



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE CONVÊNIOS E PARCERIAS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00274/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.007528/2018-05

INTERESSADOS: SECRETARIA DE ARTICULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL ; SADI/MINC

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES

EMENTA:

- I. Convênio.
- II. Recursos do Orçamento.
- III. Demanda espontânea.
- IV. Regime simplificado.
- V. Parecer favorável, em tese, com recomendações.

Sra. Consultora Jurídica,

I. RELATÓRIO

1. Por meio do Memorado SEI nº 9/2018 SADI (0584456), a Secretaria de Articulação e Desenvolvimento Institucional – SADI/MinC solicita a esta Consultoria Jurídica análise e manifestação acerca de convênio que se pretende celebrar entre a União, por meio do Ministério da Cultura – MinC (representado pela SADI) e o **Município de Japaratuba/SE. Vale ressaltar que o processo chegou na CONJUR/MinC na tarde do dia 18 de maio de 2018, com a incumbência de sair no mesmo dia, o que prejudica significativamente a análise dos autos.**

2. A proposta tem por objeto a *“Contratação de artistas de renome nacional e regional, para a realização do circuito junino de Japaratuba, no período de 19 de maio a 24 de junho, no município de Japaratuba-SE”*. Sua execução está prevista em R\$502.000,00, sendo R\$ 501.000,00 repassados por este Ministério, e o restante de contrapartida financeira oferecida pelo proponente. **Cumprir destacar que o valor a ser repassado que foi citado em vários documentos juntados divergem do valor especificado na minuta de convênio que é menor do que o anteriormente citado (R\$ 502.000,00 - valor contido na minuta), inclusive, registra-se que o valor que está sendo efetivamente usado como parâmetro é o menor, conforme consta na minuta de convênio.**

3. Fazem parte dos autos, dentre outros, os seguintes documentos: Declaração de contrapartida (0582464); documentos da Prefeita (0582524); Termo de Referência (0584119); declarações do conveniente (0584114); Plano de Trabalho (0584120); Parecer Técnico n. 01/2018, da Funarte (0584543); minuta (0584498); e Nota de Empenho (0582530 e 0582532).

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. 7º do Anexo I do Decreto nº 8837/2016, e no art. 30 da Portaria Interministerial n. 424/2016, abstraídas as questões de ordem técnica, financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

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 art. 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. 13.473/17 - LDO/2018; o Decreto n. 93.872/1986; o Decreto n. 6.170/2007; a Portaria Interministerial - MP/MF/CGU n. 424, de 30 de dezembro de 2016, 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. Importa salientar que a presente proposta é uma demanda espontânea de Município, que pode ser acolhida pelo Ministério sem necessidade de chamamento público, tendo em vista que este é facultativo, no caso de convênios com entes públicos, conforme art. 8º, caput e § 2º, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 424/2016. No entanto, como todos os demais atos administrativos, **o acolhimento da demanda deve ser justificado e motivado pela autoridade responsável**, o que pode se dar por meio de concordância com as razões de parecer anterior, produzido pelo órgão competente, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei n. 9784/1999.

11. Efetivamente, o mérito do Convênio deve ser atestado pela área competente deste Ministério, tendo em vista os critérios de conveniência e oportunidade, não cabendo a esta Consultoria imiscuir-se em tal seara. Nesse sentido, **a proposta foi analisada pelo Parecer Técnico n. 01/2018, da Funarte (0584543), que se manifestou favorável à celebração do convênio, sem ressalvas. No entanto, observo que ainda não houve aprovação do Parecer Técnico pela autoridade competente, o que pode ser suprido no momento da assinatura do Convênio. Destaca-se que o parecer técnico foi assinado exclusivamente por um assessor, não constando a assinatura do representante máximo da entidade.**

12. Registro que **foi emitida a Nota de Empenho necessária ao comprometimento dos recursos federais (0582530 e 0582538)**, visando atender ao disposto no art. 25, § 1º, inciso I, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), e nos art. 60 e 61 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964.

