



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. 00607/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.011459/2018-26

INTERESSADOS: Secretaria da Diversidade Cultural – SDC/MINC

ASSUNTOS: Convênio. Siconv nº 878700/2018

EMENTA: I. Convênio. II. Recursos do Orçamento (Administração Direta).
III. Demanda espontânea. IV. Regime simplificado.
V. Parecer favorável, em tese, com recomendações.

RELATÓRIO

1. Por meio do Memorando SEI nº 103/2018/SDC/MINC (0704644), a Secretaria da Diversidade Cultural – SDC/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 SDC) e o Município de Cachoeirinha-PE.

2. A proposta tem por objeto a **“Contratação de Show Artístico com artista e banda de renome regional bem como infraestrutura para realização da Festa de 56 anos de Emancipação Política de Cachoeirinha-PE”**. Sua execução está prevista em R\$ 100.600,00, sendo R\$ 100.000,00 repassados por este Ministério, e o restante de contrapartida financeira oferecida pelo proponente.

3. Fazem parte dos autos, dentre outros, os seguintes documentos: Declaração de Contrapartida e comprovante de disponibilidade (0681419, e 0681450 e 0681453); documentos do representante (0681430 a 0681449); Declarações e certidões diversas (0681461 a 0681498, 0694979 a 0695502); Parecer jurídico do proponente sobre a inexigibilidade do procedimento licitatório para a atração artística (0695540); orçamentos e documentos referentes à atração artística (Siconv, 0684161 e 0688128); Plano de Trabalho (Siconv); Nota de Empenho (0688178); Termo de Referência (0699420); Nota Técnica (0694014); e minuta (0698065).

FUNDAMENTAÇÃO

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. 4º do Anexo I do Decreto nº 9.411/2018, 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.

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. Inicialmente, observo que 2018 é ano eleitoral, motivo pelo qual aplicam-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, em especial a transferência voluntária de recursos entre entes públicos nos três meses que antecedem o pleito (vedada pelo art. 73, inciso VI, 'a'), a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em todo o ano eleitoral (art. 73, § 10) ou qualquer outra conduta que possa afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos ao pleito.**

11. Por oportuno, vale notar que, especificamente em relação a repasses na área da cultura, esporte e turismo, há importante precedente do TSE, que exclui a incidência dessa vedação, *sobretudo quando os instrumentos preveem a adoção de contrapartidas*, vazado nos seguintes termos:

“A assinatura de convênios e o repasse de recursos financeiros a entidades públicas e privadas para a realização de projetos na área da cultura, do esporte e do turismo não se amoldam ao conceito de distribuição gratuita, previsto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, sobretudo quando os instrumentos preveem a adoção de contrapartidas por parte das instituições”. (TSE, REspe nº 282.675, Acórdão de 24/04/2012, relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira)

12. O órgão consultante, ao encaminhar os autos a esta Consultoria, solicita esclarecimento sobre a eventual existência de impedimento para o conveniamento da proposta e posterior repasse de recurso, por se tratar de convênio a ser pactuado no mês de outubro e o evento a ser realizado em dezembro do corrente ano. A este respeito, trago à baila o exposto na Cartilha da AGU de Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais nas eleições de 2018, acerca da vedação de transferência voluntária no período eleitoral, que esclarece a questão com precisão:

OBSERVAÇÃO - atos preparatórios: para a Advocacia-Geral da União, conforme o Parecer nº GQ-158, com despacho de seu aprovo do Presidente da República publicado em Diário Oficial de 07/07/1998, pág.10, retificado no Diário Oficial de 10/07/1998, pág. 8, considera-se “absolutamente legítimo que, durante os três meses que antecedem as eleições, os agentes públicos pratiquem todos os atos preparatórios necessários ao início de uma obra ou serviço, incluindo a assinatura do convênio, acordo ou instrumento congênere, pois nenhum desses atos se encontra proibido pelo art. 73. Não se pode admitir, como já se viu, que se interprete a lei nela inserindo proibições que não existem, levando ao absurdo de obrigar a Administração a cruzar os braços, aguardando o término do período para, somente aí, começar a praticar os atos preparatórios. [...] Para deixar evidente que não se está descumprindo qualquer proibição legal, o convênio, acordo ou instrumento congênere deverá conter cláusula que explicitamente que os recursos somente serão liberados, ou seja, a transferência dos recursos somente ocorrerá, após o término do prazo previsto no inciso VI, alínea a, do art. 73 da Lei nº 9.504/97. E isso porque a única proibição que aí existe é quanto à transferência de recursos.” Nesse sentido também são as seguintes manifestações da AGU: Parecer nº AC-12, com despacho de aprovo do Presidente datado de 11/05/2004, Parecer nº 03/2008/MP/CGU/AGU e a Nota nº 01/2010/AV/CGU/AGU. Além disso, cabe observar que o TSE já expôs entendimento no sentido de admitir que a proibição prevista no artigo 73, inciso IV, letra “a”, da Lei nº 9.504, de 1997, não impede a prática dos atos iniciais de convênios, que não chegarão ao seu final, que seria o empenho (TSE, RRP nº 54, Acórdão de 06/08/1998, relator Ministro Fernando Neves da Silva). E o então Presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, na Consulta nº 1.062, em Decisão Monocrática de 07/07/2004, referendada pelos Ministros do TSE por meio da Resolução nº 21.878, de 12/08/2004, firmou entendimento que *“a vedação não compreende a celebração de novos convênios, mas apenas a transferência efetiva de recursos”*. (grifos nossos)

13. Com relação à cautela necessária no exame de cada caso, cabe aqui transcrever outro trecho da já mencionada Cartilha da AGU, alertando que **o princípio básico que deve nortear as condutas dos agentes públicos no período de eleição é que os atos praticados por estes não venham a provocar qualquer desequilíbrio na isonomia necessária entre os candidatos, nem violar a moralidade e a legitimidade das eleições:**

Cabe observar que a disciplina legal contida nos arts. 36-B e 73 a 78 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei de Inelegibilidades), mormente em seu art. 22, visa a impedir o uso do aparelho burocrático da

administração pública de qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal) em favor de candidatura, assegurando assim a igualdade de condições na disputa eleitoral. Mais precisamente, o rol de condutas vedadas objetiva, precipuamente, combater a assimetria de oportunidades patrocinada por recursos públicos (Rp nº 1770-34, Min Luiz Fux).

Assim, os agentes públicos da administração federal devem ter cautela para que seus atos não venham a provocar qualquer desequilíbrio na isonomia necessária entre os candidatos, nem violem a moralidade e a legitimidade das eleições.

(...)

O princípio básico que deve nortear as condutas dos agentes públicos no período de eleição está disposto no caput do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, ou seja, são vedadas “... condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. (grifos nossos)

14. Recordo, nesse sentido, o entendimento já exposto por esta Consultoria no âmbito do Parecer nº 35/2014/CPD/CONJUR-MINC/AGU (NUP 01400.000653/2014-52), em consulta formulada pela SE/MinC por ocasião das eleições federais de 2014:

A intenção da norma não é que o governo interrompa suas atividades, mas evitar o favorecimento de lideranças políticas em regiões – estados ou municípios – em que seus correligionários estejam disputando eleições ou reeleições”. (...) Nesse sentido: “*não se exige a interrupção de programas nem se inibe a sua instituição. O que se interdita é a utilização em favor de candidato, partido político ou coligação. (...)*” (Acórdão n. 21.320, de 9.11.2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira). Ilustrativo, ainda, o seguinte excerto jurisprudencial: “(...) 2. *As provas dos autos demonstram que houve abuso do poder político decorrente do proveito eleitoral obtido por pré-candidato a deputado federal que, na qualidade de Secretário de Comunicação municipal, beneficiou-se com a publicação de matérias a seu respeito em jornais e revistas cujas empresas de comunicação foram contratadas pela prefeitura, sem licitação, para a divulgação de propaganda institucional*” (...) (Acórdão no RO n. 1460, de 22.9.2009, re. Min. Marcileo Ribeiro). Não há falar, portanto, em suspensão ou interrupção de programas, projetos e ações durante o ano eleitoral, mas as contratações de pessoas físicas ou jurídicas devem obedecer às normas pertinentes e os atos governamentais não devem ser desvirtuados em propaganda em favor de candidato, partido político ou coligação.

15. Assim, temos recomendado cautela aos gestores e autoridades desta Pasta, no sentido de que atem para que, mesmo não incidindo em vedações expressas da Lei Eleitoral, **os atos praticados não tenham o condão de promover a assimetria de oportunidades entre os candidatos patrocinada por recursos públicos, nem violem a moralidade e a legitimidade das eleições**

16. A fim de sanar outras 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 dos eventos, 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).

17. Observo, ainda, que, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), “*é vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito*”. **Portanto, recomendo que o órgão consultante se certifique da possibilidade de pagamento das despesas decorrentes do Convênio em conformidade com a LRF.**

18. Dito isso, importa salientar que a presente proposta é uma **demandas espontânea do 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.

19. 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 pela NOTA TÉCNICA DFDIR/SEFIC Nº 1/2018 (0694014), que se manifestou favorável à celebração do convênio, sem ressalvas, nos seguintes termos:**

Com base nas informações apresentadas nesta Nota Técnica, CONCLUI-SE que o projeto apresentado possui aderência ao Programa disponibilizado pelo MinC. Isto posto, ENTENDE-SE que a Proposta, Plano de Trabalho e o Termo de Referência apresentados, as informações

prestadas pelo Proponente e os documentos anexados nos autos (SICONV E SEI), salvo melhor juízo, atendem às exigências legais, técnicas e procedimentais para fins de produção de efeitos do convênio.

20. Ressalto que a referida Nota Técnica ainda não foi expressamente aprovada pela autoridade signatária do instrumento, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/1999.

21. **Observo, todavia, que o item 3.5.3.6 da Nota Técnica e o Termo de Referência afirmam que o evento atingiria um público de aproximadamente 20.000 pessoas. Não obstante, a base de dados do IBGE indica que esta é, aproximadamente, a população da cidade, o que torna improvável a estimativa indicada. Assim, recomendo a revisão da questão e, se for o caso, redimensionamento do plano de trabalho para adequação da proposta ao público estimado.**

22. Nesse sentido, vale lembrar que o Enunciado n. 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU determina que o Advogado Público evite “*posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento*”. Assim, a justificativa do Enunciado conclui que “*a prevalência do aspecto técnico ou a presença de juízo discricionário determinam a competência e a responsabilidade da autoridade administrativa pela prática do ato. A responsabilidade na tomada de decisão é sempre da autoridade administrativa*”.

23. Ainda no que diz respeito 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)

24. Registro que **foi emitida a Nota de Empenho necessária ao comprometimento dos recursos federais**. Assim, foi atendido o 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.

25. Como o recurso é da Administração Direta, **a contrapartida deve atender aos limites estabelecidos pela LDO/2018 (art. 74), o que foi verificado pelo órgão técnico conforme planilha juntada aos autos**. 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.

26. 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 exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

27. 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”.

28. 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 SICONS, 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)

29. Portanto, o termo de referência e o plano de trabalho devem ser avaliados pela área técnica e, se for o caso, 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.

30. Com relação aos custos indicados no termo de referência, convém trazer à baila reiteradas recomendações do TCU para que os gestores avaliem criticamente os custos indicados pelos proponentes, atentando à compatibilidade entre estes e os valores praticados no mercado, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 3716/2010 – TCU – 2ª Câmara I. 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;

“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.’” (voto do Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão nº 403/2013 – 1ª Câmara do TCU)

31. 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.

32. 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”.

33. Assim, recomendo atenção à regularidade dos procedimentos licitatórios e ou de chamamento público, 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).

34. 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.**

35. Observo que o proponente juntou aos autos Parecer Jurídico atestando a inexigibilidade de licitação para a contratação da atração artística pretendida. Quanto à inexigibilidade de licitação para contratação de profissional do setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (com fundamento art. 25, inciso III, da Lei n. 8.666/93), Marçal Justen Filho [1] esclarece:

(...) há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será

impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

36. Por outro lado, quanto à inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição genérica (com fundamento genérico no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/93), o autor acrescenta:

A inexigibilidade de licitação abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer a necessidade estatal é incompatível com a natureza do procedimento licitatório. Mas a apuração dessa situação depende da verificação das circunstâncias de cada caso – não é possível estabelecer cláusulas genéricas e abstratas acerca do assunto.

