

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA

PARECER Nº 028/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU (8.1)
PROCESSO Nº 01400.044205/2015-41
INTERESSADOS: SCDC/MinC e Município de Canoas/RS
ASSUNTO: Convênio nº 825254/2015

I. Convênio. II. Emenda parlamentar. III.
Restos a Pagar de 2015. IV. Parecer com
recomendações.

1. Por meio do Despacho de fl. 326, a Secretaria da Cidadania e da Diversidade Cultural - SCDC solicita a esta Consultoria jurídica análise e manifestação acerca da minuta de convênio a ser celebrado entre a União, por meio do Ministério da Cultura - MinC (representado pela SCDC) e o Município de Canoas/RS, tendo por objeto a mútua cooperação e colaboração ao Projeto "Espetáculo Parada Livre de Canoas", visando a proteção e garantia dos direitos civis da população LGBT (minuta às fls. 312-325).

2. A execução da proposta está orçada no valor total de R\$ R\$ 102.027,30, sendo R\$ 100.000,00 custeados por este Ministério e o restante de contrapartida da conveniente.

3. Fazem parte dos autos, dentre outros, os seguintes documentos: espelho de emenda parlamentar (fls. 01-02); declaração de contrapartida (fl. 169); documentos pessoais e de posse do representante (fls. 172 e 180); nota de empenho (fl. 250); plano de trabalho (fls. 297-304); termo de referência (fls. 269-290); e pareceres técnicos (fls. 104, 110-111, 185-186, 256-258 e 305-307).

4. Feito este breve relato, passo à análise da consulta, ressaltando que esta se dá em cumprimento ao disposto no art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 9º do Anexo I do Decreto nº 7.743/2012, abstraídas as questões de ordem técnica, financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

5. A Constituição Federal como orientadora da ação estatal, ao garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, prevê o apoio e o incentivo do Estado à valorização e à difusão das manifestações culturais, conforme disposto em seu artigo 215.

6. Por outro lado, verifica-se que a proposta em tela guarda consonância com o art. 216-A, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012), que trata do Sistema Nacional de Cultura, estabelecendo como princípios deste, entre outros, "a cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural" e "a descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações" (CF/88, art. 216-A, § 1º, incisos IV e XI).

7. Entre as disposições infraconstitucionais, o artigo 116, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permite a celebração de convênios, acordos e ajustes pelos órgãos e entidades da Administração, com o fim de desenvolver ações de mútuo interesse, atendidas as exigências previstas em seus incisos.

8. Fundamentam, ademais, a presente análise, a Lei n. 13.080/15 - LDO/2015 (já que o empenho foi emitido no exercício financeiro de 2015, conforme art. 21 do Decreto n. 93.872/1986); o Decreto n. 93.872/1986; o Decreto n. 6.170/2007; a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011, e a Portaria/MinC n. 33/2014.

9. Assim, desde que obedecida a legislação específica e os termos do instrumento proposto estejam aptos a alcançar o objetivo pleiteado, não haverá qualquer óbice de ordem jurídica para a sua formalização.

10. Com relação aos critérios de conveniência e oportunidade, observo que o mérito do Convênio em análise deve ser atestado pela área competente deste Ministério, não cabendo a esta Consultoria imiscuir-se em tal seara. Nesse sentido, a proposta foi analisada pelos Pareceres de fls. 104, 110-111, 185-186, 256-258 e 305-307. Os primeiros impuseram condicionantes, consideradas em sua maioria sanadas pelo último, que se manifestou favorável à celebração do ajuste "com ressalvas". O saneamento das ressalvas indicadas pelo último parecer técnico deverá ser atestado previamente à celebração do convênio, já que a minuta não prevê condicionantes e o Despacho de fl. 326 não se manifesta sobre as referidas ressalvas. Observo que uma das ressalvas possivelmente implicará glosa no valor total do convênio (que deve se refletir na minuta e na nota de empenho) ou revisão de rubricas.

11. Ressalto que os recursos a serem repassados por este Ministério aparentemente estão garantidos no orçamento de 2015, conforme a Nota de Empenho juntada aos autos (fl. 250). No entanto, a referida Nota deve ser assinada pelo ordenador de despesas e deve ter sido inscrita em restos a pagar, conforme determina o art. 68, §1º, do Decreto n.º 93.872/1986, para que seja considerada válida.

