



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**

PARECER nº 646/2017/CONJUR-MinC/CGU/AGU
PROCESSO nº 01400.014847/2012-73
INTERESSADO: Convênio. Contratação. Inexigibilidade. Subconvênio
ASSUNTO: 00.0. Código

I - Convênio nº 770554/2012. Rio Criativo/Criativo Birô. Execução. Irregularidades;

II - Consulta. Requisitos conformadores da dispensa de licitação. Subconvênio. A análise técnica, levada a efeito, não deixa dúvidas quanto a inexistência de requisitos conformadores de a dispensa de licitação e quanto a caracterização de subconvênio, revelando, assim, a ausência de dúvida quanto aos aspectos jurídico-formais desses atos;

III - A dispensa de licitação prevista no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, somente abrange contratações cujo objeto se enquadre no conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional;

IV - Subconvênio. Parecer nº 235/2017/CONJUR-MinC/CGU/AGU, exarado nos autos do processo nº 01400.042340/2011-29.

Senhora Coordenadora Geral,

1. A Secretaria da Economia da Cultura - SEC/MinC, por meio do Despacho de Aprovação s/nº, SEI nº 0414487, encaminha a esta Consultoria os presentes autos com consulta acerca de inexigibilidade de licitação, requisitos de qualificação técnica e subconvênio, ante a contratação da Pontifícia Universidade Católica pela Secretaria de Cultura do Rio de Janeiro objetivando a execução de “parcela” do objeto do Convênio nº 770554/2012, firmado entre a SEC/RJ e esta Pasta Ministerial.

I - Relatório

2. Com o Despacho, SEI nº 0414487, a Coordenação-Geral de Acompanhamento e Prestação de Contas, noticia que procedeu imediata análise financeira do Convênio nº 770554/2012, ante determinação da Colenda Corte de Contas da União, expressa no Acórdão 6.114/2017-TCU-2ª Câmara, no sentido de ser informado quanto a situação do precitado ajuste, incluindo nesse informativo, posicionamento conclusivo sobre o cumprimento do objeto e a respectiva prestação de contas.

3. Ao levar a efeito aludida análise, declina a percepção de “fragilidades” relativas à contratação da PUC/RJ pela Conveniente, por dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso XIII da Lei de Licitações, uma vez que, **em sua análise técnica**, “...**não** se verificou no estatuto da instituição a incumbência regimental ou estatutária para pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. A instituição em questão, com base no art. 2º do seu estatuto social, tem como objeto *“fundar, manter e administrar instituições de educação e estabelecimentos de ensino superior integrantes da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ou que venham a integrá-la, promovendo, inclusive, através da mesma, ações de assistência social (...)”*...”. (o negrito é nosso).

4. Esclarece, ainda, que, nesse procedimento de dispensa, o atestado de capacidade técnica relacionou “...ações já com a incubadora em funcionamento e já com a PUC contratada, logo **não** se trata de comprovação de capacidade técnica para a contratação da instituição para a execução do convênio.”. (o negrito não consta do original).

5. Noticia, também, com base em Relatório de Auditoria 201407121 da CGU, a existência de indícios de subcontratação da Universidade Católica, pelo fato de o valor dessa contratação representar, originalmente, 70% (setenta por cento) do valor do ajuste. Deduz, em complemento, que devido a aditivo de acréscimo e uso de rendimentos, tal contratação, hoje, representa pouco mais de 50% (cinquenta por cento) do valor total de execução do ajuste, “...o que **não** torna menos relevante a questão, haja vista que são valores altamente significativos para serem repassados a um único prestador de serviço do convênio.”.(o negrito não consta do original).

6. Por fim, afirmando que tais questões são “**estritamente interpretativas da norma**”, sugeriu o encaminhamento dos autos a este Consultivo para a manifestação que for devida, “...antes que seja tomada qualquer providência” quanto ao atendimento do que determinado pelo Excelso TCU.

