esteira não deve exercer função similar à de curatela dos licitantes.

O Tribunal de Contas da União asseverou o entendimento emanado pelo doutrinador, quando emanou decisão no processo 025.717/2008-1, que fora objeto de julgamento da segunda Câmara do Egrégio Tribunal e 2010:

REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. ARGUMENTOS ACOLHIDOS EM PARTE. PROVIMENTO PARCIAL.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, não cabe ao Pregoeiro ou à Comissão de Licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas. (TCU; Segunda Câmara; Relator: Benjamin Zymler; Acórdão n. 1092 de 2010; Ata n. 07/2010; publicado em 19/03/2010- DOU).

Nesse sentido, a Administração no momento da análise da situação em concreto deve ser criteriosa, a fim de não atuar de maneira ilegal quando da exclusão da empresa participante.

Ademais, é preciso que se diga que os contratos licitatórios se direcionam pelas leis, pelas emanações jurisprudenciais, mas também pelo edital. Hely Lopes Meirelles ao comentar o assunto emana entendimento no sentido de que o edital é a lei interna da licitação, e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.⁷

Nessa esteira, é necessário que a condução do processo licitatório esteja vinculado ao estipulado no edital, sem que para tanto, a aplicação das disposições editalícias seja feito com preciosismo tal que ensejem prejuízo à Administração.

7. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed, pg.290; Malheiros Editores; 2011.

IV - CONCLUSÃO

Ante o exposto, este Órgão Ministerial opina pela possibilidade de exclusão da empresa licitante, sendo observados os critérios assinalados acerca da possibilidade de cumprimento do contrato a ser realizado, a fim de que a exclusão não incorra em prejuízo à Administração Pública.”

Assim sendo, **com as divergências parciais de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial**, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu por:

“Adotando como razões do pronunciamento da CONSULTEC, fls.8/16, e com data vênua discordando do *Parquet*, voto no sentido de que o Colendo Tribunal Pleno, no exercício de sua competência (art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96, c/c o art. 11, IV “f”, do Regimento Interno), delibere no sentido de:

a) Responder ao Instituto Municipal de Ordem Social e Planejamento Urbano – IMPLURB que realize a licitação de contratação de bens, insumos e serviços comuns na forma do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, e que exclua as propostas inexequíveis com base no art. 48, parágrafos primeiro e segundo, da Lei de Licitações.”

Na esteira do evento, o Conselheiro Raimundo Michiles pediu, em sessão plenária, vista dos autos sob o argumento de não houve como identificar no Sistema de Processos, se se tratava os autos de um processo licitatório em andamento, ou se o caso era de interpretação da Lei nº 8.666/93, ao que assim respondeu:

“Devolvo os autos à insigne Relatora, sugerindo, por prudência, que as informações constantes do Relatório Conclusivo da Unidade Técnica (fls.8/16), o Parecer 2863 CASA/2012 (fls. 18/21), o voto de V.Exª (fls. 23/26) e este voto-vista, sejam encaminhados ao Consulente apenas a título de orientação e não como resposta à Consulta em exame.”

A ilustre Relatora, considerando o voto-vista e as demais manifestações anteriores, assim se pronunciou em seu voto:

Considerando o Voto – Vista fls.28/29) d Exmo. Conselheiro Raimundo José Michiles que em informa que a presente consulta trata-se de questionamento da concepção doutrinária e jurisprudencial do art. 48, II, da Lei 8666/93, e sopesando pelo disposto na Súmula nº 262 do TCU⁸ e por fim adotando as razões do pronunciamento do órgão pericial e do *Parquet*, **VOTO** no sentido de que o Colendo Tribunal Pleno no Exercício de sua competência (art. 1º, XIII, da Lei nº 2423/96, c/c o art. 11, IV, “F”, do Regimento Interno), delibere no intuito de:

a) Tomar conhecimento da presente consulta, preenchidos que estão os requisitos do art. 274, inciso V, do Regimento Interno;

b) Oriente o Instituto Municipal de Ordem Social e Planejamento Urbano- IMPLURB que realize a licitação de contratação de bens, insumos e serviços comuns na forma do art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, e que exclua as propostas inexequíveis com base no art. 48, § 1º e § 2º, da Lei de Licitações, desde que observada a redação da Súmula nº 262/TCU, a qual assevera uma presunção relativa de inexequibilidade, vez que se o licitante conseguir comprovar a exequibilidade de sua proposta, não há que se falar em exclusão do participante da licitação.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou e conheceu-a, e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 18 de outubro de 2012, presidida pelo Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho; presentes a Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, (Relatora), os Conselheiros Julio Cabral, Raimundo José Michiles, Júlio Assis Corrêa Pinheiro, o Auditor Alípio Reis Firmo Filho (Convocado) bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

8. Súmula nº 262 – O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b” da Lei nº 8666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar ao licitante oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua resposta.

Dispensa e/ou inexigibilidade de licitação para empenho de valores por conta de pagamento de serviços:

Consulta autuada sob Processo n. 4775/2011.

Relator: Conselheiro Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior

Consulente:

Esclarecimento sobre como devem ser realizados os atos de Dispensa e/ou Inexigibilidade de Licitação para empenhos de valores a serem efetuados por conta de pagamento de serviços.

Tribunal Pleno:

Esclarecer que a contratação de serviços de publicação no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado, bem como de serviços de água e energia, caracterizam situações de inexigibilidade de licitação, enquanto os serviços de publicação em jornal de grande circulação e telecomunicações impescidem da licitação, ambas as situações tratadas na Lei 8.666/93.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Silves, Sr. Aristides Queiroz de Oliveira Neto, acerca de como devem ser realizados os atos de Dispensa e/ou Inexigibilidade de Licitação para empenhos de valores a serem efetuados por conta de pagamento de serviços, conforme exemplos:

Publicação na Imprensa Oficial da União; Publicação na Imprensa Oficial do Estado do Amazonas; Publicação em jornal de grande circulação no Estado; Faturas de Serviços de Telecomunicações; Faturas de Serviços de Energia Elétrica; Faturas de Serviços de água.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado em lei, destacou nos exemplos a inexigibilidade de uns e não de outros, nos seguintes termos:

O cerne da presente consulta paira na dúvida sobre como devem ser realizados os atos de dispensa e inexigibilidade de licitação para empenho de valores referentes a serviços, tais como Publicação na Imprensa Oficial da União e do Estado, Publicação em jornal de grande circulação e Faturas de serviços de Telecomunicações, Energia Elétrica e Água.

Inicialmente, insta observar que nem todos os referidos exemplos podem ser objeto de contratação direta, uma vez que a Publicação em jornal de grande circulação e a contratação de serviços de telecomunicações não encontram guarida nas hipóteses dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

É que, tais serviços precisam ser realizados mediante o processo licitatório, o qual assegura igualdade de condições a todos os concorrentes disponíveis no mercado e que tenham interesse em participar do certame.

Já os demais exemplos obedecem às regras previstas no artigo 25 da Lei de Licitações, o qual determina que quando houver inviabilidade de competição, a contratação dos serviços pode ser de forma direta.

Entende-se por inviabilidade de competição o fato do bem ou serviço possuir singularidade de fornecimento, ou seja, a Administração necessita de um serviço ou bem que possua características específicas, tornando impossível a realização de licitação, como é o caso da empresa Concessionária de Energia

Elétrica presente em nosso estado e Imprensa Oficial do Estado e União.

Assim, deverá o ordenador de despesas atentar para as hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, que trata das licitações e contratos.

Por fim, entende, no mérito, ante os fundamentos narrados no item II deste Relatório, que os serviços de Publicação em jornais de grande circulação, bem como os serviços de Telecomunicação deverão ser contratados por meio de licitação, enquanto os demais, por não possuírem vários fornecedores para realização de tais serviços, deverão ser contratados diretamente, sendo inexigível a realização de licitação.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

O Ilmo. Procurador, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, assim fundamentou seu parecer acrescentando:

A presente consulta versa sobre como devem ser realizados os atos de dispensa e inexigibilidade de licitação para empenhos de valores referentes a serviços.

Primeiramente esclarece o Ministério Público de Contas, que apesar de sua função pedagógica, a mesma não tem o alcance de indicar a maneira pela qual um ato deve ser feito, que forma/padrão que deve ser seguido já que são peculiaridades de cada administração.

No que pertine a função do MPC, resta-nos apenas indicar que existe uma Lei que disciplina as Regras Gerais das Licitações (Lei nº 8.666/1993), a qual dispõe em seu art. 26 os parâmetros que devem ser seguidos nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Assim para que haja dispensa ou inexigibilidade de licitação é necessário que haja o atendimento das formalidades previstas no

art. 26 da Lei nº 8.666/1993, em processo formal, conforme recomendação do TCU extraída da obra de JACOBY Fernandes:

“[...] instrua todos os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação com os elementos exigidos pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93, especialmente quanto à razão da escolha do fornecedor e detalhada justificativa do preço [...]” (Vade-Mecum de Licitações e Contratos, Ed. Forense, Belo Horizonte, 2010, pág 487).

Corroborando a recomendação acima exposta, trazemos as lições de Bandeira de Melo:

40. O art. 26 determina que as dispensas de licitação previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III e ss. do art. 24 (as quais abrangem todos os casos, salvo os pertinentes a dispensas por pequeno valor do objeto), assim como as situações de inexigibilidade e o retardamento previsto no parágrafo único do art. 8º, deverão ser necessariamente justificados e comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Além disso, conforme previsão do parágrafo único, o processo de dispensa, o de inexigibilidade e o de retardamento *supra* referido serão instruídos, “no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II – razão da escolha do fornecedor ou do executante; III – justificativa do preço; e IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

41. Anote-se, finalmente, que, nos termos do art. 89 da Lei

8.666, é crime, apenável como detenção de três a cinco anos e multa, “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. (BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 28ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2011).

Assim, resta claro a obrigatoriedade de motivação expressa conforme aponta ALEXANDRINO e PAULO: “com apontamento das causas que levaram a Administração a concluir pela impossibilidade jurídica de competição (art. 26). Essa motivação e publicação das causas justificadoras do reconhecimento de inexigibilidade permitem um efetivo controle pelos administrados em geral [...]”.

Por fim, ressalto que assiste razão ao órgão técnico quando a necessidade de realização de licitação para alguns dos exemplos elencados na consulta, como a publicação em jornal de grande circulação e contratação de serviços de telecomunicação, por não encontrar fundamento nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/1993.

Ante o exposto, **opino** pelo conhecimento da consulta, para no mérito, em consonância com o parecer do Órgão Técnico, asseverar:

- a) nas hipóteses onde a lei permitir, que seja realizado o processo formal de dispensa e inexigibilidade de licitação de acordo com o disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993;
- b) os serviços de publicação em jornais de grande circulação e serviços de telecomunicação não estão abrangidos nas regras de dispensa e inexigibilidade, devendo ser contratados por meio de licitação;

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior, que ao acolher o mesmo entendimento, assim votou:

Convém consignar, de início, que a questão tratada aqui está

totalmente disciplinada na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), em seus artigos 24, 25 e 26, principalmente.

A regra geral que disciplina as contratações públicas tem como princípio geral a obrigatoriedade da realização de licitação para aquisição de bens e a execução de serviços. Entretanto, há exceções dispondo de hipóteses nas quais a obrigatoriedade de realizar licitação estará afastada.

Doutrinariamente, essas hipóteses são classificadas em três figuras: a licitação dispensada, a licitação dispensável e a inexigibilidade de licitação.

Na licitação dispensável, o administrador tem a faculdade e não a obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório, cabendo a ele analisar o caso concreto, inclusive com relação ao custo-benefício desse procedimento e a bem do interesse público, levando-se em conta o princípio da eficiência, pois, em certas hipóteses, licitar pode não representar a melhor alternativa. No caso da licitação dispensada o administrador não pode licitar, visto que já se tem a definição da pessoa com quem se firmará o contrato.

Já a inexigibilidade de licitação se refere aos casos em que o administrador não tem a faculdade para licitar, em virtude de não haver competição pelo objeto a ser contratado, condição imprescindível para um procedimento licitatório.

No que diz respeito ao fornecimento de energia elétrica, água, e publicações na imprensa Oficial do Estado do Amazonas e da União, deve-se levar em consideração que a Administração Pública, assim como os usuários em geral, não pode prescindir dos serviços públicos essenciais, entendidos como aqueles indispensáveis à vida e à convivência dos administrados em sociedade, prestados por empresas em regime de monopólio. Caso não fosse possível a Administração Pública contratar, tais serviços restariam paralisados ou, no mínimo, prejudicados os que ela presta à sociedade.

Evidente que na hipótese da contratação direta de um serviço essencial, como a publicação de atos através do Diário Oficial da União e do Estado, bem como o fornecimento de água e

energia elétrica, oferecidos em forma de monopólio, efetuada por um órgão da Administração, os fins legais acima descritos não serão alcançados.

Assim, sendo inviável a competição, e sendo os serviços que se deseja contratar essenciais ao normal funcionamento da Administração Pública, pouco importa se o são de empresas estatais ou privadas concessionárias de serviços públicos, a questão é de inexigibilidade de licitação, devendo o ordenador de despesas observar as regras da Lei 8.666/1993, com parâmetros estabelecidos em seu art. 26.

Quanto aos serviços de telecomunicações, ressalto que é de conhecimento geral que a área regulada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) movimenta todos as esferas do poder público para a realização de licitações, que passaram a ser exigidas após o fim do monopólio, em 1998. Assim, não existindo mais um fornecedor único, a licitação passou a ser obrigatória.

Da mesma forma quanto à publicação em jornal de grande circulação. Há vários fornecedores no Estado, portanto concorrência e conseqüentemente a necessidade e obrigatoriedade de licitar, assegurando igualdade de condições aos fornecedores que tenham interesse em concorrer.

Assim, certo é que à medida em que for legalmente permitido a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, devem ser adotados os procedimentos formais dispostos no art. 26, da Lei nº 8.666/96. Nos demais casos, a mesma lei estabelece os procedimentos para a concurso.

Com esses fundamentos e em **harmonia com os Órgãos Técnico e Ministerial, voto pelo conhecimento da consulta**, nos termos do artigo 1º, XXIII, da Lei Estadual nº 2.423/1996, esclarecendo que a contratação de serviços de publicação no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado, bem como de serviços de água e energia, caracterizam situações de inexigibilidade de licitação, enquanto os serviços de publicação em jornal de grande circulação e telecomunicações imprescindem da licitação, ambas as situações tratadas na Lei 8.666/1993.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultente, em Sessão Ordinária de 08 de março de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Desterro; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Ari Moutinho da Costa Júnior (Relator) o Auditor Mário José de Moraes Costa Filho (convocado) e o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto de Almeida.

Contratação de serviços artísticos pela Administração Pública.

Consulta autuada sob Processo n. 4000/2011

Relator: Conselheiro Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior.

Consulente:

Possibilidade de contratação, na forma do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/9, tanto de artistas de notória consagração quanto para os sem notoriedade.

Tribunal Pleno:

Na hipótese de a contratação ser a prevista no inc. III, do art. 25 (inexigibilidade), deverão ser observados os requisitos legais recomendados como antes delineados e, no caso de contratação direta sob a égide da faculdade da dispensa, como previsto no inc. II, ao art. 24, da referida Lei nº 8666/93, sejam obedecidos os limites estabelecidos para dispensa com proibição do fracionamento de despesas, no objetivo de afastar a necessidade do procedimento licitatório.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pela Sra. Lívia Regina Mendes, Diretora-Presidente da Fundação Municipal de Cultura e Artes - MANAUSCULT, acerca da possibilidade de contratação pela Administração Pública, de artistas de notória consagração, nos termos do art. 25, III, da Lei de Licitações e também nas contratações de artistas não consagrados pela crítica especializada e que não possuam notoriedade.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Constituição Federal, na lei de licitações, na doutrina e em julgado do Tribunal de Contas da União, posiciona-se no seguinte sentido:

Lei 8.666/93 em seu artigo 24, II, estabelece que nos serviços e compras naquele valor deverão ser observadas as suas fruições a fim de que se evite o fracionamento. Portanto, deve haver um planejamento para a realização das compras, além disso, este planejamento deve observar o princípio da anualidade do orçamento. “Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida pelo total da despesa no ano, quando isto for decorrente da falta de planejamento.” (Manual TCU)

Se a contratação do artista se der para uma única apresentação no exercício, nos parece amparado pela estrita legalidade. Contudo, se o artista sem renome for contratado diretamente, sem qualquer modalidade de Licitação, e em diversos eventos, inegavelmente, teremos fracionamento licitatório, vedado pelo Estatuto das Licitações. Portanto:

1. Exclusivamente no que se refere à hipótese prevista no art. 25, inciso III da Lei nº 8.666/93, poderá ser contratado artista de renome, observados os requisitos legais.

2. São excepcionais as contratações diretas, por dispensa de licitação, realizadas nos termos dos art. 24, II, da Lei nº 8.666/93, devendo tal contratação não ocasionar fragmentação do procedimento licitatório.

Ato contínuo, o Ministério Público Especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

O Procurador, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, e fundamentando seu parecer na Lei de Licitações e em julgado do TCU, assim se manifestou:

O Tribunal de Contas da União, no julgamento do Processo n. TC-003.233/2007-3, Acórdão 96/2008 – Plenário, traçou algumas di-

retrizes para a contratação há hipótese do inc. III do art. 25 da Lei n. 8.666/93, verbis:

“(...) 9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inc. III do art. 25 da Lei n. 8.666/93, por meio de intermediário ou representante:

9.5.1.1 deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;

9.5.1.2 o contrato deve ser publicado no Diário Oficial de União, no prazo de 5 (cinco) dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos.

Nesse contexto, a contratação, no caso do dispositivo legal em comento, deve observar os requisitos e diretrizes indicados sob pena de se desvirtuar o instituto da inexigibilidade, burlando-se, com efeito, os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade (CRFB, art. 37).

Noutro giro, nos caso em que os artistas não gozam de reconhecimento pela crítica especializada ou da opinião pública, em tese seria possível a contratação direta por dispensa de licitação prevista no inc. II do art. 24 da Lei n. 8.666/93, obedecido, é claro, o percentual de 10% do limite estabelecido na alínea a do inc. II do art. 23, bem como a proibição de fragmentação da despesa sob pena de violação a regra geral das licitações públicas e dos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal..

*Isso posto, **opino**, em consonância com a Consultoria Técnica, para, respondendo à consulta, asseverar que, em sendo a hipótese de contratação a prevista no inc. III do art. 25 da Lei de Licitações e Contratos, dever-se-á observar os requisitos legais previstos na espécie, os quais foram delineados na fundamentação. E, na hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, na linha do inc. II do art. 24 da Lei n. 8.666/93, impõe-se o respeito aos limites estabelecidos para dispensa e à proibição de fracionamento da despesa com o intuito de afastar a necessidade de processo licitatório.*

Desse modo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Re-

latoria do Excelentíssimo Conselheiro Ari Jorge Moutinho Júnior, que ao acolher o entendimento do órgão técnico e do Ministério Público assim votou:

Quanto ao objetivo da consulta, essa diz respeito à contratação de artistas consagrados para atender a eventos culturais patrocinados pela Administração Municipal, através do Órgão Consultor.