12. Quanto à contrapartida, observo que foi juntado aos autos a correspondente declaração, mas não localizamos o comprovante de disponibilidade orçamentária, conforme determina o art. 24, § 5º, da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011, o que deve ser providenciado. Ademais, recomendo que seja avaliada, pela área técnica, a sua adequação ao disposto no art. 72, § 1º, da LDO/2015. Ressalto, ainda, que como o proponente é ente público, a contrapartida deverá ser exclusivamente financeira, conforme determina o art. 72, § 1º, da LDO/2015. Ou seja, os recursos correspondentes à contrapartida devem ser depositados na conta bancária específica do convênio.

13. Conforme o inciso XXIV do §2º, do artigo 1º, da Portaria nº 507/2011, termo de referência é documento que deve ser apresentado pelo proponente quando o convênio envolver aquisição de bens ou prestação de serviços e que deve conter o detalhamento do objeto de cada compra ou contratação acompanhado de justificativa para cada compra ou contratação e com a indicação do preço, tudo para propiciar a análise dos custos pela Administração. Segundo o artigo 37 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o termo de referência deve ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

14. Consoante os artigos 25 e 39 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o plano de trabalho deve ser avaliado após a efetivação do cadastro do proponente e antes da celebração do Convênio. De acordo com o art. 25, o Plano de Trabalho deve conter, no mínimo, justificativa para celebração do instrumento, descrição completa do objeto a ser executado, descrição das metas a serem atingidas, definição das etapas ou fases da execução, cronograma de execução do objeto, cronograma de desembolso e plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente. Conforme dispõe o artigo 26 daquela Portaria, "o Plano de Trabalho será analisado quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa".

15. Portanto, a aprovação do termo de referência e do plano de trabalho deve ser oportunamente providenciada, conforme indicado nos itens acima.

16. Vale lembrar que o proponente, como ente público, quando da aquisição de bens e da contratação de terceiros, está adstrito ao disposto nas disposições contidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e demais normas federais pertinentes (art. 62 da PI 507/2011).

17. Não obstante, com relação aos custos indicados no termo de referência, convém trazer à baila a determinação do TCU dirigida a este Ministério para que atente à compatibilidade entre os valores orçados pelos proponentes e os valores praticados no mercado, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 3716/2010 – TCU – 2ª Câmara 1. Processo nº TC 006.331/2008-6. 5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. (...) 9.5. determinar ao Ministério da Cultura que exerça controle sobre a fase de análise técnica das proposições e de celebração dos instrumentos que disciplinam a transferência dos recursos a título de convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, atentando para a compatibilidade entre os valores orçados pelo contratante e os valores praticados no mercado, consoante os arts. 43, inciso IV, e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, c/c o art. 20 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127, de 29 de maio de 2008;

18. Ressalto que o TCU vem reiteradamente alertando os gestores públicos para a importância da fase de planejamento, pois dela depende a efetividade das fases subsequentes. Assim recomendou o Tribunal no seguinte julgado:

3.2.28 A adequada análise técnica das proposições, certificando-se da consistência dos planos de trabalho, da adequabilidade de seus custos e das condições das entidades convenentes para executá-los, constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa neste tipo de processo: a antecedente. A efetividade das demais fases, a concomitante (acompanhamento e fiscalização da execução) e a subsequente (avaliação de resultados e prestações de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos na primeira fase. Os fatos descritos neste relatório denotam uma correlação do tipo causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais. (TCU, Acórdão 390/2009 – Plenário) (grifos nossos)

19. Por se tratar de proposta indicada por emenda parlamentar, vale mencionar os seguintes excertos de julgados do TCU, que reforçam a necessidade de análise técnica criteriosa da proposta, independentemente da origem do recurso:

3.35. Tampouco pode ser acatado o argumento transcrito em 3.27.c (acima), vez que a legislação de convênios não prevê tratamento diferenciado ao pleito quando o recurso orçamentário provém de emenda parlamentar. Vale dizer, os rigores exigidos pela lei para avaliação técnica, financeira e operacional dos proponentes são idênticos, devendo o órgão concedente aplicá-los integralmente em qualquer caso. (AC-0073-01/14-P, Plenário, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Processo: 029.211/2010-7)

21.2 As emendas parlamentares se situam no campo da discricionariedade do parlamentar quanto à opção política na definição do gasto ou investimento, mas, em se tratando do agente executor favorecido, há de se observar as normas materiais e de procedimento quanto aos requisitos de credenciamento. O fato de a emenda parlamentar encontrar abrigo na lei orçamentária não impõe ao agente público encarregado da sua operacionalização ignorar as normas aplicáveis aos entes beneficiados.