7. Esse é o relato do necessário.

II - Fundamentação Jurídica

8. **Ressaltamos, de início, que a análise: da caracterização de subconvênio; do estatuto da PUC/RJ, no que diz respeito a incumbência regimental ou estatutária para pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional; e, do cumprimento do requisito de qualificação técnica da PUC/RJ, são de índole eminentemente técnica, cabendo a esta Consultoria tão somente a análise dos aspectos jurídico-formais de confecção de tais atos.**

9. Nesse contexto, verificamos que a análise técnica levada a efeito, se posiciona, quanto aos requisitos legais da dispensa de licitação, afirmando categoricamente que: (i) “...**não** se verificou no estatuto da instituição a incumbência regimental ou estatutária para pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional...”; e, que “... **não** se tratou de comprovação de capacidade técnica para a contratação da instituição para a execução do convênio.”, uma vez que o atestado técnico relaciona “...ações já com a incubadora em funcionamento e já com a PUC contratada...”.

10. Da mesma forma, no que diz respeito ao subconvenimento, atesta, sem nenhuma dúvida, que a contratação ao ter valor inicial equivalente 70% do valor do ajuste e, posteriormente, ante acréscimos e rendimentos, equivaler a pouco mais de 50% “...**não** torna menos relevante a questão, haja vista que são valores altamente significativos para serem repassados a um único prestador de serviço do convênio.”.

11. **Como se observa, a análise técnica não deixa dúvidas quanto a inexistência de requisitos conformadores da dispensa de licitação e quanto a caracterização de subconvênio, revelando, assim, a ausência de dúvida quanto aos aspectos jurídico-formais desses atos.**

12. De qualquer sorte, segue a manifestação jurídica, a qual, ressaltamos, se dá em cumprimento ao disposto no art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, abstraídas, **repetimos, as questões de ordem técnica acima suscitadas**, bem como financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

II.a) quanto a comprovação do requisito relativo a incumbência regimental ou estatutária da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional.

13. Diz o inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, verbis:

Art. 24. É dispensável a licitação:

.....
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

14. Como se observa, dentre outros requisitos, a dispensa de licitação, no caso, deveria restar comprovado que o estatuto da PUC/RJ registra a **incumbência de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional**. Os fins buscados pela Instituição, que permitam sua contratação direta, deverão estar fixados de modo formal, por via regimental ou estatutária.

15. Mas não é só. Não podemos tomar este dispositivo como uma espécie de válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem a necessidade de licitação. Somente se configuram os

pressupostos, do dispositivo acima transcrito, quando o objeto da contratação insere-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição, ou seja, ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional.

16. Quanto à caracterização do vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato, temos que recorrer ao ensinamento do Mestre Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Edição, Dialética, página 328, assim expresso:

18.6.1) A necessidade de pertinência absoluta

As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avença com a Administração. **Isso equivale a afirmar que somente podem ser abrigadas no permissivo do inc. XIII contratações cujo objeto se enquadre no conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional.....**

Um exemplo serve para identificar situação de ausência dessa pertinência absoluta. Suponha-se que a Administração necessite adquirir veículos automotores e recorra a uma fundação vinculada, realizando contratação pela qual transfere as verbas necessárias à compra, com a previsão de comodato em seu favor. Não há a menor possibilidade de reconduzir essa situação à hipótese do inc. XIII. A compra de veículos e sua cessão gratuita não se configuram como atividade de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional.....

17. Nesse sentido, o TCU tem proferidos inúmeras decisões, vejamos:

A contratação direta com fundamento no art. 24, XIII, da Lei de Licitações deve ocorrer quando houver nexa entre esse fundamento, a natureza da instituição contratada e o objeto do ajuste, além da compatibilidade entre o preço pactuado e o preço de mercado. Os instrumentos contratuais devem explicitar os preços a serem pagos pelos itens de serviços efetivamente executados, a fim de garantir que os mesmos sejam compatíveis com os preços de mercado. (Acórdão nº 50/2007, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler)

...quando da contratação direta com fulcro no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações, atente para a necessidade de haver nexa entre a natureza da entidade e o objeto contratado, além de comprovada razoabilidade de preço, conforme reiterada jurisprudência desta Corte. (Acórdão nº 1.616/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cvalcanti)

(Os negritos não constam do original)

18. No caso da **suposta dúvida** apresentada, sequer temos questionamentos acerca de eventual nexa entre a natureza da "...PUC-Rio, através do Instituto Gênesis..."(?), fl. 53, 0074854, e o objeto contratado. Ao contrário, temos uma afirmação, da área técnica, de que, nem exigência de registro formal das incumbências relativas ao ensino, à pesquisa e ao desenvolvimento institucional consta do estatuto da Instituição contratada. É o que expressa o item 7, 0414487, *verbis*:

.....A instituição em questão, com base no art. 2º do seu estatuto social, tem como objeto "*fundar, manter e administrar instituições de educação e estabelecimentos de ensino superior integrantes da*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ou que venham a integrá-la, promovendo, inclusive, através da mesma, ações de assistência social (...)".

19. Diante dessa afirmação técnica temos por inexistente "...questão estritamente interpretativa da norma..." a ser esclarecida por este Consultivo. Cabe a área técnica, firme em sua convicção, se posicionar, diante dos esclarecimentos **jurídico-formais acima deduzidos**, conclusivamente acerca de a regularidade da contratação em comento.

II.b) do cumprimento do requisito de qualificação técnica da PUC/RJ

20. A área técnica, no item 9, SEI nº 0414487, declina que a documentação apresentada, no momento licitatório, como "**atestado de capacidade técnica**" relaciona "...**também** ações já com a incubadora em funcionamento e já com a PUC contratada,..." para concluir que "...logo **não** se trata de comprovação de capacidade técnica para a contratação da instituição para a execução do convênio...".

21. A exigência legal de comprovação desse requisito é a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados em entidades profissionais competentes, que comprovem: "...aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; ". (inciso II do art. 30 da Lei de Licitações)

22. Assim, a área técnica deve observar, para a comprovação do requisito, se a Contratada apresentou atestados como tais informações. O fato de neles constarem "...**também** ações já com a incubadora em funcionamento e já com a PUC contratada,..." não nos parece relevante para a demonstração pura e simples de tal requisito, até porque, conforme declarado pelo Conveniente às fl.53, 0074854:

....o projeto Rio Criativo é uma iniciativa que visa disseminar a cultura empreendedora e apoiar a consolidação de empreendimentos criativos no Estado do Rio de Janeiro, **iniciado em dezembro de 2009** quando a Secretaria de Estado de Cultura firmou parceria com as Faculdades Católicas (PUC-Rio). (o negrito é nosso)

23. De qualquer sorte, esse é apenas um opinativo que não vincula à Administração a entender e decidir que tais atestados como o registro **TAMBÉM** de "...ações já com a incubadora em funcionamento e já com a PUC contratada..." não tem a serventia para comprovar a "...capacidade técnica para a contratação da instituição para a execução do convênio...".

II.c) da caracterização do subconvênio

24. Quanto a essa suposta dúvida, vamos nos reportar ao que este Consultivo já orientou nos termos do PARECER Nº 235/2017/CONJUR-MINC/CGU/AGU, exarado nos autos do processo nº

01400.042340/2011-29, ipisi litteris:

6. Inicialmente, com relação à questão do possível subconvênio, observo que a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011 admite duas formas de “terceirização” parcial do objeto do convênio:

a) A primeira hipótese (art. 62) diz respeito à contratação para a aquisição de bens e serviços acessórios ao convênio, ou seja, para o estabelecimento de uma relação de fornecimento de bens e serviços, em que os interesses das partes são contrapostos, e não convergentes. Neste caso, o convênio está estritamente vinculado às disposições contidas na Lei n. 8666/93 e demais normas federais pertinentes ao assunto.

b) A segunda hipótese (art. 63) diz respeito a convênio cujo objeto envolva parceria, ou seja, vínculo em que haja interesses convergentes das partes, sem que haja transferência total das obrigações assumidas no convênio. Neste caso, a Portaria Interministerial n. 507/2011 exige que a parceria seja estabelecida exclusivamente com entidade privada sem fins lucrativos, devidamente selecionadas em conformidade com o disposto nos arts. 8º e 9º da Portaria.