*A Lei disciplinadora da matéria que é o Estatuto das Licitações aborda a **inexigibilidade do procedimento licitatório**, direcionando para o seu deferimento, no caso em foco, **se deva ter como pressuposto** a inviabilidade de competição, como bem definido pelo art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, exigindo, por conseguinte e mais ainda, que a contratação seja realizada de forma direta, por meio de **empresário exclusivo** e que o **artista contratado seja consagrado** pela crítica ou pela opinião pública, não se confundindo essa prerrogativa legal (da Inexigibilidade) com àquela também prevista no inc. II, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, que diz respeito à **dispensa de licitação**, que também estabelece parâmetro para sua aplicabilidade conforme preceitua a alínea "a" do inc. II do citado artigo 23.*

Como decorrência do exposto em harmonia com o pensar da Consultoria Técnica e do Ministério Público, após bem analisar o conteúdo da Consulta formulada e trazida à apreciação desta Corte de Contas, emito VOTO reconhecendo a Legitimidade da consulente, ao mesmo tempo em que, como resposta, asseverar que, na hipótese de a contratação ser a prevista no inc. III, do art. 25 (inexigibilidade), deverão ser observados os requisitos legais recomendados como antes delineados e, no caso de contratação direta sob a égide da faculdade da dispensa, como previsto no inc. II, ao art. 24, da referida Lei nº 8666/93, seja obedecido os limites estabelecidos para dispensa, com proibição do fracionamento de despesas, no objetivo de afastar a necessidade do procedimento licitatório.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 1 de março de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes os Conselheiros Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior (Relator), Raimundo José Michiles, Josué Cláudio de Souza Filho, os Auditores Convocados Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos e Mário José de Moraes Costa Filho, bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Possibilidade de a Administração celebrar Termo Aditivo de Prazo, com base no art. 57, II da Lei n.º 8666/93, ainda que ultrapassado o limite do valor da modalidade licitatória.

Consulta autuada sob Processo n. 4065/2011

Relator: Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque.

Consulente:

Em se tratando de serviço de natureza contínua, há possibilidade de a Administração realizar Termo Aditivo Contratual de prazo, com base no art. 57, II da Lei n.º 8666/93, ainda que em razão da extensão de sua vigência contratual restar ultrapassado o limite do valor da modalidade licitatória empregada para a realização da contratação?

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente cientificando da impossibilidade de prorrogação de contratos de serviços continuados, na forma do inc. II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, se houver desrespeito à modalidade licitatória e aos limites previstos nos arts. 22, 23 e 41 do referido diploma legal.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Manaus, Sr. Isaac Tayah, acerca da

possibilidade de a Administração realizar Termo Aditivo Contratual de prazo com base no art. 57, II da Lei n.º 8666/93, ainda que em razão da extensão de sua vigência contratual restar ultrapassado o limite do valor da modalidade licitatória empregada para a realização da contratação.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei de licitações, na doutrina e em julgados do Tribunal de Contas da União, posiciona-se no seguinte sentido:

O artigo 54, da Lei 8.666/93, dispõe especificamente sobre os contratos administrativos.

Já o artigo 57, da mesma Lei, trata da duração de referidos contratos, excepcionando aqueles cuja prestação de serviços deve ser executada de forma contínua

Desta feita, verifica-se que os contratos celebrados pela Administração Pública, que tenham como objeto a prestação de serviços que devem ser executados de forma contínua, possuem duração diferenciada das demais, podendo ser estendidos até o limite de 60 (sessenta) meses.

No entanto, o Eg. Tribunal de Contas da União, em julgamento do Processo n. TC-008.067/2001-4, Acórdão n. 416/2002 – 1ª Câmara, 2004, determinou que fosse planejada de forma adequada a contratação de serviços de natureza contínua, observando o que preceitua os artigos 23 e 41 da Lei 8.666/93, de forma a não ultrapassar o valor estipulado em Lei para a modalidade de licitação que deu origem ao contrato, mesmo havendo prorrogação contratual. (Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. Vade Mécum de licitações e contratos, pág. 825)

Assim, de acordo com julgamento do TCU, é possível a Administração Pública prorrogar os contratos de natureza contínua, não obstante, esta deve respeitar os limites previstos nos artigos 23 e 41, da Lei de Licitações, vejamos:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior;(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Portanto, a possibilidade de prorrogação de contrato impõe à Administração a adoção de modalidade de licitação compatível com o valor máximo de todos os períodos admitidos, ainda que a contratação tenha sido por um período menor, obedecendo os limites previstos nos artigos 23 e 57 da Lei 8.666/93.

Dessa forma, esta Consultoria Técnica manifesta-se pelo conhecimento da presente Consulta e entende, no mérito, ante os fundamentos narrados no item II deste Relatório, que não há possibilidade de realização de Termo Aditivo Contratual de Prazo, caso o limite do valor da modalidade licitatória venha a

ser ultrapassado em razão da extensão de sua vigência.

Ato contínuo, o Ministério Público Especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto de Souza Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

O Procurador, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, assim fundamentou seu parecer:

Na questão de fundo, entendo que a prorrogação prevista no inc. II do art. 57 da Lei n. 8.666/93 é norma de exceção e, portanto, deve ser interpretada, segundo a hermenêutica jurídica, de maneira restritiva, não obstante a amplitude de sua expressão literal, já que uma exceção é, por si só, uma restrição que só deve valer para casos excepcionais

Esse é o caso da prestação de serviços continuados, desde que obtido preço e condições mais favoráveis à Administração, o que deve ser devidamente justificado no ato de prorrogação previamente autorizado e formalizado por meio de termo aditivo.

Alem da limitação temporal de 60 (sessenta) meses e da necessidade de expressa previsão editalícia e contratual quanto à possibilidade de prorrogação, compartilho do entendimento de que, mesmo sendo admitida a prorrogação, deve esta observar o valor estipulado para a modalidade de licitação realizada originariamente, a fim de se compatibilizar com a regra geral que estabelece as modalidades e valores para as licitações públicas, cuja previsão encontra-se nos arts. 22 e 23 do referido diploma legal.

Não se desconhece opiniões doutrinárias contrárias, como a de Diógenes Gasparini, para quem a exigência de se observar a modalidade do certame originário não encontra respaldo no inc. II do art. 57 da Lei n. 8.666/93, porém não nos parece ser o melhor entendimento, posto que importaria, a meu sentir, em afronta aos princípios da legalidade, da concorrência e da isonomia.

Isso posto, **opino**, em consonância com a Consultoria Técnica, pela admissão e, no mérito, pela impossibilidade de prorrogação de contratos de serviços continuados na forma do inc.

II do art. 57 da Lei n. 8.666/93 se houver desrespeito à modalidade licitatória e aos limites previstos nos arts. 22, 23 e 41 do referido diploma legal.

Desse modo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Reitoria do Excelentíssimo Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, que ao acolher o entendimento do órgão técnico e do Ministério Público assim votou:

Verifica-se que a consulta formulada pela Câmara Municipal de Manaus - CMM tem como escopo a possibilidade da Administração realizar Termo Aditivo contratual de prazo com base no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

“Art 57...

*II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, **limitada a sessenta meses**; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)” (grifei)*

A consulta foi realizada nos seguintes termos (fl. 2):

“...é possível a Administração realizar Termo Aditivo Contratual de Prazo com base no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, ainda quando em razão da extensão da sua vigência contratual restar ultrapassando o limite do valor da modalidade licitatória empregada para a realização da contratação?”

Sobre a questão indagada, a sua interpretação deve ser feita de maneira restritiva, não obstante a amplitude de sua expressão literal, já que uma exceção é, por si só, uma restrição que só deve valer para casos excepcionais.

Destaco ainda os seguintes entendimentos acerca do assunto:

1. do Prof. Marçal Justen Filho (Lei de Licitações e Contratos, Dialética, 8ª ed., pag. 211):

“Outra questão que desperta dúvida envolve os contratos de duração continuada, que comportam prorrogação. A hipótese se relaciona com o disposto no art. 57, inciso II. Suponha-se previsão de contrato por doze meses, prorrogáveis até sessenta meses. Imagine-se que o valor estimado para doze meses conduz a uma modalidade de licitação, mas a prorrogação produzirá superação do limite previsto para a modalidade.

Em tais situações, parece que a melhor alternativa é adotar a modalidade compatível com o valor correspondente ao prazo total possível de vigência do contrato. Ou seja, adota-se a modalidade adequada ao valor dos sessenta meses. Isso não significa afirmar que o valor do contrato, pactuado por doze meses, deva ser fixado de acordo com o montante dos sessenta meses. São duas questões distintas. **O valor do contrato é aquele correspondente aos doze meses. A modalidade de licitação deriva da possibilidade da prorrogação.**” (grifei)

2. Manual de Licitações e Contratos do TCU, 4ª Edição, 2010:

“Duração dos Contratos...

Prazo de duração ou **prazo de vigência** é o período em que os contratos firmados produzem direitos e obrigações para as partes contratantes.

Vigência é cláusula obrigatória de todo contrato, que só terá validade e eficácia após assinado pelas partes contratantes e publicado o respectivo extrato na imprensa oficial.

Contratos administrativos têm vigência limitada aos respectivos créditos orçamentários, em observância ao princípio da anualidade do orçamento. Sendo assim, os con-

tratos vigoram até 31 de dezembro do exercício financeiro em que foram formalizados, independentemente do início. **Essa é a regra.**

Podem os contratos ultrapassar, em alguns casos, a vigência dos respectivos créditos orçamentários. A lei admite as seguintes **exceções:**

- projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, podem ser prorrogados se houver interesse da Administração e previsão no ato convocatório. Exemplo: construção de hospital de grande porte;
- **serviços a serem executados de forma contínua, podem ter a duração prorrogada por até sessenta meses.** Exemplo: serviços de vigilância, de limpeza e conservação;
- aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática podem ser prorrogados pelo prazo de até quarenta e oito meses. Exemplo: aluguel de computadores e impressoras. **(grifei)**

3. Acórdão TCU:

*Evite prorrogar contratos cujo objeto seja aquisição de bens ou serviços de natureza previsível, observando, assim, rigorosamente ao disposto no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993. **Acórdão 520/2009 Plenário***

*Adote providências para que as prorrogações dos contratos de execução de forma contínua ocorram em estrita submissão ao disposto no art. 57, inciso II, da Lei de Licitações. **Decisão 361/2001 Segunda Câmara***

Assim, diante do exposto e **concordando** com os fundamentos exarados no Relatório Conclusivo da **CONSULTEC** e no Parecer do **Representante Ministerial**, VOTO no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno no uso de suas atribuições previstas no art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96 e art. 5º, XXIII, da Resolução nº 04/2002-TCE:

1 – **tome conhecimento** da presente Consulta Admitida pela Presidência deste Tribunal nos termos do art. 277, da Resolução nº 04/2002-TCE;

2 – **emita Parecer em resposta à presente consulta**, com fulcro no art. 138, IV, “b”, da Resolução nº 04/2002-RI/TCE, cientificando o Consultante da impossibilidade de prorrogação de contratos de serviços continuados na forma do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93 se houver desrespeito à modalidade licitatória e aos limites previstos nos art. 22, 23 e 41 do referido diploma legal;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 12 de janeiro de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes os Conselheiros Lúcio Alerto de Lima Albuquerque (Relator), Raimundo José Michiles, Josué Cláudio de Souza Filho, os Auditores Convocados Yara Amazônia Lins Rodrigues, Mário José de Moraes Costa Filho, Alípio Reis Firmo Filho, bem como o representante ministerial, Procurador-Geral Carlos Alberto Souza de Almeida.

Legalidade da alteração de valor contratual referente à prestação de serviços de publicidade de atos institucionais do Poder Legislativo.

Consulta autuada sob Processo n. 4844/2011

Relatora: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos

Consulente:

Possibilidade de majoração de 65% do contrato n.º 01/2009, cujo objeto é a prestação de serviços de publicidade de atos institucionais da Assembléia Legislativa.

Tribunal Pleno:

Responder ao Consulente que: a) Embora silente a Lei n. 8.666/93 acerca da possibilidade de extrapolação dos limites previstos no § 1º do art. 65, perfilamos do entendimento que na ocorrência de verdadeira e incontestável situação anômala, excepcionalíssima, ou seja, quando dificuldades naturais imprevisíveis se antepõem à realização da obra ou serviço, tal limite poderá ser extrapolado, sendo tais alterações realizadas por acordo mútuo e devem se referir a alterações qualitativas do contrato; b) O tema acerca da presente Consulta admite, em tese, que, em casos extraordinários situações imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e outras) que na alínea “d”, inciso II do art.

65, da Lei n. 8.666/93, bem como os limites previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da referida lei.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Senhor Deputado Ricardo Nicolau, Presidente da Assembléia Legislativa do Amazonas, o qual indaga acerca da possibilidade de majoração de 65% do contrato de nº 01/2009, cujo objeto é a prestação de serviços de publicidade de atos institucionais da Assembléia Legislativa.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se:

Se houve um aumento dos valores empregados na divulgação das mídias, apresentar-se-á o desequilíbrio econômico financeiro ou caso de reajustamento. Didaticamente faremos as referidas distinções.

No que pertine aos autos em análise, o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei de Licitações, que aborda a questão do reequilíbrio, tratando-a como uma das hipóteses de alteração consensual de contratos administrativos, in verbis:

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

(...)

II – por acordo das partes

(...)

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem

fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incauláveis, retardadores ou impeditivos de execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

A doutrina dá tratamento diferenciado aos institutos do reajuste e da recomposição de preços, esta, motivada pela aplicação da teoria da imprevisão. A título de elucidação, vale a transcrição de trechos de alguns renomados doutrinadores.

Lucas Rocha Furtado (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Atlas, SP:2001, p.284) tratando da diferença existente entre os dois institutos, assim nos ensina:

“O reajuste de preços está relacionado a variações de custos de produção que, por serem previsíveis, poderão estar devidamente indicadas no contrato. Normalmente, são utilizados como critérios para promover o reajuste do valor do contrato índices que medem a inflação, como o índice nacional de preços ao consumidor (INPC), índices setoriais ou índices de variação salarial. As cláusulas que prevêm o reajuste de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários etc (...)).

A recomposição de preços, motivada pela aplicação da teoria da imprevisão, ao contrário, está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis que irão afetar o equilíbrio do contrato” (grifei)

Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 8ª. Ed, p.55), por sua vez, discorre:

“Reserva-se a expressão ‘recomposição’ de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada.

Já o ‘reajuste’ de preços é uma solução

desenvolvida a partir da prática contratual pátria (...) trata-se de alteração dos preços para compensar os efeitos das variações inflacionárias”

Busco os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, 15 ed. P. 270) , para indicar os requisitos necessários para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão: (...) que o fato seja: - Imprevisível quanto as sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências; - estranho à vontade das partes; - inevitável; - causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se o fato for previsível e de conseqüências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária”

Vê-se, portanto, que um dos requisitos para a efetivação da alteração do valor contratual é exatamente a ocorrência de fatos IMPREVISÍVEIS ou, ainda que previsíveis QUE ESTES SEJAM DE CONSEQÜÊNCIAS INCALCULÁVEIS, o que não ocorreu no caso em tela.

Do exposto, depreende-se que não obstante a equação econômico- financeira seja considerada elemento essencial do Contrato Administrativo e sua recomposição direito constitucionalmente garantido ao particular contratado, os Tribunais Brasileiros não têm admitido a aplicação da Teoria da Imprevisão para assegurar a recomposição do valor contratado, por se tratar de evento, se não previsível, ao menos de efeitos calculáveis.

Para ilustrar esse raciocínio, colaciono decisão encontrada no Vade-Mecum de Licitações e Contrato de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, acerca do tema sob apreciação:

Dissídio Coletivo – equilíbrio econômico-financeiro – fato previsível

STJ entendeu: “1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de Dissídio Coletivo não é fato imprevisí-

vel capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93.

Fonte: STJ 2ª Turma. Recurso Especial nº 411101/PR. Processo n. 200200147329.DJ 08

Não subsiste dúvida de que o pleito apresentado não configura hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, **senão de reajuste**. Falo isso porque o motivo ensejador do reajuste proposto foi o aumento dos preços apresentados pelos meios de Comunicação, situação esta perfeitamente PREVISÍVEL.

Não podendo estar embasada no art. 65, II, d, da Lei de Licitações, uma vez que a hipótese prevista diz respeito à recomposição de preços baseada na teoria da imprevisão.

A pergunta residual é se os limites estabelecidos no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser observados em eventual reajuste ou revisão do contrato administrativo?

A resposta é não, a norma contida no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 disciplina a alteração do objeto contratado, enquanto o reajuste e a revisão são utilizados com o fim de manter a equação econômico-financeira da contratação, na hipótese de desequilíbrio da relação estabelecida entre os encargos do particular e a remuneração paga pela Administração contratante.

Sobre o assunto, segue entendimento constante do parecer emitido na Consulta nº 761137, da relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, apreciada na Sessão do dia 24/09/2008 (Revista do TCEMG, Edição Especial, A Lei 8.666/93 e o TCEMG, p. 248):

“Aplicabilidade dos limites previstos no art. 65, §1º da Lei 8.666/93 aos Reajustes realizados em contratos administrativos. “(...) é cediço que tal norma [art. 65, §1º] destina-se apenas às hipóteses em que há efetiva alteração do objeto do contrato administrativo. Não se referem os seus limites aos procedimentos de Revisão e de

Reajuste das avenças, nos quais, em verdade, busca-se a manutenção da equação econômico-financeira do contrato, e não a modificação da prestação devida pelo particular contratado”.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida, emitiu seu Parecer nos autos, em fundamentação parcialmente distinta da Consultoria Técnica, sustentando que:

Inicialmente se faz necessário diferenciar recomposição de reajuste. Na verdade, são conceitos distintos e motivo de frequentes confusões interpretativas entre a Administração e todos aqueles que com ela contratam. No entanto, não se pode olvidar a importância prática de se bem apreender os dois institutos.

Marçal Justen Filho distingue a recomposição do reajuste nos seguintes termos, *in verbis*:

A recomposição é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio¹.

Partindo-se da lição do e. Jurista, temos que na recomposição há um elemento fundamental que é a imprevisibilidade do acontecimento, uma alteração extraordinária de preços (caso fortuito, força maior) ou situações previsíveis, mas de consequências incalculáveis (força maior, caso fortuito, fato do príncipe), cuja ocorrência pode alterar substancialmente as condições originariamente ajustadas contratadas, provocando um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, na linha do que preceitua a aliena *d* do inc. II do art. 65, que trata da Alteração dos Contratos Administrativos por acordo entre as partes e a própria Constituição Federal no inc. XXI do art. 37.

1. *In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 10ª edição, 2004, p. 528.

Nesse sentido a jurisprudência tem caminhado, consoante arestos abaixo colacionados:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO DO PRAZO ENTRE A LICITAÇÃO (OUTORGA DE RADIODIFUSÃO) E A CONTRATAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PREVISÃO NO EDITAL. ART. 40 DA LEI N. 8.666/93.

MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É certo que, na oportunidade da celebração do contrato de adesão de permissão até a data da efetiva contratação, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste monetário, conforme autorizado pela legislação pertinente. 2. Está consolidado o posicionamento deste Tribunal no sentido de que a correção monetária não constitui um plus, sendo somente a reposição do valor real da moeda, devendo, portanto, ser aplicada, integralmente, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes. 3. Recurso especial provido. (REsp 1062672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA "D", DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, "d", da Lei n. 8.666/93. Precedentes. 2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg

no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010)

É evidente, portanto, que o reajuste é algo previsível e visa restabelecer a equação econômico-financeira afetada por variações de preços, as quais influenciam o poder de compra da moeda, ou seja, seu poder aquisitivo, cuja periodicidade deve estar prevista na forma do dispõe o inc. III do art. 55 da Lei n. 8.666/93.

Feita a distinção entre os conceitos, em sendo caso de recomposição e, portanto, fundada no reequilíbrio econômico-financeiro autorizado na aliena *d* do inc. II do art. 65 da Lei n. 8.666/93, devem ser obedecidos os limites previstos no parágrafo 1º do art. 65 do mencionado diploma legal, ou se a situação revelar a necessidade de reajuste, este deve está previsto em Edital e no contrato firmado com a Administração.

Isso posto, opino nos seguintes termos:

- a) que não seja conhecida a Consulta formulada, por se tratar de caso concreto, determinando-se, em consequência, seu arquivamento;
- b) se esse não for o entendimento de Vossas Excelências e, considerando, **em tese**, o tema sobre o qual versa a Consulta, tenho que, em casos extraordinários, situações imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e outras), que venham a impactar decididamente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve incidir a regra prevista na aliena *d* do inc. II do art. 65 da Lei n. 8.666/93, assim como os limites previstos no parágrafo 1º do art. 65 da referida lei;
- c) por outra lado, o Administrador estiver diante de situação de reajuste, a solução deverá ser outra, qual seja, a previsão no Instrumento Convocatório e no contrato a ser firmado posteriormente com o fornecedor ou prestador, do índice, da forma e da periodicidade do reajuste.

Assim sendo, com as divergências parciais de tese jurídica en-

tre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, que ao acolher em parte o entendimento da Consultec e do Ministério Público assim votou:

a) Embora silente a Lei n. 8.666/93 acerca da possibilidade de extrapolação dos limites previstos no § 1º do art. 65, perfilamos do entendimento que na ocorrência de verdadeira e indubitosa situação anômala, excepcionalíssima, ou seja, quando dificuldades naturais imprevisíveis se antepõe à realização da obra ou serviço, tal limite poderá ser extrapolado, sendo tais alterações realizadas por acordo mútuo e devem se referir a alterações qualitativas do contrato;

b) O tema acerca da presente Consulta admite, em tese, que, em casos extraordinários situações imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e outras) que na alínea “d”, inciso II do art. 65, da Lei n. 8.666/93, bem como os limites previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da referida lei.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultente, em Sessão Ordinária de 14 de dezembro de 2011, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes os Conselheiros Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, a Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos (Relatora), Julio Cabral, Raimundo José Michilles, Josué Cláudio de Souza Filho, bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Serviço de publicidade institucional de órgão da Administração Pública.

Consulta autuada sob Processo n. 5325/2011.

Relator: Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Consulente:

Que tratamento deve ser dispensado ao contratos de publicidade firmados antes da publicação da Lei 12.232/2010 ?

Realização de novos certames licitatórios ou prorrogação dos contratos vigentes pelo tempo permitido pela Lei nº 8666/93.

Tribunal Pleno:

Comunicar à Sra. Celes Calpúrnia Borges Melo, Secretária Municipal de Comunicação, que a recomendação desta Corte é no sentido de que não haja prorrogação do contrato de publicidade vigente, devendo-se após a expiração do mesmo, providenciar novo certame licitatório, de forma que os serviços de publicidade elencados pela Lei n. 12.232/2010 sejam licitados em separado dos demais serviços, os quais não foram alcançados pela referida lei.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada Sra. Celes Calpúrnia Borges Melo, acerca da aplicação da Lei Federal nº 12.232/2010, que passou a dispor sobre normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda.

Em síntese, as questões postas indagam basicamente sobre que tratamento deveria ser dispensado aos contratos de publicidade firmados antes da publicação da norma federal susomencionada e que continuam em vigor ou foram prorrogados.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Constituição Federal, na legislação pertinente ao caso, na doutrina e em julgados de outros Tribunais de Contas Pátrios e, considerando que o cerne da consulta reside na possibilidade da Administração Pública prorrogar contratos de publicidade, celebrados sob a égide da Lei n. 8.666/93, uma vez que a nova Lei tem aplicabilidade imediata, conforme previsto no seu artigo 20, que dispõe sobre a extensão temporal dos seus efeitos, entende que não restam dúvidas de que os agentes envolvidos nos atuais contratos devam adequá-los às novas regras.

Um outro ponto destacado pela CONSULTEC é o da limitação trazida no art. 2º. da Lei n. 12.232/2010, que estreitou o rol dos serviços de publicidade que podem integrar o mesmo contrato, por meio de um só certame e ainda determinou que serviços como assessoria de imprensa, comunicação, relações públicas e promoção de eventos sejam licitados em apartado.

Ao final, a Consultoria Técnica considerando que toda a publicidade do Município foi reunida em um único contrato, sugere que se realizem novos certames licitatórios, separando-se o conteúdo da nova lei especial de licitação daquilo que for residual, *in verbis*:

1. *Por ter aplicabilidade imediata a partir de 30 de abril de 2010, a Lei n. 12.232 abrange as licitações já abertas, os contratos em fase de execução e os efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação;*
2. *Somente há possibilidade de prorrogar os contratos celebrados sob a égide da Lei n. 8.666/93, em virtude do que determina o art. 20 da Lei n. 12.232/2010, se compatíveis com o novo diploma legal;*
3. *Portanto, se integram o objeto de **um mesmo contrato** tanto os serviços de publicidade **permitidos** quanto aqueles **vedados** pela*

nova Lei, entende-se que o referido contrato é improrrogável por incompatibilidade com a norma em vigor, devendo a Administração Pública, assim que expirar o prazo contratual, promover novos certames licitatórios que se amoldem às novas determinações legais, ou seja, certames específicos para cada espécie de serviço de publicidade.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Souza de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

O Procurador, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, assim fundamentou seu parecer:

Assim sendo, assiste razão à Consultoria Técnica, em apontar a necessidade de realização de novos certames licitatórios, separando-se os serviços que devem seguir o novo rito especial, daqueles que terão aplicação residual, uma vez que toda publicidade do município foi reunida em somente um instrumento, violando a vedação legal.

Não se pode olvidar ainda, que face o acima exposto, o mencionado contrato não pode ser prorrogado, já que não é compatível com o novo regramento legal.

Ante o exposto, opino pelo conhecimento da consulta, para no mérito, em consonância com o parecer do Órgão Técnico, afirmar que, face a incompatibilidade do contrato em questão à nova Lei, o mesmo não pode ser prorrogado, devendo ser realizados novos certames licitatórios de acordo com a Lei 12.232/2010, separando-se em procedimentos específicos para cada tipo de serviço de publicidade.

Desse modo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho que ao acolher o entendimento do órgão técnico e do Ministério Público assim votou:

CONSIDERANDO que a consulente, Sra. Celes Calpurnia Borges Melo, Secretária Municipal de Comunicação, busca **informação acerca do procedimento a ser adotado pela administração municipal no tocante à validade do contrato de serviços de publicidade fir-**

mado sob a égide da Lei n. 8.666/93 frente às alterações contidas na Lei n. 12.232, de 29 de abril de 2010.

À época da celebração do ajuste entre a SEMCOM e a empresa de prestação de serviços de publicidade – no exercício de 2009 – a legislação que dispunha sobre o assunto era tão somente a Lei de Licitações e Contratos (n. 8.666/93).

Em 30 de abril de 2010, o Governo Federal publicou a Lei. 12.232, a qual dispõe sobre a licitação e contratação dos serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda, regulando os contratos administrativos que tenham por objeto atividades complexas, ou seja, aqueles que envolvem serviços diferentes de modo integrado, os quais devem sujeitar-se a um procedimento mais aprofundado de avaliação técnica.

Analisando as determinações deste novo ordenamento, temos a proibição expressa de que os contratos desta natureza tenham como objeto atividades distintas das que foram elencadas no referido texto legal como serviços de publicidade e como atividades complementares aos serviços de publicidade.

No caso do contrato em vigência, há clara afronta aos ditames da Lei n. 12.232/2010, vez que o mencionado ajuste abrange a prestação de serviços de toda a publicidade do Município, inclusive no que se refere à assessoria de imprensa, prestação esta que não está prevista na nova lei.

Considerando tais aspectos, tanto a CONSULTEC como o ilustre Procurador-Geral manifestaram-se pela impossibilidade de prorrogação do ajuste que, no momento, encontra-se vigente, devendo, assim, a Administração Municipal, após a expiração do prazo contratual, providenciar a realização de certame licitatório que esteja em plena consonância com as disposições da Lei n. 12.232/2010.

Tal adequação resume-se a não licitar, conjuntamente, os serviços de publicidade elencados na legislação atual com as atividades vedadas na mesma lei, como por exemplo, a prestação de serviços de assessoria de imprensa, de forma que haja procedimentos específicos para cada tipo de serviço de publicidade.

CONSIDERANDO, por fim, as informações expostas, submeto-lhes o presente Voto sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno que conheça

e responda à consulta formulada pela Sra. Celes Calpúrnia Borges Melo, Secretária Municipal de Comunicação, nos termos propostos pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público Especial.

Ante todo o exposto e concordando com as conclusões da CONSULTEC e do d. Ministério Público Especial, VOTO sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno, dentro da competência prevista no art. 11, IV, "f", da Resolução 04/2002, que:

- 1. Tòme conhecimento da presente Consulta, admitida pela Presidência deste Tribunal, por intermédio do Despacho de fls. 16/17, vez que a mesma preenche os requisitos estabelecidos no art. 1º, inciso XXIII, da Lei n. 2423/1996 e arts. 274, §§1º e 2º e 278, §2º da Resolução 04/02;*
- 2. Comunique a Sra. Celes Calpúrnia Borges Melo, Secretária Municipal de Comunicação, que a recomendação desta Corte é no sentido de que não haja prorrogação do contrato de publicidade vigente, devendo-se, após a expiração do mesmo, providenciar novo certame licitatório, de forma que os serviços de publicidade elencados pela Lei n. 12.232/2010 sejam licitados em separado dos demais serviços, os quais não foram alcançados pela referida lei.*
- 3. Envie a Sra. Celes Calpúrnia Borges Melo os relatórios constantes dos presentes autos com os posicionamentos da CONSULTEC, às fls. 21/32, e do n. Procurador-Geral de Contas, às fls. 35/36.*

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER à Consultante, em Sessão Ordinária de 7 de dezembro de 2011, presidida pelo Conselheiro Júlio Assis Corrêa Pinheiro; presentes os Conselheiros Josué Cláudio de Souza Filho (Relator), Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, Erico Xavier Desterro e Silva, Ari Jorge Moutinho da Costa os Auditores Convocados Alípio Reis Firmo Filho, Mário José de Moraes Costa Filho, bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Retenção de parcelas de convênio quando constatado que o convenente não manteve os recursos em conta específica ou pagou em cheques nominativos:

**Consulta autuada sob Processo n. 855/2011.
Relator: Auditor Mario José de Moraes Costa Filho.**

Consulente:

Qual o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da *possibilidade de retenção de parcelas de um convênio por parte do órgão público, quando o seu respectivo setor de prestação de contas verifica que a entidade convenente não manteve em conta específica os recursos destinados pelo ente público, assim como não efetuou os pagamentos por intermédio de cheques nominativos?*

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente que: é possível e legítima a *suspensão da liberação das parcelas do Convênio quando o Convenente não mantém os recursos em conta bancária específica para o Convênio e/ou quando não efetuar os pagamentos por meio de cheques nominativos, pois tal conduta impossibilita que a fiscalização do Concedente apure com exatidão se está sendo cumprido o plano de trabalho.*

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretá-

rio Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos, Sr. Sildomar Abtibol, acerca do posicionamento do Tribunal de Contas no seguinte caso:

“01 – É possível a retenção de parcelas de convênio pelo órgão público, quando verificado que o convenente não mantém os recursos do convênio em conta específica e não realiza os pagamentos através de cheques nominativos?”

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se:

“O objeto deste feito refere-se à temática dos convênios administrativos.

Como é cediço, tal instituto consubstancia um acordo de vontades de caráter cooperativo, residindo, nesse ponto, o fator que o distingue do contrato. Neste, os interesses se contrapõem; naquele, a atuação das partes visa a um fim comum, para a satisfação de um interesse público.

Mas essa distinção não basta. Há outras características, além da finalidade, que se mostram necessárias à sua compreensão; para tanto, recorre-se à doutrina de Marçal Justen Filho. Vejamos:

Convênio é um acordo de vontades, em que pelo menos um das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas.¹ (grifos nossos)

Tais apontamentos, é oportuno salientar, se verificam, de igual modo, na lição de Jessé Torres Pereira Junior, em sua obra *Co-*

1. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo : Dialética, 2009. p. 908.

mentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Afirma o renomado autor:

*No mais das vezes, **propõe-se no convênio que um ente público repasse recursos financeiros para que outro ente, entidade vinculada ou empresa privada** realize projeto de interesse público de competência comum ou concorrente, **a nenhum deles movendo o fim de lucro**, figura de todo estranha ao convênio.² (grifos nossos)*

Desses conceitos, extrai-se que: 1. o convênio pode ser celebrado, como no contrato, com entidades privadas; 2. apesar de nele não haver intuito lucrativo dos convenientes, podem existir repasse de recursos públicos e, por decorrência lógica, retenção dos mesmos pela parte repassadora.

A razão de trazer à baila esses elementos informadores dos convênios administrativos decorre exatamente da indagação que se apresentou. Eis a questão, nas exatas palavras do consulente:

Trata-se de consulta a um direito em tese, qual seja a possibilidade de retenção de parcelas de um convênio por parte do órgão público, quando o setor de prestação de contas deste verifica que a entidade conveniente não manteve em conta específica os recursos destinados pelo ente público, assim como não efetuou os pagamentos através de cheques nominativos, em desrespeito ao art. 11, parágrafo único da Resolução n.º 03/98 – TCE.

O Secretário da SEMASDH, ao perguntar se é possível a “retenção de parcelas de um convênio por parte do órgão público, quando o setor de prestação de contas deste verifica que a entidade conveniente não manteve em conta específica os recursos destinados pelo ente público”, trouxe, inequivocamente, uma situação, em abstrato, de instrumento convencional firmado entre ente público e ente privado, em que se vislumbra o repasse de recursos financeiros daquele para este.

Pois bem.

Em que pese a dogmática jurídica colacionada, não se pode perder de vista o papel fundamental que, na atividade administra-

2. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 5. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2002. p. 928.

tiva, exercem os princípios expressamente insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Atente-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...):

A par disso, a resposta para o questionamento passará necessariamente por essa principiologia do direito administrativo; mais especificamente, pelo norte da legalidade.

É que a administração pública, em todas as esferas e níveis de governo, está adstrita à lei. Muito embora possa a norma se revelar desarrazoada, ou mesmo desproporcional, é vedado inovar o ordenamento jurídico por meio de manifestações autônomas, carentes de arrimo legal objetivo; noutros termos, inexistindo previsão expressa em lei formal, não poderá o administrador contra ela insurgir-se, sob pena de vulneração ao princípio da legalidade.

A respeito, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí a atividade de todos os agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar 'contra legem' ou 'praeter legem', a Administração só pode agir 'secundum legem'. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas

também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "é a longa manus do legislador" e que "a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais".

...

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo as suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.³

Posta assim a questão, é de se dizer que, no âmbito do Município de Manaus, o Prefeito está devidamente autorizado a celebrar convênios tanto com entidades públicas quanto com privadas, desde que com vistas à realização de objetivos de interesse municipal. É o que estabelece o art. 80, inc. XIII, da Lei Orgânica Manauense, que assim se traz:

Art. 80. É da competência do Prefeito:

...

XIII - celebrar convênios com entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse do Município;

A lei orgânica, de acordo com o art. 29⁴, *caput*, da CF/88, se presta a reger os Municípios, e o seu conteúdo é simplesmente a concretização da autonomia que nosso sistema constitucional

3. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo : Malheiros. 2009. p. 101.

4. Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

...

garante a essas pessoas políticas, com as capacidades de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, dotando-as, assim, de organização e governo próprios, de competências exclusivas e, em última análise, do poder de gerir os próprios negócios.

Esse é um ponto que merecia ser posto, e não se discute aqui a autonomia municipal para firmar convênios com entidades privadas.

O que se deve ter em atenção, porém, é que, assim como o princípio da legalidade obvia a competência municipal para firmar acordo de cooperação – cooperativo no que tange o seu viés finalístico – com ente não público, esse mesmo princípio guia para a resposta à consulta em questão, atinente à possibilidade de retenção de parcelas de um convênio firmado pela administração pública.

No caso hipotético, o Secretário Municipal elencou como causas para a retenção das parcelas os seguintes motivos: 1. a não-manutenção, em conta específica, dos recursos destinados pelo ente público; 2. a efetivação de pagamentos por meio de cheques não nominativos.

Nesse passo, importante se faz destacar que essas duas circunstâncias decorrem do que dispõe a Resolução TC n.º 03/1998, em seus arts. 5.º, inc. VII, e 11, inc. III:

Art. 5.º Constituem cláusulas essenciais ou necessárias em todo convênio e outros instrumentos congêneres as que estabeleçam:

...

VII - a obrigatoriedade de manutenção dos recursos em conta específica, em estabelecimento bancário oficial;

...

Art. 11. A prestação de contas a que se refere o art. 9.º, será remetida ao Tribunal de Contas, nos prazos ali previstos, composta com os seguintes documentos:

...

III - relação dos pagamentos efetuados, mencionando-se o beneficiário, número do cheque e valor;

Tal ato normativo estabelece regras sobre a formalização e o encaminhamento, para esta Corte de Contas, de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por entidades da administração pública estadual e municipal. E o faz em função de ser competência deste Tribunal o controle de legalidade sobre essas espécies de atos, de modo que sua edição nada mais é que a regulamentação reclamada pelo art. 32, inc. IV, da Lei Estadual n.º 2.423/1996; senão vejamos:

Art. 32. Para assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas, o Tribunal de Contas efetuará a fiscalização dos atos e contratos de que resultem receita ou despesa praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

...

*IV - fiscalizar, **na forma de Resolução**, a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado e Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; (grifo nosso)*

Ocorre que a competência para instituir normas gerais sobre licitação e contratação é da União, competência essa que é privativa, nos termos do inc. XXVII do art. 22 da Carta Magna. Destaque-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

O diploma legal editado com espeque no comando constitucional susomencionado é a Lei Federal n.º 8.666/1993, a Lei

Geral de Licitações e Contratos Administrativos; nela, pois, em obediência ao princípio da legalidade, é que se vai buscar, de início, a resolução para a indagação trazida para apreciação.