(...)(AC-2651-39/12-P, Plenário, Relator: AUGUSTO NARDES, Processo: 005.361/2011-7)

20. Considerando que, aparentemente, o convênio envolve a realização de eventos, pertinente transcrever determinação emanada do Tribunal de Contas da União – TCU, constante do Acórdão nº 1554/2011–TCU–Plenário – TC 002.852/2008-5:

9.6. determinar ao MinC e ao MDA que se abstenham de realizar transferências voluntárias não amparadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias:

9.6.1. a entidades privadas que não atendam aos requisitos legais, por intermédio de pessoas políticas estaduais e municipais, como forma de contornar os impedimentos impostos pela legislação; (grifo nosso)

21. Recordo que, em conformidade com o artigo 4º do Decreto nº 6.170/2007 (com redação dada pelo Decreto nº 7.568/2011), tornou-se obrigatória prévia seleção pública para a realização de convênios com entidades privadas. Ademais, de acordo com o artigo 18, XIII, da LDO 2015, não podem ser transferidos recursos a entidades privadas destinados à realização de eventos, no âmbito do Ministério da Cultura. Dessa forma, entidades privadas não poderiam conveniar com o MinC o projeto em exame, em virtude das vedações expostas acima.

22. Assim, importante frisar que compete à área técnica acautelar-se e garantir que o convênio em apreço não utilizará o ente público como mero intermediário para a execução do projeto por entidade privada, como forma de contornar os impedimentos impostos pela legislação, conforme determinação do TCU supra transcrita

23. Recomenda-se, também, que se exija, na prestação de contas, demonstrativo detalhado das atividades efetivamente realizadas, inclusive mediante registros audiovisuais/fotográficos contemplando momentos diversos da realização dos eventos previstos, entre outros elementos necessários à formação do devido nexa causal entre os valores transferidos e o objeto do convênio¹. Tal exigência já consta da minuta.

24. Considero importante consignar, ainda, que o TCU vem entendendo que a cobrança de ingressos em eventos e a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos durante a execução dos projetos beneficiados com recursos de convênios, caracteriza indevida subvenção social de particulares e não atende ao interesse público, salvo se revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional². Tal entendimento deve ser levado em consideração, se for o caso.

25. Vale lembrar que a liberação de recursos dos convênios no maior número de parcelas possível é a melhor forma de se assegurar a aplicabilidade do disposto no artigo 70 da Portaria Interministerial nº 507/2011 (que prevê a suspensão da liberação

¹ Nesse sentido manifesta-se o TCU: Assunto: CONVÊNIOS. DOU de 02.10.2008, S. 1, p. 125. Ementa: determinação ao Ministério do Desenvolvimento Agrário para que adote, sob pena de responsabilização do gestor, em relação à aplicação de recursos destinados a cursos de capacitação, repassados mediante convênios ou ajustes afins, procedimentos de fiscalização e acompanhamento específicos, fazendo com que: a) a fiscalização se realize de modo a comprovar a efetiva realização dos cursos; b) os relatórios sejam consubstanciados em evidências, as quais devem ser demonstradas pelo responsável pela fiscalização; c) seja averiguado se o número de participantes e o conteúdo dos cursos estão em conformidade com o Plano de Trabalho; d) a fiscalização seja realizada durante a execução de cada curso e que não se limite a uma única visita; e) faça constar, nos termos de ajustes que vierem a ser firmados com entes particulares, obrigações relacionadas à prestação de contas, estabelecendo, de forma expressa, que: e.1) cabe ao conveniente/contratante o ônus de demonstrar, de forma inequívoca, a boa e regular aplicação dos recursos; e.2) a documentação apresentada nas prestações de contas deve contemplar os elementos necessários à formação do devido nexa causal entre os valores transferidos e o objeto do convênio, e deve conter, dentre outros, os seguintes elementos: e.2.1) relação dos participantes dos eventos realizados, com informações que possibilitem a localizá-los, como: endereço residencial e comercial, telefones, endereço eletrônico, entre outras; e.2.2) relatório fotográfico contemplando momentos diversos da realização do evento (item 1.5, TC-011 981/2007-3, Acórdão nº 3.874/2008-2ª Câmara).

