



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORES PF-UFES

PARECER n. 15/2017/PROC UFES/PFUFES/PGF/AGU

NUP: 23068.021923/2014-20

INTERESSADOS: ELIZEU BATISTA BORLOTI

ASSUNTOS: ATIVIDADE MEIO

EMENTA: ALTERAÇÕES NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS. PRORROGAÇÃO. FUNDAÇÃO DE APOIO. PENDÊNCIAS NO *CHECK LIST* DA AGU. APROVAÇÃO CONDICIONADA.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de encaminhamento do DCC/UFES para análise e parecer sobre o 3º Termo Aditivo ao Contrato nº 50/2015 celebrado entre a Universidade Federal do Espírito Santo e a Fundação Espírito Santense de Tecnologia - FEST, para fins de **prorrogação da vigência contratual**.
2. A presente análise jurídica tem como base o *checklist* em anexo confeccionado pela Advocacia-Geral da União no exercício de regulamentação das atividades consultivas, disponível no *link*^[1].
3. É o brevíssimo relato.

2. ANÁLISE JURÍDICA

4. Preliminarmente, esclareça-se que cabe a este Órgão Jurídico de execução da Procuradoria-Geral Federal prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, sem adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, à luz do que dispõe o art. 131, da Constituição Federal de 1988, e o art. 10 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002 c/c art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.
5. Importante repisar que diante da exclusão da análise dos elementos de natureza técnica, ainda que sobre estes realize eventualmente sugestões de atuação, se adotará a premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos, conforme enunciado nº 07, do manual de boas práticas Consultivas da CGU/AGU:
"o órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade".
6. A função do órgão de assessoramento é de justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.
7. Salientamos que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes do processo administrativo até a presente data.

2.1 DA VIGÊNCIA DO CONTRATO

8. Destaca-se, inicialmente, que apesar de a literalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 determinar apenas a obrigação do órgão jurídico de aprovar as minutas dos contratos e similares, a Advocacia-Geral da União, em ato vinculante para seus membros, editou a Orientação Normativa/AGU nº 03, datada de 01 de abril de 2009, com a determinação para que os órgãos jurídicos analisem a continuidade da vigência contratual quando da prorrogação/aditivção de seus termos, *litteris*:

"NA ANÁLISE DOS PROCESSOS RELATIVOS À PRORROGAÇÃO DE PRAZO, CUMPRE AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS VERIFICAR SE NÃO HÁ EXTRAPOLAÇÃO DO ATUAL PRAZO DE VIGÊNCIA, BEM COMO EVENTUAL OCORRÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS PRECEDENTES, HIPÓTESES QUE CONFIGURAM A EXTINÇÃO DO AJUSTE, IMPEDINDO A SUA PRORROGAÇÃO".

9. Diante da norma acima transcrita, este pronunciamento inclui o estudo sobre a continuidade da vigência contratual.

10. A formalização de termo aditivo está disciplinada nos arts. 60 (caput) e 65 (§ 6º), devendo ser processada nos termos do parágrafo único do art. 61, todos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e sua legalidade está adstrita à continuidade de sua vigência, ou seja, não é juridicamente correto firmar termo aditivo a um contrato já expirado. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1727/2004 – Plenário, assim decidiu sobre a data limite para a prorrogação:

"9.1. determinar à (...) que nas prorrogações contratuais promova a assinatura dos respectivos termos de aditamento até o término da vigência contratual, uma vez que a data final de sua vigência, o contrato é considerado extinto, não sendo juridicamente cabível a prorrogação ou a continuidade do mesmo; (...)"

11. O Contrato nº 50/2015 (fl. 221/229) foi celebrado em 30/06/2015, com vigência até 30/06/2016. Posteriormente, o supracitado prazo de vigência foi prorrogado por meio do 1º Termo Aditivo àquele Contrato nº 50/2015, aditivo este celebrado em 30/06/2016, com vigência de 6 (seis) meses, para o período de 30/06/2016 a 30/12/2016, conforme se infere no instrumento de termo aditivo juntado à fl. 257/258. O terceiro aditivo, ora analisado, foi celebrado em 15/12/2016, prorrogando a vigência do contrato até 28/02/2017.