É bem verdade que dita lei, em quase toda a sua extensão, se reporta direta e exclusivamente aos contratos administrativos; mas, na sua parte final, em especial, no seu art. 116, trata de abarcar os convênios; fixa-lhes algumas regras detalhadamente; e, ainda, lhes estende, em aberto, e com a expressão “*no que couber*”, todas as suas demais disposições. A redação do preceptivo não deixa dúvidas:

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

Com efeito, a resposta reside mesmo nas nuances que disciplinam a temática; melhor, no regramento do instituto. Se, nos incisos IV e V do § 1.º do referido artigo, o legislador exigiu a previsão de um plano de aplicação dos recursos financeiros e de cronograma de desembolso, no 3.º resolveu fincar as hipóteses em que o repasse das parcelas do convênio seria suspenso. Observe-se:

Art. 116. ...

§ 1.º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

...

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

...

*§ 3.º **As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das improprie-***

dades ocorrentes: (g.n.)

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas convencionais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

A princípio, uma interpretação literal, centrada sobretudo na expressão “*exceto nos casos a seguir*”, indica que o § 3º do art. 116 da Lei Federal n.º 8.666/93 encerra um rol exaustivo de hipóteses que autorizam o não-cumprimento do plano de aplicação dos recursos financeiros e do cronograma de desembolso, isto é, que permitem a retenção dos valores conveniados. Logo, não se tendo nenhuma das situações descritas na norma federal, obstada ficaria a suspensão do repasse.

Entretanto, ainda que se confirmasse a taxatividade do elenco, inexistiria um entrave a responder positivamente à questão formulada. Quer dizer: o descumprimento dos arts. 5.º, inc. VII, e 11, inc. III, da Resolução TC n.º 03/1998 daria ensejo, sim, à retenção das parcelas de um convênio administrativo, sem que, com isso, houvesse qualquer vulneração à restrição contida no § 3.º do art. 116 da lei de regência.

Como se pode notar, ao se analisar com acuidade as hipóteses que o comando legal traz, vê-se, de pronto, quão abrangentes elas são, o quanto permitem que um sem-número de situações do mundo fático possa se subsumir ao seu conteúdo normativo. Despiciendo, enfim, averiguar-se a natureza do rol, se *numerus clausus* ou não.

Ademais, e corroborando essa visão, cabe ressaltar que se concedeu ao conveniente repassador campo flexível para decidir, tendo ele, por exemplo, liberdade para *valorar* o que seja *boa e regular aplicação* de parcela anteriormente recebida, e, ainda, *verificar*: a ocorrência de *desvio de finalidade* na aplicação dos recursos, *atrasos não justificados* no cumprimento de etapas, além de *práticas atentatórias* aos princípios fundamentais de administração pública nas contratações.

E o mais importante: a Lei Geral de Licitações e Contratos erigiu, como uma das justificativas para a retenção de parcelas, o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas, sendo que, de acordo com a Resolução TC n.º 03/1998, a obrigatoriedade de manutenção dos recursos em conta específica constitui cláusula essencial e necessária em todo convênio.

Não se pode olvidar que as resoluções deste Tribunal são atos normativos regulamentadores e que obrigam o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade, nos precisos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Lei Orgânica do Tribunal:

Art. 1.º ...

...

Parágrafo único. Ao Tribunal de Contas do Estado, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Nesse sentido, convém assinalar que, se, na situação hipotética trazida, a administração seguiu a determinação contida no art. 5.º, inc. VII, da Resolução TC n.º 03/1998, então, certamente, amparada pelo que prescreve o art. 116, § 3.º, inc. II, *in fine*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, poderá ela reter os recursos financeiros caso a outra parte não tenha criado conta específica para os mesmos, uma vez que esta estará violando, com isso, cláusula convenial básica.

De outra banda, registre-se que, pelas mesmas razões, ao ente

público será permitido o não-repasse, ainda que não tenha observado os mandamentos da Resolução deste Tribunal, isto é, ainda que não tenha estabelecido como cláusula convenial a obrigação de manutenção de conta corrente específica; aqui, contudo, a fundamentação será aquela que cuida da hipótese em que o conveniente não comprova a boa e regular aplicação dos recursos recebidos (o inciso I do § 3.º do art. 116).

Em realidade, por que se requer a manutenção das parcelas repassadas em conta específica, em estabelecimento bancário oficial, bem como a efetivação dos pagamentos por intermédio de cheques nominativos?

Ora, para que se possa comprovar que *aqueles recursos públicos repassados* estão sendo, de fato, aplicados de acordo com o plano de trabalho e para os fins traçados no instrumento convenial. Se não se tomassem essas medidas básicas, não haveria como se comprovar a boa e regular aplicação *daqueles valores transferidos*, e, por conseguinte, a fiscalização, fosse pelo ente ou órgão da administração, fosse por este Tribunal, restaria prejudicada.

Além do mais, não basta unicamente a consecução do fim pretendido. É imperioso que se firme um nexo entre a aplicação das verbas e a realização do objeto acordado, conforme entendeu o Tribunal de Contas da União (TCU):

“Não basta a existência do objeto pretendido pelo convênio para demonstrar a regular aplicação dos recursos federais transferidos, uma vez que, utilizando-se de outras fontes de financiamento, o mesmo fim poderia ser atingido, restando desconhecida a verdadeira destinação da verba conveniada, deve-se comprovar que os valores foram de fato empregados no objeto combinado.” (Processo n.º TC-008.821/1997-6. Acórdão n.º 2.622/2004 – 1.ª Câmara.)

Nessa esteira, decidiu aquela Corte de Contas:

“...9.2. determinar ao Estado da Bahia, na pessoa do seu Governador, que na gestão de recursos públicos federais provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, diretamente ou por seus órgãos: ...

9.2.2. abstenha-se de gerir recursos públicos federais oriundos de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres em contas correntes não específicas, utilizando-os em estrita conformidade com o plano de trabalho pactuado, nos termos do art. 20, caput, da referida norma, dada a possibilidade de vir a ter rejeitada a execução de convênios, com a impugnação das despesas realizadas à conta dos referidos recursos, em face da centralização dessas verbas em conta única; ...” (Processo n.º TC-008.539/1999-0. Acórdão 438/2005 – Plenário.)

Obviamente, assim julgou o TCU porque são os extratos de conta bancária específica e a utilização de cheques nominais, entre outros fatores, que se mostram aptos a comprovar que os valores repassados estão sendo realmente empregados no objeto combinado.

Evidente que, no caso em tela, qual seja, o do inciso I do § 3º do art. 116, a não-manutenção de conta específica e o uso de cheques não nominativos constituirão causas indiretas da retenção das parcelas do convênio: primeiramente, serão o motivo para a não-comprovação da boa e regular aplicação dos recursos conveniados; esta, a não-comprovação, é que então dará azo ao não-repasse.

De outra parte, inadequado seria esquecer, ainda, que se poderá ter o mesmo fenômeno no caso do inciso III daquele mandamento, o qual possibilita a retenção das parcelas quando a parte recebedora deixa de executar as correções apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

A nosso ver, inevitável seria cravar que, vindo a adotar as prescrições da Resolução TC n.º 03/1998 somente após a celebração do convênio, por meio de aditivos, estará a administração pública autorizada a suspender a execução do plano de aplicação dos recursos financeiros caso o outro conveniente não se prontifique a adotar as medidas saneadoras demandadas.

Em arremate, registre-se que a suspensão da transferência dos recursos do convênio é medida de exceção, com verdadeiro caráter de sanção. Por conta disso, indubitável afirmar que, antes de ser levada a efeito, deverá ser concedido à conveniente recebedora, em regular processo administrativo, o direito ao

contraditório e à ampla defesa, em obediência ao art. 5.^o, inc. LV, da CF/88.

III – Da conclusão.

Por tudo isso posto, esta Consultoria Técnica se manifesta pelo conhecimento da presente consulta e, ante os fundamentos narrados no item II deste Relatório, entende, no mérito, que entidade ou órgão da administração pública:

- poderá reter parcelas de um convênio quando o seu setor de prestação de contas verificar que a outra parte não manteve em conta específica os recursos repassados, assim como não efetuou os pagamentos através de cheques nominativos;
- deverá fundamentar tal medida em um dos incisos do § 3º do art. 116 da Lei Federal n.º 8.666/1993; e,
- por fim, terá de garantir, antes, os meios necessários para o contraditório e a ampla defesa, em regular processo administrativo, em respeito ao art. 5.^o, inc. LV, da Constituição Federal de 1988. “

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

“O tema tratado pode ser resolvido facilmente quando levado em consideração a natureza dos recursos envolvidos entre as entidades/órgãos participantes do convênio, a qual, segundo Alexandrino e Paulo:

[...] os recursos recebidos, entretanto, são e permanecem vinculados à utilização prevista no convênio; **se na origem são recursos públicos, não perdem essa natureza depois de repassados, permanecendo, por isso, sujeitos a todos os controles de direito público inci-**

5. Art. 5.^o ...

...

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

dentes sobre a gestão e a aplicação de recursos públicos; (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, Direito Administrativo Des., 19ª Ed. Pág 551, Método, 2011).

Logo, é evidente que os recursos repassados pelo Poder Público ao convenente, não deixam de ser recursos públicos estando plenamente sujeitos aos controles interno e externo, recursos estes, que inclusive, deverão ser incluídos na prestação de contas do órgão que efetuou o seu repasse.

A Lei 8.666/93 abordou, mesmo que de forma sucinta, as regras gerais aplicáveis aos convênios em seu art. 116, sendo que o §3º do mesmo artigo, elenca situações que possibilitam ao Poder Público efetuar a retenção das parcelas do convênio:

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

Constata-se ainda, que a Resolução nº 03/1998 deste Tribunal de Contas regula a matéria aqui tratada, em seus arts. 5º e 11, acerca da obrigatoriedade de manutenção dos recursos repassados em conta específica, em estabelecimento bancário oficial,

bem como a necessidade de identificação dos beneficiários dos pagamentos efetuados.

Assim, resta claro que o Poder Público tem o dever de fiscalizar as entidades que recebem seus repasses por meio de convênios, tendo a obrigação de efetuar a retenção dos repasses de verbas, quando constatado qualquer irregularidade que dificultará/impossibilitará a prestação de contas quanto à utilização dos recursos públicos.”

Arguiu o Procurador-Geral, **em fundamentação consonante à Consultoria Técnica**, sustentando que:

opino pelo conhecimento da consulta, para no mérito, em consonância com o parecer do Órgão Técnico, afirmar que é um dever do órgão ou entidade pública, reter o repasse das parcelas de convênio, quando verificar a existência de qualquer irregularidade que venha a prejudicar ou impossibilitar a verificação da regular aplicação dos recursos repassados, sendo tal procedimento uma legítima manifestação do exercício do controle interno.

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Auditor Mário José de Moraes Costa Filho, que ao acolher o entendimento do Ministério Público assim votou:

Diante dos fatos trazidos pela Consultoria Técnica e pelo douto Ministério Público Especial, penso que a presente Consulta deve ser conhecida e que o interessado deve ser respondido na forma como segue.

A Resolução 04/2002-TCE/AM (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e do Ministério Público junto ao TCE-AM), em seu art. 274 e segs. ao tratar da Consulta, dispõe da seguinte forma:

Art. 274. O Tribunal Pleno decidirá sobre consultas, quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

V – os Secretários de Estado e os **Secretários Municipais** ou autoridades de nível hierárquico equivalente; (*grifos nossos*)

Como se pode constatar o Sr. Sildomar Abtibol possui legitimidade para formular a presente Consulta. Analisando o Ofício nº. 420-GS/SEMASDH também se verifica que a matéria está inserida na competência desta Corte de Contas.

Ultrapassada à análise da preliminar de admissibilidade, passo à analisar o mérito.

Primeiramente, é importante definir Convênio. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “*Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público*”⁶.

Deve-se ressaltar que o convênio se distingue do contrato administrativo. No contrato administrativo os interesses dos contratantes são divergentes, enquanto que a característica do convênio é a reunião de esforços para alcançar um objetivo perseguido tanto pelo conveniente quanto pelo concedente. Ao tratar de tal divergência José dos Santos Carvalho Filho assim afirma:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a **cooperação**, e não o lucro procurado por celebrar contratos. De fato, num contrato de obra, o interesse da Administração é a realização da obra, e o do particular, o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se compõem, mas se adicionam.”⁷

6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª Ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187.

7. CARVALHO FILHO. Op. cit. p. 188.

No Convênio, o convenente apresenta o Plano de Trabalho, no qual especifica as metas a serem cumpridas e o cronograma para alcançar os objetivos. Os recursos repassados por meio de convênio devem ser aplicados em conformidade com o plano de trabalho.

A fiscalização da verba repassada ao convenente visa não só constatar se os valores foram gastos conforme os princípios do Direito Administrativo, mas também se foram empregados no objetivo proposto no plano de trabalho.

Se a Administração Pública, por exemplo, através de sua Secretaria de Assistência Social firma convênio com uma entidade com o objetivo de apoiar a prestação de serviços de assistência social, tal secretaria tem o dever de acompanhar o desenvolvimento das atividades da convenente para acompanhar se a aplicação dos recursos está conforme o plano de trabalho apresentado.

Para tal fiscalização é preciso ter certeza de que os valores foram efetivamente empregados de acordo com o estabelecido no plano de trabalho. A fim de ser possível a constatação quanto a exata aplicação do dinheiro público é exigida a abertura de conta bancária específica para sua movimentação, bem como o pagamento aos prestadores de serviços e bens ao convenente através de cheque nominativo.

A conta específica para movimentação dos recursos repassados por meio do convênio é fundamental na demonstração do nexo de causalidade, ou seja, que o dinheiro público está sendo aplicado no objeto e de acordo com o plano de trabalho.

Em âmbito da Administração Pública Federal e do Estado do Amazonas existem atos que regulamentam os Convênios, nos quais consta a exigência de conta bancária específica, bem como pagamento por meio de cheques nominativos, conforme abaixo transcrito:

INSTRUÇÃO NORMATIVA STN Nº 1, DE 15 DE JANEIRO DE 1997 DA SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL

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

(...)

XIX - o compromisso do conveniente de movimentar os recursos em conta bancária específica, quando não integrante da conta única do Governo Federal;

Art. 20. Os recursos serão mantidos em **conta bancária específica** somente permitidos saques para pagamento de despesas constantes do Programa de Trabalho ou para aplicação no mercado financeiro, nas hipóteses previstas em lei ou nesta Instrução Normativa, **devendo sua movimentação realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo**, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, em que fiquem identificados sua destinação e, no caso de pagamento, o credor. (IN STN nº1/2004)

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 008, DE 17 DE SETEMBRO DE 2004 DA SECRETARIA CONTROLE INTERNO, ÉTICA E TRANSPARÊNCIA DO ESTADO DO AMAZONAS

Art. 19 - Os recursos serão mantidos em **conta bancária específica**, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho, mediante **cheque nominativo** ao credor ou ordem bancária, ou para aplicação no mercado financeiro. (*Grifos nossos*)

Contudo, especificamente, no âmbito da Administração Pública Municipal de Manaus, não há uma norma regulamentadora sobre o assunto.

O Tribunal de Contas do Amazonas, constatando a necessidade de estabelecer normas para exercer sua competência na fiscalização dos Convênios editou a Resolução nº. 03/1998, que ao tratar do assunto assim determina:

RESOLUÇÃO TCE/AM Nº 03/1998

Art. 5º - Constituem cláusulas essenciais ou necessárias em todo convênio e outros instrumentos congêneres as que estabeleçam:

VII) a obrigatoriedade de manutenção dos recursos em conta específica, em estabelecimento bancário oficial;

Deve-se ressaltar, ainda, a legitimidade do Concedente quanto à fiscalização e controle da execução do plano de trabalho que fundamentou o Convênio e a consequente suspensão do repasse dos recursos no caso de ser constatado o descumprimento do plano de trabalho. As normas acima citadas também tratam deste assunto como é possível verificar nos dispositivos que ora transcrevo:

INSTRUÇÃO NORMATIVA STN Nº 1, DE 15 DE JANEIRO DE 1997 DA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL

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

V - a prerrogativa da União, exercida pelo órgão ou entidade responsável pelo programa, de conservar a autoridade normativa e exercer controle e fiscalização sobre a execução, bem como de assumir ou transferir a responsabilidade pelo mesmo, no caso de paralisação ou de fato relevante que venha a ocorrer, de modo a evitar a descontinuidade do serviço;

Art. 21. A transferência de recursos financeiros destinados ao cumprimento do objeto do convênio obedecerá ao Plano de Trabalho previamente aprovado, tendo por base o cronograma de desembolso, cuja elaboração terá como parâmetro para a definição das parcelas o detalhamento da execução física do objeto e a programação financeira do Governo Federal.

§ 4º A liberação das parcelas do convênio será suspensa até a correção das impropriedades ocorridas, nos casos a seguir especificados:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legisla-

ção aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão concedente e/ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 008, DE 17 DE SETEMBRO DE 2004 DA SECRETARIA CONTROLE INTERNO, ÉTICA E TRANSPARÊNCIA DO ESTADO DO AMAZONAS

Art. 7º - O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas que estabeleçam:

V – a prerrogativa do Estado, exercida pelo órgão ou entidade responsável pelo programa, de exercer controle e fiscalização sobre a execução, de modo a evitar a descontinuidade do objeto;

Art. 20 - A transferência de recursos financeiros destinados ao cumprimento do objeto do convênio obedecerá ao Plano de Trabalho previamente aprovado, tendo por base o cronograma de desembolso, cuja elaboração terá como parâmetro para a definição das parcelas o detalhamento da execução física do objeto e a programação financeira do Governo Estadual.

(...)

§2º - Quando a liberação dos recursos ocorrer em parcelas, a liberação destas, a partir da segunda, ficará condicionada à apresentação de prestação de contas da parcela anterior, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes (Art. 116, § 3º, incisos I a III, da Lei nº 8.666/93):

I – quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

RESOLUÇÃO TCE/AM Nº 03/1998

Art. 5º - Constituem cláusulas essenciais ou necessárias em todo convênio e outros instrumentos congêneres as que estabeleçam:

IV) a prerrogativa da Entidade responsável pelo programa e/ou projeto e pelo repasse dos recursos, de conservar a autoridade normativa, e exercer controle e fiscalização sobre a execução local;

Art. 8º - A liberação de recursos deverá obedecer ao cronograma de desembolso, entendido que a mesma só será efetuada após a publicação do instrumento;

§ 1º - Quando o pagamento ocorreu em parcelas, a liberação destas, a partir da segunda, dependerá da apresentação da prestação de contas da parcela anterior, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes (Art. 116, § 3º, incisos I e II da Lei n.º 8.666/93),

I) não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

Importante mencionar que até a lei 8.666/93 (norma geral a ser observada por todos os entes da Administração Pública) prevê a possibilidade de retenção de parcelas do convênio quando o conveniente não comprovar que a aplicação dos recursos repassados está em conformidade com o plano de trabalho.