² Acórdão. (...) 9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que: 9.5.2. os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas; (Acórdão 96/2008 – Plenário, j. 01.02.2008)

de recursos, na eventual ocorrência de irregularidades). Todavia, esta é questão iminente técnica, que cabe ao órgão consulente avaliar e justificar.

26. Recordo, ainda, a determinação do TCU constante do item 1.5.1, do Acórdão TC-005.335/2005-6 (Acórdão nº 4.656/2008-1ª Câmara), nos seguintes termos: "*a realização de despesas em data posterior à vigência do instrumento somente é permitida se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado, conforme dispõe o art. 39, inc. VI, da Portaria Interministerial/MP, MF e CGU nº 127/2008*" (art. 52, VI, da Portaria Interministerial nº 507/2011).

27. Nesse sentido, a área técnica deve estar atenta ao prazo de vigência do instrumento, a fim de se evitar possíveis problemas futuros. Vale lembrar que, em caso de Convênio com prazo expirado, não é possível a prorrogação, o que prejudicaria a conclusão do objeto. Por outro lado, observo que a Portaria/MinC nº 33/2014 (alterada pela Portaria/MinC n. 79/2015), permite apenas duas prorrogações por Termo Aditivo.

28. Destaco também a vedação quanto à realização de despesas em data anterior à vigência do instrumento, nos termos do disposto no artigo 52, inciso V, da Portaria Interministerial nº 507/2011. Assim, tem-se por inviável o pagamento de despesas preparatórias ou de eventos já realizados.

29. A proposta deve guardar sintonia, ainda, com o disposto na Portaria/MinC nº 33, de 17 de abril de 2014, que estabelece regras e critérios para a formalização de instrumentos de transferência voluntária de recursos para apoio à realização de atividades culturais e de projetos de infraestrutura, no âmbito do Ministério da Cultura, com especial atenção ao disposto em seu art. 4º. Recomendo que a área técnica manifeste-se sobre o cumprimento da referida Portaria.

30. Como o objeto da proposta em tela será executado no ano de 2016 (ano em que se realizam eleições municipais), observo que neste incide a restrição prevista no art. 73, § 10, da Lei n.º 9.504/1997 (Lei Eleitoral), que veda, no ano em que se realizar eleição, "*a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior*". Logo, convém alertar para o risco de que recursos destinados à distribuição gratuita de camisetas (despesas constantes do termo de referência) sejam vetados pela Justiça Eleitoral, sujeitando os responsáveis às restrições e sanções previstas na Lei 9.504/97.

31. Observo, no entanto, que há manifestações do TSE que afirmam que não se pode equiparar a transferência de recursos com vistas ao fomento da cultura à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, sobretudo quando há exigência de contrapartida (ou encargos), hipótese em que estaria descaracterizada a gratuidade da distribuição. Nesse sentido:

"Recurso contra expedição de diploma. Senador. Deputado estadual. Repasse. Recursos financeiros. Entidades públicas e privadas. Fomento. Turismo. Esporte. Cultura. Contrato administrativo. Contrapartida. Gratuidade. Descaracterização. Abuso do poder político e econômico. Ausência de prova. Desprovento. [...] NE: Trecho do voto do relator: "Não se pode equiparar a transferência de recursos com vistas ao fomento da cultura, do esporte e do turismo à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, sobretudo quando há formalização de contratos que preveem contrapartidas por parte dos proponentes, podendo ser financeiras, na forma de bens ou serviços próprios ou sociais" (Ac. de 24.4.2012 no RCED nº 43060, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

32. Portanto, recomenda-se que qualquer distribuição de bens seja justificada (ou, se necessário, suprimida do projeto, com a glosa das despesas correspondentes), descaracterizando a sua gratuidade e demonstrando que essas despesas são essenciais à execução da proposta.

33. Ainda tendo em vista que o objeto do convênio será realizado em 2016, observo que a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei Eleitoral), em seu artigo 73, inciso VI, alínea “a” veda, nos três meses que antecedem as eleições, realizar **transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios**, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Assim, **tal restrição deve ser observada, caso haja atrasos no repasse dos recursos ou na execução do projeto.**

34. Por sua vez, o § 3º do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, determina que as vedações previstas nas alíneas “b” e “c” do inciso VI do referido artigo, ou seja, a proibição de, nos três meses que antecedem o pleito, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviço e campanhas dos órgãos ou entidades públicas, e fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. Ou seja, em época de eleições municipais, as referidas vedações não se aplicam à administração federal.

35. Contudo, a Advocacia-Geral da União vem recomendando aos agentes públicos federais que tenham cautela na prática das referidas condutas, para não infringir o § 1º do artigo 37 da Constituição, que veda a promoção de autoridades ou servidores públicos em publicidade oficial (vide TSE, RESPE nº 15.663, de 29.02.2000, rel. Min. Eduardo Ribeiro), ou para não fazer propaganda a favor de candidato ou partido político, sob pena de configurar abuso do poder e incidir no disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990. Assim, está adequada a redação dada à cláusula referente à Divulgação.

36. Com relação à minuta, observo que esta segue o modelo aprovado pela Advocacia-Geral da União e adaptado por esta Consultoria. Nesses termos, torna-se desnecessária a análise da minuta encartada aos autos, considerando que a minuta-modelo fornecida por esta Consultoria contém todos os requisitos exigidos pela legislação vigente. **Recomendo apenas que o valor de repasse do concedente seja corrigido, conforme indicado na própria minuta.**

37. Devem ser observadas pelo Conveniente as vedações constantes do artigo 52 da Portaria Interministerial nº 507/2011 e da LDO vigente no ano do empenho; as regras referentes à liberação de recursos, à contratação com terceiros e aquisição de bens e serviços e aos pagamentos (artigo 54 a 64 da Portaria Interministerial nº 507/2011); bem como demais normas previstas na legislação vigente aplicável.

38. Ao órgão técnico responsável pelo acompanhamento e fiscalização do Convênio, recomendo atenção a qualquer alteração interna do Conveniente e atualização periódica dos dados cadastrais deste, de modo a respeitar o disposto nos art. 10 e 38 da Portaria Interministerial nº 507/2011, bem como a observância aos Capítulos V e VI (Título V) daquela Portaria, que estabelecem as normas relativas ao acompanhamento e fiscalização dos convênios e à prestação de contas.

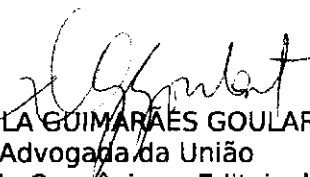
39. Por fim, observo que deve ser verificada a regularidade do conveniente quando da celebração do convênio, bem como de eventuais aditivos de valor, entendimento este resultante da combinação do artigo 103 da Lei nº 12.249/2010 com o § 1º do artigo 25 da LRF (Lei Complementar n. 101/2000) e constante das Leis de Diretrizes Orçamentárias posteriores.

40. Conclui-se, portanto, pela possibilidade, em tese, de celebração do convênio em exame, desde que atendidas as recomendações apontadas neste Parecer.

41. Finalmente, vale lembrar que, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de boas Práticas Consultivas da AGU³: *"não é necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas"*. Assim, não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.

Isto posto, conforme permite a Portaria/CONJUR/MinC n. 1, de 4/11/2009 (com alterações posteriores), solicito o encaminhamento dos autos à SCDC/MinC, para as providências cabíveis, previamente à análise conclusiva por esta Consultoria.

Brasília, 8 de janeiro de 2016.



DANIELA GUIMARÃES GOULART
Advogada da União
Coordenadora-Geral de Convênios e Editais de Seleção Pública

³ O referido Manual é de observância obrigatória pelos membros da AGU, exceto se outra medida for indicada como melhor para o atendimento do interesse público e havendo amparo legal para tanto, conforme art. 1º da Portaria Conjunta AGU nº 01 de 23 de outubro de 2012.

CONJUR/MINC
EM BRANCO