Seguindo essa orientação, existem diversas decisões do TCU reconhecendo a inviabilidade de competição mesmo em hipóteses que não se enquadram precisamente nos incisos do art. 25. (...)

A inviabilidade de competição envolve a impossibilidade de obter a melhor proposta através de uma licitação. Mas isso não equivale a liberar o administrador a realizar qualquer escolha. Logo, serão inválidas as escolhas fundadas no puro e simples subjetivismo do administrador, o que configurará arbítrio incompatível com a ordem jurídica. O administrador tem o dever de avaliar todas as alternativas disponíveis e escolher aquela que se afigurara como a melhor. Isso significa a adoção de certos critérios relacionados com o atingimento do fim de interesse coletivo.
[1]

37. Verifica-se, portanto, que **a opção pela inexigibilidade é uma decisão discricionária do órgão responsável pelo procedimento, vinculada à inviabilidade de competição, que deve ser necessariamente demonstrada, justificada e fundamentada face a todas as alternativas disponíveis para o atingimento do interesse público.**

38. Ressalto, ainda, que o órgão contratante, no caso, será o Município, cujos gestores estão vinculados aos requisitos da Lei nº 8.666/1993. Por outro lado, não compete a esta Consultoria, como órgão setorial da Advocacia-Geral da União, validar as orientações jurídicas de Procuradores Municipais.

39. Nesse sentido, **entendo imprescindível que a SDC avalie criticamente os documentos e informações fornecidos pelo proponente, e a regularidade dos procedimentos licitatórios indicados, especialmente quanto à inexigibilidade de licitação (solicitando informações adicionais, se entender pertinente), mas que também alerte o proponente para a sua responsabilidade pela realização (ou opção pela inexigibilidade) do procedimento licitatório, a fim de evitar contratamentos no momento da liberação dos recursos.**

40. Dito isso, 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)

41. 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.**

42. 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.

43. Convém 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”.**

44. 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.**

45. Ainda 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 congênere 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).

46. 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 eminentemente técnica,

que cabe ao órgão consulente 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.

47. 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.

48. **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 a Nota Técnica atesta o cumprimento da referida Portaria.**

49. Quanto à **minuta juntada aos autos**, observo que esta segue, em linhas gerais, 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). Não obstante, ressalto que:

a) além da assinatura das partes, o instrumento deve contar com duas testemunhas, para atender ao disposto no art. 784, III, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que considera título executivo extrajudicial o documento particular assinado por duas testemunhas (conforme recomendado na minuta da AGU);

b) o art. 2º, inciso VI, do Decreto nº 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto nº 8.943/2016, **veda a celebração de convênios cuja vigência se encerre no último ou no primeiro trimestre de mandato dos Chefes do Poder Executivo dos entes federativos. Recomendo, portanto, a revisão da minuta nesse sentido.**

50. 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.

51. 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.

52. Quanto à verificação dos requisitos para celebração do convênio, quando for o caso, 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.

53. Como o Município aparentemente tem população inferior a 50.000 habitantes, faço menção ao disposto na LDO/2018 (Lei n. 13.473/2017, alterada pela Lei n. 13.602/2018), em seu art. 74, § 12, que estabeleceu que **as irregularidades constatadas no CAUC de municípios de até 50.000 habitantes não impedem a assinatura de convênios por esses entes, ficando vedada apenas a transferência dos recursos financeiros enquanto a pendência não for resolvida.**

CONCLUSÃO

54. Conclui-se, portanto, pela **possibilidade, em tese, de celebração do convênio em exame, desde que atendidas as recomendações apontadas neste Parecer, em especial em seus itens 15, 17, 21, 39 e 49.**

55. 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.**

Isto posto, conforme permite a Portaria/CONJUR/MINC n. 2, de 29/04/2011, solicito o encaminhamento dos autos à **SDC/MinC**, para as providências cabíveis.

Brasília, 11 de outubro de 2018.

DANIELA GUIMARÃES GOULART

Advogada da União
Coordenadora-Geral Jurídica de Convênios e Parcerias

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 359-363.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400011459201826 e da chave de acesso f679252b

Documento assinado eletronicamente por DANIELA GUIMARAES GOULART, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 182456711 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA GUIMARAES GOULART. Data e Hora: 11-10-2018 18:52. Número de Série: 13887376. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