LEI 8.666/93

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

(...)

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas **ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:**

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. (Grifos nossos)

Certamente não se pode aplicar a regulamentação da Instrução Normativa STN Nº 1, de 15 de janeiro de 1997 da Secretaria do Tesouro Nacional e da **Instrução Normativa Nº 008, de 17 de setembro de 2004 da Secretaria** Controle Interno, Ética e Transparência do Estado do Amazonas de forma direta aos Convênios firmados pela Administração Municipal de Manaus.

Entretanto, é possível verificar que, visando cumprir a Lei 8.666/93, bem como tendo em vista a necessidade de fiscalizar os recursos públicos repassados ao Conveniente, as citadas legislações prevêm a fiscalização pelo Concedente e a possibilidade da suspensão do repasse dos recursos, caso não seja comprovada a aplicação nos estritos termos do plano de trabalho.

Assim, não faz sentido que o Tribunal de Contas do Estado possibilite uma conduta diferente em relação à Administração Pública Municipal, pois as regras acima expostas visam aten-

der os princípios fundamentais da Administração Pública, tais como o da moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput da Constituição Federal).

Para possibilitar a fiscalização pelo Concedente quanto à aplicação dos recursos do Convênio conforme o estipulado no plano de trabalho é imprescindível a manutenção dos valores em conta específica e o pagamento dos fornecedores com cheques nominativos.

O depósito do valor do Convênio em uma conta comum do Conveniente impossibilita saber se aqueles recursos estão sendo empregados no plano de trabalho ou se são outros recursos. Os cheques nominativos são essenciais para determinar que o dinheiro depositado na conta específica está sendo utilizado para pagamento dos fornecedores necessários para atingir o objeto do Convênio firmado.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu por:

“Conhecer esta Consulta, com fulcro no art. 274, da Resolução 04/2002-TCE/AM; e responder ao Secretário Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos, Sr. Sildomar Abtibol, que é possível e legítima a suspensão da liberação das parcelas do Convênio quando o Conveniente não mantém os recursos em conta bancária específica para o Convênio e/ou quando não efetuar os pagamentos por meio de cheques nominativos, pois tal conduta impossibilita que a fiscalização do Concedente apure com exatidão se está sendo cumprido o plano de trabalho.”

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou e conheceu-a, e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 21 de julho de 2011, presidida pelo Conselheiro Julio Assis Corrêa Pinheiro; presentes o Auditor Mário José de Moraes Costa Filho, (Relator) e os Conselheiros Lucio Alberto de Lima Albuquerque, Julio Cabral, Raimundo José Michiles, Érico Xavier Desterro e Silva e a Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues (Convocada) bem como representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Aplicação de entendimento uniformizado pelo próprio órgão ou entidade em que tramita o processo administrativo, sem necessidade de parecer do órgão jurídico estatal:

Consulta autuada sob Processo n. 5662/2010.

Relator: Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque

Consulente:

É possível a aplicação de súmulas, ou outras espécies de orientações administrativas vigentes, pela própria secretaria ou entidade em que o processo administrativo tramita, como substituto de parecer formal do órgão jurídico estatal (Procuradoria Geral ou equivalente)?

Em quais matérias esta aplicação seria possível?

Tribunal Pleno:

Responder ao Consulente que: nos procedimentos administrativos em que a lei determinar a existência obrigatória de parecer como pressuposto para a prática do ato final, o órgão jurídico estatal (para a situação específica aqui tratada a Procuradoria Geral do Município) não poderá se furtar de emitir sua manifestação sob pena de ilegalidade do ato, podendo, quando for o caso, utilizar-se

de instrumento de uniformização de entendimento para casos idênticos.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Sr. João dos Santos Pereira Braga, Procurador Geral do Município de Manaus, acerca da aplicação de súmulas ou outras espécies de orientações administrativas vigentes como substitutos de parecer formal do órgão jurídico competente, em processos administrativos que tramitam em entidades ou secretarias do ente estatal.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo **fundamentado na lei e na doutrina**, posiciona-se:

O consulente indaga da possibilidade de os próprios órgãos da Administração adotarem, em processos que neles tramitam, súmulas ou orientações administrativas que unificam e uniformizam entendimentos, em substituição ao parecer formal do órgão jurídico estatal.

A fim de exemplificação, traz-se a lume a Lei municipal n.º 1.015/2006, arts. 5.º e 3.º, incisos VII e VIII:

Art. 3.º Compete privativamente à Procuradoria Geral do Município, dentre outras atribuições:

[...]

VII – promover o uniforme entendimento das leis aplicáveis à Administração Municipal Direta e Indireta, através de atos normativos, prevenindo e dirimindo conflitos de interpretação entre seus órgãos;

[...]

VIII – fazer respeitar, no âmbito do Poder Executivo Municipal, as decisões judiciais e as disposições legais vigentes;

...

Art. 5.º Os pronunciamentos da Procuradoria Geral do Município, nos processos submetidos a seu exame e parecer, esgotam a apreciação da matéria no âmbito da Administração Municipal Direta e Indireta, deles só podendo discordar o Prefeito, salvo expressa delegação.

§ 1.º As recomendações da Procuradoria Geral do Município terão força vinculante para a Administração Municipal Direta e Indireta e serão de observância obrigatória.

§ 2.º Os pareceres aos quais o Prefeito conferir caráter normativo e as instruções expedidas pela Procuradoria Geral do Município serão publicados no Diário Oficial do Município em forma de provimentos.

§ 3.º É vedada a qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta a emissão de parecer jurídico em processo já examinado pela Procuradoria Geral do Município.

§ 4.º Nenhum órgão ou autoridade da Administração Direta ou Indireta poderá atuar ou decidir em divergência com os provimentos, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente.

Infere-se desses comandos que os pareceres da Procuradoria Geral do Município de Manaus poderão ser dotados de normatividade, desde que assim queira a autoridade competente, a que vai prolatar o ato decisório decorrente. E, para os escopos de uniformizar entendimento, dar maior celeridade aos processos administrativos e para conceder mesmo tratamento a casos idênticos, outros mecanismos aí se vislumbram além do parecer normativo.

São os casos das recomendações (5.º, § 1.º) e das instruções (5.º, § 2.º), mas sempre com a atuação da PGM, que, pela lei de regência, detém a competência privativa para dizer do direito nos processos administrativos, não podendo outro órgão lhe fazer às vezes, tampouco dela discordar quando suas manifestações forem vinculantes e de observância obrigatória.

De tudo isso posto, vê-se que a manifestação do órgão jurídico estatal, em determinados casos, obrigatoriamente haverá de estar presente em processos administrativos; e deduz-se, ainda, que tanto a lei que versa sobre o objeto do ato, v.g., a Lei Geral de Licitações e Contratos, quanto a que cuida do órgão consultivo, in casu, a Lei municipal n.º 1.015/2006, poderão estabelecer a obrigatoriedade da emissão de parecer.

Nesses casos de obrigatoriedade, parece-nos, não será “possível a aplicação de súmulas, ou outras espécies de orientações administrativas vigentes, pela própria secretaria ou entidade em que o processo administrativo tramita, como substituto de parecer formal do órgão jurídico estatal.”

III – Da Conclusão.

Dessa forma, esta Consultoria Técnica manifesta-se pelo conhecimento da presente Consulta e entende que, nos processos administrativos em que a lei determinar a existência obrigatória de parecer para a perfeita validade do ato que se vai prolatar, o órgão jurídico estatal não poderá se furtar de emitir sua manifestação, podendo, contudo, em nosso sentir, se valer de instrumentos que uniformizem entendimento, esgotem o estudo sobre determinada matéria ou tenham o fim de dar mesmo tratamento a casos idênticos, como os pareceres normativos.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador-Geral, **em fundamentação consonante à Consultoria Técnica**, sustentando que:

Em caso de determinação legal quanto à obrigatoriedade do parecer, a PGM não poderá deixar de apresentar sua manifestação, podendo utilizar-se de instrumento de uniformização de entendimento para casos idênticos, todavia, com a necessária manifestação em cada processo em que a mesma for obrigatória.

Quanto aos pareceres de apresentação facultativa, não encontro óbice para que sejam aplicados diretamente os entendimentos uniformizados anteriormente, pelo próprio órgão ou entidade onde tramita o processo administrativo.

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, que ao acolher o entendimento da Consultec e do Ministério Público assim votou:

Que nos procedimentos administrativos em que a lei determinar a

existência obrigatória de parecer como pressuposto para a prática do ato final, o órgão jurídico estatal (para a situação específica a Procuradoria Geral do Município) não poderá se furtar de emitir sua manifestação sob pena de ilegalidade do ato, podendo, quando for o caso, utilizar-se de instrumento de uniformização de entendimentos para casos idênticos.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 24 de fevereiro de 2011, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Lúcio Alberto Souza de Almeida (Relator) e o representante ministerial, Procurador Geral Carlos Alberto Souza de Almeida.

Aplicação e interpretação da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº. 8.666/93, em relação à limitação prevista nos parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal:

**Consulta autuada sob Processo n. 6917/2009.
Relator: Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.**

Consulente:

Qual o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da hipótese prevista na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93, quanto à limitação prevista nos parágrafos 1º e 2º, do mesmo artigo? E ainda, tendo em vista a nova concepção adotada para a fundação de uma obra de engenharia, resultante da verificação, no decorrer de sua execução, da necessidade de modificação do tipo de estaca a ser nela utilizada em razão de situação não prevista inicialmente e em relação a qual não se poderia prever desde logo no projeto básico licitado, tendo em vista que só revelada após a descoberta do real perfil geológico-geotécnico, nas sondagens realizadas no decorrer do desenvolvimento do projeto executivo e que ocasiona necessariamente a alteração do valor, esse fato configura a hipótese prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 65, da Lei nº. 8.666/93?

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente que: (...) *não se inclui nas limitações dos parágrafos primeiro e segundo do art. 65, da Lei nº 8.666/93, a alteração contratual causada pela hipótese prevista na alínea "d", do inciso II, do referido dispositivo legal; e ainda, que a situação narrada em tese ajusta-se à hipótese normativa do art. 65, inciso II, alínea "d" da lei 8.666/93.*"

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário Geral da Secretaria Executiva do Conselho de Desenvolvimento Sustentável da Região Metropolitana de Manaus – SRMM, Sr. René Levy Aguiar, acerca do posicionamento do Tribunal de Contas no seguinte caso:

"1 - Qual o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da hipótese prevista na citada alínea "d", do inciso II, do art. 65, da Lei nº. 8.666/93, se está inclusa na limitação prevista nos parágrafos 1º e 2º, do mesmo artigo?"

2 - Tendo em vista a nova concepção adotada para a fundação de uma obra de engenharia, resultante da verificação, no decorrer de sua execução, da necessidade de modificação do tipo de estaca a ser nela utilizada em razão de situação não prevista inicialmente e em relação a qual não se poderia prever desde logo no projeto básico licitado, tendo em vista que só revelada após a descoberta do real perfil geológico-geotécnico, nas sondagens realizadas no decorrer do desenvolvimento do projeto executivo e que ocasiona necessariamente a alteração do valor, esse fato configura a hipótese prevista na alínea "d", do inciso II, do art. 65, da Lei nº. 8.666/93?"

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo **fundamentado na lei, doutrina e em decisão do TCU**, posiciona-se:

“(…)

Ao depois, o motivo¹ apontado para a modificação da qualidade do material não satisfaz, ao menos em tese, a condição de imprevisibilidade exigida pelo inc. II, al. “d”. Primeiro porque o fato é preexistente; depois, se existem diferentes tipos de estaca, antes de se determinar, no projeto, qual espécie a ser adotada, supõe-se ser necessário – e possível – executar-se de antemão uma avaliação do solo para se definir qual delas será compatível e condizente com as exigências. Logo, trata-se, em princípio, de fato passível de previsão.

Se a situação fosse, por exemplo, de elevação no preço das estacas decorrente de fato posterior e impossível de prever-se, exigindo, conseqüentemente, a revisão dos preços, e não de precisar-se alterar o tipo do material, aí, sim, ter-se-ia o caso de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro previsto no art. 65, II, “d”, da 8.666.

Dá tratar-se mesmo o caso apresentado pelo consulente de alteração qualitativa, e não da hipótese da al. “d” do inc. II, porque esta implica tão-somente uma revisão dos valores pactuados (nos termos da lei, “o restabelecimento da relação entre os cargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”); já aquela, a necessidade de adequação técnica, que se dará por meio de modificação do projeto ou de especificações (na situação levantada, pela alteração do tipo de material, em razão da constatação de fatores preexistentes ao projeto, mas desconhecidos no momento da sua elaboração).

Dessa forma, esta Consultoria Técnica entende, no mérito, ante os fatos e fundamentos narrados no item II deste Relatório:

1. que, quanto ao primeiro questionamento (letra “a”) da Consulta, não se aplicam os limites percentuais constantes dos §§ 1.º e 2.º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993 à alteração contratual fundada na alínea “d” do inciso II do mesmo dispositivo legal; e

1. “... situação não prevista inicialmente e em relação a qual não se poderia prever desde logo no projeto básico licitado, tendo em vista que só revelada após a descoberta do real perfil geológico-geotécnico, nas sondagens realizadas no decorrer do desenvolvimento do projeto executivo...”.

2. que, quanto ao segundo (letra “b”), o caso apresentado não se amolda à hipótese do art. 65, II, al. “d”, da Lei n.º 8.666/1993, mas sim à da alínea “a” do inc. I desse mesmo preceptivo legal, porque se tem na verdade, no exemplo apresentado, uma necessidade de adequação técnica, isto é, de alteração qualitativa da avença.

É o Relatório Conclusivo.”

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

“Primeiramente, devo informar que a competência deste Tribunal de Contas do Estado para decidir sobre as consultas que lhe sejam formuladas decorre das seguintes normas:

Lei Estadual n. 2.423/1996 (Lei Orgânica do TCE/AM)

“Art. 1º - Ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, órgão destinado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, auxiliar dos Poderes Legislativos Estadual e Municipais, no controle externo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete:

Omissis

XXIII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, possuindo a sua resposta caráter normativo e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, na forma estabelecida no Regimento Interno”.

Resolução n. 04/2002 (Regimento Interno do TCE/AM)

“Art. 5.º Compete ao Tribunal:

Omissis

XXIII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida

suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, possuindo a sua resposta caráter normativo e constituindo prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, na forma estabelecida neste Regimento”.

No que tange ao mérito, destaca-se, preliminarmente, que a COLSULTEC já apresentou estudo detalhado acerca do caso, colacionando doutrina diversa e julgados do TCU, que demonstram claramente o posicionamento também defendido por este Membro Ministerial.

Dessa forma, tem-se que os contratos administrativos seguem um regime jurídico próprio, notadamente no que se refere à possibilidade de alteração, inclusive unilateral, do ajuste, com vistas ao atendimento do interesse público colimado.

Nesse passo, colaciona-se a seguir a letra do artigo 65 da Lei n. 8666/93, que traz em seu bojo exatamente essas possibilidades de alterações dos contratos administrativos, bem como suas devidas limitações:

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

I – unilateralmente pela Administração:

a) Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) Quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II – por acordo das partes:

Omissis (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências

incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I – (VETADO)

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Considerando-se o teor do dispositivo supracitado, e ainda a previsão do art. 58, I, da mesma Lei,² verifica-se que a Administração Pública é dotada de poder para alterar unilateralmente os contratos em que figurar como parte, entretanto, tal poder é delimitado por dois princípios básicos, quais sejam a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Portanto, em contrapartida a esse poder conferido à Administração, tem-se o direito do contratado de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim considerada a relação que se estabeleceu no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração.

Ao examinar o primeiro questionamento do Consultante, constata-se a sua preocupação em vista da possibilidade da alínea “d”, do art. 65, LLC, ser limitada percentualmente pelo § 1º do mesmo artigo.

Ressalta-se, nesse ponto, que sua preocupação não constitui

2. ART. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I – modificá-los unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

fato isolado, eis que o tema tem dividido a opinião de doutrinadores e juristas, que defendem opositivamente a interpretação ampla do dispositivo - o que significa que nenhuma modificação, prevista no art 65, poderia ultrapassar o limite do § 1º -; e a interpretação estrita, da qual comungo.

Nesse passo, cumpre destacar que somente a alínea "b", do inciso I, do comentado artigo, contém claramente a expressão "*nos limites permitidos por esta Lei*", termo este que seria completamente dispensável, caso os §§ 1º e 2º se aplicassem a toda previsão do artigo 65.

Sendo assim, resta clara a intenção do legislador em restringir os acréscimos e supressões previstos na alínea "b" a limites percentuais, deixando que as alterações preconizadas na alínea "a", do inciso I e na alínea "d", do inciso II possam ultrapassá-los, porém, de forma comedida e observando alguns critérios já definidos pelo TCU.

A fim de corroborar esse entendimento, colaciona-se trecho da obra de Carlos Pinto Coelho Motta³, em que o autor faz alusão à Decisão 215/99 do TCU, publicada no DOU de 21.5.99, p. 41:

"A análise da Colenda Corte de Contas acentua que apenas nas hipóteses de alterações contratuais 'consensuais, qualitativas e excepcionabilíssimas', de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração transpor esses limites, observados os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, e desde que satisfeitos, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

"I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

3. Motta, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei n. 9.648 de 27/5/98* – 8ª Ed. Ver. Atual – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diverso;

V – ser necessárias à complexa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados (...) que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.”

No mesmo sentido, diversos doutrinadores assim se manifestaram:

“A lei não impõe qualquer limitação qualitativa. Trata-se de alteração qualitativa, ditada por razão diversa, em homenagem ao interesse público. O intérprete não pode restringir onde a lei não restringe. São duas normas com endereçamento distinto e natureza profundamente desigual” (Leon Frejda Szklarowsky).

Nas palavras de Caio Tácito, em matéria publicada no Boletim de Licitações e Contratos, 03.97, PP. 115 a 121, da Editora NDJ, destaca-se os seguintes trechos:

“As alterações quantitativas do contrato, objeto do capítulo anterior, são manifestações unilaterais da Administração, por motivo de conveniência do serviço, que se podem processar, dentro dos limites permitidos, sem que se modifiquem as especificações do contrato e os critérios definidos nas planilhas que o integram. A ordem a ser emitida, de obrigatório acatamento pelo contrato, pressupõe, nos explícitos termos da lei, o atendimento das ‘mesmas condições contratuais’.

Diversamente, as modificações qualitativas não têm proporção prefixada, mas devem respeitar a essência do objeto do contrato, do qual é expressão objetiva sua finalidade, caracterizada no projeto básico, a que se reporta o edital”

“As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, impre-

visíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite preestabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato”.

“Na eventualidade de alterações quantitativas em que o contratado passa a servir mais, poderá ocorrer que venha a receber mais na proporção do acréscido, respeitado o preço contratado. O parâmetro unitário continuará a ser o mesmo. O contrário importaria em alterar a álea ordinária pactuada, em detrimento do motivo determinante do julgamento, atributivo da adjudicação da melhor oferta, ou seja, conforme terminologia constitucional, ‘mantidas as condições efetivas da proposta’ (Constituição de 1988, art. 37, n° XXI)”.

