



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

PARECER nº 676/2017/CONJUR-MinC/CGU/AGU
PROCESSO nº 01400.004943/2017-18
INTERESSADO: Secretaria do Audiovisual
ASSUNTO: 01.5. – solicita manifestação quanto ao pagamento de jurados que prestaram serviço ao MinC

I – Administrativo. Contratos. Edital de Credenciamento

II – Credenciamento procedimento similar ao de contratação de inexigibilidade. Necessidade de ratificação e publicação no D.O.U.

Senhor Coordenador-Geral Jurídico,

O Secretário do Audiovisual, por meio da Nota Técnica 43 (0428197), solicita manifestação deste consultivo acerca da necessidade da obrigatoriedade do ponto de vista jurídico de publicação de inexigibilidade e/ou convalidação dos atos já praticados, considerando que os que foram convocados para prestar o serviço submeteram-se ao processo seletivo e foram formalmente designados mediante portarias, nos seguintes termos:

o encaminhamento do p.p. para a Consultoria Jurídica com vistas a elucidar se há obrigatoriedade do ponto de vista jurídico de publicação de inexigibilidade e/ou convalidação dos atos já praticados, visto que os especialistas foram regularmente convocados diante do fato de terem sido credenciados mediante processo seletivo que seguiu todo o rito necessário. E formalmente designados mediante portaria conforme SEI nº 0386530, 0387471, 0390069, 0386528 e 0386529.

2. O Departamento de Políticas Audiovisuais, informa que procedimento de da seleção de credenciamento teve sua minuta aprovada por este consultivo e que teria obedecido todas as recomendações efetuadas por esta Conjur, conforme solicitado no Parecer Jurídico 100 (0246421); e que quando o processo de pagamento foi solicitado à Coordenação de Execução Orçamentária – CEOR, a mesma informou, por meio do e-mail (0428196), que seria necessário a publicação de uma inexigibilidade para cada jurado para que o empenho pudesse ser realizado no sistema SIASG/SISME, e que no entender daquela área técnica da SAV estaria em desconformidade com as orientações emanadas por esta Conjur.

3. É o que se tem a relatar. Passo à análise.

4. Preliminarmente, cumpre ressaltar que o exame desta Consultoria se dá nos termos do inciso V do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste Órgão Consultivo, delimitada em lei, análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária. Sublinhe-se que a apreciação ora empreendida cinge-se aos aspectos jurídicos-formais.

5. Destaco que a presente análise cinger-se-á a análise do questionado, sem adentrar no mérito de que o procedimento adotado para a contratação dos jurados atende plenamente os requisitos para a contratação por meio de edital credenciamento, requisitos esses que constam do item 11 do parecer jurídico nº 100/2017 (0246421).

6. Primeiramente, cabe destacar que todas as contratações de prestação de serviços realizadas pela a Administração Pública, devem obedecer a legislação vigente e que seja aplicável ao caso, no presente caso, tratando-se de contratação por meio de credenciamento, por construção doutrinária, entendeu-se que tal contratação teria por fundamento legal a inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição art. 25 c/c com o art. 13 ambos da Lei nº 8.666/1993.

7. Portanto, a contratação dos credenciados deve obedecer as formalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, aplicáveis ao caso. E cabe trazer à baila a manifestação deste consultivo, nos autos do processo nº 01400.223632/2016-75, em que tratava-se de situação muito semelhante ao questionado, nos presentes autos, conforme Parecer nº 172/2017 (0274665), cabendo destacar os seguintes excertos:

(...)

11. A avença entre os credenciados e a Administração foi efetuada por meio de “Termo de Compromisso” (anexo III) do edital (0097282 – fl. 1223), que esta parcialmente em conformidade com o art. 55 da Lei nº 8.666/1993^[1]. Todavia, o art. 62^[2], estabeleceu a obrigatoriedade e a facultatividade do “termo de contrato” para as mais diversas situações, sendo possível, s.m.j., a utilização do Termo de Compromisso, como um espécie de sucedâneo do contrato.

(...)

CONCLUSÃO

13. Ante o exposto, conclui-se, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade:

a) As orientações do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão contidas no Ofício nº 71629/2016-MP - (0177453) devem ser observadas pelo MinC. Ou seja, não há como os empenhos serem emitidos pelo SIAFI sem a sua vinculação ao SIASG.

b) deverá ser efetuado um registro de inexigibilidade para cada credenciado.

6. Ao não serem observadas as formalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, a contratação realizada equivale-se a contratação verbal, pois não consta a manifestação da autoridade, nos termos do *caput* do art. 26^[3] da Lei nº 8.666/1993.

