



MinC
953
[Assinatura]

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO SADº 165/2016
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA CULTURA

PARECER nº 0004/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU (2.1)

PROCESSO nº 01400.014827/2015-45

INTERESSADO: Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração/MinC

**ASSUNTO: Alteração Contratual – Segundo Termo Aditivo ao Contrato nº 014/2015 –
Inclusão de Cláusula Antinepotismo**

Ementa:

- I. Segundo Termo Aditivo ao Contrato ao Contrato nº 014/2015. Alteração contratual.
- II. Necessidade de inclusão da previsão de cláusula antinepotismo, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.203/2010.
- III. Mutabilidade dos contratos administrativos. Correção de omissão no Termo de Referência ou na minuta do contrato constante como anexo do Edital. Assento constitucional da vedação ao nepotismo. Medida de caráter reparador e preventivo. Ausência de indicativo de possibilidade de eventual ofensa ao interesse público, competitividade no certame e/ou de qualquer modificação relevante no tocante ao objeto do contrato.
- IV. Fundamento contido na alínea “a” do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666/93.
- V. Parecer favorável, com ressalvas.

1. Em cumprimento ao disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, vem a esta Consultoria Jurídica o processo acima identificado, conforme despacho da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão (fl. 951), para análise e emissão de parecer jurídico a respeito da minuta do Segundo Termo Aditivo ao Contrato nº 14/2015 (fls. 948/948v), com espeque no teor da Nota Técnica nº 45/2015/DIANC (fls. 949/950), cujo objeto consiste na inclusão de Cláusula antinepotismo (cláusula primeira - fl. 948).

[Assinatura]

I - Relatório

2. O processo em epígrafe trata da contratação da empresa **GESTOR SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA.**, ocorrida em 11/06/2015, por meio da formalização do Contrato nº 14/2015 (fls. 810/828 – vol. V), cujo objeto reside na “(...) *prestação de serviços limpeza e conservação predial nos anexos do Ministério da Cultura situados em Brasília/DF*” (cláusula primeira – fl. 810).

3. Foi celebrado 01 (um) termo aditivo ao mencionado contrato, sendo que o Segundo Termo Aditivo, ora em análise, cinge-se à inclusão de Cláusula com vedação ao nepotismo, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.203/2010 (cláusula primeira – fl. 948).

4. Em breve síntese, a Divisão de Análise de Contratos, por intermédio do da Nota Técnica nº 45/2015/DIANC (fls. 949/950), aduziu ser necessário formalizar-se um termo aditivo para incluir cláusula atinente à vedação ao nepotismo nos seguintes termos: “*Fica vedada, no decorrer da execução contratual, a contratação de cônjuge, companheiro ou de parente em linha reta ou colateral, por consaguinidade ou afinidade, até o terceiro grau de servidor, ativo ou inativo há menos de 5 (cinco) anos, ou de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, do quadro de pessoal da Contratante*” (fl. 949).

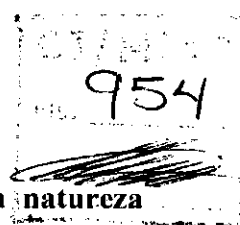
5. Ademais, informa não ter realizado consulta ao CADICON porquanto o referido cadastro somente disponibiliza pesquisa de condenações por ilícitos administrativos. Ao final, sugeriu-se o encaminhamento dos autos a esta Consultoria Jurídica para análise e emissão de opinativo jurídico a respeito da alteração proposta e a respectiva minuta do segundo termo aditivo.

6. Eis, em apertada síntese, o relato do necessário. Passo a manifestar.

II - Fundamentação Jurídica

7. Primeiramente, destaco competir a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente. Tampouco cabe a esta Consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. **Ademais, destaco que a presente manifestação apresenta natureza meramente opinativa e, por tal motivo, as orientações apresentadas não se tornam vinculantes para o gestor público**, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela

Go



emanada por esta Consultoria Jurídica. Ou seja, o presente opinativo apresenta natureza obrigatória, porém não vinculante.

8. Fixadas tais premissas, entendo que a análise ora empreendida **circunscreve-se** aos aspectos jurídico-formais da minuta do Segundo Termo Aditivo, constante às fls. 948/948v, cujo objeto consiste na inclusão de cláusula denominada de “antinepotismo”.

9. No caso em apreço, a inclusão da citada cláusula dar-se-á por aditamento ao contrato existente, com espeque, salvo melhor juízo, na autorização de modificação contratual unilateral prevista na alínea “a” do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, com arrimo na determinação contida no art. 7º do Decreto nº 7.203/2010. Vejamos:

Lei nº 8.666/93

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;

Decreto nº 7.203/2010

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

10. Com efeito, o aludido dispositivo da Lei nº 8.666/93 prevê hipótese de alteração das especificações técnicas no contrato para melhor cumprimento dos objetivos visados pela própria contratação, o que, por certo, abrange a necessidade de adequação do projeto para se amoldar ao comando imperativo contido no citado art. 7º do Decreto nº 7.203/2010. A necessidade de se estatuir cláusula que delineie com precisão a vedação à prática de nepotismo no seio da Administração, conforme estabelecido de forma expressa no multicitado art. 7º do Decreto nº 7.203/2010, apresenta-se como justificativa lúdima para alterar o contrato, representando mera modificação das especificações técnicas do projeto, tal como faculta a norma que regê a mutabilidade dos contratos celebrados na Lei de Licitações (alínea “a” do inciso I do art. 65).

A handwritten signature in cursive script at the bottom of the page.

11. Tal modificação não incrementa a possibilidade de ocorrência de eventual prejuízo ao interesse público ou eventual risco à execução do contrato – consequências estas que poderiam representar entrave à alteração do contrato administrativo –, consubstanciando-se em mera adaptação à previsão normativa ora em vigor, bem como em medida de caráter corretivo ante a ausência de previsão de tal cláusula na minuta do contrato incluída como anexo do Edital regulador do certame ou no próprio projeto básico. Nesse sentido, salutar a lição de Joel de Menezes Niebhur¹ que, com precisão, estabelece:

“(...) É legítimo que se proceda às alterações contratuais, tanto diante de fatos novos e imprevisíveis, quanto diante de equívocos detectados no projeto básico ou documento equivalente. O melhor seria que não houvesse equívocos. Entretanto, o planejamento das licitações e contratações não é perfeito. ocorrem falhas. Caso os equívocos não pudessem ser corrigidos, na maioria das situações, a Administração seria forçada a rescindir os contratos, incorrendo em custos amplíssimos (...). Portanto, não se harmoniza com o princípio da proporcionalidade a solução que impõe à Administração ônus tão pesados, impedindo-a de corrigir os equívocos por meio de alterações contratuais”.

12. Outrossim, não me parece que a alteração pretendida tenha o condão de gerar qualquer prejuízo à competitividade no certame, revelando em mera correção de erro ou omissão no texto do projeto básico ou na minuta contratual prevista no Edital, o que, salvo melhor juízo, também deve ser aferido pela área técnica competente desta Pasta. Por oportuno, registro que a vedação ao nepotismo encontra assento direto no Texto Constitucional conforme asseverado pelo Supremo Tribunal Federal² e que a inexistência ou a omissão de previsão expressa no texto original da minuta contratual ou no termo de referência não impediria a Administração de exigir de qualquer particular contratado a sua observância. Desse modo, a vedação à prática de nepotismo eventualmente derivada da contratação deveria ser observada de forma obrigatória por todos os concorrentes, a despeito, repise-se, da omissão ocorrida no texto do edital de regência ou na minuta contratual, o que reforça a presunção de ausência de efetivo prejuízo à competitividade no certame, caso se opere a inclusão de tal cláusula no contrato já firmado.

13. De igual sorte, o aditamento pretendido também se apresenta como medida de natureza preventiva que visa tão somente assegurar a desejada observância à moralidade administrativa, valor subjacente à vedação ao nepotismo imposta pelo ordenamento jurídico pátrio.

1 NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Editora Fórum, 2015, p. 959/960.

2"Emenda: Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - **A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.** III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal." (RE 579951, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, *DJe* de 24.10.2008) (GRIFEI)

14. Dessa feita, não se verifica qualquer óbice à celebração do termo aditivo em apreço, mormente porque as demais condições originais da execução contratual continuarão preservadas, não havendo, portanto, qualquer afetação relevante sobre os efeitos ou sobre o objeto do contrato administrativo existente. Destarte, a modificação pretendida configura-se em medida necessária para a plena adequação à previsão legal vigente, não inserida originalmente, tal como deveria, no corpo do projeto básico ou da minuta do contrato.

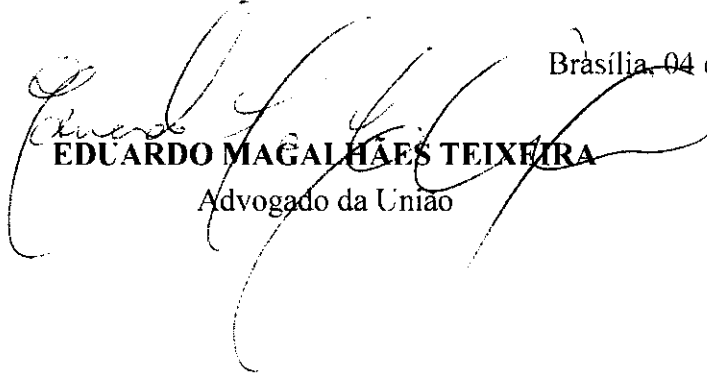
15. Outrossim, **no que diz respeito especificamente à minuta do Segundo Termo Aditivo**, constante às fls. 948/948v, sugiro a menção à alínea “a” do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666/93 c/c art. 7º do Decreto nº 7.203/2010, no tocante ao fundamento legal do aditivo previsto na cláusula terceira do citado termo, com espeque nas razões aduzidas no presente parecer.

III – Conclusão

16. À vista do expandido, opino, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade³, pela viabilidade legal de celebração do Segundo Termo Aditivo ao Contrato nº 014/2015, desde que observadas as orientações contidas no presente parecer.

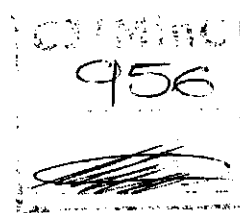
17. À consideração superior.

Brasília, 04 de janeiro de 2016.


EDUARDO MAGALHÃES TEIXEIRA
Advogado da União

³ Segundo o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União de 2011, “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.”

CONJUR/MinC
EM BRANCO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
GABINETE DO CONSULTOR JURÍDICO

DESPACHO n. 00002/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.014827/2015-45

INTERESSADOS: GESTOR SERVICOS EMPRESARIAIS LTDA

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Estou de acordo com a opinião jurídica precedente, que adoto como fundamento na forma do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

2. Observados os apontamentos, não é necessário o retorno dos autos a esta CONJUR, salvo se houver dúvida jurídica superveniente ou algum novo ato que necessite de análise jurídica prévia.

Brasília, 04 de janeiro de 2016.

CLARICE COSTA CALIXTO

Consultora Jurídica

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400014827201545 e da chave de acesso b385a200

Documento assinado eletronicamente por CLARICE COSTA CALIXTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5822940 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): CLARICE COSTA CALIXTO. Data e Hora: 04-01-2016 18:48. Número de Série: 101489. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidência da Republica v4.

CONJUR/MinC
EM BRANCO