“Quando apenas se altere a quantidade da obrigação, está o contratado obrigado a aceitar o acréscimo que, a importar em modificação do valor contratual, não poderá ultrapassar, conforme o caso, a 25% ou a 50% do valor inicial atualizado do contrato. A estes limites não poderá exceder a determinação administrativa (§§1º e 2º do citado art. 65)”

“Se, no entanto, situação imprevista, que se imbrigue com o objeto do contrato, impuser alteração na qualidade do serviço, com modificação nas especificações contratuais, não se terá de cogitar de limitação da despesa superveniente e necessária à plena consecução da finalidade do contrato, podendo ser ultrapassado, na medida exigida, o preço global originalmente pactuado.”

Por conseguinte, acredita-se não ser possível estabelecer limite à recomposição da equação econômico-financeira, a qual deverá ser feita nos limites em que se fizerem necessários.

É claro que isso não significa dizer que os contratos administrativos poderão ser alterados sem critérios, ressaltando-se que nem o Poder Público, nem o particular podem se valer dessa prerrogativa para burlar os princípios que regem a Administração Pública.

Adentrando-se ao segundo questionando do Consulente, verifica-se que o caso hipotético narrado não encontra arrimo no art. 65, II, “d”, da LLC, eis que, como bem colocado pela CONSULTEC, trata-se de uma alteração na qualidade do objeto contratado, e não em seu valor de mercado ou outra possibilidade albergada naquela alínea, enquadrando-se, dessa feita,

na alínea “a”, do inciso I, do referido artigo.

Entretanto, há de se ressaltar que essa alteração qualitativa encontra óbice em ultrapassar os limites preestabelecidos pelo § 1º do art. 65, eis que o Tribunal de Contas da União já firmou entendimento no sentido de que a alteração qualitativa do objeto, que implique em transposição desses limites, deve preencher alguns requisitos, que foram elencados na Decisão 215/99, e que não se observa presente caso, especialmente:

“(…)

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

(…)

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados (...) que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.” (grifo meu).

Marcelo da Silva (*In Variação de quantidade e direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, RDA, 198/61), também, se manifesta acerca do assunto da seguinte forma:

“Apesar de as modificações de projetos ou especificações não se sujeitarem-se a quaisquer limites qualitativos ou quantitativos, não podem afetar o objeto do contrato na sua essência.

É cediço, pois, que eventuais modificações de projetos ou especificações não podem ser de tal monta que alterem o objeto originalmente licitado a ponto de tornar-se completamente distinto.

Conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2464/2008 – Plenário), alterações contratuais que modificam o objeto o licitado em sua essência e destoam da razoabilidade são incompatíveis com o consignado no art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93, maculam

o princípio constitucional da igualdade – vez que impede outros competidores de habilitarem-se para executar a obra – e o princípio da economicidade – pois nem sempre a continuidade do contrato é vantajosa para a Administração Pública. Em casos tais, deve ser realizado um novo processo licitatório para a execução do novo objeto.” (grifo meu).

Salienta-se, ainda, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (*In Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 22 ed., p. 605), que discorre sobre a possibilidade de alteração qualitativa dos contratos administrativos:

“Isso não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, sob pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.” (grifo meu).

Assim, considerando-se o relato do Consulente, acredita-se que a necessidade de alteração do tipo de estaca a ser utilizado em certa obra pública, detectada somente no curso de sua execução, não configura fato superveniente que implique em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial.

Concorda-se plenamente com a idéia de que obras de engenharia necessitam de algumas alterações ao longo de sua execução, dada a complexidade da matéria. Entretanto, verifica-se no caso presente que o fato alegado como ensejador da alteração contratual poderia ter sido perfeitamente previsto se o perfil geológico-geotécnico tivesse sido traçado antes do processo licitatório, no escopo de ver observado o Princípio da Isonomia, perseguido pela Administração Pública.

Dessa forma, acredita-se que o caso concreto deve ser analisado minuciosamente, para que não se enquadre inoportunamente nas hipóteses que possibilitam a transposição dos limites fixados no § 1º do art. 65.

Nesse passo, cumpre a este Ministério Público reafirmar os apontamentos contidos no Relatório Conclusivo de n. 001/2010 – CONSULTEC, opinando que o Egrégio Plenário decida, caso também seja do seu entendimento:

1. **Tomar conhecimento** da presente consulta, com fulcro no artigo 1º, inciso XXIII, da Lei Estadual nº 2.423/1996 – LEI ORGÂNICA DO TCE/AM c/c artigo 5º, inciso XXIII, da Resolução nº 04/2002 – REGIMENTO INTERNO DO TCE/AM;
2. Encaminhar cópia deste Parecer juntamente com o Relatório Conclusivo n. 001/2010 – CONSULTEC e a Decisão proferida ao Consulente.”

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva, que assim votou:

“(…)

5) Tal como formulada, há de receber a atenção deste Tribunal, que responderá a esta Consulta nos termos do art. 1º, inciso XXIII, da lei 2423, de 10.12.1996. nesse ponto, ponho-me de acordo com os órgãos que me antecederam, acatando a sugestão de dela conhecer.

6) Como bem observado pela Consultoria e pelo Ministério Público, a matéria de que se cuida é sobre a possibilidade de alteração dos contratos administrativos, com aspectos relacionados à forma e aos limites a serem respeitados. Sabe-se, com facilidade, que uma das principais características dos contratos administrativos é exatamente a sua mutabilidade, quer para o atendimento das necessidades da Administração, gestora dos interesses públicos, quer para contentar os interesses comuns, dela e do contratado colaborador. Daí esse tipo de contrato é “essencialmente dinâmico.” (Di Pietro)

7) Não que a mutabilidade seja um dos princípios do contrato administrativo – na medida em que poderá haver deles

que não lancem mão dessa necessidade – mas certamente é ela consequência da prossecução do interesse público (Maria João Estorninho). Portanto a possibilidade de alterar-se o contrato administrativo é, em primeiro lugar, prerrogativa pública e, só depois, fundamento para direitos do particular.

8) Entre nós, a previsão legislativa para a alteração dos contratos administrativos está basicamente no art. 65 da Lei 8666/93, e exige o respeito a certas condições, dentre as quais em primeiro lugar, que não “importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia” (Marçal Justen Filho). Condição de mutabilidade da avença pública, portanto, é o respeito aos lindes do próprio objeto, no sentido lato, significando dizer que nenhuma alteração se justifica quando alcança o próprio cerne do contrato. De outro modo dizendo: a alteração não poderá ser de tal monta que importe a substituição do objeto ou a supressão do tipo licitatório definido na lei.

9) nesse dispositivo citado são previstas duas formas de alteração contratual, no que pertine ao concurso de vontades, e também duas outras espécies relacionadas ao objeto. Será unilateral a mudança se imposta pela Administração, nos casos previstos no inciso I, do art. 65 antes mencionado: no caso de ser necessária a modificação do projeto ou de suas especificações (primeira situação) e na hipótese de acréscimo ou diminuição dos quantitativos do objeto (segunda situação). Os *experts* que me antecederam tratam umas de qualitativas e estas outras de quantitativas, repisando o que toda a doutrina sublinha sobre o assunto. Não é mais o caso de repetir-se a ladainha.

10) Não é mesmo o caso, repito, de tratar-se dessas hipóteses aqui, já que não são o tema do questionamento que o Tribunal haverá de enfrentar. A dúvida diz respeito ao inciso II e especificamente à sua alínea “d”, do art. 65 da lei 8666/93; as alterações ditas qualitativas e quantitativas referem-se à alínea I. Portanto, é à outra espécie de alteração, a consensual, que dizem respeito as dúvidas, a começar por esta: têm limites de valores as alterações contratuais fundadas na alínea d, do inciso II, do art. 65, da Lei 8666/93?

11) objetivamente responde a essa questão o Professor Marçal

Justen Filho: "A recomposição da equação econômico – financeira não está sujeita a limites de valor." A hipótese de recomposição é exatamente aquela prevista na alínea "d", do art. 65 da Lei 8666/93 e não poderia ser outro o entendimento, já que se a lei almeja a recomposição da equação inicial do contrato, nos casos em que ela se rompeu, o único limite é exatamente a justa remuneração do particular em contrapartida aos encargos a ele atribuídos pelo estabelecimento do contrato.

12) Logo, também neste caso, possuem razão os órgãos técnicos e ministerial ao afirmarem, como resposta ao primeiro questionamento que não se aplicam os limites percentuais constantes dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8666/93 à alteração contratual fundada na alínea "d" do inciso II do mesmo dispositivo legal. Ponho-me em absoluta concordância com essa conclusão.

13) Ao tratarem, contudo, da segunda questão, entenderam ambos que a situação fática narrada – nova concepção adotada para a fundação de uma obra de engenharia, resultante da verificação, **no decorrer de sua execução, da necessidade de modificação do tipo de estaca a ser nela utilizada em razão de situação não prevista inicialmente e em relação a qual não se poderia prever desde logo no projeto básico licitado, tendo em vista que só revelada após a descoberta do real perfil geológico – genético, nas sondagens realizadas no decorrer do desenvolvimento do projeto exaustivo – não se enquadra na hipótese normativa citada** – hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos as execução do ajustado, ou ainda, em caso fortuito de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Entenderam que a situação narrada se amolda à hipótese de modificação qualitativa (art. 65, I, a, da Lei 8666/93), já que envolveria a modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica.

14) Nessa linha de raciocínio, propõem que se responda à segunda questão no sentido que "o caso apresentado não se amolda à hipótese do art. 65, II, al. "d" da Lei 8666/93, mais sim à da alínea "a" do inc. I desse mesmo preceptivo legal, porque se tem na verdade, no exemplo apresentado, uma necessidade de

adequação técnica, isto é, de alteração qualitativa da avença.” Ressalvam, contudo, que tais alterações qualitativas também não estão sujeitas aos limites do parágrafo segundo do art. 65.

15) Divirjo, neste ponto, das orientações anteriores. É certo que “a adoção de uma nova concepção adotada para a fundação de uma obra de engenharia” pode em tese, ser considerada uma alienação qualitativa. Entretanto, na hipótese narrada, a nova concepção adotada para a fundação resulta “da verificação, no decorrer de sua execução, da necessidade de modificação do tipo de estaca a ser nela utilizada em razão de situação não prevista inicialmente e em relação a qual não se poderia prever desde logo no projeto básico licitado, tendo em vista que só revelada após a descoberta do real perfil geológico-geotécnico, nas sondagens realizadas no decorrer do desenvolvimento do projeto executivo.” Logo, está-se diante de uma situação não prevista no projeto básico e que não foi prevista em razão de que se desconhecia “o real perfil geológico-geotécnico.”

16) A equação econômico – financeira do contrato presume-se ter sido, portanto, estabelecida a partir de um determinado projeto básico desenvolvido segundo informações disponíveis em um dado momento. No decorrer da execução desse projeto e com o conseqüente desenvolvimento do projeto executivo, percebeu-se a inadequação da concepção estabelecida para a fundação da obra e a necessidade de sua modificação. É que se pode chamar de interferências imprevistas, que a doutrina francesa denomina de *sujestions imprevises* e os norte americanos dão o nome de *changed conditions*.

17) sob essa denominação devem ser agrupadas “dificuldades de ordem material não cogitadas por ocasião dos serviços e das obras contratadas, trazendo, indubitavelmente, graves e insuportáveis conseqüências às partes” (Bazilli). Aliás, é relevante citar que em sua obra “Contratos Administrativos”, páginas 118 a 120, Roberto Ribeiro Bazilli dá como exemplo dessas interferências “terrenos de natureza absolutamente imprevista que o empreiteiro encontra no decorrer da execução de uma obra pública, com profunda alteração na sua execução.”

18) Está-se, pois claramente, no campo da imprevisibilidade. A Teoria da Imprevisão inicialmente adotada pelo Conselho de

Estado francês, em 1916, teve como fundamento a álea econômica e justificou a alteração de um contrato de concessão, para serem majoradas as tarifas pagas pelo uso do gás, tendo em vista o aumento extraordinário e imprevisível do preço do carvão, em decorrência da guerra iniciada em 1914. Ao afastar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para o caso, o Conseil d'Etat reconheceu que, em certas circunstâncias (força maior, caso fortuito, fato do príncipe), a imutabilidade contratual poderia ocasionar a sua inexecução e, por conseqüência, "compromettre la nécessaire continuité de la satisfraction dde besoins publiques" (Rivero e Waline).

19) Os pressupostos para a verificação de que é o caso de aplicação dessa teoria e de sua conseqüência imediata, que é o restabelecimento do equilíbrio econômico – financeiro do contrato, são, primeiro, a imprevisibilidade do evento; segundo, que este evento independa da vontade das partes; e, terceiro, que o evento seja responsável por uma modificação radical (*bouleversement*) das condições de execução contratual. A hipótese narrada nesta consulta – que configura força maior, adotada a teoria subjetiva de Goldschmidt – ou o caso fortuito, de toda a forma é pré – eliminadora de suficiência do suporte fático (Pontes de Miranda), significando dizer que cancela a presunção de culpa (na inexecução contratual).

20) Ou seja: ou a Administração repactua o inicialmente ou pode o contratado ver-se livre da execução contratual sem que sobre ele recaia culpa. O que caracteriza, assim, a interferência imprevista, comparativamente com as outras superveniências, é o fato de ela anteceder o contrato que veio a ser celebrado; ela já existia, em realidade, em que pese o fato de a ciência disso ter ocorrido após o contrato. As demais superveniências imprevistas, excessivamente onerosas para as partes, sucedem o ajuste.

21) Tal como as demais superveniências, as interferências imprevistas possibilitam a qualquer das partes pleitear a revisão do ajuste, restabelecendo, inclusive, se for o caso, o equilíbrio econômico – financeiro inicial. No tocante aos prazos contratuais, admite-se a compatibilização dos mesmos com a nova realidade; ajusta-se o cronograma inicialmente estabelecido. De outro lado, a alegação destas interferências imprevistas, quando procedente, exime a parte afetada de eventuais

responsabilidades na execução contratual.

22) De tal forma, à segunda indagação da consulta – se o caso narrado se amolda à hipótese normativa prevista no art.65, inciso II, alínea d, da lei 8666/93 – deve-se responder afirmativamente pelas razões antes expostas. Certo é que se devem sopesar as recomendações feitas pelo órgão Ministerial e sobre demonstração não só das necessidades técnicas de a alteração do projeto, mas dos custos arrecadados em decorrência disso.

23) Em conclusão, voto no sentido de que este Tribunal:

a) conheça da consulta, por preencher os requisitos legais e regimentais aplicáveis;

b) responda à primeira questão negativamente, ou seja, **que não se inclui nas limitações dos parágrafos primeiro e segundo do art. 65, da lei 8666/93, a alteração contratual causada pela hipótese prevista na alínea “d, do inciso II, do referido dispositivo legal;**

c) responda à segunda questão afirmativamente, ou seja, **que a situação narrada em tese ajusta-se a hipótese normativa do art. 65, inciso II, alínea “d”, da lei 8666/93.**

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 11 de fevereiro de 2010, presidida pelo Conselheiro Julio Assis Corrêa Pinheiro; presentes os Conselheiros Érico Xavier Desterro e Silva (Relator), Lúcio Albuquerque de Lima Albuquerque, Julio Cabral, Raimundo José Michiles, Josué Cláudio de Souza Filho, Ary Jorge Moutinho da Costa Júnior, os Auditores Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, Alípio Reis Firmo Filho e Mário José de Moraes Costa Filho, bem como o representante ministerial, Procurador Roberto Krichanã.

Necessidade de republicação dos atos administrativos e normativos das municipalidades, no Diário Oficial do Estado, tendo em vista a publicação no Diário Oficial dos Municípios instituído pela Associação Amazonense dos Municípios - AMM.

Consulta autuada sob Processo n. 6357/2009

Relator: Raimundo José Michilles.

Consulente:

Havendo a publicação dos atos administrativos e normativos municipais no Diário Oficial dos Municípios, instituído pela Associação Amazonense de Municípios - AAM, haveria a necessidade de republicação no Diário Oficial do Estado do Amazonas?

Tribunal Pleno:

– Responder ao consulente que os atos administrativos e normativos, até que seja legalmente instituído o Diário Oficial do Município, deverão ser publicados via Diário Oficial do Estado, em razão de que o Diário Oficial dos Municípios instituído pela Associação Amazonense de Municípios é pessoa jurídica de direito privado, não sendo habi-

litada para elaborar um mecanismo público que se intitule oficial, portanto, não supre a necessidade de publicação em imprensa oficial, eis que esta se mostra uma exigência constitucional (art. 37, *caput*);

– Remeter ao consulente cópia reprográfica do Parecer 989/2010 (art. 138, IV, “b” da Resolução nº 04/2002 – TCE).

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Sr. Fullvio da Silva Pinto, Prefeito Municipal de Rio Preto da Eva, acerca do seguinte questionamento: *se já havendo a publicação dos atos administrativos e normativos municipais no Diário Oficial dos Municípios, instituído pela Associação Amazonense de Municípios- AAM, haveria necessidade de republicação no Diário Oficial do Estado do Amazonas.*

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado nos artigos 104, 105, parágrafo 8º, 106, da Constituição do Estado do Amazonas, bem como na doutrina, posiciona-se no seguinte sentido:

O art. 105, § 8.º, da Constituição do Estado prescreve que:

Art. 105 – (omissis):

§ 8º As leis e atos administrativos deverão ser publicados em órgão oficial do Estado, para que produzam os efeitos regulares, podendo a publicação de atos não normativos ser resumida e importando a não publicação a nulidade do ato e punição da autoridade responsável pelo fato.

Tal dispositivo encerra, perfeitamente, o tema em epígrafe, até mesmo porque dele surgem interpretações diversas. Por isso, e para se melhor adequar a presente Consulta aos requisitos regimentais, que exigem ter o objeto relação com o direito em tese e versar sobre dúvida na aplicação de determinada norma, a seguinte pergunta se formula: *O disposto no art. 105, § 8.º, da Constituição do Estado do Amazonas se aplica tanto à Administração*

estadual quanto à municipal?

Ao depois, questão de relevo logo exsurge: ao Município a Constituição Federal concede o *status* de ente federado, conforme se observa dos arts. 1.^o, *caput*, e 18.^o, *caput*, portando-o, por conseguinte, de autonomia; nos termos do 29, *caput*, confere-lhe poder de auto-organização, a ser exercido por meio da edição de uma Lei Orgânica Municipal; e, pelo 30.^o, I, garante-lhe o direito de legislar sobre assuntos de interesse local.

Desse modo, concluir-se-ia que, por ter essa entidade federativa a prerrogativa de definir e prestar o seu próprio serviço de imprensa, negativa seria a resposta.

A lição de Maurício Balesdent Barreira, que discorre sobre situação similar, referente ao que prescreve a Lei n.º 8.666/1993 sobre a publicação de editais de licitações, aponta, em relação à publicidade/publicação de atos normativos e administrativos, a autonomia dos Municípios:

“[...]”