7. E s.m.j., as portarias que habilitaram e credenciaram não fazem as vezes da previsão contida no art. 26 da lei nº 8666/1993.

8. Independentemente da convalidação ou não da contratação por inexigibilidade realizada, os credenciados que prestaram serviços deverão ser remunerados conforme previsão do parágrafo único do art. 59^[4] da lei nº 8.666/1993. Mesmo os atos sejam convalidados os pagamentos dos serviços prestados deverá ser efetuado por reconhecimento de dívida.

9. Em que pese a constatação da irregularidade consubstanciada, isso por si só não dá guarida à Administração Pública de locupletar-se indevidamente, devendo indenizar o particular contratado pelos serviços prestados a contento.

10. Nesse sentido, confira-se as seguintes deliberações do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSOS DE FINANCIAMENTO. INTERMEDIÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRATADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 7º, §§ 2º, I, II E 3º, DA LEI 8.666/93. CESSÃO PARCIAL DO CONTRATO. LEGALIDADE. ART. 72, DA LEI DE LICITAÇÕES. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LOCUPLETAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4 – Demonstrada a efetiva realização do objeto contratado – no caso, obras de infraestrutura no Município -, não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular.

5 - As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as contratações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública. 6 – Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp 200200999904 – 468189, Primeira Turma, Min. Rel. José Delgado, DJ 12/05/2003 – original sem grifos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO.

Para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular, o que implica no reexame do quadro fático-probatório constante nos autos. Incidente, pois, a Súmula nº 07/STJ.

Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 303730/AM, Min. Paulo Medina, Segunda Turma, DJ 02/12/2002, p. 273 – original sem grifos)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO NULO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAÇÃO.

1. O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício. Precedente: AgRg no REsp 332956/SP DJ 16.12.2002.

2. No mesmo sentido, é a posição da doutrina acerca do tema, *in litteris*: 7) Os Efeitos da Invalidação do Ato Administrativo (...) Um exemplo permite compreender facilmente o raciocínio. Suponha-se um contrato administrativo nulo, em que o defeito resida no ato de instauração da licitação. Reconhecido o defeito e pronunciada a nulidade com efeito retroativo, ter-se-ia de reconstituir a situação fática anterior à contratação. Isso significa não apenas que o particular teria de restituir à Administração as prestações que houvesse recebido, mas que também a própria Administração teria de adotar idêntica conduta. Ou seja, não seria cabível que a Administração incorporasse em seu patrimônio a prestação recebida do particular e se recusasse a produzir a remuneração correspondente, alegando a nulidade. (...) Ou seja, o Estado não pode apropriar-se de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento de justo preço. É evidente que seria inconstitucional o Estado comprar um bem e, em seguida, anular o contrato e ficar com o bem sem pagar o preço. Muito mais despropositado seria produzir esse resultado mediante a invocação de defeito na própria atividade

administrativa pública. A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta - especialmente, por meio de um ato administrativo reputado inválido.

No exemplo considerado, existem apenas duas alternativas jurídicas: ou o Estado devolve o bem comprado ou indeniza o particular pelo preço correspondente. Em qualquer caso, deverá ademais de tudo compor outras perdas e danos decorrentes de sua atuação defeituosa.(...) Bem por isso, a solução já fora consagrada no âmbito do Direito francês, no qual se admite que a teoria do enriquecimento sem causa 'permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que foi entranhado de nulidade, que atingiu a seu termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda à margem de um contrato'.(...)" (In Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição - Dialética, páginas 517/519)(Resp 753039/PR, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/09/2007, p. 122 – original sem destaques)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FRAUDE NA LICITAÇÃO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PRETENSÃO NULIDADE DO CONTRATO NÃO IMPLICA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS APÓS A EXECUÇÃO DA OBRA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO. AFASTAMENTO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

(...)

4. Revela-se inequívoco o direito de a empresa contratada auferir contraprestação pelo serviço prestado (recebimento do preço avençado), mesmo em se tratando de contrato supostamente eivado de nulidade, uma vez que a devolução das quantias pagas por obra já executada implicaria no locupletamento indevido da Administração Pública, em frontal inobservância ao princípio da moralidade administrativa.

5. Precedente desta Corte no sentido de que "do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos ex tunc. **No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa". (REsp 408785/RN, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, publicado no DJ de 30.06.2003).**

6. Deveras, é assente na doutrina que "ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado." (Celso Antônio Bandeira de Mello *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 14ª Ed., 2002, pág. 561) e que "**mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização.**" (Hely Lopes Meirelles, *in* Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 13ª ed., 2002, pág. 231).

Recurso especial improvido. (REsp 662924/MT, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 01/07/2005, p. 400 – original sem grifos)

11. A Orientação Normativa nº 4, de 01.04.2009, da Advocacia-Geral da União, deverá ser utilizada como parâmetro ao que deve ser observado pela Administração, a mesma dispõe que, *ipsis litteris*:

A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo da

12. Portanto, uma vez solicitado ao particular a prestação de serviços, e estes forem efetivamente prestados a contento, devidamente comprovados, aceitos e de acordo com os valores de mercado, deve a Administração Pública indenizá-lo (contraprestação), ainda que se trate de despesas sem cobertura contratual e sem prévio empenho, sob pena de locupletamento indevido e afronta ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

13. Quanto a necessidade de convalidar os atos, primeiramente deve ser verificado se a autoridade que autorizou a contratação, não é a mesma que deveria ter ratificado e providenciado que fosse feita a publicação na imprensa oficial para que a contratação fosse eficaz. Se for essa situação não há que falar-se em convalidação, o que pode ser feito é que seja ratificada e publicada a autorização da contratação nos termos do art. 26 da lei nº 8.666/1993 para que os contratos passem a ter eficácia a partir dessa data.

14. Caso a autoridade superior não tenha sido comunicada para ratificar e posterior publicação nos termos do art. 26, pode-se falar em convalidação dos atos.

15. Diante de tal fato, cabe a Administração verificar se tal ato poderá ou deverá ser convalidado.

16. A convalidação dos atos administrativos encontra previsão legal no art. 55 da Lei nº 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal - que dispõe que: *“Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”*

17. Isso significa dizer que se um ato administrativo possuir um vício não tão grave, este não precisa ser necessariamente anulado pela Administração Pública, podendo ser confirmado por esta. No entanto, dita convalidação só poderá acontecer se restarem resguardados o interesse público e o de terceiros.

18. A convalidação pode ser entendida como uma providência realizada pela Administração Pública que visa, através de um ato válido, suprir o vício existente no ato ilegal, dando àquele efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

19. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[5], a convalidação se dará ou não dependendo do tipo de vício que atinge o ato, ou seja, dependendo de qual elemento do ato administrativo está eivado de vício.

20. Assim, se o vício estiver no sujeito ou na forma, o ato é perfeitamente convalidável; já se o vício estiver no objeto, no motivo ou na finalidade, a convalidação não poderá se dar.

21. No tocante ao sujeito, se o ato foi praticado por autoridade incompetente, nada impede que a autoridade competente venha a convalidá-lo, e desde que tal competência seja delegável, pois, caso contrário, a convalidação não será possível.

22. Weida Zancaner^[6] ensina que, em se tratando de ato discricionário, este poderá ou não ser convalidado pelo sujeito competente, visto que a análise do mérito tem caráter subjetivo, não se podendo afirmar que a decisão tomada pelo sujeito incompetente seria a

mesma dada pelo sujeito competente.

23. Segundo a citada autora, acompanhada por Di Pietro, esta é a única hipótese em que a Administração tem liberdade escolher entre convalidar ou não o ato. Nos demais casos, não existindo lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, a Administração tem o dever de convalidá-lo.

24. Conforme exposto nos itens 22 e parte inicial do 23, como a autorização para a contratação é uma decisão de conveniência e oportunidade cabe a autoridade competente decidir. E que caso não haja a convalidação dos atos praticados, o contrato será considerado sem efeito, nulo.

25. Recomenda-se, finalmente, que os futuros termos de compromisso em seu preâmbulo contemplem as informações contidas no art. 61 da Lei nº 8.666/1993, bem como conste o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica (inc. V do art. 55 da Lei nº 8.666/1993).

CONCLUSÃO

26. Ante o exposto, conclui-se, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade:

a) que a contratação dos jurados seja efetuada com fundamento na inexigibilidade de licitação, devendo observar todos os trâmites procedimentais previstos na lei nº 8.666/1993

b) quanto ao pagamento dos credenciados que já prestaram serviços, o pagamento deverá ser feito por reconhecimento de dívida observado o apontado nos itens 9, 11 e 12 do presente parecer;

c) quanto a convalidação dos atos deverá ser observado o disposto nos itens 13 a 24 do presente parecer;

d) que os futuros termos de compromissos observem o apontado no item 25 da presente manifestação

27. É o Parecer, salvo melhor juízo.

28. À consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2017.

(assinado eletronicamente)

[1] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

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.

[2] Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 56 desta lei.

§ 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

[3] Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

[4] Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19º ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 254

[6] ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1990. p. 55.



Documento assinado eletronicamente por **Julio Cesar Oba, Advogado(a) da União**, em 28/11/2017, às 22:36, 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 **0437646** e o código CRC **29AC3863**.