13. Como o recurso é da Administração Direta, resalto que **a contrapartida deve atender aos limites estabelecidos pela LDO/2018 (art. 74), o que deve ser atestado pelo órgão técnico competente.** Por outro lado, tratando-se de proposta de ente público, a contrapartida deverá ser financeira, os recursos correspondentes devem ser depositados na conta bancária específica do convênio e **deve ser demonstrada a disponibilidade da contrapartida, conforme estabelece o art. 18, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 424/2016 e o art. 74, § 1º, da LDO/2018.**

14. Conforme o §1º, inciso XXXIV, da Portaria nº 424/2016, **termo de referência** é o documento que deve ser apresentado “quando o objeto do instrumento envolver aquisição de bens ou prestação de serviços, que **deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado da região onde será executado o objeto, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto**”. Segundo o artigo 21 da Portaria Interministerial nº 424/2016, o termo de referência deve ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigí-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

15. Consoante o art. 19 e 23 da Portaria Interministerial nº 424/2016, o **plano de trabalho** deve ser aprovado antes da celebração do Convênio e **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, compatibilidade de custos com o objeto a ser executado; 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 (quando for o caso).** Ainda conforme dispõe o artigo 20 daquela Portaria, “o Plano de Trabalho será analisado quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa”.

16. Observo, ademais, que, por se tratar de proposta que visa a execução de despesas de custeio, com valor de repasse entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), configura-se hipótese de conveniamento submetida ao **regime simplificado** de que tratam os art. 65 a 67 da Portaria Interministerial nº 424/2016. Nesse sentido, devem ser observadas as seguintes regras, constantes do art. 66, inciso II, da referida Portaria:

- a) o plano de trabalho aprovado deverá conter parâmetros objetivos para caracterizar a entrega do objeto;*
- b) o concedente deverá avaliar a possibilidade de se estabelecer parcela única para liberação dos recursos;*
- c) a minuta dos instrumentos poderá ser simplificada;*

d) o termo de referência deverá ser aprovado previamente à celebração dos instrumentos;

e) é vedada a repactuação de metas e etapas;

f) a apresentação do processo licitatório pelo conveniente e aprovação pelo concedente é condição para a liberação dos recursos;

g) o acompanhamento será realizado por meio dos documentos inseridos no SICONV, podendo haver visitas ao local quando identificada a necessidade pelo órgão concedente;

h) a análise da prestação de contas final deverá priorizar a verificação dos resultados atingidos, considerando os parâmetros especificados no momento da celebração (grifos nossos)

17. Portanto, o termo de referência e o plano de trabalho devem ser avaliados pela área técnica e oportunamente aprovados de acordo com os critérios constantes dos art. 19, 21, 23 e 66 da Portaria Interministerial nº 424/2016, não cabendo a esta Consultoria imiscuir-se na análise de natureza técnica, conforme mencionado acima.

18. Quanto à análise dos documentos técnicos apresentados pelo proponente, ressalto que o TCU vem alertando os gestores públicos para a importância da fase de planejamento do convênio, 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 convenientes 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. Vale lembrar que o proponente, como ente público, está obrigado a observar as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002 e demais normas federais, estaduais e municipais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros, conforme art. 49 da PI 424/2016.

20. Observo, ainda, que de acordo com o art. 51 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 424/2016, “nos instrumentos celebrados pela União com estados, Distrito Federal e municípios deverá ser observado o disposto na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, e pelas normas estaduais, distritais ou municipais, nos casos em que a execução do objeto, conforme prevista no plano de trabalho, envolver parcerias com organizações da sociedade civil”.

21. Assim, recomendo atenção à regularidade dos procedimentos licitatórios e ou de chamamento público, de um modo geral, a fim de evitar o comprometimento da prestação de contas, especialmente considerando a necessidade de **aprovação do processo licitatório pelo concedente como condição para a liberação dos recursos, nos convênios de regime simplificado** (conforme art. 66, inciso II, ‘f’, da Portaria Interministerial n. 424/2016, acima transcrito).

22. Observo, ademais, que o proponente juntou ao Siconv Parecer Jurídico (0582540) atestando a **inexigibilidade** de licitação para a contratação dos serviços pretendidos. Ressalto que a inexigibilidade está vinculada à **natureza singular** do objeto. Ao tratar da questão, Marçal Justen Filho esclarece:

É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado). [grifos nossos]

23. Nesse sentido, considerando que as atrações artísticas do evento já foram indicadas na proposta, e que o evento inicia-se em data próxima, **entendo imprescindível que a SADI avalie criticamente os documentos e informações fornecidos pelo proponente, e avalie a regularidade dos procedimentos licitatórios indicados, especialmente quanto à alegada “natureza singular” do objeto deste, que justificaria a inexigibilidade de licitação (nos termos do art. 25 da Lei n. 8666/1993), a fim de evitar contratemplos no momento da liberação dos recursos.**

24. Ainda considerando a **proximidade da data do evento** (anunciada no sítio eletrônico da Prefeitura), é dever desta Consultoria alertar os gestores deste Ministério para o recente **Acórdão 1441/2018 Segunda Câmara-TCU**, cuja conclusão não deixa dúvidas quanto ao risco da celebração do convênio às vésperas do evento pretendido:

Responsabilidade. Convênio. Concedente. Evento. Transferência de recursos. Intempestividade. Multa. A celebração de convênio, que tenha por objeto a celebração de evento com data fixada, sem tempo hábil para a liberação dos recursos necessários à operacionalização do ajuste é irregularidade passível de multa ao gestor do órgão concedente, pois gera o repasse dos valores de forma extemporânea, inviabilizando a execução da despesa em conformidade com as normas que regem a matéria.

25. De fato, a aplicação de multa a gestores por aprovarem Convênios em datas próximas à realização dos respectivos objetos, sem que haja a necessária antecedência para o seu planejamento e regular execução com recursos do concedente é bastante comum no TCU. Condenações nesse sentido podem ser vislumbradas nos Acórdãos n. 10447/2016 - 2ª Câmara (Processo 037.753/2012-6), 3956/2015 - 1ª Câmara (010.645/2010-1) e 2806/2014 - Plenário (030.504/2010-4), todos do Tribunal de Contas da União.

26. Vale lembrar, ainda, que, de acordo com o art. 50 da Portaria Interministerial n. 424/2016, “os editais de licitação para consecução do objeto conveniado somente poderão ser publicados após a assinatura do respectivo instrumento e aceite do projeto técnico pelo concedente ou pela mandatária”. Ou seja, **a nova Portaria não admite mais o aproveitamento de Editais de licitação anteriores à celebração.**

27. É pertinente destacar determinação emanada 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)

28. Dito isso, importante frisar que **competete 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.**

29. Quanto ao prazo de vigência, vale trazer à baila o seguinte julgado do TCU:

Assunto: CONVÊNIOS. DOU de 23.05.2013, S. 1, p. 113. Ementa: determinação ao Ministério do Turismo para que se abstenha de celebrar convênio ou outro instrumento congêneres com prazo de execução muito exíguo e bem próximo da formalização do ajuste, prejudicando com isso a efetiva e oportuna fiscalização do órgão repassador sobre a aplicação dos valores federais transferidos (item 9.2, TC-011.682/2012-4, Acórdão nº 2.813/2013-2ª Câmara).

30. O órgão responsável **deve estar atento ao prazo de vigência do instrumento**, a fim de 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.

31. Vale mencionar que, de acordo com o art. 38, V, da Portaria Interministerial nº 424/2016, **é vedado “efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado”.**

32. Destaco, ainda, a **vedação quanto à realização de despesas em data anterior à vigência do instrumento**, conforme art. 52, inciso IV, da Portaria Interministerial nº 424/2016. Assim, **tem-se por inviável o pagamento de despesas preparatórias ou prévias à celebração do convênio.**

33. 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;

34. Ainda com relação à análise dos custos indicados pelo proponente, destaco a recomendação constante do voto do Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão nº 403/2013 – 1ª Câmara do TCU, *in verbis*:

“Indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores a ela apresentados. Nesse sentido a ementa do Acórdão 1.108/2007, Plenário, in verbis: ‘Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado.’”

35. Como se trata de convênio submetido ao **regime simplificado**, a PI n. 424/2016 indica que o **concedente avalie a possibilidade de se estabelecer parcela única** para liberação dos recursos (conforme art. 66, inciso II, alínea 'b', da referida Portaria). Ressalto que esta é questão iminentemente técnica, que cabe ao órgão consultante avaliar e justificar. O órgão técnico deverá atentar, ainda, às regras de liberação de recursos constantes dos art. 41 e 42 da PI n. 424/2016.

36. Convém frisar que, de acordo com o art. 41, § 8º, da Portaria Interministerial n. 424/2016, **“na hipótese de inexistência de execução financeira após 180 (cento e oitenta) dias da liberação da primeira parcela o instrumento deverá ser rescindido”**. Recomendo que o conveniente seja expressamente alertado nesse sentido.

37. **A proposta deve guardar sintonia 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. **Observo que o Parecer Técnico atesta o cumprimento da referida Portaria.**

38. Quanto à **minuta juntada aos autos**, observo que esta segue a minuta-modelo de “termo de convênio com ente público que não envolva obra ou serviço de engenharia”, elaborada e publicada pela Advocacia-Geral da União – AGU (http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244400). Observo, no entanto, que o **valor por extenso indicado na Cláusula Quinta, inciso I, diverge do valor indicado em alguns documentos juntados aos autos. Mas vale registrar que o valor considerado foi o disposto na minuta de convênio (R\$ 502.000,00)**

39. Ao órgão técnico responsável pelo acompanhamento e fiscalização do Convênio, recomendo atenção aos art. 53 a 64 da Portaria Interministerial nº 424/2016, que estabelecem as normas relativas ao acompanhamento e fiscalização dos convênios e à prestação de contas.

40. Devem ser observadas, ainda, pelos partícipes, as vedações constantes dos art. 9º e 38 da Portaria Interministerial nº 424/2016 e da LDO vigente no ano do empenho; as regras referentes à liberação de recursos, à contratação com terceiros e aos pagamentos (art. 41 a 44 e 52 da Portaria Interministerial nº 424/2016); as condições para celebração constantes do art. 22 da Portaria Interministerial nº 424/2016 (ressalvado o disposto no art. 166, § 13, da Constituição Federal, quando for o caso); bem como demais normas previstas na legislação vigente aplicável.

41. Quanto à verificação dos requisitos para celebração do convênio, observo que esta deve ser feita no momento da celebração do convênio, bem como de eventuais aditivos de valor, conforme consta do art. 22, § 1º, da PI n. 424/2016, com fundamento no art. 25 da LRF (Lei Complementar n. 101/2000) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

42. Por fim, observo que 2018 é ano eleitoral, aplicando-se à proposta as restrições previstas na Lei n. 9.504/1997 (Lei Eleitoral). Portanto, **recomendo que os gestores de ambas as partes atentem às restrições previstas na Lei Eleitoral, evitando condutas proibidas a agentes públicos em ano em que se realizam eleições**. A fim de sanar eventuais dúvidas sobre as condutas vedadas em ano eleitoral, recomendo a consulta à Cartilha da AGU de Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais nas eleições de 2018 e, quanto à publicidade do evento, se for o caso, a Instrução Normativa n. 1, de 11 de abril de 2018, da Secretaria Geral da Presidência da República (que disciplina a publicidade em ano eleitoral dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal).

III. CONCLUSÃO

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

44. Vale lembrar que, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de boas Práticas Consultivas da AGU: *“Ao órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas”*. Assim, **não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.**

45. É o parecer, que submeto à apreciação da Consultora Jurídica, para posterior encaminhamento à **SADI/MinC**, para as providências cabíveis.

Brasília, 18 de maio de 2018.

(assinado eletronicamente)

ALESSANDRO RODRIGUES GOMES DA SILVA
ADVOGADO DA UNIÃO

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 350.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400007528201805 e da chave de acesso efd63be0

Documento assinado eletronicamente por ALESSANDRO RODRIGUES GOMES DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 134775853 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALESSANDRO RODRIGUES GOMES DA SILVA. Data e Hora: 18-05-2018 18:17. Número de Série: 2318164908891590094. Emissor: AC CAIXA PF v2.