Já há muito se discute acerca da constitucionalidade da imposição, por lei federal, de formas e meios de publicidade dos atos municipais. Tais preceitos ofendem, a toda prova, a autonomia dos Municípios, que lhes garante exclusiva competência para determinar em qual órgão de divulgação serão publicados os avisos de edital e demais atos do processo licitatório, desde que respeitados os princípios do art. 3.^o.

[...]”.⁴

1. Art. 1.^o – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
2. Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.
3. Art. 30. Compete aos Municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local;
(...)
4. *Licitações e contratos municipais* : doutrina, rotinas, modelos. Rio de Janeiro : IBAM, 1996. v. I, p. 28.

É sobre, principalmente, o inciso II do art. 21⁵ da Lei geral de licitações e contratos administrativos que o citado autor está tratando. Tal comando exige que o Município publique com antecedência, no mínimo, por uma vez, os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, no Diário Oficial do Estado.

Marçal Justen Filho, contudo, nesse ponto, esboça entendimento contrário, senão vejamos:

“[...]”

Altere-se, nesse ponto, entendimento anteriormente exposto, no sentido de que seria inconstitucional exigir que os Municípios se valessem da imprensa oficial estadual. A questão reside em que inúmeros Municípios constituem como seus órgãos oficiais jornais locais ou regionais que dificilmente podem ser obtidos em outros locais. A exigência de publicidade, no tocante à licitação, é melhor atendida por meio da divulgação na imprensa oficial estadual, sem que isso envolva propriamente a autonomia municipal.

[...]”.⁶

De fato, a discussão tem pertinência. Mas algumas observações devem ser delineadas, observações essas que definem bem o posicionamento desta CONSULTEC.

Primeiramente, analisando-se o comando (105, § 8.º, da CE) não de forma isolada, mas no sistema em que ele se encontra inserto, a resposta seria positiva. Ora, o Capítulo em que está contido o preceptivo sob apreciação dispõe acerca da Administração Pública estadual e municipal. Além do que, o próprio

5. Art. 21 – Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

(...)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

(...)

6. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13ª ed., SP: Dialética, 2009, p. 243.

caput do art. 105 reporta-se tanto ao Estado quanto ao Município; subtede-se, assim, que os preceitos constantes de seu corpo (incisos, parágrafos, alíneas e itens) a ambos se aplicam.

O parágrafo oitavo do 105 não insere restrições ao teor do *caput*. Nesse raciocínio, então, para que os atos administrativos municipais (assim como leis) produzam efeitos regulares, exigir-se-á que os mesmos sejam publicados necessariamente em órgão oficial **do Estado**, de sorte que, se assim não proceder, a autoridade responsável poderá sofrer punição.

Depois, o dispositivo da Constituição Estadual não impede que os Municípios estabeleçam, na Lei Orgânica ou por meio de lei ordinária, um sistema próprio para veicular seus atos (seja pela via impressa, eletrônica ou por ambas); exige apenas que (também) o façam pelo órgão oficial do Estado. Não há, a nosso ver, comprometimento à autonomia municipal.

Aliás, a razão de ser do § 8.º do 105 da CE é exatamente a que assentou, na transcrição acima, Justen Filho: garantir maior publicidade, acessibilidade e transparência aos atos da Administração municipal. Tem-se uma presunção – é fato – que se funda na conhecida realidade da maioria dos municípios brasileiros. Poucos são os que têm condições de instituir veículo próprio de divulgação de suas leis e atos administrativos; este, contudo, quando existe, é de circulação limitada, podendo comprometer, inclusive, a fiscalização pela sociedade e mesmo pelos órgãos públicos para esse fim destinados.

Por tais razões, e considerando-se ainda o que dispõe o art. 29⁷, *caput*, da CF/88, no que tange à observância, pelos Municípios, ao elaborarem suas Leis Orgânicas, dos princípios insculpidos na Constituição do respectivo Estado, devem os amazonenses cumprir o que estabelece a nossa Carta Constitucional no § 8.º do seu art. 105, que, a propósito, encontra-se em plena vigência.

Ressalve-se apenas que, e como já se destacou, nada obsta que esses entes criem seu mecanismo próprio de publicação; mas, ainda assim, deverão utilizar o do Estado. Esse *criar (ou definir)*,

7. Art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
(...)

todavia, requer cautela. Há de se estabelecer para esse fim um órgão próprio; isto é, da estrutura da Administração. É que se trata de imprensa oficial, diferente da comum.

Disso, tem-se que diário administrado por associação de Municípios, cuja *natureza jurídica* sabidamente é de direito privado (sociedade civil sem fins lucrativos), não tem o condão de fazer as vezes do oficial. Permitida é aos Municípios a veiculação de seus atos por tal via, como se fosse uma opção a mais para se dar aplicabilidade ao norte da *publicidade*; porém, não se valendo dela em substituição.

III – Da Conclusão.

Dessa forma, vencida a preliminar, esta Consultoria Técnica manifesta-se, no mérito, ante os fatos e fundamentos narrados no item II deste Relatório, pela aplicabilidade do art. 105, § 8.º, da CE aos Municípios; por via de consequência, e respondendo à Consulta formulada, entende que tais entes devem publicar seus atos normativos e administrativos no Diário Oficial do Estado, ainda que decidam fazê-lo por outros meios, seja pelo próprio ou pela imprensa comum.

Ato contínuo, o Ministério Público Especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva, emitiu seu Parecer nos autos.

O Procurador, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, assim fundamentou seu parecer:

Poderá o Poder Público utilizar somente o diário oficial eletrônico para publicar seus atos, quando este se mostrar realmente oficial, caso contrário, como é o caso do Diário Oficial dos Municípios, este poderá ser utilizado somente de forma complementar, visando dar maior publicidade aos atos, mas, não tendo o condão de torná-los oficialmente divulgados.

Dessa feita, os Municípios do Estado do Amazonas podem divulgar os seus atos no Diário Oficial dos Municípios, porém, este meio de comunicação não suprime a necessidade de publicação em Imprensa Oficial, eis que esta se mostra uma exigên-

cia legal e constitucional.

Desse modo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Conselheiro Raimundo José Michilles, que discordando das conclusões da Consultec e do Ministério Público Especial, manifestou-se no sentido de *que os atos administrativos e normativos podem ser publicados no atual Diário Oficial dos Municípios, instituído pela Associação Amazonense dos Municípios (art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96 c/c art. 278, da Resolução 04/2002- TCE, bastando que para isso, haja autorização por meio de lei local.*

Por ocasião da apreciação em Plenário do sobredito voto, em sessão do dia 14/04/2010, o Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, pediu vista dos autos para se manifestar no seguinte sentido:

Cientifique o consulente de que os atos administrativos e normativos, até que seja legalmente instituído o Diário Oficial do Município, deverão ser publicados via Diário Oficial do Estado, em razão de que o Diário Oficial dos Municípios instituído pela Associação Amazonense de Municípios é pessoa jurídica de direito privado, não sendo habilitada para elaborar um mecanismo público que se intitule oficial, portanto, não supre a necessidade de publicação em imprensa oficial, eis que esta se mostra uma exigência constitucional (art. 37 , caput);

Em seguida, o Conselheiro Raimundo Michiles, ratificou os termos do seu voto, constante às fls. 28/33.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto vista do Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 01 de junho de 2010, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes os Conselheiros Raimundo José Michiles (relator), Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, Julio Cabral, os Auditores Mário José de Moraes Costa Filho, Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos e Alípio Reis Firmo Filho, bem como o Procurador Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva.

Efeitos da publicação fora do prazo legal do contrato ou aditivo.

Consulta autuada sob Processo n. 4610/2009.

Relator: Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Consulente:

Publicação de extrato de contratos e/ou seus aditivos, fora do prazo legal, previsto no art. 61 da Lei nº. 8.666/93. Efeitos.

Tribunal Pleno:

Comunicar ao Sr. Gedeão Timóteo Amorim, Secretário de Estado de Educação e Qualidade do Ensino, que a recomendação desta Corte é no sentido de publicar os extratos tempestivamente, no entanto, a publicação tardia não interfere na vigência do ajuste, mas posterga a eficácia e a produção de efeitos do mesmo, não isentando o administrador público das penalidades previstas legalmente.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário de Estado da Educação, Sr. Gedeão Timóteo Amorim, acerca dos efeitos da publicação fora do prazo legal do extrato de contrato ou aditivo, como segue:

01- (...) consulto: o extrato (do contrato ou do aditivo) sendo publicado no Diário Oficial do Estado em prazo superior ao do art. 61, parágrafo único, da Lei Federal de Licitações, o contrato ainda pode ser considerado válido e apto a produzir todos os

efeitos? Caso a resposta a pergunta anterior seja negativa, quais as implicações legais para a contratação caso o extrato (do contrato ou do aditivo) venha a ser publicado fora do prazo legal?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se que o contrato é válido a partir de sua assinatura, desde que observados os requisitos de validade do contrato, como segue:

É oportuno a priori, vislumbrarmos que há uma contenda entre vigência e eficácia, que para elucidar tal diferença colacionamos e transcrevemos o que preleciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹, que escreve o seguinte:

Contrato – vigência – publicação ou assinatura?

“O parágrafo único do art. 61 da Lei n. 8.666/93 estabelece que a publicação é **“condição indispensável para a sua eficácia”**. **Eficaz não é apenas o que vige, vigora, mas o que está apto a produzir efeitos no mundo jurídico**. A interpretação literal da norma tem levado alguns exegetas a considerar que o **contrato somente pode produzir efeitos após a publicação** do resumo do mesmo no diário oficial”.

Depreende-se da escrita doutrinária referente à matéria, que o contrato possui vigência mesmo antes da sua publicação, portanto, a partir da respectiva assinatura entre os contratantes, no entanto, só possui eficácia após a devida publicação, quando então estará apto a produzir efeitos no mundo jurídico, ou seja, valerá perante as partes e terceiros.

É mister ainda, compreendermos que existem dois prazos previstos no parágrafo único do art. 61 da Lei n.º. 8666/93, quais sejam, o prazo de providências para a publicação e o prazo em que deve ocorrer a publicação. Até o quinto dia útil posterior ao mês em que foi assinado o contrato refere-se ao prazo em que a Administração deve providenciar a publicação, e os vinte

1. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade Mecum de Licitações e Contratos*, 3ª Edição, 2006, Ed. Fórum – Belo Horizonte – p. 854.

dias contados do quinto dia útil a que se refere o dispositivo, trata-se de quando a publicação deve ocorrer.

Ao compulsarmos a doutrina que o consulente coteja na sua Consulta, conferida cautelarmente, concluímos que apesar de a publicação tardia do extrato não tornar inválido o contrato, e tão somente postergar os efeitos deste, a conduta tardia acarreta a responsabilidade dos agentes administrativos que descumpram tal dever.

Destaque-se o precedente que o Consulente trouxe à baila, em que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo ao analisar um caso concreto de contratação, em Sessão Ordinária realizada em 30 de novembro de 2005, Ata n.º. 2.235, foi observado pelo Relator, Conselheiro Maurício Faria, que a Corte de Contas Municipal reiteradamente relevou a publicação realizada fora do prazo legal, considerando o atraso da publicação do extrato mera falha formal, assim vejamos:

“O respectivo extrato não foi publicado no diário Oficial do Município, no prazo de 20 (vinte) dias, contados da assinatura, conforme determinado pelo art. 26 da Lei Municipal 13.278/02. A publicação do extrato do contrato, não obstante tenha sido realizada com atraso, produziu efeitos a qual se destina, dotando de eficácia o ajuste contratual. Há que se ressaltar que esse Tribunal tem, reiteradamente, relevado a publicação realizada fora do prazo estabelecido em lei, por considerá-la **falha de natureza meramente formal**”.

Ante o exposto esta Consultoria Técnica entende que o contrato é válido a partir de sua assinatura, mesmo que ainda não tenha sido publicado, desde que observados os requisitos de validade do contrato, não obstante, só produz efeitos a partir de sua publicação.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em posicionamento consonante à Consultoria Técnica, fundamentado na Lei, na Doutrina e na Jurisprudên-

cia, onde assim concluiu:

No que tange ao mérito, entendo por pertinente o posicionamento adotado pelo órgão técnico desta Casa, eis que de acordo com a doutrina e jurisprudências atuais a publicação do extrato de contrato, exigida pela Lei Federal n. 8666/93, constitui requisito de eficácia dos contratos.

Nesse sentido, tem-se que, a princípio, todos os contratos celebrados com a Administração Pública devem ser publicados na imprensa oficial, em decorrência do interesse público, da segurança jurídica e da moralidade administrativa, evitando-se, assim, que terceiros sejam prejudicados em decorrência da não divulgação dos atos administrativos.

Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, aduz que “a publicação prévia destina-se a evitar que se dê execução a um contrato cuja existência não foi previamente divulgada a toda comunidade. Isso acarreta sérias conseqüências, pois os deveres contratuais não se encontram em vigor antes de ocorrida a publicação. Logo, os prazos contratuais deverão ser computados a partir da data da publicação e, não a partir da data da assinatura”.

Cumpre destacar que a Lei Federal n. 8666/93 – Licitações e Contratos – em seu artigo 61, parágrafo único, erigiu como condição *sine qua non* para que os contratos administrativos gozem de eficácia, a publicação resumida dos seus instrumentos ou aditamentos na imprensa oficial:

“Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

*Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é **condição indispensável para sua eficácia**, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor; ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.” (grifo meu).*

Dessa forma, resta claro pela própria letra da lei, que a publica-

ção é condição de eficácia e não de vigência dos contratos.

Assim, ao se analisar o dispositivo supracitado, constata-se que o legislador preocupou-se em elencar as condições de validade do contrato no *caput*, enquanto que no parágrafo único a preocupação girou em torno da eficácia do ajuste.

Portanto, o prazo para publicação do extrato de contrato constitui formalidade essencial a ser providenciada pela Administração Pública até o quinto dia útil do mês seguinte à assinatura do ajuste; passados esses cinco dias, começará nova contagem – de vinte dias – para a efetiva publicação do extrato.

Em vista disso, conclui-se que a publicação do contrato ou de seu aditivo o torna eficaz, mas sua vigência inicia-se a partir da data de sua assinatura e qualquer alteração somente poderá ser realizada de acordo com os pressupostos legais, não se admitindo atribuir efeitos financeiros retroativamente, salvo as exceções legais.

De outro giro, após tomadas as providências legais e publicado o extrato do contrato ou de seu aditamento no prazo legal, seus efeitos retroagem à data de sua assinatura, como corolário do prazo que a lei concede ao administrador para providenciar e publicar o documento.

Dessa feita, a omissão do administrador em publicar o extrato do ajuste impede a produção de seus efeitos no mundo jurídico, tornando-o ineficaz.

Nesse diapasão, se ocorrer a execução do contrato, mesmo sem que este tenha sido publicado, o contratado deverá ser indenizado pelo que houver realizado e pelos prejuízos regularmente comprovados, eis que notadamente cabe à Administração providenciar a dita publicação, não cabendo àquele responsabilidade pela omissão ou retardamento da prática desse ato, salvo quando der causa à demora.

Por derradeiro, válido é salientar, nas palavras de Marçal Justen Filho² que o descumprimento ao prazo fixado no artigo 61, parágrafo único, da Lei n. 8666/93 não vicia a contratação, nem

2. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, 2005.

desfaz o vínculo, mas, acarreta a responsabilidade dos agentes administrativos que descumpriram tal dever e adia o início do cômputo dos prazos contratuais.

Sendo assim, em resposta ao questionamento formulado pelo consulente, acredita-se que o atraso na publicação do extrato do contrato ou de seu aditamento constitui falha de natureza formal, sendo o contrato, após a efetiva publicação, considerado válido e eficaz e apto a produzir seus efeitos no mundo jurídico.

Porém, ressalta-se que o descumprimento do prazo previsto na Lei de Licitações e Contratos, apesar de se caracterizar falha formal, não exime o administrador das sanções cabíveis, previstas em lei, sendo, inclusive, passível de imputação de multa por descumprimento de preceito legal.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu:

(...)

CONSIDERANDO que assiste, portanto, razão ao douto Ministério Público Especial ao afirmar que o atraso na publicação do extrato do contrato ou aditivo é **falha de caráter formal, sanável, bastando que para isso ocorra a devida e efetiva publicação, de onde decorrerá a validade, a eficácia e a aptidão para produzir os efeitos previstos no contrato ou aditivo.**

CONSIDERANDO, por fim, as informações expostas, submeto-lhes o presente Voto sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno **que conheça e responda à consulta** formulada pelo Sr. Gedeão Timóteo Amorim, Secretário de Estado de Educação, nos termos propostos pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público Especial.

Ante todo o exposto e **concordando com as conclusões da CONSULTEC e do d. Ministério Público Especial, VOTO** sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno, dentro da competência prevista no art. 11, IV, "f", da Resolução 04/2002, que:

1) Tome **conhecimento da presente Consulta**, admitida pela Presidência deste Tribunal, por intermédio do Despacho de fls. 07/08, vez que a mesma preenche os requisitos estabelecidos no art. 1º, inciso XXIII, da Lei n. 2423/1996 e arts. 274, §§1º e 2º e 278, §2º da Resolução 04/02;

2) **Comunique** ao Sr. Gedeão Timóteo Amorim, Secretário de Estado de Educação e Qualidade do Ensino, **que a recomendação desta Corte é no sentido de publicar os extratos tempestivamente, no entanto, a publicação tardia não interfere na vigência do ajuste, mas posterga a eficácia e a produção de efeitos do mesmo, não isentando o administrador público das penalidades previstas legalmente.**

3) **Envie ao Sr. Gedeão Timóteo Amorim os relatórios constantes dos presentes autos com os posicionamentos da CONSULTEC, às fls.14/17, e do n. Procurador-Geral de Contas, às fls. 19/22.**

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultente, em Sessão Ordinária de 19 de novembro de 2009, presidida pelo Conselheiro Érico Desterro; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Josué Filho (Relator) e o representante ministerial, Roberto Krichanã.

Exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal pelo particular nas fases de empenho, liquidação e pagamento, em contratos de fornecimento e prestação de serviços:

Consulta autuada sob Processo n. 1804/2009.

Relator: Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Consulente:

Nas fases de empenho, liquidação e pagamento pertinentes a contratos administrativos de fornecimento e de prestação de serviços (inclusive nos casos em que a nota de empenho substitui ao termo contratual), é exigível a comprovação nos autos da regularidade fiscal do particular contratado pelo Estado do Amazonas?

Tribunal Pleno:

“Considerar que, durante toda a execução do contrato, incluídas as fases de empenho, liquidação e pagamento, assim como os casos em que a nota de empenho substitui o termo contratual, deve ser exigida a comprovação, nos autos, da regularidade fiscal do particular contratado pela Administração Estadual, tendo em vista o disposto no art. 55, XIII, da Lei nº 8666/93”.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário de Estado da Saúde, Sr. Agnaldo Gomes da Costa, acerca da exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal pelo particular, como segue:

01- Nas fases de empenho, liquidação e pagamento pertinentes a contratos administrativos de fornecimento e de prestação de serviços (inclusive nos casos em que a nota de empenho substitui ao termo contratual) *é exigível* a devida comprovação nos autos da regularidade fiscal do particular contratado pelo Estado do Amazonas?