12. Conclui-se, assim, que o contrato em foco está em plena vigência, podendo, pois, ser alterado, por meio de aditivo contratual, até 28/02/2017.

2.2 DA AUTUAÇÃO E NUMERAÇÃO

13. As alterações de contratos e prorrogações dos prazos de conclusão dos serviços demandam, necessariamente, a celebração de TERMOS ADITIVOS, devidamente numerados, conforme art. 65 da Lei nº 8.666/93 (Acórdão nº 2.194/2005 TCU-1 ° Câmara).

14. O processo **não** se encontra devidamente autuado e numerado, nos termos do art. 22, §4º da Lei nº 9.784/1999 e da Orientação Normativa nº 02/2009 da Advocacia Geral da União – AGU. Verifica-se que os documentos constantes entre as folhas 285 e 289 não estão numerados - Comprovante de Pagamento no valor de R\$ 25.737,73; Guia de Recolhimento da União no valor de R\$ 25.737,73 e despacho do Coordenador do Projeto sr. Elizeu Batista Borloti solicitando "*a prorrogação contratual por mais 60 (sessenta) dias para possibilitar o pagamento, no exercício seguinte, do valor de R\$ 25.737,73, referente ao segundo Termo Aditivo, considerando que não limite de empenho, em razão do fechamento do exercício financeiro de 2016*" (transcrição da manifestação do coordenador do projeto).

15. Recomenda-se, assim, na forma da legislação vigente, que os autos sejam integralmente numerados.

2.3 DA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

16. O art. 57 da Lei de Licitações permite a prorrogação contratual, desde que respeitados as hipóteses e limites legais. No caso, verifica-se que a cláusula segunda do contrato original (fl. 221) previu a possibilidade de prorrogação de sua vigência

17. Conforme despacho apresentado pelo Coordenador do Projeto apoiado sr. Elizeu Batista

Borloti (não numerado) solicitou-se "a prorrogação contratual por mais 60 (sessenta) dias para possibilitar o pagamento, no exercício seguinte, do valor de R\$ 25.737,73, referente ao segundo Termo Aditivo, considerando que não limite de empenho, em razão do fechamento do exercício financeiro de 2016" (transcrição do despacho do coordenador do projeto).



2.4 DA AUSÊNCIA DE PENALIDADE EM DESFAVOR DA FUNDAÇÃO DE APOIO CONTRATADA

18. Não consta nos autos a comprovação de ausência de registro de sanção à fundação contratada, cujos efeitos a tornem proibida de celebrar contrato administrativo e alcance a Administração contratante (art. 30-A, § 2º, II, IN 02/08-SLTI).

19. Recomenda-se, assim, a consulta de registro de penalidades: (a) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (<http://www.portaltransparencia.gov.br>); (b) Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União (<http://portal2.tcu.gov.br>); (c) Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF; e (d) Conselho Nacional de Justiça - CNJ (<http://www.cnj.jus.br>) e a juntada dessas informações aos autos.

20. Caso exista registro de penalidade, o termo aditivo celebrado será inválido. Caso não exista, há regularidade na assinatura do 3º termo aditivo ao contrato nº 50/2015 neste tocante.

2.5 DA REGULARIDADE DA FUNDAÇÃO DE APOIO

21. Não foram juntados comprovantes de regularidade fiscal (inclusive com a Seguridade Social) e trabalhista da Fundação de Apoio contratada (art. 27 e seguintes da Lei 8.666/93).

22. A documentação é exigível inclusive na contratação das fundações de apoio por força §3º do art. 195 da Constituição Federal, da conclusão DEPCONS/PGF/AGU Nº 50/2013 e dos acórdãos de nº 0611-06/08-1, nº 1349-13/08-1 e TC-026.893/2009-1, (Acórdão nº 67/2010) todos do Tribunal de Contas da União.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 3º **A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.**

HABILITAÇÃO. CNDT. COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE TRABALHISTA. CONCLUSÃO DEPCONS/PGF/AGU Nº 50/2013:

I - A CNDT DEVE SER EXIGIDA EM TODOS OS OBJETOS E LICITAÇÕES PÚBLICAS INDEPENDENTEMENTE DA MODALIDADE LICITATÓRIA UTILIZADA, BEM COMO AS CONTRATAÇÕES DIRETAS (DISPENSA E INEXIGIBILIDADE), RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 32, §1º DA LEI Nº 8.666/93, QUE TERÃO A PERTINÊNCIA DE SUA EXIGÊNCIA AVALIADA DIANTE DO CASO CONCRETO, NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO OU CONTRATAÇÃO;

II - O MOMENTO PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE TRABALHISTA QUANDO DA REALIZAÇÃO DO CERTAME DEVERÁ OBSERVAR, ESTRITAMENTE, AS FORMALIDADES PREVISTAS EM LEI, ESPECIALMENTE AQUELA PREVISTA NO ART. 43, § 5º DA LEI Nº 8.666/93;

III - CONSIDERANDO A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, RECOMENDAMOS QUE A ADMINISTRAÇÃO ATUE CONFORME ORIENTADO PELA MENSAGEM SIASG Nº 078847, DE FORMA QUE A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS SEJA



CONSIDERADA APTA A CERTIFICAR A REGULARIDADE DA INTERESSADA DURANTE TODO SEU PRAZO DE VIGÊNCIA, QUE DEVE SER AFERIDO PREVIAMENTE A CADA PAGAMENTO;

IV - CONSTATADA A EXISTÊNCIA DE CNDT POSITIVA, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ HABILITAR, CONTRATAR OU PRORROGAR O AJUSTE. NESTA ÚLTIMA HIPÓTESE, CASO A CONSTATAÇÃO DA IRREGULARIDADE OCORRA NO TRANSCURSO DA RELAÇÃO JURÍDICA, SERÁ AVALIADA, CONFORME O CASO, A NECESSIDADE DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO E A REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME, OBEDECENDO AO DISPOSTO NO ART. 34-A DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG Nº 02/2008 C.C. ARTS. 78, INC. II E 55, INC. XIII, AMBOS DA LEI Nº 8.666, DE 1993;

V - NO CASO DE HAVER REGISTRO NO BANCO NACIONAL DE DEVEDORES TRABALHISTAS DE CONTRATADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE MONOPÓLIO, É RECOMENDÁVEL UTILIZAR A ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 9 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, POR ANALOGIA;

VI - PARA OS CONTRATOS FORMALIZADOS ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.440/11, A INTRODUÇÃO DA EXIGÊNCIA DA CNDT NO DECURSO DA RELAÇÃO JURÍDICA SOMENTE PODERÁ OCORRER POR ACORDO ENTRE AS PARTES. CASO NÃO HAJA CONSENSO, DEVE A ADMINISTRAÇÃO OBSERVAR AS ORIENTAÇÕES CONTIDAS NO PARECER Nº 065/2012/DECOR/CGU/AGU, EM ESPECIAL O ITEM 26 DO MENCIONADO OPINATIVO,

REFERÊNCIA: PARECER Nº 09/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 23.09.2013.

23. Sugere-se, assim, a exigência da comprovação da regularidade fiscal e trabalhista da fundação contratada a fim de conferir plena validade ao termo aditivo celebrado.

2.6 DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

24. Não consta nos autos comprovação da disponibilidade de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes da prorrogação, conforme expressamente exigido no art. 7º, §2º, inciso III da Lei 8.666/93 e no item 7 do Checklist anexo.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

25. Necessária, portanto, a comprovação nos autos da disponibilidade de recursos orçamentários.

2.7 DA ANÁLISE DA MINUTA DE TERMO ADITIVO

26. Quanto à minuta do 2º Termo Aditivo, ora analisada, verifica-se que possui todas as cláusulas necessárias à consecução dos seus fins, satisfazendo, assim, as condições e exigências previstas na Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, bem como na legislação correlata e, ainda, na IN SLTI/MPOG nº 02/2008 e suas alterações posteriores.

27. Registre-se que se procede à análise da referida minuta condicionando-se tal análise à regularização de todas as recomendações feitas nos itens anteriores deste Parecer, para que, só assim, possa-se concluir pela legalidade do procedimento de aditivação do contrato em tela.

2.8 DA IRREGULARIDADE DA ASSINATURA DO CONTRATO SEM A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO

297
 CA

28. A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, ao instituir a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, previu expressamente, no seu artigo 11, o seguinte:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

29. No mesmo sentido dispôs o art. 6º da Portaria n. 526/2013 da Procuradoria-Geral Federal:

O PROCURADOR-GERAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e VIII do § 2º do artigo 11 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, considerando a necessidade de aperfeiçoar e uniformizar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestadas às autarquias e fundações públicas federais, resolve:

(...)

Art. 6º Serão objeto de análise jurídica prévia e conclusiva:

I - minutas de editais de licitação, de chamamento público e instrumentos congêneres;

II - minutas de contratos e de seus termos aditivos;

III - atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, inclusive quando se tratar das situações previstas nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

IV - minutas de convênios, instrumentos congêneres e de seus termos aditivos;

V - minutas de termos de ajustamento de conduta, de termos de compromisso e instrumentos congêneres.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não afasta a obrigatoriedade de análise jurídica prévia estabelecida em legislações específicas, decretos, atos normativos editados pelas próprias autarquias e fundações públicas federais assessoradas, neste caso com prévia anuência do órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal que detenha a competência prevista no artigo 3º desta Portaria, ou em outros atos normativos aplicáveis.

30. Ainda, a Lei 8.666/93 no parágrafo único do art. 38 prevê o mesmo dever jurídico:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao

J



qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

31. No presente caso verifica-se que o 3º termo aditivo ao contrato nº 50/2015 (fls. 290 e 290-verso) foi celebrado sem a devida manifestação prévia do órgão de assessoramento jurídico competente (Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Espírito Santo), com a violação das normas acima mencionadas.

32. A justificativa à excepcionalidade da medida (assinatura do contrato sem a prévia manifestação jurídica) foi apresentada pelo DCC/UFES às fls. 289, fundamentando-se na proximidade do término da vigência do contrato.

33. Salienta-se que o atraso na adoção de providências e a deflagração da situação de urgência na assinatura do contrato não devem ser invocadas para afastar/mitigar exigências legais. Recomenda-se, assim, que sejam adotadas medidas preventivas principalmente por parte dos coordenadores de projetos e/ou dos fiscais de contratos para evitar essas situações.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, aprova-se, sob condição, a minuta do 3º Termo Aditivo juntada às fls. 290 e 290-verso, ora submetida à apreciação deste órgão jurídico, desde que atendidas todas as recomendações apontadas no corpo deste Parecer, em especial quanto:

(a) numeração integral dos autos nos termos do art. 22, §4º da Lei nº 9.784/1999 e da Orientação Normativa nº 02/2009 da Advocacia Geral da União – AGU;

(b) juntada da comprovação de ausência de registro de sanção à fundação contratada, cujos efeitos a tornem proibida de celebrar contrato administrativo e alcance a Administração contratante (art. 30-A, § 2º, II, IN 02/08-SLTI);

(c) juntada da comprovação de regularidade fiscal e trabalhista conforme §3º do art. 195 da Constituição Federal, conclusão DEPCONSU/PGF/AGU Nº 50/2013 e acórdãos de nº 0611-06/08-1, nº 1349-13/08-1 e TC-026.893/2009-1, (Acórdão nº 67/2010) todos do Tribunal de Contas da União; e

(d) juntada da comprovação de disponibilidade orçamentária para assegurar o pagamento das obrigações decorrentes da prorrogação.

Recomenda-se, outrossim, a adoção de medidas preventivas para evitar a celebração de avenças sem a devida manifestação prévia da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Espírito Santo, conforme determina o art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o art. 6º da Portaria 526/2013 da Procuradoria-Geral Federal e o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93.

À consideração superior.

Vitória, 10 de janeiro de 2017.

FERNANDA AKEMI MORIGAKI
PROCURADORA FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23068021923201420 e da chave de acesso f6450508

Notas

1. ¹ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390

De acordo

Em 12/01/2017

Renato Dias Fraga
Substituto Eventual do
Pró-Reitor de Administração
UFES

Francisco Vieira Lima Neto
Procurador Geral de UFES
Procurador Chefe
Matrícula SIAPE 0288168 OAB/ES 4.619

1. APROVADO.
2 - À PROVA.