7. Em ambos os casos, evidentemente, as obrigações assumidas no convênio não podem ser integralmente transferidas ao contratado/parceiro (o que caracterizaria o subconvênio), sob pena de se esvaziarem todas as exigências da legislação com relação ao ente conveniente.

8. Observo, ainda, que esta Consultoria vem recomendando aos órgãos técnicos cautela ao analisar propostas de convênios apresentadas por entes públicos em que todas ou a maior parte das atividades pareçam ser realizadas por uma só entidade privada, e em que não esteja muito clara a função do ente público conveniente no projeto, com base em recomendação do 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)

9. Dito isso, no que diz respeito ao possível subconvênio, temos feito as seguintes recomendações às áreas técnicas:

a) que acautelem-se e garantam que o convênio 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;

b) a formação de *parcerias* entre o ente público conveniente e entidade privada deve se dar por meio de chamamento público realizado nos moldes dos art. 8º e 9º da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011;

c) não deve haver transferência total da execução do Convênio ou da maior parte das metas previstas no plano de trabalho a entidade privada ou empresa, seja por meio de contrato, convênio ou instrumento congêneres, de modo a não caracterizar a terceirização do objeto do Convênio e a burla à Lei de Diretrizes Orçamentárias;

d) incumbe à conveniente demonstrar o cumprimento da legislação aplicável e, ao órgão concedente, acompanhar e fiscalizar a execução do convênio, reprovando as prestações de contas e

instaurando Tomada de Contas Especial quando constatados desvios de finalidade na aplicação dos recursos transferidos ou despesas realizadas em desacordo com as disposições do convênio ou da legislação vigente (conforme art. 82, § 1º, inciso II, 'b' e 'c' da Portaria Interministerial nº 507/2011).

10. Voltando ao objeto da consulta em análise, e considerando o exposto acima, observo que a atuação da Empresa de Obras Públicas do Município (EMOP) está, em tese, autorizada pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011 e também pela Cláusula Terceira (II, d) do Convênio (fl. 1478 do volume VIII do Processo - documento SEI 0283134). **No entanto, se essa contratação caracteriza terceirização total do objeto do convênio, ou não, é questão que deve ser esclarecida pela SEFIC, confrontando as metas aprovadas no plano de trabalho com as atribuições efetivamente transferidas à Empresa.**

(o negrito não consta do original)

25. Assim, repetindo a conclusão acima transcrita, "...se essa contratação caracteriza terceirização total do objeto do convênio, ou não, é questão que deve ser esclarecida pela..." SEC/MinC, "... confrontando as metas aprovadas no plano de trabalho com as atribuições efetivamente transferidas..." à Contratada.

III - Conclusão

26. Assim esclarecida às questões, sugerimos a devolução destes autos à SEC/MinC, para as providências anotadas neste opinativo, em especial as constantes dos itens: 08/10, 18, 21/22 e, 24.

27. Opina-se, ainda, antes da remessa dos autos à SEC/MinC, a ouvida da CGJLC deste Consultivo, uma vez que regimentalmente competente para se manifestar acerca de matérias relativas a procedimentos licitatórios.

À consideração superior.

(assinado eletronicamente)

JOSÉ SOLINO NETO
Advogado da União
CONJUR/MinC



Documento assinado eletronicamente por **José Solino Neto, Advogado(a) da União**, em 15/11/2017, às 11:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 30, inciso II, da Portaria nº 26/2016, de 01/04/2016, do Ministério da Cultura, Publicada no Diário Oficial da União de 04/04/2016.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.cultura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0425896** e o código CRC **E95630C0**.

Criado por [18393829100](#), versão 3 por [18393829100](#) em 15/11/2017 11:45:42.