Antes de darmos sequência aos posicionamentos jurídicos que brilhantemente nortearam essa tese, peço vênias para fazer uma citação que creio relevante, extraída do voto do Relator, Conselheiro Érico Desterro e Silva:

No âmbito das competências, cabe ressaltar a função deste Tribunal de Contas de decidir sobre consulta formulada no tocante à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares nas matérias de sua competência, com fulcro no art. 1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 e art. 274 e seguintes da Resolução n. 04/02-TCE/AM.

Tal função desta Corte de Contas está relacionada ao princípio constitucional da eficiência, vez que nada melhor para aqueles que lidam com finanças públicas do que terem previamente a interpretação do órgão de controle externo. Para esses, a ação preventiva resultante tem mais largo alcance, visto que o controle orientador é mais eficiente do que o repressivo.

Retomando nossa análise, admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei e na jurisprudência, posiciona-se que a regularidade fiscal é um dos pressupostos para que a parte interessada possa se legitimar a participar dos processos licitatórios. Assim vejamos:

À vista do exposto, entendemos que o inciso XIII, do art. 55 da Lei 8.666/93 responde a indagação formulada pela consulente, *in verbis*:

“Art. 55 (...)

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

Elucidativas são as decisões do Tribunal de Contas da União acerca do tema, conforme abaixo transcrevemos:

“Acórdão n.º 584/1997 (processo TCU 825.125/96-0. 1ª Câmara. Incluir, em todos os contratos, cláusula necessária quanto à obrigação de o contratado manter, durante toda a execução das obras e dos serviços, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas na licitação, respeitado o inciso XIII do artigo 55 da Lei n.º 8.666/93-

Decisão n.705/1994 – Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade do contratado com o sistema de seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior.

Acórdão n.355/2006 – Plenário orienta pela inclusão “em futuros editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei n. 9012/1995 (art. 2º) e da Lei n.8666/1993 (arts. 29,incisos III e IV, e 55, inciso XIII).”

Portanto, a análise da documentação do contratado, como condição para o pagamento da despesa, deve guardar relação com as exigências da habilitação da licitação, quer no tocante à regularidade quer de qualificação

Ante o exposto, não resta dúvida. A regularidade fiscal, um dos pressupostos para que a parte interessada possa se legitimar a

participar dos processos licitatórios, tem de ser observada, durante toda a execução do contrato, o que inclui os pagamentos da despesa originária desse contrato.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procuradora-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

O consulente questiona se é devida a comprovação de regularidade fiscal do particular contratado pelo Estado, em casos que a nota de empenho substitui o termo contratual, ou nas fases de liquidação, empenho e pagamentos pertinentes a contratos administrativos de fornecimento e prestação de serviços.

Em consonância com o disposto no artigo 55, XIII, da lei de Licitações, trata-se de uma obrigação do contratado manter durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas no processo licitatório. Senão vejamos o entendimento do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

“O inciso XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. A sua ausência não dispensaria o particular dos efeitos do princípio de que a habilitação se apura previamente, mas se exige a presença permanente de tais requisitos, mesmo durante a execução do contrato. O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência. Se o particular, no curso da execução do contrato deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido”.

Ante o exposto, sugiro que o Egrégio Tribunal de Contas conheça da presente consulta, por se tratar de dúvida acerca da aplicação de dispositivos legais, conforme a disposição constante no art. 1º, inciso XXIII da Lei Orgânica nº 2.423/96, encaminhando como resposta ao consulente que a comprovação

da regularidade fiscal do particular contratado é necessária em virtude de lei, em quaisquer momentos da execução do contrato com a Administração Pública, tendo em vista o art. 55, XIII da Lei no 8.666/93.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

10.) Quanto à questão temática apresentada pelo consulente sobre a comprovação de regularidade fiscal do particular contratado nos casos em que a nota de empenho substitui o termo contratual, assim como nas fases de liquidação, empenho e pagamentos, pertinentes a contratos administrativos de fornecimento e prestação de serviços, certo é destacar o que dispõe o art.55, XIII da Lei 8.666/93:

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

11.) Sendo a regularidade fiscal uma das exigências para habilitação de qualquer interessado no processo licitatório (art.27,IV da Lei 8.666/93), verifica-se a necessidade, durante toda a execução do contrato, de comprovação documental de que o particular contratado encontra-se regularmente inscrito perante os cadastros públicos de contribuintes e que não constam débitos fiscais em seu nome.

12.) Ademais, é cediço que a exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprová-la à infração às leis fiscais. A própria Constituição alude a uma modalidade de regularidade fiscal pra fins de contratar com a Administração Pública no art. 195, §3º, que dispõe:

“A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

13.) A propósito, cabe mencionar a edição recente (DOE de 2 de junho de 2009) do Decreto Estadual nº 28.655, regulamentando a comprovação da regularidade fiscal nas contratações efetuadas no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual onde, claramente, se faz menção às fases de empenho, liquidação e pagamento da despesa.

14.) Dessa feita, verifico que as questões formuladas nesta consulta são de interesse para a Administração Estadual. Nesse passo, acompanho o Ministério Público Especial, e VOTO no sentido de que, este Tribunal Pleno conheça a presente consulta, no uso de suas atribuições, conforme o art. 1º, XXIII, da Lei nº 2.423/96 c/c os arts. 274 e 278 da Resolução n.04/02-TCE/AM e que:

14.1) Emita parecer em resposta à presente consulta com fulcro no art. 138, IV, “b”, da Resolução nº 04/02- TCE/AM, nos seguintes termos:

a) Considerar que, durante toda a execução do contrato incluídas as fases de empenho, liquidação e pagamento assim como os casos em que a nota de empenho substitui o termo contratual, deve ser exigida a comprovação, nos autos, da regularidade fiscal do particular contratado pela Administração Estadual, tendo em vista o disposto no art. 55, XIII, da Lei 8.666/93;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 26 de junho de 2009, presidida pelo Conselheiro Lúcio Alberto de Lima Albuquerque; presentes os Conselheiros Érico Xavier Desterro e Silva (Relator), Josué Cláudio de Souza Filho, Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior e o representante ministerial, Procurador Evanildo Bragança.

Possibilidade de prorrogação de contrato celebrado pela Administração Pública com Associação Filantrópica, cuja finalidade é intermediar a contratação de estagiários.

Consulta autuada sob Processo n. 4481/2007

Relator: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Consulente:

Há possibilidade de prorrogação de contrato celebrado pela Administração Pública com Associação Filantrópica, cuja finalidade é intermediar estágio, com base no artigo 57, II, da lei nº 8.666/93, com base na natureza implícita de continuidade dos serviços?

Tribunal Pleno:

*Tomar conhecimento da presente consulta formulada pelo Sr. Álvaro dos Santos Melo Filho, Ex-Diretor – Presidente da FUNTEC, para respondê-la nos tempos da manifestação ministerial de fls. 14/16, remetendo à Origem cópia reprográfica do Parecer nº 94/2008 – MP – Fernanda Cantanhede Veiga Mendonça **

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Sr. Álvaro dos Santos Melo Filho, Diretor-Presidente da Fundação de Televisão Rádio Cultura do Amazonas, acerca da possibilidade de prorrogação de contrato celebrado pela Administração Pública com Associação

Filantrópica, cuja finalidade é intermediar estágio, com base no artigo 57, II, da lei nº 8.666/93, e na natureza implícita de continuidade dos serviços.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei de licitações, e salientando que *serviços contínuos são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a comunidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.* (IN nº 18 de 22.12.97 – MARE), posiciona-se no seguinte sentido:

Ao fazermos a leitura do inciso II do art. 57, da Lei 8666/93, constatamos ser possível a prorrogação dos contratos em prazos inferiores, desde que ao final se respeite o prazo máximo de 60 meses.

Contudo, em se optando pela utilização de prazos menores, é necessário que a prorrogação esteja prevista no edital e no instrumento de contrato.

Considerando como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes, a prorrogação de contrato de prestação de serviços contínuos (ou de execução contínua) deve estar prevista no edital de licitação e no contrato que dela resultar.

Assim sendo, considerando que a natureza do contrato em questão não é de continuidade e, ainda que fossem, inexistente previsão contratual in casu, não há que se falar em prorrogação.

Ato contínuo, o Ministério Público Especial de Contas, representado por sua Procuradora-Geral, na forma regimental, tendo como signatário a Dra. Fernanda Cantanhede Veiga Mendonça, emitiu seu Parecer nos autos.

A Procuradora, ao constatar que assistia razão ao posicionamento da Consultoria Técnica, assim fundamentou seu parecer:

* O estágio quando firmado ente estudantes, a instituição de ensino e a empresa, é realizado através do instrumento chamado TCE, ou seja, Termo de Compromisso de Estágio, art. 3º da Lei 6494/1997, que dispõe sobre estágio de estudantes, no qual é obrigatório o item que disponha sobre o início e término do estágio, conforme as Instruções para a fiscalização do Estágio, Ofício Circular da Secretaria das Relações de Trabalho nº 11/85 de 09.09.85 e alterações da própria SRT nº 008/87 de 29.07.87. Dessa forma, o contrato de estágio celebrado entre a empresa e o estagiário deve prever o período mínimo de contratação bem como o máximo.

Vale ressaltar que o contrato de estágio não é regido pela Lei nº 8666/93, portanto não sendo aplicáveis quaisquer dispositivos da mesma, porém suponhamos que o contrato de estágio fosse guiado pela Lei de Licitações, vejamos que o art. 57, inciso II trata de serviços contínuos, que são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades. Observamos que o serviço prestado por um estagiário não é indispensável a ponto de interromper as atividades da Administração, senão seria mais razoável ao invés da contratação de estagiários a realização de um concurso público, pois dessa forma não haveria interrupção de um serviço necessário à Administração.

Por último, mesmo que o contrato fosse regido pela Lei de Licitações, não podemos esquecer que o contrato é Lei entre as partes, devendo, portanto ser obedecido *ipsis literis*, uma vez não prevista contratualmente a cláusula que disponha sobre a prorrogação, não há tal possibilidade.

O Procurador-Geral, em exercício, Dr. Evanildo Santana Bragança, em sessão de 12.06.2008, pediu vista dos autos para se manifestar no seguinte sentido:

Quanto ao mérito do duto parecer nº 94/2008 – MP/FCVM, não há discordâncias entre este Ministério Público e o Egrégio Colegiado, pelo que notei na sessão do julgamento.

Houve, contudo, divergência, encaminhada pelo Cons. Érico

Xavier Desterro e Silva, quanto à motivação, no que concerne à aplicação da Lei Federal 8666/93 aos contratos de estágio firmados pela Administração Pública.

Com razão a manifestação divergente, seja porque o contrato de estágio não tem as peculiaridades dos contratos de serviços tipicamente privados, seja porque, na forma do art. 62, § 3º, a lei de Licitações não se encontra no rol daquelas que avenças sujeitas à legislação civil.

Note-se que, mesmo quanto a estes últimos, determina a Lei Federal nº 8.666/93 a presença das cláusulas essenciais tipicamente administrativas na formulação, no termo contratual e na entabulação do negócio.

Assim sendo, há de prevalecer a regra do art. 57 da Lei referida, segundo a qual o instrumento convocatório da licitação e em todo caso, o instrumento contratual deve prever expressamente a intenção de prorrogar. Sem ela, nos contratos, ainda que portadores de obrigações de trato sucessivo, não se pode estender a duração do ajuste para além dos lindes temporais originalmente fixados, ressalvadas as ocorrências externas a que se refere o § 1º do mesmo art. 57 (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio: Renovar, 5ª ed., 2002, p.580-99, "passim."

Por todo o exposto, revendo, com a devida vênia, apenas uma parte da motivação do parecer de nº 94/2008 fls.14/16, reafirmo o entendimento de mérito, ali espraiado, de que não há possibilidade de prorrogação de contrato que não tenha em seu termo previsto tal cláusula.

Desse modo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, que ao acolher o entendimento do órgão técnico e do Ministério Público, manifestou-se no sentido de que *tendo em vista que o serviço prestado por um estagiário não é indispensável a ponto de interromper as atividades da Administração e mesmo que o contrato fosse regido pela Lei de Licitações, não se pode esquecer que o contrato é lei entre as partes, devendo, no entanto, ser obedecido *ipsis literis*, uma vez não prevista contratualmente a cláu-*

sula que disponha sobre a prorrogação, não há tal possibilidade.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 10 de julho de 2008, presidida pelo Conselheiro Raimundo José Michiles; presente a Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos (Relatora), bem como o representante ministerial, Procurador Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva.

Aplicação da alínea “d” do inciso IV do §1º do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, quando da realização de convênio entre Estado e Município cujo objeto seja obras e serviços de engenharia em prédios de propriedade do Estado.

Consulta autuada sob Processo n. 3662/2006.

Relatora: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos

Consulente:

Qual o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da *aplicação do art. 25, §1º, inciso IV, “d”, da Lei nº 101/2000 em relação a convênios com Municípios cujo objeto seja de Obras e Serviços de Engenharia em prédios de propriedade do Estado?*

Tribunal Pleno:

Responder ao consulente que: “é obrigatória a aplicação da Lei Complementar nº 101/2000, art. 25, §1º, inciso IV, “d”, quando da realização de convênio entre Estado e Município cujo objeto seja de obras e serviços de engenharia em prédios de propriedade do Estado, desde que haja interesse municipal, no projeto, observadas as exigências do art.62, da referida Lei Complementar.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário Executivo Adjunto da Fundação Estadual de Saúde, Plínio César Albuquerque Coêlho, acerca do posicionamento do Tribunal de Contas no seguinte caso:

“01 – Diante do exposto, consultamos de forma hipotética se o disposto na letra “d”, inciso IV, §1º, art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, se aplica a convênios com Municípios cujo o objeto seja de Obras e Serviços de Engenharia em prédios de propriedade do Estado?”

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Subsecretaria de Recursos Técnicos - SUBTEC para instrução inicial, na forma regimental.

A Subsecretaria de Recursos Técnicos ao compulsar os autos, mediante Relatório Conclusivo fundamentado na lei, posiciona-se:

“(...) esta SUBTEC manifesta-se no sentido de que sejam observadas as exigências essenciais abaixo discriminadas, para a total legalidade do ato administrativo:

1. se a obra a ser realizada se encontra de conformidade com o objeto a ser especificado no convênio;
2. se há lei homologada pela Câmara Municipal, autorizando a obra com recursos do Município;
3. se a feitura dessa obra irá trazer benefícios em contrapartida ao Município.

Portanto, conclui-se que preenchido tais requisitos, e observadas as determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei nº 8.666/93, nada obsta que a conversão dos referidos recursos advindos de transferências voluntárias sejam aplicados na obra pretendida.”

O parecer ministerial em fundamentação distinta da SUBTEC manifestou-se nos seguintes termos:

Entendo como necessária e obrigatória a aplicação do dispo-

sitivo legal em epígrafe quando da realização de convênio entre Governo e Prefeitura, mesmo quando o objeto se tratar de obras e serviços de engenharia em prédios de propriedade do Estado.

Ainda que a manutenção e reforma de tais imóveis seja de responsabilidade exclusiva do Estado, nada obsta que o mesmo firme convênio com o Município para que sejam efetuados os referidos serviços nos bens, com a necessária contrapartida, desde que haja interesse municipal no acordo.

Cada caso deverá ser analisado de acordo com as peculiaridades, valendo lembrar eu a contrapartida não deve ser, necessariamente, financeira, podendo ser prestada institucional ou operacionalmente, sempre atentando para o fato de que o objetivo dessa obrigação legal é obter o comprometimento da parte beneficiária na execução das atividades que lhe cabem no trato.

O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, após examinar matéria de cunho idêntico ao ora debatido, emanou as seguintes decisões:

“Pode a Prefeitura firmar convênio e conceder auxílio financeiro para melhoramento de serviços públicos que sejam constitucionalmente de responsabilidade do Estado, mas que são de interesse municipal, desde que munida de prévia autorização legislativa, devendo tais gastos serem empenhados em Despesa de Capital, sob a rubrica 4.3.2.2 – Transferências Governamentais.” (TCE/SC, Origem: Prefeitura Municipal de Campos Novos, Processo nº14.78/30, Parecer nº COG 564/93, Sessão de 08.09.1993).

“A realização, pelo Município de obra de responsabilidade do Estado pode ser viabilizada mediante convenio de delegação de recursos e encargos firmado pelas partes, com transferência dos recursos financeiros pelo Estado, situação em que

o Município assume todas as responsabilidades pela execução da obra (licitação, construção e pagamentos).” (TCE/SC, Origem: Associação dos Municípios do Médio Vale do Itajaí – AMMVI, Processo nº COM-03/06360608, Sessª de 08.10.2003, publicada em 03.12.2003)

Vejamos a determinação disposta na redação do art. 62 da Lei Complementar nº 101/200:

Art. 62: Os Municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver:

I – autorização na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual;

II – convênio, acordo, ajuste ou congêneres, conforme sua legislação.

A jurisprudência do TCE/SC também cita o dispositivo supracitado ao julgar convênio realizado entre Estado e Município:

“Cabe a cada órgão ou entidade executar as atividades de sua competência com os recursos contemplados em seus respectivos orçamentos.

Em face do preceituado no art. 62 da Lei Complementar nº 101/00, o custeio, pelo município, de despesas de competência de outros entes somente será admitido se estiver contemplado na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual, e pactuando entre os entes, através de convênio, acordo, ajuste ou congêneres, conforme dispuser legislação específica.

A superintendência do Porto de Itajaí, au-

tarquia municipal, somente poderá custear despesas administrativas (materiais de expediente, telefones, etc.) da Secretaria da Receita Federal para o exercício das atividades de fiscalização aduaneira, se as despesas estiverem previstas na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual do Município, e houver convênio entre as partes para tal finalidade, o qual deverá disciplinar as espécies e limites de despesas a serem custeadas pelo Município.” (TCE/SC, Origem: Superintendência do Porto de Itajaí, Processo nº COM – 00/03156052, Sessão de 16/10/2000, publicada em 28.02.2001)

Diante do exposto, sou de opinião que seja conhecida a consulta para respondê-la no sentido de ser obrigatória a aplicação da Lei Complementar nº 101/2000, art. 25, §1º, inciso IV, alínea “d”, quando da realização de convênio entre Estado e Município cujo objeto seja obras e serviços de engenharia em prédios de propriedade do Estado, desde que haja interesse municipal no projeto, observadas as exigências do art. 62, da referida Lei Complementar.

Assim sendo, **com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial**, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde, ao se confrontar com a tese jurídica, concluiu por *“responder ao consulente nos termos da manifestação ministerial, remetendo à origem cópia reprográfica do respectivo parecer.”*

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 12 de junho de 2008, presidida pelo Conselheiro Raimundo José Michilles; presente a Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos (Relatora), bem como o representante ministerial, Evanildo Santana Bragança.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS